

Enzyklopädie Europarecht

Herausgegeben von Armin Hatje und Peter-Christian Müller-Graff

Peter-Christian Müller-Graff [Hrsg.]

Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht

2. Auflage



Nomos

DIKE 

facultas 

Dieser Band ist Bestandteil der 2. Edition der Enzyklopädie Europarecht.

Diese beinhaltet folgende Bände:

- Band 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Auflage
- Band 2: Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Auflage
- Band 3: Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2. Auflage
- Band 4: Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Auflage
- Band 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage
- Band 6: Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2. Auflage
- Band 7: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. Auflage
- Band 8: Europäische Querschnittpolitiken, 2. Auflage
- Band 9: Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, 1. Auflage
- Band 10: Europäischer Freizügigkeitsraum –
Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht, 1. Auflage
- Band 11: Europäisches Strafrecht, 2. Auflage
- Band 12: Europäische Außenbeziehungen, 2. Auflage

Enzyklopädie Europarecht [EnzEuR]

Band 4:

Europäisches Binnenmarkt- und
Wirtschaftsordnungsrecht

Gesamtherausgeber der Enzyklopädie:

Prof. Dr. Armin Hatje

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Gesamtschriftleitung:

Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte

Enzyklopädie Europarecht [EnzEuR]

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff [Hrsg.]

Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht

2. Auflage

Dr. Rainer Becker, LL.M., Brüssel | **RA Dr. Barbara Bonk**, München | **Prof. Dr. Friedrich Wenzel Bulst**, LL.M., Brüssel | **Prof. Dr. Marc Bungenberg**, LL.M., Saarbrücken | **Prof. Dr. Andreas Fuchs**, LL.M., Osnabrück | **PD Dr. Roman Guski**, LL.M., Heidelberg | **ORR Mara Hellstern**, Würzburg | **RA Dr. Jens Hoffmann**, Mainz | **Prof. Dr. Ulrich Hufeld**, Hamburg | **RAIn Sinziana Ianc**, Brüssel | **Prof. Dr. Friedemann Kainer**, Mannheim | **Prof. Dr. Andreas Kellerhals**, LL.M., S.J.D., Zürich | **Prof. Dr. Michael Kling**, Marburg | **RA Dr. Simon Klopschinski**, Düsseldorf | **Prof. Dr. Christian Koenig**, LL.M., Bonn | **Prof. Dr. Sebastian Krebber**, LL.M., Freiburg | **Prof. Dr. Jürgen Kühling**, LL.M., Regensburg | **RA Prof. Dr. Michael Loschelder**, Köln | **Prof. Dr. Julia Lübke**, LL.M., Wiesbaden | **Prof. Dr. Cornelia Manger-Nestler**, LL.M., Leipzig | **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff**, Ph.D. h.c., MAE, Heidelberg | **RA Dr. Ralph Nack**, München | **Dr. Stephanie Nitsch**, Wien | **Prof. Dr. Walter Obwexer**, Innsbruck | **Prof. Dr. Helmut Ofner**, LL.M., Wien | **Dr. René Repasi**, Rotterdam | **Prof. Dr. Florian Schuhmacher**, LL.M., Wien | **Prof. Dr. Heike Schweitzer**, LL.M., Berlin | **RA Dr. Ulrich Soltész**, LL.M., Brüssel | **Prof. Dr. Dres. h.c. Joseph Straus**, München | **Prof. Dr. Cordula Stumpf**, Aschaffenburg | **Dr. Wesselina Uebe**, Zürich | **Prof. Dr. Frank Weiler**, Bielefeld | **RA Prof. Dr. Andreas Weitbrecht**, LL.M., Düsseldorf | **Hendrik M. Wendland**, LL.M., Düsseldorf



Nomos

DIKE

facultas

Zitiervorschlag:

Autor in Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR Bd. 4), § ..., Rn. ...

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6469-3 (Print – Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden)

ISBN 978-3-7489-0859-3 (ePDF – Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden)

ISBN 978-3-03891-204-0 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-7089-1965-2 (facultas Verlag, Wien)

2. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort der Gesamtherausgeber zur 2. Edition

Die positive Aufnahme der 1. Ausgabe der Enzyklopädie Europarecht und die fortlaufenden Änderungen des maßgeblichen Rechts haben uns veranlasst, diese neue Ausgabe in Angriff zu nehmen. Sie entwirft, wie schon ihre Vorgängerin, ein systemgeleitetes Panorama des Europarechts in seiner ganzen Breite und Vielgestaltigkeit auf dem neuesten Stand. Zugleich liefern die Teilbände verlässliche Informationen über die jeweils behandelten Organisationen und Rechtsgebiete. Die fortlaufenden Entwicklungen in zwei der vertragspositiv der Europäischen Union aufgegebenen operativen Hauptziele haben uns veranlasst, das Werk um zwei Bände zu ergänzen. Zum einen wird das Recht der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion nunmehr vertieft und zusammenhängend in einem eigenen Band behandelt (Band 9). Zum anderen ist dem Europäischen Freizügigkeitsraum, mithin dem Freizügigkeits- und Migrationsrecht, als Teil des unionsvertraglich sogenannten Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gleichermaßen ein gesamter Einzelband gewidmet (Band 10). Die Bände 9 (Europäisches Strafrecht) und 10 (Europäische Außenbeziehungen) der 1. Ausgabe erhalten neu die Bandzählung 11 und 12. Da die Ausgabe mithin zwei erstaufgelegte und zehn zweitaufgelegte Bände umfasst, handelt es sich werktechnisch um eine zweite Edition. Mit dieser hoffen wir, unserem Anliegen gerecht zu werden, mit der Enzyklopädie ein ebenso systemfundiertes wie umfassendes Orientierungs- und Referenzwerk vorzulegen.

Armin Hatje

Peter-Christian Müller-Graff

Vorwort der Gesamtherausgeber zur 1. Edition

Die Enzyklopädie – EnzEuR – versteht sich als grundlegender Beitrag zur Einheitsbildung im Europarecht. Das Europarecht hat seit mehr als einem halben Jahrhundert einen epochalen Aufstieg genommen. Heute zählt es im Verbund mit den es tragenden nationalen Rechtsordnungen zu den großen Rechtssystemen der Welt. Es weist im globalen Vergleich ein historisch und rechtskategorial einzigartiges Profil mit zahlreichen Facetten auf. Die meisten europäischen Staaten haben in den letzten 60 Jahren ihre Kräfte in internationalen und supranationalen Organisationen gebündelt, um gemeinsam Aufgaben zu erfüllen, denen der Einzelstaat nicht mehr gewachsen ist. Zwar wird die Europäische Union als die zweifellos bedeutsamste Organisation weithin mit „Europa“ gleichgesetzt. Sie ist jedoch nur eine von vielen Organisationen, derer sich die Europäer bedienen, um ihre gemeinsamen Ziele zu verfolgen. Der organisatorischen Vielfalt korrespondiert, zumindest vordergründig betrachtet, eine Zersplitterung der Rechtsquellen des europäischen Rechts, welche dem Ziel der Einheitsbildung auf dem Kontinent zu widersprechen scheint. Umso bedauerlicher ist es, dass eine konzeptionsgeleitete und rechtspositiv verlässliche Gesamtdarstellung der vielgliedrigen Ausfaltungen des Europarechts auf dem gegenwärtigen Stand fehlt. Die „Enzyklopädie Europarecht“ will diese Lücke schließen und ein ebenso fundiertes wie umfassendes Orientierungs- und Referenzwerk für das gesamte Europarecht bieten.

Ziel des auf zehn Bände angelegten Werkes ist eine aufeinander abgestimmte Durchdringung der einzelnen Bereiche des Gesamtsystems des Europarechts, die in der Behandlung ihrer Gegenstände systematisch von den positiven konzeptionellen Grundlagen über die daraus sich ableitenden allgemeinen Regeln zu den Einzelfragen fortschreitet. Die Enzyklopädie des Europarechts – EnzEuR – soll die Wirtschafts- und Rechtspraxis ebenso wie die Rechtspolitik und die Wissenschaft über die Gesamtheit des europäischen Rechts informieren und seiner Fortentwicklung solide systemrationale Wegweisungen bieten.

Armin Hatje

Peter-Christian Müller-Graff

Vorwort des Herausgebers zur 2. Auflage

Europäisches Binnenmarktrecht und Wirtschaftsordnungsrecht sind miteinander verzahnt. Die normative Entscheidung der Unionsverträge (EUV, AEUV) für die Errichtung eines Binnenmarktes im Sinne eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist, beinhaltet zugleich die Grundentscheidung für eine unionale Wirtschaftsordnung der wettbewerblichen Marktwirtschaft. Ihre primärrechtlichen Systemprinzipien und Regeln gelten für die Koordination des Wirtschaftens von derzeit rund einer halben Milliarde Menschen in einem der dynamischsten Wirtschaftsräume der Welt. Sie summieren sich seit der Vertragsreform von Lissabon textbegrifflich zu einer normativen angestrebten Ordnung einer offenen, in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb. Sie bilden den relativ änderungsfesten, weil vertraglich von den Mitgliedstaaten nur einvernehmlich änderbaren Rahmen, innerhalb dessen sich die Initiativvielfalt der Marktteilnehmer und der Gestaltungswille öffentlicher Wirtschaftspolitik entfalten können. Sie orientieren die Ausrichtung legislativer Einzelregeln.

Der vorliegende Band ordnet, bewertet und entfaltet den Zusammenhang dieser Ordnungsprinzipien. Der einleitende Abschnitt widmet sich der Frage der inneren Systemrationalität des europäischen Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrechts und daraus abzuleitenden und abgeleiteten Folgerungen im geltenden Unionsrecht. Daran anschließend behandeln zehn Abschnitte die wichtigsten Auffächerungen des allen Wirtschaftssektoren gemeinsamen, mithin allgemeinen Binnenmarktrechts (im Unterschied zum sektorspezifischen Binnenmarktrecht): das Binnenmarktrecht der transnationalen Faktorfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit) und der transnationalen Produktfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit), das Binnenmarktrecht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellverbot und Freistellungsrecht, Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen) und gegen unlauteren Wettbewerb, das Binnenmarktrecht der Aufsicht über wettbewerbsverfälschende staatliche Beihilfen und der öffentlichen Auftragsvergabe, das Binnenmarktrecht des geistigen Eigentums (Patentrecht, Markenrecht, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht) und der wirtschaftliche Regulierung, das Binnenmarktrecht von Krisen von Unternehmen sowie das binnenmarktlich und wirtschaftsordnungsrechtlich relevante Recht der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion.

Der Herausgeber dankt allen Autorinnen und Autoren für ihre zielführenden Beiträge und dem Verlag und namentlich Herrn Cheflektor Stefan Simonis für seine unermüdlich verlässliche Energie und Geduld, die zweite Auflage dieses Bandes zu verwirklichen.

Heidelberg, im Mai 2020

Peter-Christian Müller-Graff

Inhaltsübersicht

Vorwort der Gesamtherausgeber zur 2. Edition	5
Vorwort der Gesamtherausgeber zur 1. Edition	6
Vorwort des Herausgebers zur 2. Auflage	7
Bearbeiterverzeichnis	31
Abkürzungsverzeichnis	35

A.

Das System des Europäischen Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrechts

§ 1 Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht: Das System (<i>Müller-Graff</i>)	53
---	----

B.

Das Binnenmarktrecht der transnationalen Faktorfreiheiten

§ 2 Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit (<i>Krebber</i>)	131
§ 3 Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen (<i>Wendland</i>)	177
§ 4 Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Unternehmen (<i>Kainer</i>)	235
§ 5 Die binnenmarktrechtliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (<i>Lübke</i>)	307

C.

Das Binnenmarktrecht der transnationalen Produktfreiheiten

§ 6 Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit (<i>Kellerhals/Uebe</i>)	409
§ 7 Das Binnenmarktrecht der Dienstleistungsfreiheit (<i>Obwexer/Ianc</i>)	449

D.

Das Binnenmarktrecht der Wettbewerbsbeschränkungen

§ 8 Das binnenmarktrechtliche Kartellverbot und Freistellungsrecht (<i>Schweitzer</i>)	507
§ 9 Das binnenmarktrechtliche Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (<i>Schubmacher</i>)	593
§ 10 Die privatrechtliche Durchsetzung des binnenmarktlichen Kartellrechts (<i>Becker/Bulst/Weitbrecht</i>)	617
§ 11 Das Binnenmarktrecht der Zusammenschlusskontrolle von Unternehmen (<i>Fuchs</i>)	663

E.

Das Binnenmarktrecht gegen unlauteren Wettbewerb

- § 12 Das allgemeine Binnenmarktrecht gegen unlauteren Wettbewerb (*Weiler*) 813
- § 13 Das binnenmarktrechtliche Schutzrecht der Verbraucher gegen unlautere
Geschäftspraktiken (*Ofner/Nitsch*) 883

F.

Das Binnenmarktrecht der Aufsicht über wettbewerbsverfälschende staatliche Beihilfen

- § 14 Das materielle binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht (*Koenig/
Hellstern*) 945
- § 15 Das prozedurale binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht (*Soltész*) 1001

G.

Das Binnenmarktrecht des öffentlichen Auftragswesens

- § 16 Das primäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftrags- und
Konzessionsvergabe (*Bungenberg*) 1057
- § 17 Das sekundäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftragsvergabe (*Kling/
Hoffmann*) 1139

H.

Das Binnenmarktrecht des geistigen Eigentums

- § 18 Das Binnenmarktrecht des gewerblichen Rechtsschutzes (Gesamtsystem und
Patentrecht) (*Straus/Nack*) 1233
- § 19 Das Binnenmarktrecht des gewerblichen Rechtsschutzes (Markenrecht)
(*Klopschinski/Bonk*) 1295
- § 20 Das Binnenmarktrecht des Designrechts/Geschmacksmusterrechts
(*Loschelder*) 1331
- § 21 Das Binnenmarktrecht des Urheberrechts (*Loschelder*) 1351

I.

Das Binnenmarktrecht der wirtschaftlichen Regulierung

- § 22 Das Regulierungsrecht im Binnenmarkt (*Kühling*) 1409
- § 23 Das Recht der sozialen Marktwirtschaft im Binnenmarkt (*Stumpf*) 1471

J.

Das Recht der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion

§ 24 Das Recht der Europäischen Wirtschaftsunion (<i>Hufeld</i>)	1513
§ 25 Das Recht der Europäischen Währungsunion (<i>Manger-Nestler</i>)	1619

K.

Das Binnenmarktrecht der Krisen von Unternehmen und Wirtschaft

§ 26 Das Binnenmarktrecht der Unternehmenskrisen (<i>Guski</i>)	1741
§ 27 Das Binnenmarktrecht der Wirtschaftskrisen (<i>Repasi</i>)	1813
Allgemeines Literaturverzeichnis	1911
Stichwortverzeichnis	1919

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Gesamtherausgeber zur 2. Edition	5
Vorwort der Gesamtherausgeber zur 1. Edition	6
Vorwort des Herausgebers zur 2. Auflage	7
Bearbeiterverzeichnis	31
Abkürzungsverzeichnis	35

A.

Das System des Europäischen Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrechts

§ 1 Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht: Das System	53
A. Das Europäische Wirtschaftsordnungsrecht im Spektrum wirtschaftsordnungsrechtlicher Modelle	61
I. Binnenmarktrecht und Wirtschaftsordnungsrecht: Begriffe und Gemeinwohlfunktion	61
II. Das Spektrum wirtschaftsordnungsrechtlicher Modelle	65
III. Normative Strukturelemente eines dezentralen Wirtschaftsordnungsrechts	68
B. Das Europäische Wirtschaftsordnungsrecht im Textprofil des Primärrechts nach der Vertragsreform von Lissabon	73
I. Die primärrechtliche Grundsatzentscheidung	73
II. Die Einzelelemente des primärrechtlich positivierten Wirtschaftsordnungsrechts der Europäischen Union	75
C. Die vier wirtschaftsordnungsrechtlichen Grundelemente in der positivierten Auffächerung des Rechts der Europäischen Union	94
I. Die Freiheitsgewährleistungen des Wirtschaftsordnungsrechts der Union	95
II. Die Systemgewährleistungen des Wirtschaftsordnungsrechts der Union ...	100
III. Schutzgutsicherungen im Wirtschaftsordnungsrecht der Union	112
IV. Die Ergebnissicherungen im Wirtschaftsordnungsrecht der Union	119

B.

Das Binnenmarktrecht der transnationalen Faktorfreiheiten

§ 2 Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit	131
A. Einleitung / Verortung im Gesamtsystem	134
I. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Gesamtsystem	134
II. Rechtliche Grundlagen	137
III. Entwicklung	138
IV. Arbeitnehmerfreizügigkeit in anderen Systemen offener Märkte	139
V. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Kritik	139

B.	Gegenstandsbeschreibung	140
I.	Überblick	140
II.	Die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Unionsbürger und ihrer Angehörigen	141
III.	Arbeitnehmerfreizügigkeit von Drittstaatsangehörigen	169
C.	Ausblick	170
§ 3	Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen	177
A.	Einführung	181
B.	Sachgegenständlicher Bereich	183
I.	Begriff der Niederlassung	183
II.	Persönlicher Anwendungsbereich	191
III.	Verpflichtete	193
IV.	Räumlicher Anwendungsbereich	196
V.	Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt, Art. 51 Abs. 1 AEUV	196
C.	Gewährleistungsumfang	199
I.	Diskriminierungsverbot	199
II.	Allgemeines Beschränkungsverbot	205
III.	Rechtfertigung	209
IV.	Spezialbereich direkte Besteuerung	214
D.	Rechtsfolgen	215
I.	Materielle Wirkung	215
II.	Prozessuale Geltendmachung	217
E.	Verhältnis zu anderen Vertragsvorschriften	218
I.	Abgrenzung zu den übrigen Grundfreiheiten	218
II.	Verhältnis zu weiteren Vorschriften	223
F.	Sekundärrechtliche Ausprägungen der Niederlassungsfreiheit	224
I.	Rechtsgrundlagen	224
II.	Dienstleistungsrichtlinie	227
III.	Berufsanerkennungsrichtlinie	228
G.	Zusammenfassung und Ausblick	230
§ 4	Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Unternehmen	235
A.	Die binnenmarktliche Niederlassungsfreiheit der Unternehmen im System des europäischen Binnenmarkts	242
I.	Die Eröffnung des Wettbewerbs als Grundkonzeption des europäischen Binnenmarkts	243
II.	Die Mobilität von Gesellschaften im System des Binnenmarktrechts	244

III. Mangelnde Harmonisierung des (internationalen) Gesellschaftsrechts als Mobilitätshemmnis	248
B. Der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften	255
I. Der persönliche Anwendungsbereich	255
II. Der sachliche Anwendungsbereich	259
C. Beschränkung und Rechtfertigung bei niederlassungsrechtlich relevanten Sitzverlegungen	259
I. Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	259
II. Die Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit	261
D. Die primäre Niederlassungsfreiheit der Unternehmen	262
I. Der rechtsformwahrende Wegzug	263
II. Der rechtsformwahrende Zuzug	270
III. Formen grenzüberschreitender Umwandlung	274
IV. Zusammenfassung	283
E. Die sekundäre Niederlassungsfreiheit der Unternehmen	285
I. Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs	285
II. Reichweite der Gewährleistung	285
F. Rechtswahlfreiheit	290
G. Sonderanknüpfungen bei binnenmarktmobilen Gesellschaften	292
H. Rechtspolitische Entwicklungen: „Company Law Package“	294
I. Einleitung	294
II. Regelungshintergrund des Company Law Package	295
III. Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht	296
IV. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen	297
I. Fazit und Ausblick	301
§ 5 Die binnenmarktrechtliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit	307
A. Einleitung	311
I. Das Verhältnis von Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit	311
II. Die Entwicklung der Kapital- und der Zahlungsverkehrsfreiheit	312
III. Die Kapital- und die Zahlungsverkehrsfreiheit im System des Unionsrechts	313
IV. Völkerrechtliche Rahmenbedingungen	319

B. Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit	323
I. Räumlicher Anwendungsbereich	323
II. Persönlicher Anwendungsbereich	323
III. Sachlicher Anwendungsbereich	324
C. Beschränkung des freien Kapitalverkehrs	339
I. Grundlagen	339
II. Verbotsadressaten	340
III. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	345
D. Ausnahmen vom Beschränkungsverbot	364
I. Grundlagen	364
II. Die Ausnahmeregelungen im Einzelnen	366
III. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme	384
IV. Überschneidungen mit einer anderen Grundfreiheit	392
E. Zahlungsverkehrsfreiheit	394
I. Anwendungsbereich der Zahlungsverkehrsfreiheit	394
II. Beschränkung des freien Zahlungsverkehrs	396
III. Ausnahmen vom Beschränkungsverbot	397
F. Fazit und Ausblick	398

C.

Das Binnenmarktrecht der transnationalen Produktfreiheiten

§ 6 Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit	409
A. Einführung	410
B. Zollunion	411
I. Grundlagen	411
II. Innendimension: Verbot von Binnenzöllen und Abgaben gleicher Wirkung	412
III. Außendimension: Einführung eines gemeinsamen Zolltarifs	414
C. Verbot mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen und von Maßnahmen gleicher Wirkung	415
I. Geltungsbereich	415
II. Adressatenkreis	416
III. Persönlicher Schutzbereich	419
IV. Sachlicher Schutzbereich	419
V. Eingriffe	421
VI. Rechtfertigung für Handelsbeschränkungen	431
D. Gebot der Umformung staatlicher Handelsmonopole	435

E. Geltung außerhalb der EU	436
I. Allgemeines	436
II. Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum	437
III. Freihandelsabkommen Schweiz/EU	439
IV. Weitere Assoziierungs- und Kooperationsverträge	440
§ 7 Das Binnenmarktrecht der Dienstleistungsfreiheit	449
A. Einführung	452
B. Sachlicher Anwendungsbereich	454
I. Begriff der Dienstleistung	454
II. Begleitrechte	461
III. Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt	461
IV. Sonstige Bereichsausnahmen	463
C. Räumlicher Anwendungsbereich	464
D. Persönlicher Anwendungsbereich	464
I. Unionsansässige Unionsbürger und ihnen gleichgestellte Gesellschaften ...	464
II. Nichtunionsansässige Unionsbürger	465
III. Drittstaatsangehörige	466
E. Adressaten der Dienstleistungsfreiheit	468
F. Gewährleistungsumfang	469
I. Unmittelbare Anwendbarkeit	469
II. Beschränkungsverbot	470
III. Diskriminierungsverbot	471
IV. Behinderungsverbot und immanente Schranken	473
V. Vorbehalt der öffentlichen Ordnung	479
G. Sekundärrechtliche Ausprägungen der Dienstleistungsfreiheit	480
I. Rechtsgrundlagen	481
II. Dienstleistungsrichtlinie	482
III. Berufsqualifikationsrichtlinie und damit verbundene Richtlinien	485
IV. Vergaberecht	488
V. Sonstige bereichsspezifische Richtlinien	490
H. Zusammenfassung und Ausblick	492

D.
Das Binnenmarktrecht der Wettbewerbsbeschränkungen

§ 8	Das binnenmarktrechtliche Kartellverbot und Freistellungsrecht	507
A.	Das Kartellverbot in der Verfassung der Union	513
	I. Historische Bezüge – Kartelle in der EU	513
	II. Kartellverbot und Binnenmarkt	516
	III. Weitere Zielbezüge: Wettbewerbsfreiheit und Effizienz – Der „more economic approach“	518
B.	Struktur und Wirkungsweise des Kartellverbots	521
	I. Breiter Verbotstatbestand – Horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	521
	II. Rechtfertigungsfähiges Verbot vs. „Rule of Reason“	522
	III. Verbot mit Ausnahmeverbehalt vs. Legalausnahme – Systemwechsel im Übergang von der VO 17/62 zur VO 1/03	523
C.	Anwendungsbereich des Kartellverbots und Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Recht	525
	I. Der sachliche Anwendungsbereich	525
	II. Räumlicher Anwendungsbereich – Die internationale Anwendbarkeit des Kartellverbots	532
D.	Normadressaten des Kartellverbots: Unternehmen und Unternehmensvereinigungen	532
	I. Unternehmen	533
	II. Unternehmensvereinigung	540
E.	Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV	540
	I. Verbot kooperativer Wettbewerbsbeschränkungen	540
	II. Die Mittel der Wettbewerbsbeschränkung	557
	III. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen	564
	IV. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal	567
	V. Die Regelbeispiele des Art. 101 Abs. 1 AEUV	570
F.	Ausnahmen vom Kartellverbot, Art. 101 Abs. 3 AEUV, und das System der Gruppenfreistellungen	572
	I. Art. 101 Abs. 3 AEUV – Grundstruktur	572
	II. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 3 AEUV im Einzelnen	573
	III. Das System der Gruppenfreistellungen	577
	IV. Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV im Einzelfall	584
G.	Rechtsfolgen	587
H.	Bindung der Mitgliedstaaten an das Kartellverbot?	590

§ 9 Das binnenmarktrechtliche Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	593
A. Normzweck	593
B. Systematische Stellung	594
I. Verhältnis zu den Vertragszielen	594
II. Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbsvorschriften	595
C. Unternehmen als Normadressaten	597
D. Marktbeherrschende Stellung	598
I. Allgemeine Grundsätze	598
II. Marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen	599
E. Prüfung der Marktbeherrschung	599
F. Wesentlicher Teil des Binnenmarkts	601
G. Missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung	601
H. Ausbeutungsmissbrauch	602
I. Allgemein	602
II. Unangemessene Preise und Geschäftsbedingungen	603
III. Diskriminierung	604
I. Behinderungsmissbrauch	604
J. Kampfpreisunterbietung	605
K. Alleinbezugsverpflichtungen	606
L. Rabattsysteme	607
M. Kopplungsgeschäfte	608
N. Lieferverweigerung	609
I. Abschlussverweigerung für auf dem Markt angebotene Leistungen	609
II. Abschlussverweigerung für nicht auf dem Markt angebotene Leistungen	610
O. Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	612
P. Rechtsfolgen	612
I. Entscheidungen und Sanktionen	613
II. Zivilrechtliche Rechtsfolgen	613
Q. Ausblick	615
§ 10 Die privatrechtliche Durchsetzung des binnenmarktlichen Kartellrechts	617
A. Einleitung: Grundlagen der privatrechtlichen Durchsetzung des EU-Kartellrechts	620
B. Materielles Recht	622
I. Rechtsgrundlage und Anspruchsberechtigung	622
II. Anspruchsgegenstand, -umfang und Kausalität	623

III. Einreden	632
IV. Anspruchsgegner und Gesamtschuld	633
V. Verjährung	638
C. Anwendbares Recht und Verfahrensrecht	640
I. Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit	640
II. Beweisführung	644
III. Grenzüberschreitende Verfahrenskoordination und -konzentration	649
IV. Kollektiver Rechtsschutz	653
V. Prozesskosten und Prozessfinanzierung	655
VI. Internationale Anerkennung und Vollstreckbarkeit	656
VII. Schiedsverfahren	657
§ 11 Das Binnenmarktrecht der Zusammenschlusskontrolle von Unternehmen	663
A. Grundlagen	670
I. Ziele und konzeptionelle Grundlagen der Konzentrationskontrolle	670
II. Historische Entwicklung der europäischen Fusionskontrolle	674
III. Der rechtliche Rahmen und Grundprinzipien der europäischen Zusammenschlusskontrolle im Überblick	676
B. Anwendungsbereich der FKVO	689
I. Überblick	689
II. Gemeinschaftsweite Bedeutung	691
III. Internationaler Anwendungsbereich der FKVO	695
C. Der Zusammenschlusstatbestand	697
I. Überblick	697
II. Fusion	699
III. Kontrollerwerb	702
IV. Besonderheiten bei Gemeinschaftsunternehmen	722
D. Materielle Beurteilungskriterien	734
I. Einführung und Überblick	734
II. Marktabgrenzung	738
III. Der SIEC-Test als materielles Untersagungskriterium	750
IV. Beurteilung der wettbewerbswidrigen Effekte verschiedener Zusammenschlussarten	767
V. Kausalzusammenhang zwischen Zusammenschluss und Wett- bewerbsbehinderung	785

E. Die Zukunft der europäischen Fusionskontrolle	787
I. Stellenwert der Marktstrukturkontrolle im Binnenmarkt	787
II. Reformüberlegungen	789
III. Ausblick	794

E.

Das Binnenmarktrecht gegen unlauteren Wettbewerb

§ 12 Das allgemeine Binnenmarktrecht gegen unlauteren Wettbewerb	813
A. Einleitung	822
I. Rechtsgrundlagen und Funktion	822
II. Entwicklung	826
III. Rechtspolitische Bewertung	828
IV. Das allgemeine europäische Lauterkeitsrecht im System des Unionsrechts	829
B. Primärrechtliche Grenzen des Lauterkeitsrechts	835
I. Reichweite der primärrechtlichen Grundfreiheitenkontrolle	835
II. Warenverkehrsfreiheit	836
III. Dienstleistungsfreiheit	844
IV. Grundrechte	846
C. Sekundärrechtliches Lauterkeitsrecht	850
I. Überblick	850
II. Irreführende Werbung	851
III. Vergleichende Werbung	858
IV. Kommunikationsspezifische Lauterkeitsanforderungen	869
V. Produktspezifische Lauterkeitsanforderungen außerhalb irreführender und vergleichender Werbung	874
VI. Schutz von Geschäftsgeheimnissen	875
D. Ausblick	878
§ 13 Das binnenmarktrechtliche Schutzrecht der Verbraucher gegen unlautere Geschäftspraktiken	883
A. Entwicklung	895
B. Primärrechtliche Grundlagen des Lauterkeitsrechts zum Schutz der Verbraucher	896
I. Überblick	896
II. Grundlagen	896
III. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	897

C. Sekundärrechtliches Lauterkeitsrecht zum Schutz der Verbraucher	898
I. Überblick	898
II. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken	899
III. Weitere sekundärrechtliche Regelungen des Lauterkeitsrechts zum Schutz der Verbraucher	927

F.

Das Binnenmarktrecht der Aufsicht über wettbewerbsverfälschende staatliche Beihilfen

§ 14 Das materielle binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht	945
A. Bedeutung und Struktur des EU-Beihilfenrechts	947
I. Funktion des EU-Beihilfenrechts	947
II. System und Struktur des EU-Beihilfenrechts	949
III. Rechtsgrundlagen der EU-Beihilfenkontrolle	949
B. Der Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV	952
I. Begünstigung	953
II. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt	963
III. Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige	967
IV. Verfälschung des Wettbewerbs	973
V. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	976
VI. Der Ausschluss des EU-Beihilfentatbestands nach den Altmark- Voraussetzungen	978
VII. Ausnahmen vom Beihilfenverbot	979
C. Bewertung	996
§ 15 Das prozedurale binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht	1001
A. Einleitung	1003
I. Beihilfenaufsicht durch die Kommission	1003
II. Rechtsschutz gegen Beihilfeentscheidungen	1004
B. Das Verfahren vor der Kommission	1005
I. Präventivkontrolle durch Anmeldepflicht und Durchführungsverbot	1006
II. Das Verfahren bei angemeldeten Beihilfen	1010
III. Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen	1015
IV. Verfahren bei missbräuchlich angewendeten Beihilfen	1023
V. Verfahren bei bestehenden Beihilferegelungen	1024
VI. Rechtsstellung Dritter im Beihilfeverfahren	1027
C. Rechtsschutz vor den Unionsgerichten	1029
I. Rechtsschutz des Mitgliedstaates und anderer staatlicher Stellen	1029
II. Rechtsschutz des Beihilfeempfängers	1032

III. Rechtsschutz der Wettbewerber des Beihilfeempfängers (Konkurrentenklagen)	1039
IV. Rechtsschutz sonstiger Dritter (Verbände ua)	1045
V. Gerichtlicher Prüfungsumfang	1046
VI. Einstweiliger Rechtsschutz	1049
D. Ausblick	1050

G.

Das Binnenmarktrecht des öffentlichen Auftragswesens

§ 16 Das primäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftrags- und Konzessionsvergabe	1057
A. Allgemeines	1067
B. Bedeutung und Anwendungsbereich des EU-Vergabeprimärrechts	1072
I. Allgemeine Funktion des Vergabeprimärrechts	1072
II. Sachlicher Anwendungsbereich des Primärvergaberechts	1074
III. Notwendigkeit einer Binnenmarktrelevanz?	1077
IV. Bestimmung des öffentlichen Auftraggebers bereits durch das Primärrecht	1078
C. Vorgaben des EU-Primärrechts	1079
I. Allgemeines: Primärrechtliche Rechtsquellen und Fragmentierung des Vergabeprimärrechts	1079
II. Allgemeines Diskriminierungsverbot	1080
III. Querschnittsklauseln und öffentliche Auftragsvergabe	1080
IV. Grundfreiheiten	1085
V. Europäische Grundrechte	1091
VI. Kartell- und Fusionskontrollrecht	1096
VII. Beihilfenrecht	1100
D. Dem europäischen Primärrecht zu entnehmende zentrale Vergabegrundsätze ...	1105
I. Allgemeines	1105
II. Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot	1106
III. Transparenz und Verpflichtung zur Ausschreibung	1110
IV. Wettbewerb	1113
V. Verhältnismäßigkeit	1114
VI. Rechtsschutz	1115
E. Völkerrechtliche Vorgaben des europäischen Beschaffungswesens	1116
I. Bedeutung des Völkerrechts für das europäische und nationale Beschaffungswesen	1116
II. WTO-Recht, insbesondere Agreement on Government Procurement	1118

III. Beschaffungskapitel in weiteren völkerrechtlichen Abkommen der EU	1120
IV. Zugang zum europäischen Beschaffungsmarkt und das International Procurement Instrument	1127
§ 17 Das sekundäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftragsvergabe	1139
A. Grundlagen	1142
I. Begriff und Bedeutung des europäischen Vergaberechts	1142
II. Ziele und Funktionen des europäischen Vergaberechts	1143
III. Schwellenwerte und Binnenmarktrelevanz	1144
B. Der rechtliche Rahmen	1146
I. Überblick über den Normenbestand	1146
II. Die Entwicklung des EU-Sekundärrechts im Überblick	1149
III. Die europarechtlichen Grundprinzipien und Auslegungsgrundsätze	1152
C. Die europäischen Vergaberichtlinien	1154
I. Die VRL (RL 2014/24/EU)	1154
II. Die SRL (RL 2014/15/EU)	1155
III. Die KVR (RL 2014/23/EU)	1155
IV. Die VSR (RL 2009/81/EG)	1155
V. Die europäischen Rechtsmittelrichtlinien	1156
D. Die europäischen Verordnungen	1156
I. Die CPV-Verordnung	1156
II. Die Durchführungsverordnung über Standardformulare	1157
III. Die ÖPNV-Verordnung	1157
E. Der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien	1158
I. Die VRL (RL 2014/24/EU)	1158
II. Die SRL (RL 2014/25/EU)	1176
III. Die VSR (RL 2009/81/EG)	1184
F. Das Vergabeverfahren	1187
I. Die Funktion und Bedeutung des Vergabeverfahrens	1187
II. Die Verortung der jeweiligen Kriterien	1188
III. Die einzelnen Kriterien und die diesbezüglichen Nachweise	1189
IV. Die unterschiedlichen Arten des Vergabeverfahrens	1206
V. Veränderungen nach Vertragsschluss	1212
G. Die Nachprüfung des Vergabeverfahrens	1212
I. Bedeutung	1212
II. Grundzüge	1213
III. Zeitpunkt und Art des Rechtsschutzes	1214

H.
Das Binnenmarktrecht des geistigen Eigentums

§ 18 Das Binnenmarktrecht des gewerblichen Rechtsschutzes (Gesamtsystem und Patentrecht)	1233
A. Einleitung, Verortung der gewerblichen Schutzrechte im Gesamtsystem des geistigen Eigentums und Gemeinschaftsrechts	1235
I. Gewerblicher Rechtsschutz und geistiges Eigentum	1235
II. Gewerblicher Rechtsschutz im Gemeinschaftsrecht	1237
III. Struktur des Beitrags	1245
B. Patentrecht	1248
I. Entwicklungsgeschichte bis zur Gründung der Gemeinschaft	1248
II. Das bestehende europäische Patentsystem	1250
III. Das neue einheitliche europäische Patentsystem: Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung und einheitliches Patentgericht	1256
§ 19 Das Binnenmarktrecht des gewerblichen Rechtsschutzes (Markenrecht)	1295
A. Einleitung	1297
B. Entwicklung des europäischen Markenrechts	1299
I. Die Anfänge	1299
II. Die Markenrichtlinie 2015/2436	1299
III. Die Unionsmarke	1309
C. Das europäische Markenrecht in der Rechtsprechung des EuGH	1313
I. Rechtliche und wirtschaftliche Funktion von Marken	1314
II. Markenfähigkeit	1318
III. Eintragungshindernisse	1319
IV. Nachweis der Verkehrsdurchsetzung	1328
V. Ernsthafte Benutzung	1329
§ 20 Das Binnenmarktrecht des Designrechts/Geschmacksmusterrechts	1331
A. Allgemeines	1331
I. Zur Geschichte des europäischen Geschmacksmusterrechts	1331
II. Die gesetzlichen Bestimmungen zum Geschmacksmusterrecht in Europa	1333
III. Der Geschmacksmusterschutz im Verhältnis zu den anderen Rechten des Geistigen Eigentums	1334
B. Zu den allgemeinen Voraussetzungen des Geschmacksmusterschutzes	1335
I. Zu den Begriffsbestimmungen und den Schutzvoraussetzungen	1335
II. Schutzausschließungsgründe	1337

III. Umfang und Dauer des Schutzes	1340
IV. Zur Nichtigkeit des Geschmacksmusters und zum Verzicht	1340
C. Recht auf das Geschmacksmuster und Recht aus dem Geschmacksmuster – Ansprüche bei Rechtsverletzungen	1341
I. Recht auf das Geschmacksmuster	1341
II. Recht aus dem Geschmacksmuster	1342
III. Beschränkung der Rechte	1344
IV. Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster als Gegenstand des Vermögens	1344
D. Die Anmeldung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters und die Priorität	1345
I. Zur Anmeldung des Gemeinschaftsgeschmacksmusters	1345
II. Zur Priorität	1346
E. Prozessuale Regelungen	1347
I. Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte	1347
II. Anspruchssystem	1348
F. Ausblick	1349
§ 21 Das Binnenmarktrecht des Urheberrechts	1351
A. Einleitung und Verortung im Gesamtsystem	1353
B. Gegenstandsbeschreibung des europäischen Urheberrechts	1354
I. Entwicklungen des europäischen Urheberrechts	1355
II. Das Kollisionsrecht im Urheberrecht	1381
III. Grundbegriffe und Kernbereiche des Urheberrechts	1385
IV. Die verwandten Schutzrechte	1399
C. Fazit und Ausblick	1401

I.

Das Binnenmarktrecht der wirtschaftlichen Regulierung

§ 22 Das Regulierungsrecht im Binnenmarkt	1409
A. Begriff und Grundkonzept	1421
I. 1990er-Jahre als „Gründungsphase“ des Regulierungskonzepts in Europa	1421
II. Enger und weiter Regulierungsbegriff	1422
III. Ökonomische und nicht-ökonomische Regulierung	1423
IV. Begriffliche Eingrenzung als Grundlage einer Instrumentenanalyse	1424
V. Regulierung und Wandel der staatlichen Aufgabenerfüllung – von den Netzwirtschaften in andere Sektoren	1425
VI. Begriff des Regulierungsinstruments	1426

VII. Institutionelle Flankierung: die Schaffung von Regulierungsbehörden	1426
VIII. Zwischenfazit	1427
B. Historische Entwicklung des Regulierungsrechts als Katalysator der Binnenmarktverwirklichung	1427
I. Entwicklung und Vorreiterrolle der Telekommunikationsordnung seit 1986	1427
II. Das Nachziehen in der Energieordnung seit 1996	1433
III. Die schleppende Entwicklung im Postbereich seit 1997 bis zur vollständigen Marktöffnung 2013	1437
IV. Zurückhaltende Entwicklungen in den Verkehrssektoren	1439
C. Grundstrukturen der Regulierung im Binnenmarkt der EU	1449
I. Das Zusammenspiel von Liberalisierung und Harmonisierung und die Handlungsformen der Regulierung	1449
II. Der materiellrechtliche Instrumentenkasten insbes. bei der Regulierung der Netzwirtschaften	1450
III. Die Bedeutung der institutionellen Ausgestaltung	1457
D. Grundprobleme und Herausforderungen der Regulierung im Binnenmarkt	1463
I. Zusammenspiel von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Kartell- und Wirtschaftsrecht der EU – Abbau der Regulierung?	1463
II. Das angemessene Maß an Zentralisierung und Komplexitätssteigerung ...	1464
III. Sektorenlogik statt gemeinsamer Prinzipien – Kollateralschäden der Ausdifferenzierung	1465
IV. Regulierung und demokratische Legitimation	1465
V. Effektiver Rechtsschutz im Regulierungsverbund	1466
E. Bewertung und Ausblick	1467
§ 23 Das Recht der sozialen Marktwirtschaft im Binnenmarkt	1471
A. Einführung	1474
B. Normtextgenese	1474
I. Die Gründungsverträge	1475
II. Die Einheitliche Europäische Akte	1477
III. Der Vertrag von Maastricht	1477
IV. Der Vertrag von Amsterdam	1478
V. Der Vertrag von Nizza	1479
VI. Verfassungsreformbestrebungen	1479
VII. Der Vertrag von Lissabon: Die gegenwärtige Wirtschaftsverfassung der EU	1481
C. Die Begrifflichkeit der „sozialen Marktwirtschaft“	1481
I. Sprachliche Grundbedeutung	1481
II. Das Vorverständnis eines etablierten Begriffs	1483

III. Soziale Marktwirtschaft als Politik- und Rechtsbegriff in anderen Mitgliedstaaten der EU	1487
D. Das Recht der sozialen Marktwirtschaft im Gesamtsystem der Verträge	1489
I. Einzelvorschriften EUV	1489
II. Protokoll Nr. 27	1496
III. Bestimmungen im AEUV	1496
IV. Grundrechte	1502
E. Die Teleologie des Rechts der sozialen Marktwirtschaft in der EU	1503
I. Präambeln	1503
II. Kopffartikel EUV	1504
F. Rechtsfolgen	1504
I. Adressaten	1504
II. Rechtswirkung	1505
G. Folgerungen	1506
H. Ausblick	1509

J.

Das Recht der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion

§ 24 Das Recht der Europäischen Wirtschaftsunion	1513
A. Einleitung	1518
I. „Unechte“ und „echte“ Wirtschaftsunion	1518
II. Grundlagen	1521
III. Historischer Kontext	1527
IV. Rechtspolitische Einordnung	1529
B. Koordinierung und Verfassung der Wirtschafts-, Steuer- und Defizitpolitik	1532
I. Koordinierung der Wirtschaftspolitik	1532
II. Koordinierung und Verfassung der Steuerpolitik	1557
III. Verfassung der Haushalts- und Defizitpolitik	1568
IV. Euroraum-Notstandsverfassung der Haushaltssolidarität	1597
C. Ausblick	1611
§ 25 Das Recht der Europäischen Währungsunion	1619
A. Dramaturgie der Währungsunion	1627
I. Begriffliches	1628
II. Entwicklungsschritte im historischen Kontext	1629
B. Wirtschaftsordnungsrechtliche Kontextualisierung der Währungsunion	1646
I. Standortbestimmung im Gesamtsystem des Unionsrechts	1646
II. Systemprägende Prinzipien	1656

C. Vier Dimensionen der Währungsunion: institutionell, funktional, judiziell und extraterritorial	1664
I. Unionsrechtlicher Rahmen	1664
II. Institutionelles Gefüge der Währungsunion	1665
III. Funktionale Dimension: Aufgabenbereiche und Befugnisse	1678
IV. Judizielle Dimension der Währungsunion	1722
V. Extraterritoriale Dimension der Währungsunion	1725
D. Bilanz und zukünftige Dimension der Währungsunion	1729
I. Bilanz	1729
II. Zukünftige Dimension und Perspektiven	1730

K.

Das Binnenmarktrecht der Krisen von Unternehmen und Wirtschaft

§ 26 Das Binnenmarktrecht der Unternehmenskrisen	1741
A. Unternehmenskrisen und Wirtschaftsordnung	1747
I. Querschnittsmaterie	1747
II. Historische Entwicklung	1748
III. Marktordnung und Insolvenz	1750
B. Regelungsquellen	1756
I. Primärrecht	1756
II. Sekundärrecht	1757
III. Mitgliedstaatliches Recht	1758
C. Das Gesellschaftsrecht der Unternehmenskrise	1759
I. Unionsrechtlicher Rahmen	1759
II. Krisenbewältigung unter Verbandsstatut	1766
III. Grenzüberschreitende Strukturveränderungen	1769
IV. Sonderanknüpfungen	1771
D. Das Insolvenzrecht der Unternehmen	1772
I. Allgemeines	1772
II. Regelungssystematik der EuInsVO	1774
III. Anwendungsfragen der EuInsVO	1778
IV. Reform	1784
E. Das Wettbewerbsrecht der Unternehmenskrise	1785
I. Beihilfenrecht	1785
II. Kartellrecht	1791
III. Lauterkeitsrecht	1800

Inhaltsverzeichnis

F. Sonderregeln für bestimmte Unternehmen	1802
I. Finanzinstitute	1802
II. Versicherungen	1806
III. Wirtschaftsprüfer	1806
G. Ausblick	1807
§ 27 Das Binnenmarktrecht der Wirtschaftskrisen	1813
A. Einleitung	1818
I. Begriff der Wirtschaftskrise	1819
II. Staatliche Maßnahmen zur Bewältigung von Wirtschaftskrisen	1822
III. Der Binnenmarkt in der Wirtschaftskrise	1824
IV. Das Spannungsfeld von Stabilisierungspolitik und Binnenmarkt	1828
B. Der binnenmarktrechtliche Rahmen für die Bewältigung von Wirtschaftskrisen	1829
I. Geldpolitische Maßnahmen	1830
II. Einkommenspolitische Maßnahmen	1837
III. Fiskalpolitische Maßnahmen	1843
IV. Ordnungsrechtliche ultima ratio-Maßnahmen	1872
C. Das Binnenmarktrecht der Wirtschaftskrisen auf dem Prüfstand: Die Wirtschaftskrise seit 2007	1881
I. Entwicklung der Wirtschafts- und Finanzkrise	1881
II. Reaktionsstrategien der Mitgliedstaaten	1884
III. Binnenmarktrechtskonformität der Reaktionsstrategien	1887
D. Fazit: Binnenmarktrecht als „Schönwetterrecht“?	1906
Allgemeines Literaturverzeichnis	1911
Stichwortverzeichnis	1919

Bearbeiterverzeichnis

<i>Dr. Rainer Becker, LL.M.</i> Europäische Kommission, Brüssel	§ 10	Die privatrechtliche Durchsetzung des binnenmarktrechtlichen Kartellrechts
<i>RA Dr. Barbara Bonk</i> München	§ 19	Das Binnenmarktrecht des gewerblichen Rechtsschutzes (Markenrecht)
<i>Professor Dr. Friedrich Wenzel Bulst, LL.M.</i> Europäische Kommission, Brüssel	§ 10	Die privatrechtliche Durchsetzung des binnenmarktrechtlichen Kartellrechts
<i>Professor Dr. Marc Bungenberg, LL.M.</i> Universität des Saarlandes	§ 16	Das primäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftragsvergabe
<i>Professor Dr. Andreas Fuchs, LL.M.</i> Universität Osnabrück	§ 11	Das Binnenmarktrecht der Zusammenschlusskontrolle von Unternehmen
<i>PD Dr. Roman Guski, LL.M.</i> Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg	§ 26	Das Binnenmarktrecht der Unternehmenskrisen
<i>ORR Mara Hellstern</i> Würzburg	§ 14	Das materielle binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht
<i>RA Dr. Jens Hoffmann</i> NEUSSELMARTIN, Mainz	§ 17	Das sekundäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftragsvergabe
<i>Professor Dr. Ulrich Hufeld</i> Helmut-Schmidt-Universität Hamburg	§ 24	Das Recht der Europäischen Wirtschaftsunion
<i>RAin Sinziana Ianc</i> Brüssel	§ 7	Das binnenmarktrechtliche Recht der Dienstleistungsfreiheit
<i>Professor Dr. Friedemann Kainer</i> Universität Mannheim	§ 4	Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Unternehmen
<i>Professor Dr. Andreas Kellerhals, LL.M., S.J.D.</i> Universität Zürich	§ 6	Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit
<i>Professor Dr. Michael Kling</i> Philipps-Universität Marburg	§ 17	Das sekundäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftragsvergabe

Bearbeiterverzeichnis

<i>RA Dr. Simon Klopschinski</i> Düsseldorf	§ 19	Das Binnenmarktrecht des gewerblichen Rechtsschutzes (Markenrecht)
<i>Professor Dr. Christian Koenig, LL.M.</i> Rhein. Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn	§ 14	Das materielle binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht
<i>Professor Dr. Sebastian Krebber, LL.M.</i> Albert-Ludwigs-Universität Freiburg	§ 2	Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit
<i>Professor Dr. Jürgen Kühling, LL.M.</i> Universität Regensburg	§ 22	Das Regulierungsrecht im Binnenmarkt
<i>RA Professor Dr. Michael Loschelder</i> Köln	§ 20	Das Binnenmarktrecht des Designrechts/Geschmacksmusterrechts
	§ 21	Das Binnenmarktrecht des Urheberrechts
<i>Professorin Dr. Julia Lübke, LL.M.</i> EBS Law School, Wiesbaden	§ 5	Die binnenmarktrechtliche Kapital- und Zahlungsfreiheit
<i>Professorin Dr. Cornelia Manger-Nestler, LL.M.</i> HTWK Leipzig	§ 25	Das Recht der Europäischen Währungsunion
<i>Professor Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff, Ph.D. h.c., MAE</i> Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg	§ 1	Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht: Das System
<i>RA Dr. Ralph Nack</i> München	§ 18	Das Binnenmarktrecht des gewerblichen Rechtsschutzes (Gesamtsystem und Patentrecht)
<i>Dr. Stephanie Nitsch</i> Universität Wien	§ 13	Das binnenmarktrechtliche Schutzrecht der Verbraucher gegen unlautere Unternehmenspraktiken
<i>Professor Dr. Walter Obwexer</i> Leopold-Franzens-Universität Innsbruck	§ 7	Das Binnenmarktrecht der Dienstleistungsfreiheit
<i>Professor Dr. Helmut Ofner, LL.M.</i> Universität Wien	§ 13	Das binnenmarktrechtliche Schutzrecht der Verbraucher gegen unlautere Unternehmenspraktiken
<i>Dr. René Repasi</i> Erasmus Universität Rotterdam	§ 27	Das Binnenmarktrecht der Wirtschaftskrisen

<i>Professor Dr. Florian Schuhmacher, LL.M.</i> Universität Wien	§ 9	Das binnenmarktrechtliche Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung
<i>Professorin Dr. Heike Schweitzer, LL.M.</i> Humboldt-Universität zu Berlin	§ 8	Das binnenmarktrechtliche Kartellverbot und Freistellungsrecht
<i>RA Dr. Ulrich Soltész, LL.M.</i> Brüssel	§ 15	Das prozedurale binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht
<i>Professor Dr. Dres. h.c. Joseph Straus</i> Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München	§ 18	Das Binnenmarktrecht des gewerblichen Rechtsschutzes (Gesamtsystem und Patentrecht)
<i>Professorin Dr. Cordula Stumpf</i> Aschaffenburg	§ 23	Das Recht der sozialen Marktwirtschaft im Binnenmarkt
<i>Dr. Wesselina Uebe</i> Universität Zürich	§ 6	Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit
<i>Professor Dr. Frank Weiler</i> Universität Bielefeld	§ 12	Das allgemeine Binnenmarktrecht gegen unlauteren Wettbewerb
<i>RA Professor Dr. Andreas Weitbrecht, LL.M.</i> Düsseldorf	§ 10	Die privatrechtliche Durchsetzung des binnenmarktrechtlichen Kartellrechts
<i>Hendrik M. Wendland, LL.M.</i> Düsseldorf	§ 3	Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AASM	Assoziierte Afrikanische Staaten und Madagaskar
Abg.	Abgeordneter
AbkGemOrg.	Abkommen über gemeinsame Organe für die Europäischen Gemeinschaften
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EGKS	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Abs.	Absatz
AbsFondsG	Absatzfondsgesetz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
abw.	abweichend
AdR	Ausschuss der Regionen
aE	am Ende
ÄndG	Gesetz zur Änderung
ÄndVO	Verordnung zur Änderung
AERP	Europäische Agentur für Forschung und Entwicklung
AETR	Europäisches Übereinkommen über die Arbeit der im internationalen Straßenverkehr beschäftigten Fahrzeugbesatzungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU
aF	alte Fassung
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AFIG	Agrar- und Fischereifonds-Informationen-Gesetz
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AG	Aktiengesellschaft
AgrarR	Agrarrecht (Zeitschrift)
AID	Auswertungs- und Informationsdienst für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten
AIF	Alternativer Investmentfonds
AIFK	Betreiber eines alternativen Investmentfonds
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJDA	Actualités Juridiques de Droit Administratif
AJIL	American Journal of International Law
AKP-Staaten	Staaten Afrikas, der Karibik und des Pazifiks (Mitgliedstaaten der Lomé-Abkommen)
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
aM	anderer Meinung
AmstV	Amsterdamer Vertrag
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Ann.eur.	Annuaire européen (= EuYB)
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARB	Assoziationsratsbeschluss

ArbG	Arbeitsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
Art.	Artikel
ASIL	American Society of International Law
AStV	Ausschuss der Ständigen Vertreter
ATV	Allgemeine Tarifierungsvorschrift
AUE	Acte Unique Européen
AufenthG/EWG	Aufenthaltsgesetz/EWG
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AUR	Agrar- und Umweltrecht (Zeitschrift)
AuS	Arbeit und Sozialpolitik
AuslG	Ausländergesetz
AWD	Außenwirtschaftsdienst
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AW-Prax	Außenwirtschafts-Praxis
AWVO	Außenwirtschaftsverordnung
Az.	Aktenzeichen
AZO	Allgemeine Zollordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz.	Bundesanzeiger
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt
BauGB	Baugesetzbuch
BayAgrarWiG	Bayerisches Agrarwirtschaftsgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater
BbankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank
BBiG	Bundesbildungsgesetz
BBodenSchG	Bundesbodenschutzgesetz
Bd.	Band
BeaSt	Beamtenstatut
BeitrA	Beitrittsakte
Benelux-Staaten	Belgien, Niederlande, Luxemburg
Ber.	Berichte der Kommission über die Wettbewerbspolitik (jährlich seit 1972)
BErzGG	Bundserziehungsgeldgesetz
Beschl.	Beschluss
BetrPrämDurchfG	Betriebsprämierendurchführungsgesetz
BetrPrämDurchfV	Betriebsprämierendurchführungsverordnung
BewG	Bewertungsgesetz
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BIRD	Internationale Bank für Wiederaufbau und Entwicklung
BIZ	Bank für internationalen Zahlungsausgleich
BK	Berichtigungskoeffizient
BKartA	Bundeskartellamt
BLE	Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung
BLwG	Bundeslandwirtschaftsgesetz
BMELF	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten
BMELV	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BML	Bundesministerium für Landwirtschaft
BMU	Bundesministerium für Umwelt und Reaktorsicherheit
BMVEL	Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft
BNetzA	Bundesnetzagentur
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BReg.	Bundesregierung
BSB	Beschäftigungsbedingungen für die Sonstigen Bediensteten der Europäischen Gemeinschaften
BSC	Ausschuss für Bankenaufsicht
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSP	Bruttosozialprodukt
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
Bül.	Berichte über Landwirtschaft (Zeitschrift)
BulLEG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
BulleU	Bulletin der Europäischen Union
BuW	Betrieb und Wirtschaft
BVA	Beratender Verbraucherausschuss
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BYIL	British Yearbook of International Law
BZBl.	Bundeszollblatt
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCCE	Comité de Contact des Consommateurs des Communautés Européennes
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté(s.) Européenne(s.)
CEE	Communauté Economique Européenne
CEEP	Centre Européen de l'Entreprise Publique
CEMT	Europäische Konferenz der Verkehrsminister

Abkürzungsverzeichnis

CEN	Comité Européen de Normalisation
CENELEC	Comité Européen de Normalisation Electronique
CEPT	Conférence Européenne des Administrations des Postes et des Télécommunications (Europäischen Konferenz der Verwaltungen für Post und Fernmeldewesen)
CERD	Comité de la Recherche et du Développement
CESAME	Sachverständigengruppe für Clearing und Abrechnung
CM	Common Market
CMA	Centrale Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft
CMLR	Common Market Law Review
COCOM	Communications Committee (Kommunikationsausschuss)
COREPER	Comité des Représentants Permanents des États Membres
COST	Coopération européenne dans la domaine de la Recherche Scientifique et Technique
CR	Computer und Recht
CREST	Comité de la Recherche Scientifique et Technique
DAC	Development Assistance Committee / Ausschuss für Entwicklungshilfe
DB	Der Betrieb
DCSI	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
ders.	derselbe
dh	das heißt
DHA	Deutsches Handelsarchiv
dies.	dieselbe(n)
DienstanwK	Dienstanweisung für den Kanzler (des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften)
DIN	Deutsches Institut für Normung
Dir.int.	Diritto internazionale
DirektZahlVerpflG	Direktzahlungen-Verpflichtungengesetz
DirektZahlVerpflV	Direktzahlungen-Verpflichtungenverordnung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dok.	Dokument
DOM	Departements d'outre mer (französische überseeische Departements)
Dr.	Droit
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DS	Droit Social
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DVAuslG	Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DWA	Direktwahlakte
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E.	Entwurf
EA	Europa-Archiv; Europaabkommen
EA/D	Europa-Archiv (Dokumente)
EAFE	Europäischer Ausschuss für Forschung und Entwicklung

EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGFL	Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EBA	European Banking Authority
ebd.	ebenda
EBWE	Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung
ECA	Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Afrika
ECAC	Europäische Zivilluftfahrtkonferenz
ECAFE	Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Asien und den Fernen Osten
ECC	Electronic Communications Committee (Ausschuss für elektronische Kommunikation)
ECE	Economic Commission for Europe
ECLR	European Competition Law Review
ECOSOC	Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen
ECRC	European Coalition for Responsible Credit
ECU	European Currency Unit
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEC	European Economic Community(ies)
EEF	Europäischer Entwicklungsfonds
EFRE	Europäischer Fonds für regionale Entwicklung
EFTA	Europäische Freihandelszone
EFWZ	Europäischer Fonds für währungspolitische Zusammenarbeit
EG	Europäische Gemeinschaften
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGFL	Europäischer Garantiefonds für die Landwirtschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMO	Einheitliche Gemeinsame Marktorganisation
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
EGZ	Europäische Gesellschaft für Zusammenarbeit
EIB	Europäische Investitionsbank
EIF	Europäischer Investitionsfonds
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority
EIPR	European Industrial Property Review
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELEC	Europäische Liga für wirtschaftliche Zusammenarbeit
ELER	Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechts-Konvention
endg.	endgültig
EnergieStG	Energiesteuergesetz
Entsch.	Entscheidung

Abkürzungsverzeichnis

entspr.	entsprechend
EÖD	Europäischer Öffentlicher Dienst
EP	Europäisches Parlament
EPC	European Payments Council
EPD oder EPPD	Einheitliches Programmplanungsdokument
EPL	European Public Law
EPZ	Europäische Politische Zusammenarbeit
ERE	Europäische Rechnungseinheit
ERG	European Regulators Group
Erl.	Erläuterungen
ESA	European Space Agency
ESF	Europäische Wissenschaftsstiftung
ESFS	Europäisches Finanzaufsichtssystem
ESMA	European Securities and Markets Authority
ESME	Expertengruppe Europäische Wertpapiermärkte
ESRB	European Systemic Risk Board
ESTG	Einkommensteuergesetz
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
etc	et cetera
ETL	European Transport Law
ETS	European Treaty Series
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
EU	Europäische Union
EU/EWR-HwV	Verordnung über die für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks
EuG oder EuGeI	Europäisches Gericht 1. Instanz
EuGen	Europäische Genossenschaft
EuGGes	Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVÜ	Europäischer Gerichtsstand- und Vollstreckungsübereinkommen
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUR	EURO
Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
EurBSt.	Europäisches Beamtenstatut, Europäisches Statut der Beamten der Gemeinschaften
EuRH	Europäischer Rechnungshof
EURONET	Europäisches Informations- und Datenübertragungsnetz
EurWi.	Europäische Wirtschaft
EuV	Europäischer Verein
EUV aF	Vertrag über die Europäische Union
EUV nF	Vertrag über die Europäische Union (Lissabon)
EuYB	European Yearbook
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EVV	Europäischer Verfassungsvertrag

EWA	Europäisches Währungsabkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWI	Europäisches Währungsinstitut
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Währungssystem; Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
EZB	Europäische Zentralbank
EZU	Europäische Zahlungsunion
f.	folgende
FAO	Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation der Vereinten Nationen
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FIAF	Finanzinstrument für die Ausrichtung der Fischerei
FIDE	Fédération Internationale de Droit Européen
Fin.Arch.	Finanzarchiv
FMSBechlG	Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikooptionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ (Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz)
FMStErgG	Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz)
FMStFG	Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds
FMStG	Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz)
Fn.	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau
FS	Festschrift
FSB	Financial Stability Board
FSC	Financial Services Committee
FSCG	Financial Services Consumer Group
FusV	Fusionsvertrag
G.	Gemeinschaft; Gesetz
GA	Generalanwalt
GA	Goltdammers Archiv
GAK	Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz
GAP	Gemeinsame Agrarpolitik
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GATS	Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
GB	Jährlicher Gesamtbericht der Kommission der EG
GD	Generaldirektion
gem.	gemäß

Abkürzungsverzeichnis

GenG	Genossenschaftsgesetz
GEREK	Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GFS	Gemeinsame Forschungsstelle
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GHP	Gemeinsame Handelspolitik
GM	Gemeinsame Maßnahme
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GMO	Gemeinsame Marktordnung
GO	Geschäftsordnung
GRC	Grundrechtecharta
grds.	Grundsätzlich
GrdStVG	Grundstücksverkehrsgesetz
grundl.	grundlegend
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
GU	Gazetta Ufficiale
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	(deutsches) Gerichtsverfassungsgesetz
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GZT	Gemeinsamer Zolltarif
GYIL	German Yearbook of International Law
hA	herrschende Auffassung
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HKG	Handelsklassengesetz
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HO	Haushaltsordnung
HöfeO	Höfeordnung
HolzabsFondsG	Holzabsatzfondsgesetz
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HwO	Handwerksordnung
HZA	Hauptzollamt
iA	im Auftrag
IAA	Internationales Arbeitsamt
IAEO	Internationale Atom-Energie-Organisation
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IATA	International Air Transport Association

ICAO	International Civil Aviation Organisation
ICJ	International Court of Justice
ICJ-Rep.	International Court of Justice; Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDA	Internationale Entwicklungsorganisation
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren/eigentlichen Sinn
IFC	Internationale Finanz-Corporation
IFG	Informations-Freiheitsgesetz
IGH	Internationaler Gerichtshof
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization
IMO (früher IMCO)	International Maritime Organization
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
insbes.	insbesondere
InVeKosDG	InVeKos-Datengesetz
InVeKosV	InVeKos-Verordnung
InVeKosS	Integriertes Verwaltungs- und Kontrollsystem
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iSd	im Sinne des/r
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe
IWF	Internationaler Währungsfonds
iwS	im weiteren Sinn
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAR	Jahrbuch des Agrarrechts
JArbZeitG	Jugendarbeitszeitgesetz
JBl	Juristische Blätter
JBL	Journal of Business Law
JCMS	Journal of Common Market Studies
JCP	Jurisclasseur périodique – La semaine juridique
JdEI	Jahrbuch der Europäischen Integration
JDI	Journal du Droit international
JIR	Jahrbuch des Internationalen Rechts
JO	Journal Officiel de la République Française
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Juristisches Büro
JuS	Juristische Schulung
JT	Journal des Tribunaux
JWTL	Journal of World Trade Law

Abkürzungsverzeichnis

JZ	Juristenzeitung
KartR	Kartellrecht
Kfz.	Kraftfahrzeug
KindArbSchG	Kindesarbeitsschutzgesetz
KMB	Klein- und Mittelbetriebe
KMU	Kleinere und mittlere Unternehmen
KN	Kombinierte Nomenklatur
KOM	Kommissionsdokument(e)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSE	Kölner Schriften zum Europarecht
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KSZE	Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
KWG	Kreditwesengesetz
LegRegG	Legehennenregistrierungsgesetz
Lfg.	Lieferung
LFGB	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
LHO	Landeshaushaltsordnung
LIEI	Legal Issues of European Integration
lit.	litera
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
LRE	Lebensmittelrechtliche Entscheidungen (Zeitschrift)
Ls.	Leitsatz
M.	Meinung
MA	Markenartikel
MarktStrG	Marktstrukturgesetz
MBL	Ministerialblatt
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MilchAbgV	Milchabgabenverordnung
MilchQuotV	Milchquotenverordnung
MinBINW	Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen
Mio.	Million(en)
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	The Modern Law Review
MMR	Multi Media und Recht
MOE	Mittel- und Osteuropa
MOEL	mittel- und osteuropäische Länder
MOG	Marktorganisationsgesetz
Mrd.	Milliarde(n)
mwN	mit weiteren Nachweisen
MWSt.	Mehrwertsteuer
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge

nF	neue Folge; neue Fassung
NGA	Next Generation Access
NGI	Neues Instrument gemeinschaftlicher Anleihen und Darlehen
NGO	Non-governmental Organization(s.)
NIMEXE	Warenverzeichnis für die Statistik des Außenhandels der Gemeinschaft und des Handels zwischen ihren Mitgliedstaaten
NJ	Neue Justiz
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NL-BzAR	Neue Landwirtschaft – Briefe zum Agrarrecht (Zeitschrift)
NRO	Nichtregierungsorganisation(en)
NRZZ	Nomenklatur des Rates über die Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Zollwesens
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
nv	noch nicht in der amtlichen Slg veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrheinwestfälisches Verwaltungsblatt
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OAS	Organisation Amerikanischer Staaten
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
öDRdA	Das Recht der Arbeit
OEEC	Organisation für Europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit
ÖJT	Verhandlungen des österreichischen Juristentages
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖZÖffR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
ÖZöRV	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLAF	Office Européen de Lutte Antifraude
OVG	Oberverwaltungsgericht
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PharmaR	Pharmarecht
PJZS	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PrivProt.	Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften
Prot.	Protokoll
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAE	Revue des affaires européennes
Ratsbeschl.	Ratsbeschluss
RB	Rahmenbeschluss

RBDI	Revue belge de droit international
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RdL	Recht der Landwirtschaft (Zeitschrift)
RDUE	Revue du droit de l'Union Européenne
RE	Rechnungseinheit
REACH	Registration, Evaluation and Authorization of Chemicals
Rec.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RFDA	Revue Française de Droit administratif
RGAT	Revue Générale des Assurances Terrestres
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGW	Rat für gegenseitige Wirtschaftshilfe (COMECON)
RHDI	Revue Hellenique de Droit International
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIPIA	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
Riv. dir. eur.	Rivista di diritto europeo
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
RIW [AWD]	Recht der Internationalen Wirtschaft [-Außenwirtschaftsdienst]
RL	Richtlinie
RLT	Raccolta delle lezioni Trieste, hrsg. vom Istituto per lo studio dei Trasporti nell'integrazione economica europea
RMC	Revue de Marché commun
RMCUE	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
RMT	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
Rn.	Randnummer
ROW	Recht in Ost und West
Rs.	Rechtssache
RSC	Radio Sctrum Committee (Frequenzausschuss)
RSPG	Radio Spectrum Policy Group (Gruppe für Frequenzpolitik)
Rspr.	Rechtsprechung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
RTDE	Revue trimestrielle du droit européen
RVO	Reichsversicherungsordnung
RZZ	Rat über die Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Zollwesens
s.	siehe
S.	Seite
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
SEK	Dokumente des Sekretariats der KOM
SEPA	Single European Payments Area
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg	Sammlung (der Rspr. des EuGH)

Slg ÖD	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs – Öffentlicher Dienst
sog	sogenannte(n)(r)
SozR	Sozialrecht, Entscheidungssammlung BSG
Spiegelstr.	Spiegelstrich
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
STABEX	System zur Stabilisierung der Ausfuhrerlöse für die von den AKP-Staaten nach der Gemeinschaft ausgeführten Waren
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StHG	Staatshaftungsgesetz
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StoffR	Zeitschrift für Stoffrecht
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
SVN	Satzung der Vereinten Nationen
SZR	Sondererziehungsrechte
TA	Technische Anleitung
TAC	Gesamtfangmenge (total allowable catch)
tir.	tiret (Spiegelstr.)
TKG	Telekommunikationsgesetz
tlw	teilweise
TMG	Telemediengesetz
Tr.	Traité
TR	Transportrecht
TranspR	Transportrecht
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tsd.	Tausend
ua	unter andere(m)(n); und andere
UCLAF	Unité de Coordination de la Lutte Antifraude
überw.	überwiegend
UEBL	Union Economique Belgo-Luxembourgoise
UEC	(Journal UEC) Zeitschrift der Union Européenne des Experts Comptables
UGB	Umweltgesetzbuch
UIG	Umweltinformationsgesetz
ÜLG	Überseeische Länder und Gebiete
umstr.	umstritten
UN	Vereinte Nationen
UNCITRAL	Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht
UNCTAD	Welthandelskonferenz
UNEP	Programm der Vereinten Nationen für den Umweltschutz
UNESCO	Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur
UNICE	Union der Industrien der Europäischen Gemeinschaft

Abkürzungsverzeichnis

UNIDO	UN-Organisation für industrielle Entwicklung
UNO	United Nations Organisation
UNRWA	Hilfswerk der Vereinten Nationen für Palästinaflüchtlinge
unstr.	unstreitig
Unterabs.	Unterabsatz
UNTS	United Nations Treaty Series
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UR	Umsatzsteuer-Rundschau
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
UStR	Umsatzsteuer-Richtlinie(n)
usw	und so weiter
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
uU	unter Umständen
UVR	Umsatz- und Verkehrssteuerrecht
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VE	Verpflichtungsermächtigung
verb.	verbunden
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfO	Verfahrensordnung
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VK	Vereinigtes Königreich
VN	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
VÖB	Verband öffentlicher Banken
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungs-rundschau
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VuR	Verbraucher und Recht
VV	Verwaltungsvorschrift
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VWD	Vereinigter Wirtschaftsdienst
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
vZA	verstärkte Zusammenarbeit
WAB	Währungsausgleichsbetrag bzw. -beträge
WB	Wettbewerbsbericht
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter, Beilage zu "Juristische Blätter"
WEU	Westeuropäische Union
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WHO	World Health Organisation
WiGBl.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes

WiR	Wirtschaftsrecht
WissR	Wissenschaftsrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
W.L.R.	The Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen
WpDVerOV	Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WSA	Wirtschafts- und Sozialausschuss
WTA	Welttextilabkommen, Multifaserabkommen
WTO	Welthandelsorganisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
WWU	Wirtschafts- und Währungsunion
YEL	Yearbook of European Law
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBJI	Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres
zB	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZE	Zahlungsermächtigung
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfS	Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIAs	Zeitschrift für internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZID	Zentrale InVeKoS-Datenbank
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZK	Zollkodex
ZK-DVO	Durchführungsverordnung zum Zollkodex
ZKR	Zentralkommission für die Rheinschifffahrt
ZKreditw.	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZP	Zusatzprotokoll
ZParl.	Zeitschrift für Parlamentsfragen

Abkürzungsverzeichnis

ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zT	zum Teil
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht - Rechtsprechungs- dienst
ZusVerfO	Zusätzliche Verfahrensordnung (des EuGH)
ZVerglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZVerkehrsw.	Zeitschrift für Verkehrswissenschaft
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik
zzgl.	zuzüglich
z.Zt.	zur Zeit
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A.

**Das System des Europäischen Binnenmarkt- und
Wirtschaftsordnungsrechts**

§ 1 Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht: Das System

Peter-Christian Müller-Graff

A. Das Europäische Wirtschaftsordnungsrecht im Spektrum wirtschaftsordnungsrechtlicher Modelle	1	Qualifikation der Marktwirtschaft seit Lissabon	64
I. Binnenmarktrecht und Wirtschaftsordnungsrecht: Begriffe und Gemeinwohl-funktion	1	a) Das unveränderte Zusammenwirken der Einzelelemente	65
II. Das Spektrum wirtschaftsordnungsrechtlicher Modelle	7	b) Die akzentuierte teleologische Auslegung der Einzelvorschriften	66
1. Zentrales Wirtschaftsordnungssystem	8	aa) Materielle Ausführungsbestimmungen	67
2. Dezentrales Wirtschaftsordnungssystem	9	bb) Ausführende Kompetenzvorschriften	70
3. Gespaltenes Wirtschaftsordnungssystem	11	C. Die vier wirtschaftsordnungsrechtlichen Grundelemente in der positivierten Auffächerung des Rechts der Europäischen Union	72
III. Normative Strukturelemente eines dezentralen Wirtschaftsordnungsrechts	12	I. Die Freiheitsgewährleistungen des Wirtschaftsordnungsrechts der Union	73
1. Freiheitsgewährleistung	13	1. Die Gewährleistung der Grundfreiheiten des transnationalen Marktzugangs	74
2. Systemgewährleistung	15	2. Die Sicherung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten durch den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz	75
3. Schutzgutsicherung	19	3. Die unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung wirtschaftsrechtlicher Handlungsfreiheiten	78
4. Ergebnissicherung	21	4. Die Instandsetzung von Marktteilnehmern zum verantwortbaren Gebrauch ihrer Freiheitsrechte	79
B. Das Europäische Wirtschaftsordnungsrecht im Textprofil des Primärrechts nach der Vertragsreform von Lissabon	24	5. Die marktrechtlichen Rechtfertigungserfordernisse der Einschränkung der Freiheitsgewährleistungen	80
I. Die primärrechtliche Grundsatzentscheidung	25	II. Die Systemgewährleistungen des Wirtschaftsordnungsrechts der Union	81
II. Die Einzelelemente des primärrechtlich positivierten Wirtschaftsordnungsrechts der Europäischen Union	28	1. Die Systemgewährleistung durch Wettbewerbsregeln für Unternehmen	82
1. Marktwirtschaft	29	a) Das Verbot horizontaler Konzentrierung und die Verbotsfreistellung	83
a) Herkunft und Stellenwert des Marktgedankens in der europäischen Integration	30	b) Das Verbot vertikaler Konzentrierung und die Verbotsfreistellung	84
b) Der Begriff des Marktes im Recht von Binnenmarkt und Marktwirtschaft	35	c) Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	85
c) Die Verpflichtung der „Wirtschaftspolitik“ von Mitgliedstaaten und Union auf den Grundsatz der Marktwirtschaft (Wirtschaftsunion)	38	d) Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen	88
aa) „Wirtschaftspolitik“	39	e) Das Verbot unlauteren Wettbewerbs	91
bb) Die Bindung an den Grundsatz einer Marktwirtschaft	42	f) Die Gefährdung innovativen Wettbewerbs durch imitativen Wettbewerb	94
d) Normative Qualifizierungen der Marktwirtschaft im Sinne des Wirtschaftsordnungsrechts der Union	43	g) Die Durchsetzungsmittel systemsichernder Bestimmungen	95
aa) Offenheit	44		
bb) Wettbewerbsfähigkeit	48		
cc) Sozialgebundenheit	49		
2. Wettbewerb als normativer Zweckbegriff	57		
a) Grundbegriff des Wettbewerbs	58		
b) Primärrechtliche Qualifizierungen des Wettbewerbs	59		
aa) Freiheit	60		
bb) Unverfälschtheit	61		
3. Das normative Verhältnis von sozialer und wettbewerblicher			

2. Spezifische Wettbewerbsregeln für die öffentliche Hand	96	aa) Spezifische Rechtssetzungs-	kompetenzen zur Schutzguts-	icherung	114
a) Systemsicherung gegenüber den einzelstaatlichen öffentlichen Händen	97	bb) Implizite Rechtssetzungskompetenzen zur Schutzguts-	sicherung im Rahmen der Binnen-	marktförderung	116
aa) Systemsicherung gegen wettbewerbsverfälschende mitgliedstaatliche Beihilfen	98	cc) Kohärenz- und Querschnittsaufträge zur Schutzguts-	sicherung	118	
bb) Systemsicherung gegen Wettbewerbsverfälschungen durch öffentliche Auftragsvergabe ...	103	2. Schutzgutsicherung durch die unionsrechtlich umhiegten mitgliedstaatlichen Rechtsord-	nungen	121	
cc) Systemsicherung gegen die wettbewerbliche Begünstigung öffentlicher oder öffentlich privilegierter Unternehmen	104	a) Unionsrechtlich determinierte mitgliedstaatliche Schutzguts-	sicherung	122	
dd) Systemsicherung gegen sonstige binnenmarktbeeinträchtigende Wettbewerbsbeeinträchtigungen	105	b) Mitgliedstaatliche Schutzguts-	sicherung unter unionsrechtlicher Kompatibilitätskontrolle ..	123	
b) Systemsicherung gegen Maßnahmen der unionalen öffentlichen Hand	106	IV. Die Ergebnissicherungen im Wirtschaftsordnungsrecht der Union	124		
3. Systemfördernde präventive Ermöglichung des Marktzugangs in Netzindustrien	107	1. Sektorale Ergebnissteuerung: Landwirtschaft, Fischerei, Energie, Verkehr, Telekommunikation	125		
III. Schutzgutsicherungen im Wirtschaftsordnungsrecht der Union	108	a) Landwirtschaft und Fischerei ..	127		
1. Schutzgutsicherungen durch Unionsrecht	109	b) Energie und Telekommunikation	128		
a) Unmittelbar anwendbares unionales Schutzgutsicherungsrecht (Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ua) ..	110	2. Exkurs: Globalsteuerung und Infrastrukturpolitik	130		
b) Primärrechtliche Ermächtigungen zur sekundärrechtlichen Schutzgutsicherung	113	a) Globalsteuerung einschließlich Preisstabilität (Währungsunion)	131		
		b) Infrastrukturpolitik	133		
		Verzeichnis wichtiger Entscheidungen	134		

Literatur: *Adenauer, Konrad*, Erinnerungen 1945–1953, Stuttgart 1965; *Arbeitskreis Europäische Integration* (Hrsg.), Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Ordnungsprobleme der EG, Baden-Baden 1978; *Axster, Oliver*, Abgrenzung antikompetitiver von den zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Niederleithinger, Ernst/Werner, Rosemarie/Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Otfried Lieberknecht, München 1997, S. 225; *Badura, Peter*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Frankfurt/Main 1971; *Banquero Cruz, Julio*, Between Competition and Free Movement – The Economic Constitutional Law of the European Community, Oxford/Portland 2002; *Basedow, Jürgen*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, Tübingen 1992; *ders.*, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 49 ff.; *ders.*, Gruppenfreistellung oder Leitlinien?, EuZW 2020, 1 f.; *Baudenbacher, Carl/Tresselt, Per/Örlygsson, Thorgerir* (Hrsg.), The EFTA-Court. Ten Years On, Oxford/Portland 2005; *Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., München 2001; *Baur, Jürgen/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst* (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974; *Becker, Ulrich*, Die soziale Dimension des Binnenmarktes, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Baden-Baden 2004; *Behrens, Peter*, Integrationstheorie. Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung, RabelsZ 45 (1981), 8 ff.; *ders.*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft, in: Brüggemeier, Gert (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, Baden-Baden 1994, S. 73 ff.; *ders.*, Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, 103; *ders.*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht – Eine systematische Darstellung der Wirtschafts- und Wettbewerbsverfassung der EU, Heidel-

berg 2017; *Bender, Achim*, Europäisches Markenrecht. Das Gemeinschaftsmarkensystem, München 2008; *Besters, Hans*, Neue Wirtschaftspolitik durch Angebotslenkung, Baden-Baden 1979; *Blanke, Hermann-Josef/Scherzberg, Arno/Wegner, Gerhard* (Hrsg.), Dimensionen des Wettbewerbs, Tübingen 2010; *Böge, Ulf/Jacoby*, Die Berücksichtigung von Effizienzen in der Fusionskontrolle, BB 2005, 113; *Böhm, Franz*, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung), Tübingen 1950; *ders.*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, Baden-Baden 1980; *Börner, Bodol/Jahrreiß, Hermann/Stern, Klaus* (Hrsg.), Festschrift für Karl Carstens, Köln/Berlin/Bonn/München 1984; *ders./Neundörfer, Konrad* (Hrsg.), Recht und Praxis der Beihilfen um Gemeinsamen Markt, Köln/Berlin/Bonn/München 1984; *Brechmann, Winfried*, Die richtlinienkonforme Auslegung, München 1994; *Breuer, Ludger*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele, Baden-Baden 2013; *Breuss, Fritz/Cottier, Thomas/Müller-Graff, Peter-Christian* (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008; *Brubns, Malte*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Heidelberg 2001; *Brüggemeier, Gert* (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, Baden-Baden 1994; *ders.* (Hrsg.), Liber Amicorum Eike Schmidt, Heidelberg 2005; *Burghardt, Günter*, Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag. Zur Auslegung des Art. 222 EWGV, Appel 1969; *Christen, Heinz Peter*, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, St. Gallen 1970; *Classen, Claus Dieter/Heiss, Helmut/Supron-Heidel, Anna* (Hrsg.), Polens Rechtsstaat am Vorabend des EU-Beitritts, Tübingen 2004; *Clauder, Arnulf* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsfragen der europäischen Integration, Bergisch Gladbach 1969; *Clemens, Gabriele/Reinfeldt, Alexander/Wille, Gerhard*, Geschichte der europäischen Integration, Paderborn 2008; *Clostermeyer, Maximilian*, Staatliche Übernahmeabwurf und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, Baden-Baden 2011; *Coing, Helmut/Kronstein, Heinrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), Festschrift Böhm, Karlsruhe 1965; *Cremer, Wolfram*, Der programmierte Verfassungskonflikt. Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf, NVwZ 2003, 1452; *Cruz Vilaça, José Luís da/Vasconcelos, Rita Leandrol Gorjão-Henriques, Miguel/Saavedra, Alberto* (Hrsg.), The internal market and the digital economy/Le marché intérieur et l'économie digital/Der Binnenmarkt und die digitale Wirtschaft, Coimbra 2018; *Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter/Jacobs, Matthias/Kaiser, Dagmar/Weber, Christoph* (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen, Tübingen 2006; *Dietrich, Johannes*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Baden-Baden 2012; *Di Nella, Luca*, Die „costituzione economica italiana“. Historische Entwicklungslinien der Unternehmensfreiheit und ihre europäischen Perspektiven aus italienischer Sicht, in: Müller-Graff, Peter-Christian/Riedel, Eibe (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, Baden-Baden 2008, S. 237 ff.; *Drexel, Claudia*, Der Beweis in der jüngeren EuGH-Judikatur, EuZW 2019, 533 ff.; *Drexel, Josef*, Wettbewerbsverfassung, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg, 2009, S. 905; *Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden, 1995; *Eisenführ, Günther/Schennen, Detlef*, Gemeinschaftsmarkenverordnung, 3. Aufl., Köln 2010; *Epiney, Astrid*, Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2019; *Eucken, Walter*, Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., Berlin/Göttingen, 1950; *ders.*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (Wirtschaftspolitik), Bern 1952; *Everling, Ulrich*, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung in der europäischen Gemeinschaft, in: Baur, Jürgen/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S. 379; *ders.*, Wirtschaftsverfassung und Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, in: Immenga, Ulrich/Möschel, Wernhard/Reuter, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, S. 365 ff.; *Fehling, Michael/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010; *Foerster, Rolf Hellmut*, Europa. Geschichte einer politischen Idee, München 1967; *Fikentscher, Wolfgang*, Wirtschaftsrecht, Band 2, München 1983; *Frenz, Walter/Ehlenz, Christian*, Europäische Wirtschaftspolitik nach Lissabon, GewArch 2010, 329; *Forsthoff, Ulrich*, Bankenunion und Bundesverfassungsgericht, EuZW 2019, 977 ff.; *Friedrich, Gerd/Richter, Helmut/Stein, Horst/Wittich, Gerhard* (Hrsg.), Leitung der sozialistischen Wirtschaft, Berlin 1976; *Fritzsche, Jörg*, Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung

nach Artikel 85 EG-Vertrag, ZHR 140 (1976), 31; *Fuchs, Andreas*, Effizienzorientierung im Wettbewerbs- und Kartellrecht?, in: *Fleischer, Holger/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, ZHR Beiheft 1974, 2009, S. 69; *Gabriel, Oscar/Müller-Graff, Peter-Christian/Steger Christian O.* (Hrsg.), Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 2010; *Gasse, Dirk*, Die Bedeutung der Querschnittsklauseln für die Anwendung des Kartellrechts, Frankfurt am Main, 2000; *Grabenwarter, Christoph*, Unternehmertum und unternehmerische Freiheit, in: *Grabenwarter, Christoph/Pöcherstorfer, Winfried/Rosenmayr-Klemenz, Claudia* (Hrsg.), Die Grundrechte des Wirtschaftslebens nach dem Vertrag von Lissabon, Wien 2012; *Grundmann, Stefan*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2011; *Guski, Roman*, Wettbewerb und Privatautonomie – Gegenseitige Gefährdungen im digitalen Zeitalter, ZWeR 2019, 272 ff.; *Gutmann, Gernot/Hochstrate, Joachim/Schlüter, Rolf*, Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1964; *Habersack, Mathias/Verse, Dirk A.*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019; *Hamann, Andreas*, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied 1958; *Hanschel, Dirk/Graf Kielmannsegg, Sebastian/Kischel, Uwe/Koenig, Christian/Lorz, Ralph Alexander* (Hrsg.), Festschrift für Eibe Riedel, Berlin 2013; *Happle, Martin*, Die rechtliche Grundstruktur der Agrarmarktorganisation, in: *Clauder, Arnulf* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsfragen der europäischen Integration, Bergisch Gladbach 1969; *Hasse, Rolf/Molsberger, Josef/Watrin, Christian* (Hrsg.), Festschrift für Willgerodt, Stuttgart 1994; *Hatje, Armin*, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: *von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg, 2009, S. 801ff.; *ders./Terbechte, Jörg-Philipp* (Hrsg.), Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung, EuR 2004; *ders./Müller-Graff, Peter-Christian/Terbechte, Jörg-Philipp* (Hrsg.), Europarechtswissenschaft, 2018; *Hoppmann, Erich*, Soziale Marktwirtschaft oder konstruktivistischer Interventionismus?, in: *Tuchfeldt, Egon* (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft im Wandel, Freiburg 1973, 27; *Heuer, Uwe-Jens* (Hrsg.), Wirtschaftsrecht, Berlin 1985; *Heusel, Wolfgang/Rageade, Jean-Philippe* (Hrsg.), The Authority of EU Law, Berlin 2019; *Hoenisch, Hans J.*, Planifikation. Recht zwischen Plan und Freiheit, Berlin 1974; *Horn, Norbert*, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im Neuen Bundesgebiet, Köln 1991; *Huber, Ernst Rudolf*, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 97, 135, 172, 200; *Jansen, Thomas/Mahncke, Dieter* (Hrsg.), Persönlichkeiten der Europäischen Integration, Bonn 1981; *Joerges, Christian*, Macht Europa seiner Wirtschaftsverfassung den Prozess? – Ein melancholischer Rückblick, in: *Brüggemeier, Gert* (Hrsg.), Liber Amicorum Eike Schmidt, Heidelberg 2005, S. 187; *ders.*, Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise, Der Staat 51 (2012) 357 ff.; *Jürgensen, Harald/Kantzenbach, Erhard*, Ansatzmöglichkeiten gesamtwirtschaftlicher Planung, in: *Kaiser, Joseph H.* (Hrsg.), Planung II, Baden-Baden 1966, S. 49; *Jung, Maribel*, Die Europäisierung des Gemeinwohls am Beispiel des Art. 106 Abs. 2 AEUV, Baden-Baden 2018; *Kaddous, Christine*, L'Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse, in: *Breuss, Fritz/Cottier, Thomas/Müller-Graff, Peter-Christian* (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess 2008, S. 153ff.; *Kabl, Wolfgang*, Umweltpolizistik und Gemeinschaftsrecht, Heidelberg 1993; *ders.*, Die Kompetenzen der EU in der Umweltpolitik nach Lissabon, EuR 2009, 601 ff.; *Kainer, Friedemann/Repasi, René* (Hrsg.), Trade Relations after Brexit, Baden-Baden 2019; *Kaiser, Joseph H.* (Hrsg.), Planung II, Baden-Baden 1966; *Kant, Immanuel*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Berlin 1793 (Ausgabe Hamburg, 1992); *Knauff, Matthias*, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, 725; *Kömpf, Anja*, Staatseinfluss auf die Volkswagen AG, Frankfurt am Main, 2010; *Kofner, Stefan*, Finanzmarktkrise, WM 2008, 653; *Körner, Heiko*, Soziale Marktwirtschaft in der pluralistischen Gesellschaft, WD 2008, 237; *Kösters, Wim/Zimmermann, Tobias*, Integrative und trennende Wirkungen der europäischen Währungsunion, in: *Müller-Graff, Peter-Christian* (Hrsg.), Der Zusammenhalt Europas – In Vielfalt geeint, Baden-Baden 2009, S. 43 ff.; *Krispenz, Sabina*, Das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit im Unternehmensbegriff des Europäischen Kartellrechts, Baden-Baden 2011; *Krüger, Herbert*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DBVl. 1951, 361 ff.; *Kube, Hanno/Mellinghoff, Rudolf/Morgenthaler, Gerd/Palm, Ulrich/Publ, Thomas/Seiler, Christian* (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Band 1, Karlsruhe 2013; *Küsters, Hanns Jürgen*, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Baden-Baden 1982; *Lange, Knut W.* Die An-

wendung des europäischen Kartellrechts auf staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen, EuR 2008, 3; *Leisner, Walter*, Die soziale Marktwirtschaft als Grundlage der Wirtschafts- und Sozialverfassung, in: Sodan, Helge (Hrsg.), Die sozial-marktwirtschaftliche Zukunft der Krankenversicherung, Berlin, S. 40 f.; *Luczak, Jan-Marco*, Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, Berlin 2009; *Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter* (Hrsg.), SE-Kommentar, Köln 2008; *Lutz, Vera C.*, Zentrale Planung für die Marktwirtschaft, Tübingen 1973; *Machetzki, Rüdiger* (Hrsg.), Sozialistische und planwirtschaftliche Systeme Asiens im Umbruch, China – Südostasien aktuell, Berlin 1989; *Machlup, Fritz*, Die wirtschaftliche Grundlagen des Patentrechts, GRUR Int 1961, 373ff., 473ff., 524ff.; *Mádl, Ferenc/Müller-Graff, Peter-Christian* (Hrsg.), Hungary – From Europe Agreement to a Member Status in the European Union, Baden-Baden 1996; *Meßerschmidt, Klaus*, Europäisches Umweltrecht, München 2011; *Mestmäcker, Ernst Joachim*, Wirtschaft und Verfassung (Wirtschaft und Verfassung), DÖV 1964, 606 ff.; *ders.*, Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Offene Märkte), in: Coing, Helmut/Kronstein, Heinrich/Mestmäcker, Ernst Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, in FS Böhm, Karlsruhe 1965, S. 345 ff.; *ders.*, Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie (Recht und ökonomisches Gesetz), Baden-Baden 1978; *ders.*, Wirtschaftsrecht (Wirtschaftsrecht), RabelsZ 54 (1990), 409 ff.; *ders.*, Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union (Wirtschaftsverfassung in der EU), in: Hasse, Rolf/Molsberger, Josef/Watrin, Christian (Hrsg.), Ordnung in Freiheit – Festschrift für Willgerodt, Stuttgart 1994, S. 263 ff.; *ders.*, Bausteine zu einer Wirtschaftsverfassung – Franz Böhm in Jena, Jena 1996; *ders.*, Soziale Marktwirtschaft und die Europäisierung des Rechts, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, S. 288; *ders./Möschel, Wernhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Verfassung und Politik im Prozess der europäischen Integration, Baden-Baden 2008; *ders./Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014; *Monnet, Jean*, Mémoires, Paris 1976; *Möschel, Wernhard*, Das Wirtschaftsrecht der Banken (Wirtschaftsrecht der Banken), Frankfurt am Main 1972; *ders.*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln/Berlin/Bonn/München 1983; *ders.*, Finanzkrise und Marktwirtschaft, WuW 2008, 1283 ff.; *Molle, Willem*, The Economics of European Integration, 5. Aufl., Aldershot 2006; *Müller, Jürgen/Vogelsang, Ingo*, Staatliche Regulierung, Baden-Baden 1979; *Müller-Armack, Alfred*, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, Hamburg 1947; *ders.*, Soziale Marktwirtschaft, in: von Beckerath, Erwin (Hrsg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Stuttgart 1956; *ders.*, Soziale Irenik, in: Müller-Armack, Alfred (Hrsg.), Religion und Wirtschaft. Geistesgeschichtliche Hintergründe unserer europäischen Lebensform, Stuttgart 1959, S. 559; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur europäischen Integration (Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik), Freiburg 1966; *ders.*, Genealogie der sozialen Marktwirtschaft, 2. Aufl., Bern 1966; *Müller-Graff, Johanna*, Der Parallelhandel mit Arzneimitteln im europäischen Binnenmarktrecht, Bern 2014; *Müller-Graff, Peter-Christian*, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht (Marktrecht), Tübingen 1984; *ders.*, Ordnungspolitische Divergenzen und wettbewerbliche Lauterkeit in der Verfassung des Gemeinsamen Marktes, in: Börner, Bodo/Jahrreiß, Hermann/Stern, Klaus (Hrsg.), Einigkeit und Recht und Freiheit. Festschrift für Karl Carstens, Köln/Berlin/Bonn/München 1984, S. 209 ff.; *ders.*, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), 403ff.; *ders.*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, 107; *ders.*, Binnenmarktziel und Rechtsordnung – Binnenmarktrecht (Binnenmarktrecht), Bergisch Gladbach 1989; *ders.*, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1989 (2. Aufl. 1991); *ders.*, Die Freistellung vom Kartellverbot, EuR 1992, 1 ff.; *ders.*, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?, ZHR 159 (1995), 34 ff.; *ders.*, Die wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft als gemeineuropäische Verfassungsprinzip?, EuR 1997, 433 ff.; *ders.*, Europäische Verfassung und Grundrechtscharta. Die Europäische Union als transnationales Gemeinwesen, integration 2000, 34 ff.; *ders.*, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, EuR Beiheft 1/2002, S. 7 ff.; *ders.*, Umweltschutz und Grundfreiheiten, in: Rengeling, Hans-Werner (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/

München, 2003, S. 239 ff.; *ders.*, Wandel des Europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts, ZHR 168 (2004), 1 ff.; *ders.*, Rechtsstaatlichkeit als EU-Beitrittsvoraussetzung, in: Classen, Claus Dieter/Heiss, Helmut/Suproñ-Heidel, Anna (Hrsg.), Polens Rechtsstaat am Vorabend des EU-Beitritts, Tübingen 2004, S. 1 ff.; *ders.*, Die Strukturmerkmale des neuen Verfassungsvertrages für Europa, integration 2004, 186 ff.; *ders.*, The Impact of Climate, Geography and other Non-Legal Factors in EC Law and EEA-Law, in: Baudenbacher, Carl/Tresselt, Per/Örlygsson, Thorgeir (Hrsg.), The EFTA-Court. Ten Years On, Oxford/Portland 2005, S. 55 ff.; *ders.*, Das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten im Lichte des Europäischen Verfassungsvertrages, EuR Beiheft 1/2006, S. 19 ff.; *ders.*, Die Einwirkung nationalen Rechts auf das Europäische Gemeinschaftsrecht, in: Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter/Jacobs, Matthias/Kaiser, Dagmar/Weber, Christoph (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen, Tübingen 2006, S. 583 ff.; *ders.*, Der Vertrag von Lissabon auf der Systemspur des Europäischen Primärrechts, integration 2008, 12 ff.; *ders.*, Finanzmarktkrise und Wirtschaftsordnungsrecht, EWS 2009, 201 ff.; *ders.*, Gesellschaftsrecht im Kontext des Europäischen Wirtschaftsordnungsrechts, EWS 2009, 489 ff.; *ders.*, Das verschleierte Antlitz der Lissabonner Wirtschaftsverfassung, ZHR 173 (2009), 443; *ders.*, Lokale Tätigkeit in der Daseinsvorsorge und deren Binnenmarktrelevanz, in: Gabriel, Oscar/Müller-Graff, Peter-Christian/Steger Christian O. (Hrsg.), Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 2010, S. 27 ff.; *ders.*, 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Europarechts, JöR N.F. 59 (2011), S. 141 ff.; *ders.*, Soziale Marktwirtschaft als neuer Primärrechtsbegriff der Europäischen Union, in: Müller-Graff, Peter-Christian/Schmahl, Stefanie/Skouris, Vassilios (Hrsg.), Europäisches Recht in Bewährung und Wandel, Festschrift für Dieter H. Scheuing, Baden-Baden 2011, S. 600 ff.; *ders.*, Das Prinzip der Selbstverantwortung im heutigen Privatrecht – Europarechtliche Grundlagen, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, Tübingen 2011, S. 139 ff.; *ders.*, Gegenseitige Anerkennung im Europäischen Unionsrecht, ZVglRWiss 111 (2012), 72 ff.; *ders.*, Die rechtliche Neujustierung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, ZHR 176 (2012), 2 ff.; *ders.*, Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union, Bonn 2012; *ders.*, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in: Kube, Hanno/Mellinghoff, Rudolf/Morgenthaler, Gerd/Palm, Ulrich/Puhl, Thomas/Seiler, Christian (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Band 1, Karlsruhe 2013, S. 1073 ff. (§ 101); *ders.*, „Nous ne coalisons pas des États. Nous unissons des hommes“ – Variationen zu Jean Monnet, in: Hanschel, Dirk/Graf Kielmannsegg, Sebastian/Kischel, Uwe/Koenig, Christian/Lorz, Ralph Alexander (Hrsg.), Mensch und Recht. Festschrift für Eibe Riedel, Berlin 2013, S. 429 ff.; *ders.*, Europäische Gesellschaftsrechtspolitik auf hoher See des Wettbewerbs, ZHR 177 (2013), 563 ff.; *ders.*, Die Rolle der Grundrechte in der föderalen Rechtsgemeinschaft der Europäischen Union, ZöR 2013, 685 ff.; *ders.*, Das EuGH-Urteil zum Europäischen Stabilitätsmechanismus, RIW 2013, 111 ff.; *ders.*, Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2014, 3 ff.; *ders.*, Banque centrale européenne: monnaie, justice, démocratie – de Karlsruhe à Luxembourg, REA No. 112/2014, S. 17 ff.; *ders.*, The Rule of Law in European Integration – Roots, Functions, Challenges, Kiew 2018; *ders.*, Der europäische Binnenmarkt als Einheit, in: Anderheiden, Michael (Hrsg.), 25 Jahre Vertrag von Maastricht, Baden-Baden, 2018, 91 ff.; *ders.*, Die Wirtschafts- und Währungsunion als Herausforderung des Unionsrechts, in: Heusel, Wolfgang/Rageade, Jean-Philippe (Hrsg.), The Authority of EU Law, Berlin 2019, S. 195 ff.; *ders.*, Die Verfassungsziele der EU, in: Dauses, Manfred/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 49. EL, München 2019, A I; *ders./Zuleeg, Manfred* (Hrsg.), Staat und Recht in der EG. Kolloquium für Börner, Baden-Baden 1987; *ders./Jackson, John H.* (Hrsg.), Transatlantic Perspectives on International Economic Law, Baden-Baden 2009; *ders./Zehetner, Franz*, Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften (Öffentliche und privilegierte Unternehmen), Linz 1991; *ders.* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft (Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft), Baden-Baden 1993 (2. Aufl. 1999); *ders.* (Hrsg.), East Central European States and the European Communities: Legal Adaptation to the Market Economy, Baden-Baden 1993; *ders./Selvig, Erling* (Hrsg.), The European Economic Area, Berlin/Oslo, 1997; *ders./Riedel, Eibe* (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, Baden-Baden 1998; *ders.* (Hrsg.), Die Europäische Gemeinschaft in der Welthandelsorganisation. Globalisierung und Weltmarktrecht

als Herausforderung für Europa, Baden-Baden 2000; *ders.* (Hrsg.), Der Zusammenhalt Europas – In Vielfalt geeint, Baden-Baden 2009; *ders./Teichmann, Christoph* (Hrsg.), Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, Baden-Baden 2010; *ders.* (Hrsg.), Europäische Union und USA – Europas nordatlantische Aufgaben, Baden-Baden 2016; *ders.* (Hrsg.), Die Beziehungen der Europäischen Union und Russland, Baden-Baden 2017; *ders.* (Hrsg.), Die Beziehungen zwischen der Europäischen Union und China, Baden-Baden 2017; *Mussler, Werner*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel, Baden-Baden 1998; *Niederleitbinger, Ernst/Werner, Rosemarie/Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Festschrift für Otfried Lieberknecht, München 1997; *Nipperdey, Hans Carl*, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRiZ 1950, 193 ff; *ders.*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland (Soziale Marktwirtschaft), Karlsruhe 1954; *ders.*, Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht (Wirtschaftsverfassung), Köln 1960; *ders.*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz (Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz), 3. Aufl., Köln 1965; *Nowak, Carsten*, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, EuR Beiheft 1/2009, S. 185; *ders.*, Wettbewerb und soziale Marktwirtschaft in den Regeln des Lissabonner Vertrages, EuR Beiheft 2/2011, S. 21; *Opbühls, Carl Friedrich*, Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung, ZHR 124 (1962), 136 ff.; *Oppermann, Thomas*, Europäische Wirtschaftsverfassung nach der Einheitlichen Europäischen Akte, in: Müller-Graff, Peter-Christian/Zuleeg, Manfred (Hrsg.), Staat und Recht in der EG. Kolloquium für Börner, Baden-Baden 1987, S. 53 ff.; *Oster, Jan*, Privatrechtliche Schadensersatzansprüche zur Durchsetzung des Unionsrechts am Beispiel der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, EuR 2019, 578 ff.; *Pichler, Philipp Daniel*, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, Baden-Baden 2009; *Picot, Arnold* (Hrsg.), 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, München 2008; *Pohl, Christian*, Die französische Wirtschaftsverfassung zwischen Marktwirtschaft und Interventionismus, in: Müller-Graff, Peter-Christian/Riedel, Eibe (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, Baden-Baden 1998, 223 ff; *Priebe Hermann/Scheper, Wilhelm/von Urff, Winfried*, Agrarpolitik in der EG. Probleme und Perspektiven, Baden-Baden 1964; *Raiser, Ludwig*, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät Göttingen (Hrsg.), Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950, S. 181 ff.; *Rahmsdorf, Detlev W.*, Ordnungspolitischer Dissens und europäische Integration, Kehl am Rhein 1982; *Rasch, Harold*, Grundfragen der Wirtschaftsverfassung, Bad Godesberg 1958; *Rathke, Hannes*, Sondervertragliche Kooperationen, Tübingen 2019; Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät Göttingen (Hrsg.), Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950; *Rengeling, Hans-Werner* (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 2003; *Riesenhuber, Karl*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (Europäisches Vertragsrecht), Berlin 2003; *ders.*, (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung (Prinzip Selbstverantwortung), Tübingen 2011; *ders.*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin/München/Boston 2014; *Rittner, Fritz/Dreher, Meinrad*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2008; *dies.*, 60 Jahre Grundgesetz und Wirtschaftsrecht, JöR 59 (2011), S. 59; *Rödl, Florian*, Europäisches Verfassungsziel „soziale Marktwirtschaft“ – kritische Anmerkungen zu einem populären Modell, integration 2005, 150; *Ruffert, Matthias*, Grundfragen der Wirtschaftsregulierung, in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Heidelberg 2012, § 21; *ders.*, Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 124 (2009), 197 ff.; *Ruhl, Oliver*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 2. Aufl., Köln 2010; *Rupp, Hans H.*, Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“, Tübingen 1974; *Saria, Gerhard*, Private Normung als staatliche Maßnahme, EuZW 2020, 53 ff., 90 ff.; *Scherer, Josef*, Die Wirtschaftsverfassung der EWG, Baden-Baden 1970; *Scheuing, Dieter H.*, Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, EuR 1989, 152; *ders.*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162; *Schmidt, André*, Die Integrationskraft des Europäischen Binnenmarktes, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Der Zusammenhalt Europas – In Vielfalt geeint, Baden-Baden 2009, S. 23 ff.; *ders./Wohlgemuth, Michael*, Das Wettbewerbskonzept der EU aus der Sicht der Wirtschaftswissenschaften: Wie ökonomisch ist der „more economic approach“?, in: Blanke, Hermann-Josef/Scherzberg, Arno/Wegner, Gerhard (Hrsg.), Dimensionen

des Wettbewerbs, Tübingen 2010, S. 51; *Schmidt, Reiner*, Wirtschaftspolitik und Verfassung, Baden-Baden 1971; *Schmidt-Preuß, Matthias*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz vor dem Hintergrund des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Währungsunion, DVBl. 1993, 236; *ders.*, Die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsordnung der Europäischen Union, in: Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker, München 2011, S. 969 ff.; *Schön, Wolfgang*, Selektivität schlägt Souveränität, ZHR 183 (2019) 393 ff.; *Schröder, Meinhard*, Umweltschutz als Gemeinschaftsziel und Grundsätze des Umweltschutzes, in: Rengeling, Hans-Werner (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2003, S. 199 f.; *Schwarze, Jürgen*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, 334 ff; *ders.*, Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents, EuZW 2004, 136; *ders.* (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Baden-Baden 2004; *Seidel, Martin*, Grundfragen des Beihilfenaufsichtsrechts der Europäischen Gemeinschaften, in: Börner, Bodo/Neundörfer, Konrad (Hrsg.), Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, Köln/Berlin/Bonn/München 1984, S. 74; *Selmayr, Martin*, Der Vertrag ohne Pathos, in: Mestmäcker, Ernst Joachim/Möschel, Wernhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Verfassung und Politik im Prozess der europäischen Integration, Baden-Baden 2008, S. 78; *Sodan, Helge* (Hrsg.), Die sozial-marktwirtschaftliche Zukunft der Krankenversicherung, Berlin 2005; *Strauss, Walter*, Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, Tübingen 1952; *Strohm, Gottfried*, Wettbewerbsbeschränkungen in Patentlizenzverträgen nach amerikanischem und deutschem Recht, Köln/Berlin/Bonn/München 1971; *Stumpf, Cordula/Kainer, Friedemann/Baldus, Christian* (Hrsg.), Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration – Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, Baden-Baden 2015; *Such, Heinz/Schüsseler, Rolf* (Hrsg.), Lehr- und Studienmaterial zum Wirtschaftsrecht, Berlin 1972; *Teichmann, Christoph*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, Berlin 2006; *Thiele, Willi*, Einführung in das Wirtschaftsverfassungsrecht, Göttingen 1970; *Tholl, Gerhard*, Die französische Planification – Ein Vorbild? ORDO 15/16 (1965), 197 ff.; *Thürer, Daniel/Weber, Rolf H./Portmann, Wolfgang/Kellerhals, Andreas* (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II – Schweiz – EU, Zürich 2007; *Tobler, Christa*, Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU: eine unsichere Größe?, in: Breuss, Fritz/Cottier, Thomas/Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008, S. 11 ff; *Tsiliotis, Charalambos M.*, Marktwirtschaftliche Institutsgarantie in der griechischen Wirtschaftsverfassung, in: Müller-Graff, Peter-Christian/Riedel, Eibe (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, Baden-Baden 2008, S. 293 ff.; *Tholl, Gerhard*, Die französische Planification – Ein Vorbild? ORDO 15/16 (1965), 197 ff.; *Tuchtfeldt, Egon*, Das Instrumentarium der Wirtschaftspolitik, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 2. Jahr, Tübingen 1957, 52; *ders.* (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft im Wandel, Freiburg 1973; *Volkman, Hans E./Schwengler, Walter* (Hrsg.), Die Europäische Verteidigungsgemeinschaft, Boppard 1985; *Vollmer, Lothar*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik der EG nach „Maastricht“, DB 1993, 25 ff.; *von der Groeben, Hans*, Probleme einer europäischen Wirtschaftsverfassung, in: Jürgen Baur/Peter-Christian Müller-Graff/Manfred Zuleeg (Hrsg.), Energierecht, Europarecht, Wirtschaftsrecht – Festschrift für Bodo Börner, Köln 1992, S. 99 ff.; *ders.*, Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert, Baden-Baden 1995; *ders./von Boekh, Hans/Thiesing, Jochen* (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 2. Aufl., Baden-Baden 1974; *von Hayek, Friedrich August*, Freiburger Studien, Tübingen 1969; *ders.*, Die Anmaßung von Wissen (Anmaßung von Wissen), Tübingen 1996; *von Mises, Ludwig*, Kritik des Interventionismus, Jena 1929; *von Simson, Werner*, Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den Europäischen Gemeinschaften, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau (Hrsg.), Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Karlsruhe 1967, S. 55 ff.; *Watrin, Christian*, Social Market Economy – A Continental European Model, in: Müller-Graff, Peter-Christian/Jackson, John H. (Hrsg.), Transatlantic Perspectives on International Economic Law, Baden-Baden 2009, S. 39 ff.; *Weber, Max*, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1956; *Weller, Matthias/Wendland, Matthias* (Hrsg.), Digital Single Market – Bausteine eines Digitalen Binnenmarktes, Tübingen 2019; *Wludyka, Tadeusz*, Marktwirtschaft in Polen, Baden-Baden 2010; *Woll, Udo*,

Die Konvergenz der Kartellgesetze in Europa, Baden-Baden 2002; *Zacher, Hans*, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Coing, Helmut/Kronstein, Heinrich/Mestmäcker, Ernst Joachim (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, FS Böhm, 1965, S. 63 ff.; *Zapka, Klaus*, Binnenmarkt ohne Wohlfahrt? Zu den institutionellen Perspektiven eines europäischen Gemeinwohls, 2012; *ders.*, Der Europäische Gerichtshof. Zur Ökonomik judizieller Governance, 2013; *ders.*, Soziale Marktwirtschaft in der Europäischen Union, 2019; *Zippel, Wulfdiether* (Hrsg.), Ökonomische Grundlagen der europäischen Integration, München 1993; *Zuleeg, Manfred*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften, in: Arbeitskreis Europäische Integration (Hrsg.), Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Ordnungsprobleme der EG, Baden-Baden 1978, S. 73; *Zweynert, Joachim*, Die Soziale Marktwirtschaft als politische Integrationsformel, WD 2008, 237.

Vorschriften Sekundärrecht:

Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1.

Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 L 24/1.

Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102/1.

A. Das Europäische Wirtschaftsordnungsrecht im Spektrum wirtschaftsordnungsrechtlicher Modelle

I. Binnenmarktrecht und Wirtschaftsordnungsrecht: Begriffe und Gemeinwohlfunktion

Europäisches Binnenmarktrecht und Wirtschaftsordnungsrecht sind miteinander verzahnt. 1

Die Entscheidung der Mitgliedstaaten für die Grundnormen zur Errichtung eines Binnenmarktes (Art. 3 Abs. 3 EUV; Art. 26 Abs. 2 AEUV) im Sinne eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge (EUV, AEUV) gewährleistet ist,¹ beinhaltet zugleich die Grundentscheidung für eine unionale Wirtschaftsordnung der wettbewerblichen Marktwirtschaft.² Bereits der Reformvertrag von Maastricht hat daraus für die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union die normative Konsequenz wirtschaftsordnungsrechtlich ausdrücklich akzentuiert, die seit dem Reformvertrag von Lissabon als Verpflichtung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union auf den „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ formuliert ist (Art. 119 Abs. 1 AEUV). **Wirtschaftsordnungsrecht soll dem Gemeinwohl dienen.** Das Wirtschaftsord-

1 Vgl. zur vertragspositiven Einführung des Begriffs des Binnenmarktes *Müller-Graff*, Binnenmarktrecht, S. 8 ff.; zur binnenmarktelichen Marktöffnung durch die Grundfreiheiten *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 63 ff.; s. auch *Rittner/Dreher*, S. 71 ff. (§ 3 Rn. 58 ff.)

2 So schon zum Gemeinsamen Markt als „Wirtschaftsverfassung“ *Ophüls* ZHR 124 (1962) 136 ff.; *Mestmäcker* in FS Böhm, S. 345 ff.; *v. Simson*, S. 55 ff.; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 567; *Zuleeg*, Wirtschaftsverfassung, S. 73 ff.; *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 280 ff.; *Oppermann*, Wirtschaftsverfassung, S. 53 ff.; sodann zum Binnenmarkt nach der Einheitlichen Europäischen Akte zB *Müller-Graff*, Binnenmarktrecht, S. 56 ff.; *Basedow*, Wirtschaftsverfassung, S. 26 ff.; *Behrens*, Wirtschaftsverfassung, S. 73 ff.; *Müller-Graff* EuR 1997, 433 (434 ff.: „Systementscheidung“); *Banquero Cruz*, Economic Constitutional Law, 2002; *Rittner/Dreher*, S. 38 f. (§ 2 Rn. 23), 43 f. (§ 2 Rn. 36 ff., 38), 69 (§ 3 Rn. 49); *Hatje*, Wirtschaftsverfassung, S. 801 ff.; *Luczak*, Wirtschaftsverfassung, 2009; sodann zum Vertrag von Lissabon zB *Müller-Graff* ZHR 173 (2009), 443 ff.; *ders.* in FS Scheuing, S. 600 ff.; *Nowak* EuR Beiheft 1/2009, 129 ff.; *Schmidt-Preuß* in FS Säcker, S. 969 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., S. 30 ff.; *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 1 ff. („Binnenmarkt als Systementscheidung“).

nungsrecht der Europäischen Union (Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht) bezeichnet die im (relativ änderungsfesten³) primären Unionsrecht (Verfassungsvertragsrecht⁴) ankernden und sich in das sekundäre Unionsrecht ausfaltenden, unionspezifisch gemeinwohlorientierten⁵ **Systemprinzipien** für die Koordination der Produktionsfaktoren und Produkte zur Herstellung und Verteilung geldwerter Güter (→ Rn. 4 ff.). Sie summieren sich inhaltlich-textbegrifflich seit der Vertragsreform von Lissabon zu einer **offenen, in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb** (→ Rn. 24 ff.) auf der **Grundlage des Binnenmarkts** und einer engen Koordinierung der **Wirtschaftspolitik** der Mitgliedstaaten und der Festlegung gemeinsamer **Ziele** und sind im Unionsrecht **positiviert aufgefächert** (→ Rn. 72 ff.). Sie bilden das **rechtsnormative Gehäuse**, in dem sich die Initiativvielfalt der Marktteilnehmer und der Gestaltungswille der öffentlichen Wirtschaftspolitik entfalten können. In ihrer jeweils spezifisch gemischten Auswirkung auf einzelne Wirtschaftsbereiche (beispielsweise Landwirtschaft, Lebensmittel, Arzneimittel, Handwerk, Transport, Telekommunikation, Energie, Versicherungen, Finanzwesen) formen sie das **sektorale europäische Wirtschaftsrecht** (*Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5)). Die Systemlogik des normativen Richtpunkts der wettbewerbsverfassten und sozialen Marktwirtschaft und hierin namentlich der transnationalen Marktzugangsfreiheiten und Wettbewerbsregeln des Binnenmarktes **beeinflusst** mit binnenmarktkonformierender Kraft zugleich **klassische Rechtsgebiete** wie das Privat- und Unternehmensrecht (*Gebauer/Teichmann* (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht* (EnzEuR Bd. 6)), das Arbeits- und Sozialrecht (*Heinig/Schlachter* (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht* (EnzEuR Bd. 7)), das Verwaltungsrecht der Querschnittspolitiken wie Umweltrecht und Steuerrecht (*Wegener* (Hrsg.), *Europäische Querschnittspolitiken* (EnzEuR Bd. 8)), das Recht des Freizügigkeitsraums (*Wollenschläger* (Hrsg.), *Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migration* (EnzEuR Bd. 10)), das Strafrecht (*Böse* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR Bd. 11)), das Recht der Wirtschafts- und Währungspolitik (*Hufeld/Ohler* (Hrsg.), *Europäische Wirtschafts- und Währungsunion* (EnzEuR Bd. 9)) und das Recht der Außenbeziehungen (*von Arnould/Bungenberg* (Hrsg.), *Europäische Außenbeziehungen* (EnzEuR Bd. 12)). Sie bildet zugleich den unverändert essentiellen substantiellen **Tätigkeits- und Bezugsschwerpunkt** für das Organisations- und Verfassungsrecht der Union (*Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1)), deren Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (*Leible/Terhechte* (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3)) sowie zu einem direkten oder indirekten Gutteil deren Grundrechtsschutz (*Grabenwarter* (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz* (EnzEuR Bd. 2)). Die Elemente des Wirtschaftsordnungsrechts der Union, darunter namentlich die prägenden binnenmarktlichen Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln (*Müller-Graff* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) § 9) sind **nicht Selbstzweck**, sondern dienen dem **Zieltableau der Union**, mithin dem transnationalen Gemeinwesen in Europa, insgesamt,⁶ wie es nunmehr namentlich in Art. 3 EUV gebündelt festgelegt ist.⁷ Wirt-

3 Vgl. die hohen Anforderungen an die Änderung des Primärrechts in allen drei Vertragsänderungsverfahren des Art. 48 EUV.

4 Zu diesem Terminus vgl. Daus/Ludwigs/Müller-Graff HdBEUWiR A I Rn. 76, 77 ff.

5 S. auch Müller-Graff in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) § 1; zu den Gründen, Voraussetzungen und Implikationen des Verständnisses der Europäischen Union als eines gesellschaftsvertragsartigen zielbezogenen transnationalen Gemeinwesens vgl. Daus/Ludwigs/Müller-Graff HdBEUWiR A I Rn. 58 ff.

6 Vgl. zu dieser Dienstfunktion schon zum Gemeinschaftsrecht zB EuGH 14.12.1991 – Gutachten 1/91 (EWR), Slg 1991, I-6079 Rn. 50.

7 Zu diesen im Einzelnen Daus/Ludwigs/Müller-Graff HdBEUWiR A I Rn. 90 ff., 114 ff.

schaftsordnungsrecht verwirklicht in einem freiheitlichen Gemeinwesen **Rechtsstaatlichkeit**⁸ in Wirtschaft und Wirtschaftspolitik durch Regelbindung,⁹ ohne aber das wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Geschehen inhaltlich zu programmieren.¹⁰ Die Durchschlagkraft von Recht speziell im Makrobereich transnational relevanter Wirtschafts- und Haushaltspolitik ist allerdings gefährdet, wenn die Regeln im Verhältnis zu unterschiedlichen nationalen Schubkräften unrealistisch ehrgeizig oder unbestimmt sind.¹¹

Das für die Union und ihre Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Binnenmarktrechts geltende Wirtschaftsordnungsrecht ist in Einzelementen zugleich **Orientierungspunkt** für **weitere Abkommen** zwischen Mitgliedstaaten, so namentlich für die Europäische Atomgemeinschaft (EAG) (vgl. dazu *Grunwald* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 24), den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) (*Häde* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 25) und die Benelux-Union (*Van Elsuwege* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 28). Überdies strahlt das Wirtschaftsordnungsrecht der Europäischen Union vertraglich und/oder persuasiv über die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten auf **europäische Drittstaaten** oder **Drittorganisationen** aus: so namentlich mittels des EWR-Abkommens (*Graver* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 29), der sektoriellen Abkommen mit der Schweiz (*Kaddous* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 30), der Stabilisierungs- und Assoziationsabkommen mit Staaten in Südosteuropa (*Rodin* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 32) und der östlichen Partnerschaftspolitik der Union (*Petrov/Braun* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 33), aber auch im Rahmen der Europäischen Freihandelszone (EFTA) (*Epiney* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), § 37) und der Mitteleuropäischen Freihandelszone (CEFTA) (*Király* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 38) sowie möglicherweise auch in künftigen Vertragsbeziehungen der Union mit dem Vereinigten Königreich (*Kainer* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 31). Partielle Wirkungen zeitigt das Europäische Wirtschaftsordnungsrecht auch über Europa hinaus, so in den Abkommen mit der

8 Vgl. zu den drei Dimensionen der Rechtsstaatlichkeit *Müller-Graff* in *Classen/Heiss/Suproń-Heidel*, S. 1, 5 ff.

9 So auch der Gedanke eines „institutionen- und regelgeschützten“ Charakters eines Wirtschaftssystems bei *Hatje*, S. 801, 803.

10 Speziell zu den wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielräumen von Union und Mitgliedstaaten vgl. *Hatje*, S. 807 ff., 823 ff., 842 ff. mit dem Gedanken des „Gestaltungsermessens“ als „zentraler dogmatischer Kategorie“.

11 Vgl. zu den Grenzen der Steuerung durch Recht *Ruffert* in *ders.* (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) → Bd. 5 § 1 Rn. 33 ff., 53ff., wobei allerdings anzumerken ist, dass die hierbei von *Ruffert*, aaO, Rn. 21 aufgeführten Rettungsschirme (= die von den Eurostaaten gewährten transnationalen Budgetbeihilfen) an Krisenstaaten zwar der mit Art. 125 AEUV verbundenen konzeptionellen Hoffnung zuwiderliefen, entgegen verbreiteter Ansicht aber nicht gegen Art. 125 AEUV verstießen; vgl. EuGH 27.11.2012 – C-370/12, RIW 2013, 66 – Pringle; dazu *Müller-Graff* RIW 2013, 111 ff. Zu den vom Bundesverfassungsgericht aufgeworfenen Fragen der Primärrechtskonformität der Anleihenankaufpolitik der EZB nach Art. 123 AEUV: für das OMT-Programm EuGH 16.6.2015 – C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 – Gauweiler ua; für das PSP-Programm EuGH 11.12.2018 – C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss ua; dazu *Müller-Graff* EuZW 2019, 172 f.; nunmehr BVerfG 5.5.20 – 2 BvR 859/15 ua; kritisch dazu statt vieler *Hirsch*, F.A.Z. v. 20.5.2020, S. 6.; *Wegener* EuR 2020, 347 ff. Als eine besondere Schwachstelle des Primärrechts bei der Einführung des Euro erwies sich der weite politische Beurteilungsspielraum des (heute) Art. 121 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV bei der Bewertung (und Prognose), ob die Voraussetzungen der sogenannten Konvergenzkriterien des Art. 121 Abs. 1 AEUV durch einen Mitgliedstaat erfüllt sind.

Türkei (*Güney* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 34) und in den Europa-Mittelmeer-Abkommen (*Coursier* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 35).

- 3 Der Begriff des Wirtschaftsordnungsrechts der Union entspricht in seinem inhaltlichen Kern der prägenden Systemgrundlagen zwar dem Topos der „Wirtschaftsverfassung“ (s. auch *Ruffert* in ders. (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) → Bd. 5 § 1 Rn. 29 ff.).¹² Er vermeidet aber dessen mit dem Verfassungsbegriff im Schrifttum zwischen Rechtswissenschaft, Wirtschaftswissenschaft und Politikwissenschaft verbreitetes kategoriales Schillern¹³ zwischen Präskription¹⁴ und Deskription¹⁵ und den damit verbundenen unterschiedlichen Fragekategorien (insbesondere der faktischen oder normativen Gestaltungsmacht¹⁶) im Recht¹⁷ wie in der Wirtschaftstheorie.¹⁸ Rechtsnormativ zielt die Frage nach dem Wirtschaftsordnungsrecht auf die Ermittlung der Grundregeln zur Bestimmung der legitimen Handlungsspielräume der am Wirtschaftsprozess unmittelbar oder mittelbar Beteiligten.

12 Vgl. zum Begriff der Wirtschaftsverfassung, seiner Herkunft aus der Zeit der Weimarer Reichsverfassung und Entwicklung sowie als umfangreichen Nachweis einschlägigen Schrifttums *Fikentscher*, S. 21 ff.; *Rittner/Dreher*, S. 31 ff. (§ 2 Rn. 1 ff.), 49 ff. (§ 2 Rn. 54 ff.); vgl. zur Begriffsverwendung und Diskussion während des ersten Vierteljahrhunderts der Geltung des Grundgesetzes namentlich *Nipperdey* DRiZ 1950, 193 ff.; *ders.*, Wirtschaftsverfassung, Köln 1960; *Eucken*, Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl.; *L. Raiser* in FS v. Gierke, S. 181 ff.; *Böhm*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung; *Krüger* DBVl. 1951, 371 ff.; *Strauss*, Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, Tübingen 1952; *Huber* DÖV 1956, 97 ff. (135 ff., 172 ff., 200 ff.); *Strickrodt* JZ 1957, 361 ff.; *Rasch*, Grundfragen der Wirtschaftsverfassung; *Voigt* in Maunz/Nawiasky/Heckel; *ders.* in FS Apelt, S. 73 ff.; *Ballerstedt* in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, S. 1 ff.; *Hamann*, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht; *Erlinghagen* in FS Herrfahrdt, S. 5 ff.; *Mestmäcker*, Wirtschaft und Verfassung, DÖV 1964, 606 ff.; *ders.*, Recht und ökonomisches Gesetz; *Gutmann/Hochstrate/Schlüter*, Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland; *Zacher* in FS Böhm, S. 63 ff.; *Thiele*, Einführung in das Wirtschaftsverfassungsrecht; *Christen*, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus; *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung; *R. Schmidt*, Wirtschaftspolitik und Verfassung; *Rupp*, Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“. Zur Übertragung des Gedankens der Wirtschaftsverfassung auf die Europäische Gemeinschaft vgl. namentlich *Ophüls* ZHR 124 (1962), 136 ff.; *Mestmäcker*, Offene Märkte, in FS Böhm, S. 345 ff.; *ders.*, Wirtschaftsverfassung in der EU, in FS Willgerodt, S. 263 ff.; *ders.*, Wirtschaft und Verfassung; *von Simson*, *Werner*, S. 55 ff.; *Scherer*, Die Wirtschaftsverfassung der EWG; *Ipsen*, GemR, S. 567; *Zuleeg* in Arbeitskreis Europäische Integration, S. 73 ff.; *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 265 f., 280 ff.; *Oppermann* in Müller-Graff/Zuleeg, S. 53 ff.; *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung; *Petersmann* EuZW 1993, 593; *Behrens* in Brüggemeier, S. 73 ff.; *Mussler*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel; *Banquero Cruz*, Between Competition and Free Movement – The Economic Constitutional Law of the European Community; *Hatje*, S. 801 ff.; *Nowak* EuR Beiheft 1/2009, S. 185; *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 600 ff.; *Okruch* in FS Müller-Graff, S. 1000 ff.; *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 7 (Rn. 12); *Zapka*, Soziale Marktwirtschaft in der Europäischen Union, 2019.

13 Zum Problem übersichtlich bspw. *Fikentscher*, S. 21 f.; *Hatje*, S. 801, 803 ff.; *Rittner/Dreher*, S. 32 (§ 2 Rn. 2 f.), 36 ff. (§ 2 Rn. 17 ff.).

14 So zum Verfassungsrecht namentlich *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft; dazu als Analyse *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 253 ff.

15 So im Verfassungsrecht etwa als letztlich sammelnde Beschreibung der Gesamtheit der im Verfassungsrecht für die Wirtschaft relevanten Bestimmungen beispielsweise *Huber* DÖV 1956, 97 ff. (135 ff., 172 ff., 200 ff.); ähnlich *R. Schmidt*, S. 70.

16 So bspw. die Frage nach der Regelung der Voraussetzungen und Bedingungen der Verfügungsmacht über knappe Güter (dazu beispielsweise *Mestmäcker*, Wirtschaftsrecht, RabelsZ 54, 409 ff.) bzw. die Frage nach der Machtkontrolle und Machtbegrenzung (so prägnant *Hatje*, S. 804).

17 Vgl. zur erforderlichen Trennung von Sein und Sollen prägnant *Fikentscher*, S. 21 f.

18 Vgl. zum wirtschafts- und gesellschaftstheoretischen Ansatz unter den in Fn. 12 Genannten namentlich *Eucken* sowie *Gutmann/Hochstrate/Schröter*, Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland.

Die **Europäische Union** ist rechtlich, funktional und politisch maßgeblich von ihrem verfassungsvertraglich festgelegten **Wirtschaftsordnungsrecht** geprägt. Es entfaltet seine Kraft¹⁹ in einem Feld und im Widerspiel **unterschiedlicher ordnungspolitischer Herkunftslinien**²⁰ sowohl der Gründerstaaten der seinerzeitigen EWG (Stichworte: deutscher Ordoliberalismus, französisches Planifikationsdenken, italienische Mischung aus Privat- und Staatswirtschaft)²¹ als auch der ostmitteleuropäischen Neumitglieder (Stichwort: Transformation).²² Namentlich in Deutschland erfolgte durch das Wirtschaftsordnungsrecht der E(W)G eine Rückdrängung der Maßgeblichkeit der Debatte um die „Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes“²³ und des (oft ohnehin missverstandenen) verfassungsrechtlichen Gedankens der „wirtschaftspolitischen Neutralität“.²⁴ Partikular einseitige wirtschaftspolitische Ansätze in den Mitgliedstaaten werden in ihren Wirkungen durch das Wirtschaftsordnungsrecht der Union, insbesondere durch das primäre und sekundäre Binnenmarktrecht, eingerahmt und gedämpft. Darin liegt auch ein Potenzial zu einer Angleichung wirtschaftspolitischer Grundeinstellungen in den Mitgliedstaaten, doch sind in dieser Entwicklung gleichermaßen politik- und kulturgeschichtlich verwurzelte, teils identitätsprägende Gegenkräfte zu veranschlagen. Diese gerieten mit den Budgetkrisen einzelner Eurostaaten in das Rampenlicht und können umgekehrt wirtschaftsordnungsrechtliche Elemente des Unionsrechts in ihrer praktischen Umsetzung und Befolgung unter politischen Druck setzen (wie beispielsweise die Verpflichtung zur Vermeidung übermäßiger öffentlicher Defizite und das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung durch das ESZB).

Das Wirtschaftsordnungsrecht ist ein **zentrales Strukturelement** jedes rechtlich konstituierten Gemeinwesens (→ Rn. 6), das im Spektrum wirtschaftsordnungsrechtlicher Modelle unterschiedlich ausprägar ist (→ Rn. 7) und im Falle der (für die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten dezidiert getroffenen) Festlegung auf das gesamtwirtschaftliche Systemprinzip dezentraler Koordination wirtschaftlicher Entscheidungen (Prinzip der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft) mehrere Strukturelemente aufweist (→ Rn. 12).

Dem Wirtschaftsordnungsrecht ist in einem rechtlich konstituierten Gemeinwesen zuallererst die Bewältigung der **Gemeinwohlaufgabe** zugewiesen, für die Entfaltung des Potentials produktiver Ressourcen verlässliche Systemregeln zur Koordinierung von Herstellung und Verteilung geldwerter Güter zu entwickeln und bereit zu halten. Daraus ergibt sich zugleich seine begriffliche Fassung als das Recht der Systemprinzipien zur Gewährleistung dieser Koordination.

II. Das Spektrum wirtschaftsordnungsrechtlicher Modelle

Wirtschaftsordnungsrecht kann **unterschiedlich** ausgeprägt sein. Seine konkrete Gestalt ist Ergebnis politischer Präferenzentscheidungen.²⁵ Werden in dieser Frage eine im Verhältnis

19 Vgl. als besonders markantes Beispiel die Ausdehnung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in Europa; dazu *Woll*, Die Konvergenz der Kartellgesetze in Europa; s. auch *Müller-Graff* EuR 1997, 433 ff.

20 Dazu im übersichtlichen Vergleich schon *Rahmsdorf*, Ordnungspolitischer Dissens und europäische Integration; s. auch *Müller-Graff* in FS Carstens, S. 209, 210 ff. mwN; zum Einfluss mitgliedstaatlicher Rechts- und Ordnungsvorstellungen auf die Gestaltung des Europarechts *ders.* in FS Konzen, S. 583, 601.

21 Dazu namentlich *Rahmsdorf*.

22 Dazu beispielsweise *Müller-Graff* (Hrsg.), East Central European States and the European Communities: Legal Adaptation to the Market Economy; *ders.* (Hrsg.), East Central Europe and the European Union: From Europe Agreements to a Member Status.

23 *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 265 f., 316 ff.; s. auch *Hatje*, S. 804 f., 806.

24 Zu diesem Topos BVerfGE v. 20.7.1954 – 1 BvR 801/52, NJW 1954, 1235.

25 Daraus ergeben sich sodann spezifischen Funktionsbedingungen; vgl. zB *Hatje*, S. 804.

zu einfachem Gesetzesrecht änderungsfestere²⁶ rechtliche Regelsetzung für das Wirtschaftssystem²⁷ und ein rechtsverbindliches Erfordernis rechtlicher Systemkonformität von hoheitlichen und privaten Maßnahmen nicht generell oder grundsätzlich abgelehnt,²⁸ ist der Gestaltungsspielraum allerdings insoweit begrenzt, als eine **grundsätzliche Systementscheidung** im Sinne des **Primats eines Leitgrundsatzes**²⁹ entweder bewusst stattfindet oder sich ohne diese aus dem rechtlichen Normenbestand ergibt. Hierbei lassen sich grobstrichig drei Grundtypen unterscheiden: die grundsätzliche gesamtwirtschaftliche Koordination durch die öffentliche Kollektivhoheit (zentrales Wirtschaftsordnungssystem) (→ Rn. 8), die grundsätzliche Koordination durch die freien Präferenzentscheidungen freier Angebote und freier Nachfragen (dezentrales Wirtschaftsordnungssystem) (→ Rn. 9) und eine sektorale oder territoriale Spaltung des Koordinationsprinzips (gespaltenes Wirtschaftsordnungssystem) (→ Rn. 11).

1. Zentrales Wirtschaftsordnungssystem

- 8 **Zentrale Wirtschaftsordnungssysteme** sind dadurch gekennzeichnet, dass die Leitungsverantwortung der konkreten Gestaltung von Erzeugung und Verteilung bei der öffentlichen Kollektivhoheit liegt. Ein besonders intensives Beispiel hierfür bildeten die ehemaligen zentralen Planwirtschaftssysteme der Sowjetunion und der von ihr beherrschten ostmitteleuropäischen Staaten. So galt für die Zentrale Planwirtschaft der seinerzeitigen DDR der Grundsatz von gesamtstaatlicher und betrieblicher Leitung,³⁰ bei der beide Ebenen jedenfalls nach politischer Lehrbuchauffassung miteinander plangetreu verzahnt gedacht waren,³¹ um eine „aufeinander abgestimmte, koordinierte Optimierung hunderttausender

26 Vgl. auch *Hatje*, S. 804 zur Wirtschaftsverfassung: „weitgehend änderungsfest und daher dem laufenden politischen Prozess entzogen.“

27 Prägnant spricht *Hatje*, S. 803 davon, dass die Wirtschaftsverfassungskategorie „im Schnittfeld von Ökonomie und Jurisprudenz“ als „gemeinsamen Ausgangspunkt“ ein „ordnungspolitisches Denken“ hat, „welches Wirtschaftssysteme als institutionen- und regelgeschützt ansieht und daher fast zwangsläufig dem Staat und seiner Rechtsordnung eine besondere Garantiefunktion zuweisen muss.“

28 In den Anstrengungen zur Bewältigung der Budgetkrisen seit 2010 wurde eine gewisse Regelaversität in einigen Mitgliedstaaten im Bereich der Wirtschaftspolitik einschließlich der Budgetpolitik sichtbar.

29 Zum Erfordernis der grundsätzlichen Systementscheidung aus wirtschaftstheoretischer Sicht vgl. zB *Tuchtfeldt* in *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 1957, S. 52 ff.; *Hoppmann* in *Tuchtfeldt* (Hrsg.), S. 2 7ff.; *Besters*, *Neue Wirtschaftspolitik durch Angebotslenkung*. Zutreffend weisen *Jürgensen/Kantzenbach* darauf hin, dass es in der Realität der Wirtschaftspolitik regelmäßig nicht um die Verwirklichung reiner Modellkonzepte geht, sondern um den Primat eines der beiden Ordnungsprinzipien (in *Kaiser*, S. 49, 52). Die grundsätzliche Systementscheidung hindert nicht variable Ausgestaltungen im Einzelnen, bindet diese aber jedenfalls im Falle einer Entscheidung für den Grundsatz einer wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft an Begründungserfordernisse und setzt sie damit unter Rationalisierungsdruck. Ist die Grundsatzentscheidung mit rechtlichem Höchststrang verankert (namentlich: primäres Unionsrecht, nationales Verfassungsrecht), bedürfen abweichende, nachrangig (namentlich durch einfaches Gesetz) legitimierte Ausgestaltungen und Maßnahmen der rechtlichen Rechtfertigung, die in einem nach rechtsstaatlichen Grundsätzen organisierten Gemeinwesen grundsätzlich auch gerichtlicher Kontrolle unterworfen werden können sollte. Zu diesen Erfordernissen eines Marktrechts *Müller-Graff*, *Marktrecht*, S. 280ff.

30 *Such/Schüsseler*, S. 11 ff. (Abschnitt 4: Die wirtschaftsrechtlichen Leitungsmittel, 1.1).

31 *Heuer* in *Heuer*, S. 44 ff.: „für die Gegenstandsbestimmung des sozialistischen Wirtschaftsrechts von ausschlaggebender Bedeutung...: die sich aus dem gesellschaftlichen Eigentum zwingend ergebende planmäßige Leitung der Volkswirtschaft als System der Tätigkeit wirtschaftsleitender Staatsorgane und warenproduzierender Wirtschaftseinheiten.“ (S. 44); „Die zentrale Leitung innerhalb der Leitung der sozialistischen Volkswirtschaft nimmt die Planung ein. Sie bringt das organisierende Prinzip des ganzen Prozesses der Leitung der sozialistischen Wirtschaft am umfassendsten zum Ausdruck“ (S. 45); s. auch zur Herausbildung „des Systems der Leitung der sozialistischen Wirtschaft der DDR“ *Friedrich/Richter/Stein/Wittich*, S. 73 ff. und zum „Leitungsprozess“, S. 123 ff.

Entscheidungen auf allen Leitungsebenen“ zu erreichen.³² Im konzeptionellen Extremmuster wird in einem derartigen System die gesamte volkswirtschaftliche Produktionsseite als ein einziges Unternehmen gedacht. In diesem bedarf es keiner partiellen Eigentumsrechte und mangels echten Wettbewerbs auch keiner gewerblichen Schutzrechte zum Schutz der Innovation einer „Abteilung“ vor einer anderen. Aus solchem, letztlich hierarchischen Ansatz erklären sich unschwer zum einen die faktischen Koordinationsprobleme, sodann die mit einer Monopolstellung verbundenen ökonomischen Ineffizienzen und schließlich auch die im Vergleich mit einem System wirtschaftlichen Wettbewerbs schwächere Innovationskraft,³³ mögen auch gerade systembedingte Mängel punktuell die Erfindungskraft anregen können.

2. Dezentrales Wirtschaftsordnungssystem

Dezentrale Wirtschaftsordnungssysteme sind demgegenüber vom Fehlen einer verbindlichen⁹ zentralen gesamtwirtschaftlichen Planung und daher positiv von der Gewährleistung und/oder dem Gewährenlassen von wirtschaftlichen Freiheiten von jedermann einschließlich der Ermöglichung von Privateigentum gekennzeichnet. Die Koordination erfolgt in diesem Fall durch freie Präferenzentscheidungen von Angeboten und Nachfragen im Wettbewerb. Sie ist der Kern einer Marktwirtschaft und bedarf rechtlicher Funktionsgarantien.³⁵ In ihr ergibt sich der Gang der wirtschaftlichen Abläufe grundsätzlich aus der freien Koordination der autonomen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der Teilnehmer. Hierbei markiert die freie Preisbildung im Idealmodell die Knappheitsrelation zwischen Angebot und kaufkräftiger Nachfrage und den Messwert für die mögliche Güterverteilung.³⁶ Vorausgesetzt ist, dass dieser realwirtschaftliche Mechanismus nicht durch notenbankpolitische Maßnahmen und/oder finanzwirtschaftliche Kapriolen verzerrt wird. Die konkreten gesamtwirtschaftlichen Wirkungen und Ergebnisse folgen in einem dezentralen Koordinierungssystem nicht einem Planentwurf, sondern bilden sich im -idealtypisch herrschaftsfreien- Prozess der Selbststeuerung.³⁷ Dies ist der wirtschaftsordnungsrechtliche Grundsatz im Wirtschaftsraum der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten, wie er seit dem Reformvertrag von Maastricht primärrechtlich ausdrücklich vorgegeben ist (heute: Art. 119 AEUV) (→ Rn. 39).

Diese objektive Koordinierung durch Privatautonomie kann (und wird in jeweils kultur- 10
spezifisch unterschiedlicher Häufigkeit) vom subjektiven Ziel der Beteiligten getragen sein, die Rendite auf ihren jeweiligen Einsatz (Kapital, Arbeitszeit) zu maximieren, ist damit aber, wie die Verhaltensökonomie lehrt,³⁸ nicht identisch. Die Annahme der grundsätzlichen Freiheits- und Effizienzfunktion der privatautonomen Koordination ist daher auch von den (teils kriminellen) Auswüchsen in der Finanzwirtschaft zu Beginn des 21. Jahr-

32 Heuer in Heuer, S. 45; s. dort auch: „Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, dass der Volkswirtschaftsplan in einem mehrstufigen, alle Ebenen der Volkswirtschaft umfassenden vielgliedrigen Planungsprozess entsteht.“

33 Vgl. grundlegend von Hayek, Anmaßung von Wissen.

34 Im Unterschied zu einem indikativen System wie in der früheren französischen Planifikation; dazu Tholl ORDO 15/16, 197 ff.; Lutz, Zentrale Planung für die Marktwirtschaft; Hoenisch, Planifikation. Recht zwischen Plan und Freiheit.

35 Im Einzelnen zählen dazu die Gewährleistung von Privatautonomie auf der Grundlage von Rechtssubjektivität und rechtlicher Gleichheit, die freie Koordination und der Wettbewerb; so etwa Hatje, S. 811 ff., 813 ff., 919 ff.

36 Vgl. zB Hatje, S. 803; Behrens in Brüggemeier, S. 73, 74.

37 Vgl. zum Gedanken der spontan gebildeten „Handelsordnung“ von Hayek, Freiburger Studien, S. 163, 172, 180; zur Selbststeuerung Müller-Graff, Marktrecht, S. 287 f.

38 Vgl. zB Beck, Behavioral Economics, 2014.

hundreds³⁹ nicht widerlegt (generell gegen eine „plumpe Kapitalismuskritik“ *Ruffert* in ders. (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd.5)→ Bd. 5 § 1 Rn. 27 f.), sondern bedarf vielmehr auch in diesem Bereich effektiver flankierender Schutzgutsicherung (namentlich Anlegerschutz und Funktionssicherung des Finanzsystems).⁴⁰ Die Kategorie des „**Marktversagens**“⁴¹ (so insbesondere Informationsdefizite und alloкатive Ineffizienzen) ist terminologisch insoweit missverständlich, als sie dem Marktgedanken der autonomen Koordination unter konkret gegebenen Bedingungen zusätzlich eine heterogen gesetzte Idealbedingung oder ein heterogen gesetztes Ziel auflädt.

3. Gespaltenes Wirtschaftsordnungssystem

- 11 Ein **gespaltenes Wirtschaftsordnungssystem** lässt sich demgegenüber darin kennzeichnen, dass innerhalb der Gesamtwirtschaft eines Gemeinwesens beide Sphären mit jeweils eigenem Radius koexistieren: eine zentral gesteuerte und eine sich dezentral steuernde. Das Rollenverhältnis beider Teile zueinander ist politisch auf unterschiedliche Weise ausgestaltbar. Als ein prominentes gegenwärtiges⁴² Beispiel kann hierfür das Wirtschaftsordnungsrecht der Volksrepublik China gelten, das einerseits zu einem Teil von zentraler Steuerung geprägt ist, andererseits aber auch privatwirtschaftlich gesteuerte Wirtschaftstätigkeiten⁴³ und Gebiete⁴⁴ kennt.⁴⁵ Auch innerhalb eines grundsätzlich sich selbst steuernden Systems sind Enklaven partikularer öffentlicher Steuerung möglich. Das Unionsrecht enthält insoweit eine (allerdings marktordnungsrechtlich kontrollierte) Öffnung für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beauftragt sind (106 Abs. 2 AEUV) und denen primärrechtlich eine besondere Rolle zugewiesen ist (Art. 14 AEUV), sowie namentlich ein Sonderregime für den Agrarbereich über das Instrument der erzeugnisbezogenen europäischen Marktordnungen im Rahmen der gemeinsamen Organisation der Agrarmärkte (Art. 40 AEUV).

III. Normative Strukturelemente eines dezentralen Wirtschaftsordnungsrechts

- 12 Speziell ein dezentrales Wirtschaftsordnungsrecht kann sich konzeptionell aus **vier normativen Strukturelementen** zusammensetzen,⁴⁶ die sich in einem konkreten Wirtschaftsordnungsrecht unterschiedlich mischen und ausprägen lassen: Normen der Freiheitsgewährleistung (→ Rn. 13), Normen der Systemgewährleistung (→ Rn. 15), Normen der Schutzgutsicherung (→ Rn. 19) und Normen der Ergebnissicherung (→ Rn. 21).

39 Vgl. zur Entwicklung zB *Möschel* WuW 2008, 1283 ff.; *Kofner* WM 2008, 653 ff.

40 Vgl. zB *Müller-Graff* EWS 2009, 201 (211).

41 Vgl. zu dieser Denkkategorie und Relativierung als Begründung von Regulierung *Müller/Vogelsang*, *Staatliche Regulierung*, S. 31 ff., 101ff.

42 Vgl. aber zu allfällig möglichen Entwicklungen in Richtung stärkerer Zentralisierung *Siemons*, F.A.Z. v. 19.11.2013, S. 25 („Chinas Zentralkomitee ratlos am Ufer des Flusses“); zur Stärkung des Parteieinflusses in „strategischen Bereichen“ (IT und KI) vgl. „China übt den Drahtseilakt“, www.dw.com/de/china-übt-den-drahtseilakt/a-47769348 (Aufruf: 19.1.2020).

43 So wurde dem Privatsektor in China im Jahre 2005 die Erzeugung von 70 % des BIP zugeschrieben; vgl. www.businessweek.com/magazine/content/05_34/b3948478.htm; im Jahre 2018 60 % vgl. *Herb*, *Chinas Privatwirtschaft ist unter Druck*, www.fuw.ch/article/chinas-privatwirtschaft-ist-unter-druck/ (Aufruf: 20.1.2020).

44 So namentlich die sogenannten Sonderwirtschaftszonen an der Südostküste.

45 Zu dem auf *Deng Xiaoping* zurückgehenden Vorgang der Integration von Marktelementen in einer Planwirtschaft vgl. zB *Machetzki* (Hrsg.) *Sozialistische und planwirtschaftliche Systeme Asiens im Umbruch*, China – Südostasien aktuell; vgl. aber zu möglichen neuen Entwicklungen *Siemons*, F.A.Z. v. 19.11.2013, S. 25; *Herb* (Fn. 41).

46 Vgl. dazu *Müller-Graff* EWS 2009, 201 (206 ff.); *ders.* EWS 2009, 489 (492).

1. Freiheitsgewährleistung

Die Möglichkeit der freien Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angeboten und Nachfragen aller an Herstellung, Vertrieb und Abnahme geldwerter Güter Beteiligter setzt zwingend die rechtliche **Gewährleistung** entsprechender **wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten** zu Initiativen und Reaktionen voraus. Die grundsätzliche Privatautonomie mit „Tauschrecht“ für jedermann und die damit verbundenen Wettbewerbsmöglichkeiten sind Funktionsbedingungen der Koordination in einem marktwirtschaftlichen System.⁴⁷ Zu ihnen zählt auch die Möglichkeit, Gegenstände aller Art (Sachen, Forderungen, geistige Eigentumsrechte uam) in rechtlicher Inhaberschaft (Sachen zu Eigentum) haben und erwerben sowie über den Einsatz oder Nichteinsatz im wirtschaftlichen Geschehen autonom entscheiden zu können. Die grundsätzliche rechtliche Garantie derartiger Freiheitsrechte für alle Beteiligten ermöglicht in den Grenzen der Rechtsordnung das Entstehen von Wettbewerb um die Präferenz der jeweiligen Marktgegenseite. Wettbewerb schafft dieser Optionen und Vergleichsmöglichkeiten und die Chance zur Verwirklichung daraus frei gebildeter Prioritäten (gesellschaftspolitische Freiheitsdimension⁴⁸). Zugleich schafft er den Anbietern den Anreiz, aber auch den (potenziell entmachtenden⁴⁹) Druck zur Qualitätssicherung und/oder zur Verbesserung ihrer Produkte (Innovationsfunktion⁵⁰) und gleichermaßen zu einer wettbewerbsfähigen Preisgestaltung. Darin liegt wiederum ein laufend präsentestes Selbstkontrollerfordernis der Gestehungskosten eines Produkts und ein (mittels der im weltweiten Digitalnetz erleichterten Suchmöglichkeiten tendenziell einfacher erfüllbares) Prognoseerfordernis der Marktentwicklung (Wettbewerberprodukte, Nachfrageentwicklung und Nachfrageelastizität), wodurch zugleich die marktpreisvermittelte gesamtwirtschaftliche Knappheitsrelation beeinflusst wird (wirtschaftspolitische Effizienz- und Wohlfahrtsdimension⁵¹).

Mit den Chancen der **Selbstbestimmung** untrennbar verbunden sind die **Risiken der Selbstverantwortung**, die in gravierenden Misserfolgswfällen für ein Unternehmen den Marktaustritt, gegebenenfalls über ein Insolvenzverfahren, bedeuten (zum Recht der Unternehmenskrisen im Binnenmarkt *Guski* § 26).⁵² In einem rechtlichen Ordnungssystem auf der Grundlage individueller Handlungsfreiheiten ist jede mikroökonomisch freiheits einschränkende Maßnahme eine rechtskonzeptionelle Abweichung, in diesem Sinne „regulativ“ (Müller-Graff in *ders.* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 1 Rn. 58),⁵³ und bedarf folgerichtig bei Abweichung von der einschlägigen Grundsatznorm (zB Art. 34, 35, 49, 54, 56, 63 AEUV; Art. 15, 16, 17 GRC; Art. 12, 14 GG) der Rechtfertigung. Dies gilt für die drei weiteren möglichen Strukturelemente eines dezentralen Wirtschaftsordnungsrechts der Systemgewährleistung, der

47 Dazu *Hatje*, S. 811 ff. (Privatautonomie aufgeteilt in die Gesichtspunkte der Rechtssubjektivität, Handlungsfreiheit und Gleichheit), 813 ff. („Koordination durch Tausch auf offenen Märkten“), 819 ff. (Wettbewerb als Instrument der Koordination“).

48 Vgl. zB *Möschel*, *Wirtschaftsrecht der Banken*, S. 338.

49 Vgl. das Wort von *Franz Böhm* zum Wettbewerb als dem „großartigsten und genialsten Entmachtungsinstrument der Geschichte“; in Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt (Hrsg.), *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, 1961, S. 2 (22).

50 Vgl. dazu generell von *Hayek*, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, 1968.

51 Vgl. zB *Möschel*, *Wirtschaftsrecht der Banken*, S. 338 f.

52 Umfassend zum Gedanken der Selbstverantwortung *Riesenhuber* (Hrsg.), *Prinzip Selbstverantwortung*.

53 Zum Schillern des Regulierungsbegriffs vgl. *Müller/Vogelsang*, S. 341; *Müller-Graff* EWS 2009, 204 ff.; *Ruffert* in *Ehlers/Fehling/Pünder* § 21. *Behrens*, *Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht*, S. 30 ff. (Rn. 54 ff.) versteht Regulierung als „spezifische Steuerung“ zum einen in ökonomischer Terminologie zur „Kompensation von Marktversagen“ (asymmetrische Information – zB des Verbrauchers; externe Effekte – zB Verwendung gesundheitsgefährdender Substanzen bei der Güterherstellung; Nichtbereitstellung öffentlicher Güter – zB die Umwelt; natürliche Monopole – zB Eigentümer des Verteilungsnetzes für Energie) und zum anderen zur „Korrektur von Marktergebnissen“ (S. 34 f. – Rn. 63 f.).

Schutzgutsicherung und der Ergebnissicherung. Aus der makroökonomischen Sicht des Wirtschaftsordnungsrechts betrachtet korrespondieren zu den Voraussetzungen der Rechtfertigung einer Beschränkung individueller Handlungsfreiheiten die marktrechtlichen Voraussetzungen der Beschränkung des Prinzips der freien Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angebot und Nachfrage: nämlich die Erfordernisse der Legitimation durch ein mindestens rangäquivalent anerkanntes Rechtsgut, des Wirkungsgewinns für dieses Rechtsgut, der systemstimmigsten Verfahrensalternative, des Gemeinwohlgewinns und gegebenenfalls der temporalen Begrenzung.⁵⁴

2. Systemgewährleistung

- 15 Ein System garantierter wirtschaftlicher Freiheitsrechte für jedermann mit seinen gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Chancen und unternehmensspezifischen Risiken (→ Rn. 13 f.) ist zugleich latenten **endogenen** und **exogenen Gefährdungen** ausgesetzt. Zum einen kann die Ausübung der Freiheitsrechte zu Beschränkungen oder Belastungen eben dieser Freiheitsrechte führen: sowohl der eigenen wie derjenigen anderer. Zum anderen kann Wettbewerb exogen von Nicht-Marktteilnehmern verfälscht werden. Ersteres gilt insbesondere, wenn die Handlungsfreiheiten von den Beteiligten dazu genutzt werden, eigene oder fremde wettbewerbliche Handlungsfreiheiten vertraglich oder faktisch einzuschränken. Soll daher ein System der Handlungsfreiheiten gegen diese Gefahren nachhaltig gewährleistet werden, bedarf es einer **Schutzordnung** des Wettbewerbssystems **gegen Wettbewerbsbeschränkungen** durch Marktteilnehmer. Diese Aufgabe kommt innerhalb eines dezentralen Wirtschaftsordnungsrechts zuvörderst den Regeln gegen Wettbewerbsbeschränkungen in ihren Ausprägungen der Kontrolle horizontaler und vertikaler Verhaltenskonzertierungen von Unternehmen, der Unterbindung missbräuchlicher Ausnutzung marktbeherrschender oder anderer marktmächtiger Stellungen von Unternehmen und der prognostisch zurvörderst auf die Entwicklung der Wettbewerbsstruktur ausgerichteten Kontrolle von Zusammenschlüssen von Unternehmen zu.
- 16 In **Netzindustrien** ergibt sich die Frage einer **präventiven** Verhinderung von Behinderungs-, Ausbeutungs- oder Innovationsmissbräuchen durch Netzunternehmen, die sich allerdings oft mit der Frage nach zusätzlichen – rechtfertigungsbedürftigen – Schutzinteressen verbindet. Hierbei ist es unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbssicherung grundsätzlich vorzugswürdig, die prophylaktische Überprüfungs- und Handlungskompetenz Kartellbehörden mit Orientierung auf genuine gesamtwettbewerbliche Systemlogik zuzuordnen als eigenständigen, sektoral (und möglicherweise interventionsgeneigt) ausgerichteten Regulierungsbehörden. Denkbar sind auch Kooperationsregeln wie im deutschen Telekommunikationsgesetz⁵⁵ (oder außerhalb der Netzindustrien im Bereich der Markttransparenz des GWB⁵⁶).
- 17 Zur Systemgewährleistung hinzuzurechnen sind auch Regeln zur **Unterbindung** der **wettbewerblich unlauteren Nutzung** von Freiheitsrechten. Dieser Systembezug gilt gleichermaßen für Bestimmungen, die die **nicht lizenzierte Nutzung** fremder **gewerblicher Schutzrechte, Urheberrechte und Leistungsschutzrechte** im Wettbewerb untersagen, sowie für die Abgrenzungsregeln zwischen den wettbewerbsbezogenen rechtlichen Teilbereichen (zwischen dem Recht der gewerblichen Schutzrechte, dem Kartellrecht und den Regeln zur Bekämpfung wettbewerblicher Unlauterkeit⁵⁷).

54 Im Einzelnen zu diesen Voraussetzungen *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 341ff.

55 § 123 Abs. 1 TKG.

56 § 47 a Abs. 2 und 3 GWB.

57 So zB zum Verhältnis zwischen Kartellrecht und Unlauterkeitsrecht auf der Tatbestandsebene im deutschen Recht *Pichler*, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht.

Systemgefährdend können schließlich auch **exogen** durch die **öffentliche Hand veranlasste Wettbewerbsverfälschungen** wirken. Damit stellt sich in einem dezentralen Wirtschaftsordnungsrecht namentlich auch die Frage der Kontrolle selektiver Beihilfen (Leistungs-subsidien und Verschonungssubsidien) und der Wettbewerbsbegünstigungen öffentlicher und öffentlich privilegierter Unternehmen. Im **Zwischenbereich** exogener und endogener Gefährdungen eines Wettbewerbssystems siedelt die **Vergabe öffentlicher Aufträge**. 18

3. Schutzgutsicherung

Ein System garantierter wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten für jedermann ist in seinem konzeptionellen Ansatz nicht davor geschützt, dass die Handlungsfreiheiten in einer Weise genutzt werden, die **andere Schutzgüter des Gemeinwesens** als das Wettbewerbssystem gefährdet oder verletzt. Die alleinige Orientierung eines Marktteilnehmers auf den kurzfristigen wettbewerblichen Erfolg in der freien Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angeboten und Nachfragen kann unerwünschte Folgen haben: beispielsweise die Vermarktung verdorbener Lebensmittel oder technisch unsicherer Kraftfahrzeuge, die Erbringung schadensstiftender Dienstleistungen, den Vertrieb vermögensvernichtender „Finanzprodukte“ oder die Verursachung umweltschädlicher Emissionen. Sollen derartige negative Auswirkungen eines Systems wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten nicht nur nachträglich durch Schadensersatz kompensiert, sondern möglichst präventiv verhindert werden, bedarf es entsprechend verbindlicher und wirksamer Regeln zum Schutz definierter Rechtsgüter wie beispielsweise der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, der Verkehrssicherheit, der Selbstbestimmung der Verbraucher oder der Umwelt.⁵⁸ Sie lassen sich als Normen der Schutzgutgarantie bezeichnen, mit denen ein System wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten in den Rahmen einer rechtlichen Gesamtordnung eingebettet wird, das dem Sozialordnungsauftrag eines Gemeinwesens entspringt, wie immer dieses diese Aufgabe unter Nutzung seiner legitimen Gestaltungsverfahren in Ziel, Schutzgrad und Schutzmechanismen im Einzelnen konturiert. 19

Zur Schutzgewährleistung lässt sich im Grundsatz auch das rechtliche Regelwerk zur Sicherung einer **preisstabilen Währung** als verlässliche Wertreferenz in den Wogen einer wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft innerhalb eines politisch definierten Währungsraums rechnen. Preisstabilität gibt Planungssicherheit für Unternehmen und Vermögensbestandssicherheit für alle aktiven und potenziellen Marktakteure. Allerdings wird die gesamtwirtschaftliche Preisstabilität in der Regel nicht durch das Verhalten einzelner Marktteilnehmer der Realwirtschaft gefährdet, soweit sie unter hinreichendem Preisdruck des Wettbewerbs stehen. Vielmehr handelt es sich bei ihr um ein angestrebtes Summenaggregat wirtschaftlicher und politischer Faktoren, das ein Gegenstand ergebnisorientierter Globalsteuerung ist. 20

4. Ergebnissicherung

Es zählt zum Wesen einer dezentralen Koordinierung von Wirtschaftsabläufen, dass diese diejenigen wirtschaftlichen **Ergebnisse** (namentlich Produktarten, Produktmengen und Produktqualität) hervorbringt, die aus den summierten Kraftvektoren der jeweiligen freien Präferenzentscheidungen resultieren. Mit ihrem inneren Muster der auch gesellschafts- 21

58 Vgl. als primärrechtlich positiviertes Spektrum von Schutzgütern, die eine Beschränkung des freien Warenverkehrs im Sinne der Art. 34, 35 AEUV rechtfertigen können, die Auflistung des Art. 36 AEUV. Unabhängig davon hat die Rspr. des EuGH mittels ihrer „Cassis“-Rechtsprechung (beginnend mit EuGH 20.2.1979 – Rs. 120/78, Slg 1979, 649 – Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein) eine offene Liste „zwingender Allgemeininteressen“ anerkannt, aus denen Beschränkungen der transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten aus unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen unter bestimmten Voraussetzungen hingenommen werden können.

politischen Dimension der Wahlfreiheit kann sie konzeptionell per se nicht garantieren, dass politisch gewünschte (gegebenenfalls vorweg definierte) konkrete Wirtschaftsergebnisse eintreten, wie sie beispielsweise in den seinerzeitig praktizierten Planwirtschaften sowjetischen Typs als Ziele festgesetzt – und oft nicht erreicht – wurden.

- 22 Soll in einer Wirtschaftsordnung, in der Angebot, Nachfrage und Preisbildung von der freien Koordinierung freier Präferenzentscheidungen, also von einer Vielzahl autonomer Entscheidungen, gesteuert werden, gleichwohl ein *bestimmtes*, von der öffentlichen Hand (oder der öffentlichen Meinung) *erwünschtes oder definiertes Ergebnis* erzielt werden, so handelt es sich um einen dazu konzeptionsfremden Ansatz; so beispielsweise bei Zielen wie der Sicherstellung der Nahrungsproduktion zu erschwinglichen Preisen bei gleichzeitiger Gewährleistung einer angemessenen Lebenshaltung der in der Landwirtschaft tätigen Bevölkerung;⁵⁹ oder der sicheren und preiswerten Energieversorgung⁶⁰ aus bestimmten Energieträgern;⁶¹ oder einer vorrangigen Abnahmegarantie von Strom aus erneuerbaren Energien;⁶² oder der gleichwertigen Übertragungsqualität von Daten für jeden Nutzer eines Netzes;⁶³ oder der Festlegung von Höchstpreissätzen für Mietwohnungen;⁶⁴ oder der Festlegung fester Gebührensätze für Leistungen freier Berufe;⁶⁵ oder der Zahlung eines bestimmten Mindestlohns⁶⁶ oder der angesichts der Covid-19-Pandemie aktualisierten Rückverlagerung der Produktion von Arzneimitteln und Wirkstoffen nach Europa.⁶⁷ Derartige Ziele können gleichwohl aus dem **Sozialsicherungsauftrag** eines Gemeinwesens konstitutionell und demokratisch legitimiert sein. Rechtsnormen, die auf diese Weise als Systemausnahme die Erzielung bestimmter, politisch relativ konkret definierter Ergebnisse bezwecken, lassen sich als Normen mit dem Ziel einer **Ergebnissicherung** bezeichnen. Sie geben regelmäßig Anlass zu politischen und rechtlichen Diskussionen über ihre Erforderlichkeit, Tauglichkeit, Nebenwirkungen und Nachregulierungsbedürfnisse im System einer wettbewerblichen Marktwirtschaft („Ölflecktheorie“).⁶⁸
- 23 Eine weniger invasive Form ergebnisorientierter Normen in einem System dezentraler Selbststeuerung stellen Regeln zur **Globalsteuerung** dar (so in Deutschland das keynesianisch inspirierte, antizyklisch angelegte, aber realitätsschwache Stabilitäts- und Wachstumsgesetz⁶⁹). Sie beziehen sich nicht auf konkrete sektorale Ergebnisse, sondern lediglich auf die erwünschte Entwicklung makroökonomischer Kennzahlen (namentlich: Preisentwicklung, Beschäftigungsgrad, Leistungsbilanz, Wachstum; hierbei ist freilich das Ziel des stetigen quantitativen Wachstums in seiner Realitätsfähigkeit und Wünschbarkeit umstrit-

59 Vgl. Art. 39 AEUV.

60 Vgl. § 1 Abs. 1 EnWG.

61 Vgl. § 1 Abs. 1 EEG.

62 Vgl. § 11 Abs. 1 EEG.

63 Vgl. in diese Richtung Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2015/2120 (ABl. EU 2015 L 315/1); dazu *Jarass*, Privilegierungen im Internet, S. 310 ff., 321 ff.

64 Vgl. „Berlin bekommt den Mietendeckel“, www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wohnen/berlin-fuehrt-als-erstes-bundesland-einen-mietendeckel.ein-16608429.html (Aufruf: 31.1.2020); *Kroll*, Wie funktioniert der Mietendeckel? www.zeit.de/politik/deutschland/2019-10/wohnungspolitik-mietendeckel-mietabsenkung-berlin-immobilienmarkt-faq (Aufruf: 19.1.2020).

65 Vgl. zB GOÄ, HOAI, RVG.

66 Vgl. MiLoG.

67 Vgl. dazu schon vor Ausbruch der Pandemie: Ärzteschaft, Europäische Strategie gegen Lieferpässe bei Arzneimitteln notwendig, 23.1.2020, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/108849/Europaeische-Strategie-gegen-Lieferengpaesse-bei-Arzneimitteln-notwendig> (zuletzt aufgerufen: 29.5.2020).

68 Vgl. zu dieser These, dass ein ergebnisorientierter staatlicher Regulierungseingriff in die Wirtschaft Nachfolgeeingriffe erfordert, um Ausweich- oder zielwidrige Nutzungsstrategien der Marktteilnehmer zu unterbinden, bereits *von Mises*, Kritik des Interventionismus, S. 10; s. auch *Eucken*, Wirtschaftspolitik, S. 154.

69 Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft v. 8.6.1967, BGBl. I 582.

ten,⁷⁰ das Ziel des „außenwirtschaftlichen Gleichgewichts“ mit der Konsequenz der Forderung nach einer Drosselung des Exportvermögens einer Volkswirtschaft mit innovativen Unternehmen wettbewerbsfremd⁷¹ und die Theorie des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, die „eindeutige Kausalbeziehungen zwischen den für eine Globalsteuerung relevanten makro-ökonomischen Größen und den gesamtwirtschaftlichen Ergebnissen des marktwirtschaftlichen Prozesses begründen könnte“, ökonomisch nicht hinreichend fundiert⁷²). Auch das Regelwerk zur Sicherung von Preisstabilität in einem politisch definierten Währungsraum (namentlich Normen zur Geldpolitik, Haushaltspolitik, Wirtschaftspolitik) ist der Versuch einer ergebnisorientierten Steuerung von Aggregatgrößen (zum Recht der europäischen Währungsunion vgl. *Manger-Nestler* § 25). Demgegenüber überschreiten die Regeln über die **gesamtstaatliche Verteilung wirtschaftlichen Erfolgs in einem Gemeinwesen mittels des Steuer-, Sozial- und Förderungsrechts** den genuine Gegenstandsbereich der wirtschaftsordnungsrechtlichen Regeln der dezentralen Koordination von Herstellung und Vertrieb geldwerter Güter, sofern sie nicht wettbewerbsverfälschend den Funktionsbedingungen einer wettbewerblichen Marktwirtschaft zuwiderlaufen.⁷³

B. Das Europäische Wirtschaftsordnungsrecht im Textprofil des Primärrechts nach der Vertragsreform von Lissabon

Die Europäische Union verfügt anders als die Bundesrepublik Deutschland in ihren Konstitutivnormen über **ausdrückliche Aussagen** zur Frage des Wirtschaftsordnungsrechts. Diese haben insoweit die Maßgeblichkeit des Grundgesetzes in Fragen der Wirtschaftsverfassung überlagert.⁷⁴ 24

I. Die primärrechtliche Grundsatzentscheidung

Während in der frühen Bundesrepublik die aus der Weimarer Reichsverfassung überkommene⁷⁵ und nach Inkrafttreten des Grundgesetzes kontrovers diskutierte Frage nach der „Wirtschaftsverfassung“⁷⁶ (insbesondere: Soziale Marktwirtschaft;⁷⁷ Neutralitätsthese;⁷⁸ Gemischte Wirtschaftsverfassung⁷⁹) keine explizite Textgrundlage im Grundgesetz hatte und eine solche auch im Vorlauf der Wiedervereinigung trotz der Festlegung der Sozialen Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung im Vertrag über die Wirtschafts-, 25

70 Vgl. namentlich *Kurt Biedenkopf* ua in *Die Welt* v. 24.1.2010 („Der Irrglaube der Demokratie an ewiges Wachstum“).

71 Vgl. dazu zB *Patrick Welter* in *F.A.Z.* v. 9.11.2003 („Das Märchen vom Gleichgewicht“).

72 *Behrens*, Europäische Marktöffnungs- und Wettbewerbspolitik, S. 20 (Rn. 37)

73 Ein derartiger Konflikt wird grundsätzlich im Falle des Art. 107 Abs. 1 AEUV durch steuerliche Verschonungssubventionen zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige ausgelöst.

74 Dies galt bereits vor dem Reformvertrag von Maastricht: *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 265 f., 316 ff.; so zutreffend auch *Hatje*, S. 804 f.

75 Vgl. Art. 151–165 WRV („Das Wirtschaftsleben“).

76 Vgl. als Analyse *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 250 ff.; s. auch *Rittner/Dreher* JöR 59, 59, 67ff.

77 *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft; *ders.*, Wirtschaftsverfassung; *ders.*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz; zur ideengeschichtlichen Herkunft: *Müller-Armack*, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft; *ders.* in *Beckerath*, S. 360 ff.; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik; *ders.*, Genealogie der sozialen Marktwirtschaft; zur Entwicklung: *Watrin* in *Müller-Graff/Jackson*, S. 39 ff.; zu den Deutungsformen der Formel: *Müller-Armack* in *Müller-Armack*, S. 559 ff.; *Zweynert* WD 2008, 34 ff.; *Körner* WD 2008, 237; *Luczak*, S. 388 ff.

78 *Krüger* DVBl. 1951, 361 ff.

79 *E. R. Huber* DÖV 1956, 97 ff.(135 ff., 172 ff., 200 ff.).

Währungs- und Sozialunion von 1990⁸⁰ nicht erhielt,⁸¹ enthält das Primärrecht der Europäischen Union eine (bereits auf den Reformvertrag von Maastricht zurückgehende) terminologisch ausdrückliche Verpflichtung der Wirtschaftspolitik von Union und Mitgliedstaaten auf eine **offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb**.⁸² Sie findet ihre Ergänzung durch die (bereits im Urtext des EWG-Vertrages formulierte) Aufgabe der Schaffung eines Systems, das den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen schützt.⁸³ Der ideengeschichtliche Einflussgrad der **ordoliberalen Freiburger Schule** wird unterschiedlich beurteilt (vgl. dazu *Ruffert* in ders. (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5) → Bd. 5 § 1 Rn. 4 ff.), doch ist die Entsprechung der einschlägigen Grundsatznormen des Primärrechts zur ordoliberalen Lehre nicht zu übersehen.⁸⁴

- 26 Diese Grundentscheidung für eine dezentrale Wirtschaftsordnung, die auch bereits vor der terminologischen Bündelung durch den Vertrag von Maastricht dem ursprünglichen Primärrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als Ergebnis sowohl des wirtschaftspolitischen Konzepts für den Wirtschaftsraum des Gemeinsamen Marktes⁸⁵ als auch der realen historischen Gründungsvoraussetzungen⁸⁶ zugrunde lag,⁸⁷ wurde vom Reformvertrag von Lissabon **textlich zusätzlich profiliert**.⁸⁸ Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV fügte der Verpflichtung auf die Marktwirtschaft zwei weitere ausdrückliche Qualifizierungen hinzu: nämlich einen in hohem Maße **wettbewerbsfähigen** und **sozialen** Soll-Charakter.
- 27 Wenn auch die kennzeichnenden Einzelelemente des Wirtschaftsordnungsrechts der Europäischen Union auf drei verschiedene Textteile des Primärrechts verteilt sind (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 und 2 EUV; Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb; Art. 26 Abs. 2, 119 AEUV), ergibt sich gleichwohl aus ihrer Zusammenschau die Orientierung auf eine positiv definierte Wirtschaftsordnung, welche Union und Mitgliedstaaten gleichermaßen verpflichtet. Sie besteht, in der Terminologie des Primärrechts, **siebenteilig** in einer **offenen**,⁸⁹ in hohem Maße **wettbewerbsfähigen**,⁹⁰ **sozialen**⁹¹ **Marktwirtschaft**⁹² mit **freiem**⁹³ **Wettbewerb**⁹⁴ in einem **Schutzsystem gegen Wettbewerbsverfälschungen**.⁹⁵ Der damit normierte Systemgrundsatz ist ein grundsätzlich justizialer Rechtsbegriff,⁹⁶ der ein Verbot des Systemwechsels⁹⁷ und ein justiziables **Regel-Ausnahme Prinzip**

80 Vgl. Art. 1 Abs. 3 des Vertrages: „Grundlage der Wirtschaftsunion ist die Soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien“ (BGBl. 1990 II 537).

81 Vgl. *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 600, 606 ff.; zur seinerzeitigen Diskussion: *Schmidt-Preuß* DVBl. 1993, 236 (237 f.); tendenziell aA *Horn*, S. 17 f.

82 Jetzt: Art. 119 AEUV; ursprünglich: Art. 102 a EGV; danach Art. 4, 98 EGV.

83 Jetzt: Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb; früher Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV.

84 Dazu *Mestmäcker*, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, 2. Aufl., 2006, S. 288, 290 ff.; *Ruffert* in ders. (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5) → Bd. 5 § 1 Rn. 6, 8, 29 ff.; *Okruch* in FS Müller-Graff, S. 1000 ff.

85 So schon *Uri* nach *Monnet*, S. 352 f.; dazu *Müller-Graff* in FS Riedel, S. 429, 431 f.

86 *Von Simson*, *Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den europäischen Gemeinschaften*, in *Rechts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau* (Hrsg.), *Zur Einheit der Rechts- und Sozialwissenschaften*, Karlsruhe 1967, S. 55 ff.; S. 55 ff.

87 *Müller-Graff*, *Marktrecht*, S. 280 ff., 292 ff.; *ders.* EuR 1997, 433 (439 ff.).

88 Dazu im Einzelnen *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 600 ff.; zur „Kontinuität des Verfassungsrahmens des Binnenmarkts“ *Zemánek* in FS Müller-Graff, S. 1007 ff.

89 Art. 119 Abs. 1 AEUV.

90 Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV.

91 Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV.

92 Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV und Art. 119 AEUV.

93 Art. 119 Abs. 1 AEUV.

94 Art. 119 Abs. 1 AEUV.

95 Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und Wettbewerb.

96 So zB *Hatje*, S. 810 mwN.

97 Vgl. *Müller-Graff* EuR 1997, 433 (440); ebenso *Hatje*, S. 811.

mit **Rechtfertigungslast für heteronome Steuerung** unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit⁹⁸ enthält.

II. Die Einzelelemente des primärrechtlich positivierten Wirtschaftsordnungsrechts der Europäischen Union

Das Wirtschaftsordnungsrecht der Europäischen Union ist in Art. 119 AEUV von den beiden Hauptworten Marktwirtschaft (→ Rn. 29 ff.) und Wettbewerb (→ Rn. 57 ff.) gekennzeichnet, die beide jeweils adjektivisch qualifiziert werden. Ihr primärrechtlicher Inhalt im Einzelnen ist nicht aus einem außerrechtlich konzipierten Modell, sondern aus den jeweils einschlägigen Vorschriften zu bestimmen.⁹⁹ 28

1. Marktwirtschaft

Die Verpflichtung der Wirtschaftspolitik der Union und ihrer Mitgliedstaaten auf eine **Marktwirtschaft**, wie sie seit der Reform von Maastricht textlich ausdrücklich ausgesprochen wurde,¹⁰⁰ war keine grundsätzliche inhaltliche Neuausrichtung. Sie ist vielmehr die einerseits summierende und andererseits pfadverlängernd weiter greifende Konsequenz aus der schon im Jahre 1952 mit der EGKS sektoral begonnenen und sodann seit Gründung der EWG im Jahre 1958 bestehenden Aufgabe der Gemeinschaft, einen Gemeinsamen Markt zu errichten.¹⁰¹ 29

a) Herkunft und Stellenwert des Marktgedankens in der europäischen Integration

Die Schaffung eines gemeinsamen Wirtschaftsraums selbstständig bleibender Nationalstaaten mittels Errichtung eines Gemeinsamen Marktes (heute in intensivierter Form: eines Binnenmarktes¹⁰²) ist sachgegenständliches Kernstück der großen, historisch fundamental neuen Errungenschaft der europäischen Integrationsbewegung nach Ende des zweiten Weltkriegs.¹⁰³ 30

Es wurzelt im Rahmen eines ideengeschichtlichen und politischen Umfelds von weit reichenden Zusammenschlussüberlegungen in Europa¹⁰⁴ konzeptionell vor allem in Entwürfen von *Jean Monnet* und seinem Kreis¹⁰⁵ zu einer dauerhaft institutionalisierten Befriedung des Verhältnisses zwischen Frankreich und Deutschland. Mit dem Gedanken einer 31

98 Vgl. Müller-Graff EuR 1997, 441 f.; ebenso Hatje, S. 811; Nowak EuR 2009 Beiheft 1, 129 (162 ff.); Behrens, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 19 (Rn. 34), 43 f. (Rn. 79 ff.); Rittner/Dreher, S. 45 f. (§ 2 Rn. 43), die daraus einen Vorrang des Handelns der Einzelnen vor staatlicher Regelung und einen Vorrang des Wettbewerbs vor interventionistischen Maßnahmen ableiten (§ 2 Rn. 41 f.); zum Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Rechtfertigung des Eingriffs in Grundfreiheiten Epiney in FS Müller-Graff, S. 467 ff.

99 So zutreffend Hatje, S. 805.

100 Seinerzeit Art. 102 a EGV; heute Art. 119 AEUV.

101 Seinerzeit Art. 2 E(W)GV als erstgereihter Verwirklichungsweg der Ziele der E(W)G.

102 Vgl. zu diesem Verhältnis der Begriffe Müller-Graff, Binnenmarktrecht, S. 8 ff. mwN; ders. EuR 1989, 107 (123 ff.)

103 Vgl.zB Hallstein, Europäische Reden, S. 103 ff.

104 Vgl. dazu Adenauer, Erinnerungen 1945–1953, S. 295 ff.; von der Groeben, Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert, S. 247 ff.; Clemens/Reinfeldt/Wille, Geschichte der europäischen Integration, S. 49 ff.; zu den konzeptionellen Vorläufern der Zusammenarbeit Coudenhove-Kalergi und Briand vgl. Jansen/Mabncke, S. 25 ff., 71 ff.; zur Geschichte der Einigungspläne Foerster, Europa. Geschichte einer politischen Idee; dazu zählt auch der Entwurf von Johann Caspar Bluntschli; vgl. dazu Müller-Graff, Recht überwindet Grenzen: Thibaut, Bluntschli, Goldschmidt und andere Heidelberger, in Baldus/Kronke/Mager (Hrsg.), Heidelberger Thesen zu Recht und Gerechtigkeit, Tübingen 2013, S. 67, 79 ff.

105 Darunter vor allem Etienne Hirsch und Pierre Uri.

zu diesem Zweck angestrebten Vergemeinschaftung der militärisch relevanten **Kohle- und Stahlindustrie**¹⁰⁶ (und später mit der Vernetzung des Wirtschaftens insgesamt in der EWG) wurden zwei innovative Ansätze für zwischenstaatliche Verhältnisse entwickelt. Erstens kam es statt zu einer klassischen wirtschaftsvölkerrechtlichen Vereinbarung über einzelne gegenseitige Präferenzen zu einem Vertrag über die perspektivisch umfassende wechselseitige Verflechtung der vertraglich erfassten Wirtschaftsabläufe mittels der Schaffung von Voraussetzungen eines **gemeinsamen Marktes**, die (bereits in Sprache und Konzept des noch sektoral bezogenen EGKSV) „von sich aus die rationellste Verteilung der Erzeugung auf dem höchsten Leistungsstande sichern.“¹⁰⁷ Zweitens erfolgte statt einer herkömmlichen völkerrechtlichen Vereinbarung mit ihrer traditionellen Durchsetzungsschwäche im Verhältnis zur Souveränität der Partner die vertragliche Gründung einer Organisation mit eigenen „Eingriffs“-Befugnissen,¹⁰⁸ gipfelnd in der Einrichtung einer „Hohen Behörde“. Diese Konstruktion resümierte *Jean Monnet* mit den Worten: „L'ensemble offrait une impression de forte organisation et de finalité libérale à la fois.“¹⁰⁹

- 32 Der von Art. 2 Abs. 2 EGKSV erstmals anvisierte Orientierungspunkt eines gemeinsamen Marktes blieb nicht undefiniert, sondern wurde von Art. 4 EGKSV zugleich in seinen Grundlinien auf vierfache Weise konkretisiert: dem Verbot von Einfuhr- und Ausfuhrzöllen oder Abgaben gleicher Wirkung sowie mengenmäßigen Beschränkungen des Warenverkehrs; dem Verbot von Maßnahmen und Praktiken, die eine Diskriminierung zwischen Erzeugern oder Käufern oder Verbrauchern herbeiführen oder den Käufer an der freien Wahl seines Lieferanten hindern; dem Verbot der von den Staaten bewilligten Subventionen oder Beihilfen oder von ihnen auferlegten Sonderlasten; dem Verbot einschränkender Praktiken, die auf eine Aufteilung oder Ausbeutung der Märkte abzielen. Bereits in diesen Bestimmungen werden die rechtsnormativen architektonischen Konturen eines transnationalen Marktes sichtbar, die die freie grenzüberschreitende Koordinierung freier Präferenzentscheidungen von Angeboten und Nachfragen ermöglichen und nicht nur gegen staatliche Behinderungen, sondern auch gegen staatliche Wettbewerbsverfälschungen und private Wettbewerbsbeschränkungen absichern sollen. Der EGKS-Vertrag entfaltete diese Grundlinien in zahlreiche Einzelvorgaben.
- 33 Übertragenden Aufschwung erfuhr der transnationale Marktgedanke für die Entwicklung der europäischen Integration nach dem **Scheitern** des sehr weitgreifenden Vorhabens zur Vergemeinschaftung eines bedeutsamen Sektors der Hoheitsebene der Gründerstaaten der EGKS, nämlich der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft (EVG) und einer damit verbundenen Europäischen Politischen Gemeinschaft (EPG).¹¹⁰ Die daraufhin einsetzende, sog. „**relance européenne**“ wandte sich der außerhalb der hoheitlichen Ebene siedelnden Wirtschaft zu und erstreckte den Leitgedanken eines gemeinsamen Marktes der Montanunion auf die gesamte Wirtschaft mittels Gründung der **Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft** (EWG).¹¹¹ Als deren primäre Aufgabe wurde die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes ausgewiesen.¹¹² Dessen normative Kontur tritt im Jahre 1958 im Vergleich zum EGKSV konzeptionell und vertragstextlich deutlich ausgereifter als zwischenstaatlicher Freiverkehr aller Produktionsfaktoren (Personen, Kapital) und Produkte (Waren, Dienstleistungen) in Gestalt von spezifischen Beschränkungsverboten hervor (ursprünglich noch

106 *Monnet*, S. 374 ff.

107 Art. 2 Abs. 2 EGKSV; so der Sache nach schon *Monnet*, S. 352.

108 Art. 5 EGKSV.

109 *Monnet*, S. 353.

110 *Clemens/Reinfeldt/Wille*, S. 108ff.; *Volkman/Schwengler* (Hrsg.), Die Europäische Verteidigungsgemeinschaft; *Gebler*, Europa, 3. Aufl. 2018, S. 242 ff.

111 *Küsters*, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.

112 Art. 2 EWG.

verhalten im Kapitalverkehr). Sie findet sich seit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987¹¹³ in auch inhaltlich intensiverter Form terminologisch als Binnenmarkt gebündelt und umschrieben als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist“¹¹⁴ (heute Art. 26 Abs. 2 AEUV).

Ideengeschichtlich lässt sich darin auch der Einfluss der klassischen, transnational arbeits- 34
 teilig denkenden **Außenhandelslehre** des „komparativen Kostenvorteils“¹¹⁵ erkennen,¹¹⁶ doch ist das Binnenmarktkonzept des Primärrechts der Europäischen Union Ausdruck einer modernen **Wettbewerbslehre**, die dem Wettbewerb positive gesamtökonomisch-wohlfahrtstheoretische und gesellschaftspolitische Funktionen zuordnet.¹¹⁷ Wird dieses Konzept zugrunde gelegt, muss allerdings auch mit regionalpolitischen Kompensationsbedürfnissen im Falle regional asymmetrischer Erfolgswirkungen des Prinzips des komparativen Kostenvorteils bzw. des Wettbewerbsprinzips gerechnet werden. Denn der von der Vergemeinschaftung erwartete Wohlfahrtsgewinn wird dem gemeinsamen Wirtschaftsraum insgesamt gutgeschrieben, muss sich aber nicht in jeder beteiligten Region gleichermaßen verwirklichen. Ein vorsorglicher infrastruktureller Fördermechanismus zur Vorbeugung **regional gravierend asymmetrisch** zu befürchtender Ergebnisse kann daher unter dem Erfahrungsgesichtspunkt, dass alle Politik lokal ist (*Tip O'Neill*¹¹⁸) der Erhaltung des gemeinsamen Wirtschaftsraums dienen (namentlich: **Kohäsionspolitik**), sofern der Mechanismus nicht den eigenständigen Leistungsansporn einer Region dämpft. Ökonometrische Berechnungen eines Wohlfahrtsgewinns für die Union insgesamt oder den abstrakten „Unionskonsumenten“ (oder im Weltmaßstab für die Welt insgesamt oder den „Weltkonsumenten“) infolge Freihandel und Wettbewerb allein lösen diese Aufgabe nicht.¹¹⁹ Darüber hinaus versteht es sich von selbst, dass in einem gemeinsamen transnationalen Wirtschaftsraum das Wohlergehen der Beteiligten interdependent ist.

b) Der Begriff des Marktes im Recht von Binnenmarkt und Marktwirtschaft

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Begriffe „Binnenmarkt“ (in Art. 3 Abs. 3 35
 UAbs. 1 S. 1 EUV und Art. 26 Abs. 2 AEUV) und „Marktwirtschaft“ (in Art. 119 AEUV) den Marktbegriff in einem **unterschiedlichen normativen Kontext** führen.

Während das Binnenmarktziel auf die Gewährleistung der barrierefreien (nicht von Zu- 36
 gangssperren verunmöglichten oder von „Attraktivitäts“hindernissen gehemmten oder beeinträchtigten) **Verwirklichung transnationaler Präferenzentscheidungen** der Wirtschaftsteilnehmer zielt, dient die Verpflichtung auf den Grundsatz der Marktwirtschaft in Art. 119 AEUV der Orientierung der **gesamten Wirtschaftspolitik** von Union und Mitgliedstaaten auf die Gewährleistung und Achtung einer dezentralen Wirtschaftsordnung

113 Einheitliche Europäische Akte vom 17./28.2.1986; in Kraft getreten am 1.7.1987 (BGBl. 1986 II 1104).

114 Zum begrifflichen Verhältnis des Binnenmarktes zum Gemeinsamen Markt *Müller-Graff* EuR 1989, 107 (122 ff.) mwN; *ders.*, Binnenmarktrecht, S. 8 ff.

115 Ideengeschichtlich wird diese Lehre auf die aus heutiger Sicht (relativ schlichten) Modelle von *Adam Smith* (*The Wealth of Nations*, 1776) und *David Ricardo* (*Principles of Political Economy and Taxation*, 1829) zurückgeführt.

116 Dazu und zur Diskussion um negative Wohlfahrtseffekte einer Zollunion infolge von Erschwernissen für den Handel mit Drittstaaten *Clapham* in Zippel, S. 25, 28, 31 ff.; *Repasi* → § 27 Rn. 17 ff.; zur konzeptionellen Annahme des Wohlfahrtsgewinns durch Freihandel *Molle*, S. 41 ff.

117 Zu diesen Funktionen klassifikatorisch *Möschel*, Wirtschaftsrecht der Banken, S. 337 ff.

118 *O'Neill*, All Politics Is Local and Other Rules of the Game, 1994

119 Vgl. zur mitgliedstaatlichen Differenzierung der Wohlfahrtsgewinne durch den Binnenmarkt („Kronjuwel der EU-Integration“) *Felbermayr*/Gröschl/Helland/Stehn, Die (Handels-)Kosten einer Nicht-EU, Kiel Policy Brief Nr. 125, 2019.

mit Freiheitsrechten einschließlich der privaten Rechtsinhaberschaft an Wirtschaftsgütern (unbeschadet der Unberührtheit einzelstaatlicher Eigentumsordnungen im eingeschränkten Sinne von Art. 345 AEUV¹²⁰). Geht es daher mit dem Binnenmarktziel insbesondere um den ungehinderten und unverfälschten transnationalen **Marktzugang** der Marktteilnehmer (mit dem damit umgekehrt allerdings auch verbundenen Risiko des erzwungenen Marktaustritts im erweiterten internen Wirtschaftsraum bei Nicht-Erwirtschaftung der Grenzkosten (vgl. zum Binnenmarktrecht der Unternehmenskrisen *Guski* § 24), erfasst die Verpflichtung auf die Marktwirtschaft weiter greifend **alle Elemente von Wirtschaftspolitik**. Umfasst sind davon nicht nur Entscheidungen über öffentliche Einzeleingriffe zum Zweck der Schutzgutsicherung (→ Rn. 19) oder der Ergebnissteuerung (→ Rn. 21), sondern auch die Globalsteuerung makroökonomischer Richtgrößen sowie die Haushaltspolitik¹²¹ und vor allem auch die grundlegende, institutionell dauerhafte Sicherung des Systems der freien Koordination durch entsprechende Handlungsfreiheiten der Marktteilnehmer.¹²² Während in der letztgenannten Aufgabe die Union vor allem in ihrer Aufgabe, einen Binnenmarkt in einem Schutzsystem gegen Wettbewerbsverfälschungen zu gewährleisten, und daher in der Ausgestaltung ihrer Maßnahmen, insbesondere sekundärrechtlicher Art, betroffen ist, obliegt den Mitgliedstaaten zusätzlich nach dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) im Interesse der Ziel- und Aufgabenverwirklichung der Union auch die gesamte **Grundsicherung** einer Ordnung, die in wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten Privater¹²³ wurzelt.

- 37 Gleichwohl ist beiden Begriffen trotz ihres unterschiedlichen Normkontextes der Bezugspunkt auf den **Marktgedanken gemeinsam**. Denn sowohl das Binnenmarktziel als auch die Verpflichtung auf den Grundsatz der Marktwirtschaft zentriert in dem Urgedanken der freien Koordinierung freier Präferenzentscheidungen von Angeboten und Nachfragen. Der Markt**begriff** ist das institutionelle Kürzel für die Gesamtheit interagierender autonomer, insbesondere privatautonomer Entscheidungen über Initiativen und Austausch in einer arbeitsteiligen Wirtschaft.¹²⁴ Soweit öffentliche Hände als Nachfrager oder Anbieter auftreten, haben sie sich daher rechtlich grundsätzlich auf derselben horizontalen Augenhöhe wie private Unternehmen zu bewegen und als Unternehmen dieselben Regeln des unionalen Wettbewerbsrechts, zu beachten. Auch dürfen die Mitgliedstaaten öffentliche Unternehmen grundsätzlich nicht im Widerspruch zum Wirtschaftsordnungsrecht der Union besser stellen (Art. 106 Abs. 1 AEUV). Soweit sie hoheitlich steuernd in Markt Vorgänge eingreifen wollen, haben sie die Grundregeln des wirtschaftsordnungsrechtlichen Systems der freien Koordination freier Präferenzentscheidungen zu beachten,¹²⁵ sind infol-

120 Vgl. zu Herkunft und Inhalt *Burghardt*, Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag. Zur Auslegung des Art. 222 EWGV; *Everling* in FS Raiser, S. 379 ff.

121 Dies betrifft insbesondere die Verschuldungspolitik. Sie ist nach dem Konzept des AEUV Marktgesetzeslichkeiten ausgesetzt. Dies spiegelt sich auch in der Zielrichtung des Art. 123 Abs. 1 AEUV mit dem Verbot der monetären Staatsfinanzierung.

122 Vgl. *Streinz/Kempfen* EUV/AEUV Art. 119 Rn. 15: „eine auf die Freiheit der privaten Wirtschaftssubjekte gegründete Ordnung“.

123 Als Vorbedingungen der transnationalen Handlungsfreiheiten bezeichnete *Zuleeg*, Wirtschaftsverfassung, S. 80 die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit, Berufsfreiheit und Vereinigungsfreiheit als die „eigentlichen Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes“; s. auch *von der Groeben* in FS Hallstein, S. 226 (235).

124 *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 283 ff.

125 Diese Orientierung gilt im deutschen Recht auch im Rahmen des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes (§ 1 S. 2: „Die Maßnahmen sind so zu treffen, dass sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung...“) und des Wirtschaftssicherstellungsgesetzes (§ 1 Abs. 3: „Die Rechtsverordnungen sind auf das unerlässliche Maß zu beschränken. Sie sind inhaltlich so zu gestalten, dass in die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung so wenig wie möglich eingegriffen und die Leistung der Gesamtwirtschaft möglichst wenig beeinträchtigt wird.“).

gedessen rechtfertigungspflichtig für Interventionen und geraten dadurch unter Rationalitätsdruck (so die Formulierung zur Einschränkung der transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten bei *Ruffert* in ders. (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5) → Bd. 5 § 1 Rn. 13). Öffentliche Unternehmen können darüber hinaus ihrerseits speziellen binnenmarktrechtlichen Bindungen der öffentlichen Hand unterliegen.¹²⁶

c) *Die Verpflichtung der „Wirtschaftspolitik“ von Mitgliedstaaten und Union auf den Grundsatz der Marktwirtschaft (Wirtschaftsunion)*

Die Verpflichtung der „Wirtschaftspolitik“ auf den „Grundsatz einer ... Marktwirtschaft ...“ im Sinne des Art. 119 Abs. 1 AEUV adressiert tatbestandlich jedes als „Wirtschaftspolitik“ zu qualifizierende Verhalten von Mitgliedstaaten und Union (→ Rn. 39) und bindet dieses an eine in den Handlungsfreiheiten Privater wurzelnde Wirtschaftsordnung (→ Rn. 42). Ein subjektives Recht folgt allein aus dieser Systemscheidung nicht.¹²⁷

aa) „Wirtschaftspolitik“

Der primärrechtliche Begriff der „Wirtschaftspolitik“ ist in seinen beiden Teilen (Wirtschaft, Politik) **inhaltlich weit** zu verstehen,¹²⁸ findet allerdings in der steuernden Einwirkung der öffentlichen Hand auf die verschiedenen Faktoren (→ Rn. 40) der Herstellung und Verteilung geldwerter Güter seinen Mittelpunkt. In der Systematik und Terminologie des AEUV bezieht er auch die **Haushaltspolitik** der Mitgliedstaaten ein und verpflichtet diese, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden (Art. 126 AEUV).¹²⁹ Dies ist angesichts deren finanzwirtschaftlichen Bedingungen und wirtschaftlichen Auswirkungen im Lichte des normativen Leitsystems der Wirtschafts- und Währungsunion gut vertretbar. Insgesamt wird die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union im Sinne des Zielartikels des Art. 3 EUV daran gebunden, als „richtungsweisende Grundsätze“ einzuhalten: „stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine dauerhaft finanzierbare Zahlungsbilanz“ (Art. 119 Abs. 3 EUV). In ihrem Erscheinungsbild kann Wirtschaftspolitik daher unterschiedliche Formen annehmen (vgl. dazu *Hufeld* § 24). Speziell zum Binnenmarktrecht der Wirtschaftskrisen *Repasi* § 27). Hierbei ist wegen der unterschiedlichen Zuständigkeiten zwischen Mitgliedstaaten und Union zu unterscheiden.¹³⁰

(1) Primäradressaten der Verpflichtung aus Art. 119 Abs. 1, 120 ff. AEUV sind die **Mitgliedstaaten**, da deren Wirtschaftspolitiken nach Text und Systematik des Primärrechts nicht vergemeinschaftet, sondern von ihnen zu koordinieren sind (insbesondere Art. 5 Abs. 1, 119 Abs. 1, 120, 121 ff. AEUV).¹³¹ Die erfasste Wirtschaftspolitik lässt sich inhaltlich vor allem aufspreizen in **Teilbereiche** wie Struktur-, Investitions-, Innovations-, Konjunktur-, Beschäftigungs-, Lohn-, Preis-, Steuer-, Budgetpolitik.¹³² Das primäre Unions-

126 So namentlich im Rahmen der Beihilfenaufsicht (Art. 107 Abs. 1 AEUV: „staatliche oder ausstaatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“).

127 *Hatje*, S. 810.

128 Vgl. als Bsp. die Einrichtung des Stabilitätsmechanismus EuGH 27.11.2012 – ECLI:EU:C:2012, 756 Rn. 60 – Pringle.

129 *Behrens*, Europäische Marktöffnungs- und Wettbewerbspolitik, S. 27 ff. (Rn. 50 ff.).

130 So auch *Hatje*, S. 823.

131 So auch *Behrens*, Europäische Marktöffnungs- und Wettbewerbspolitik, S. 24 ff. (Rn. 45 ff.).

132 „Wirtschaftspolitik iSd Art. 119 ff. AEUV ist ein normativer Zweckbegriff. Er umfasst diejenigen wirtschaftsbezogenen Bereiche, die nicht schon von anderen Teilen des AEUV der Union zugeordnet sind. Die Einbeziehung der staatlichen Budgetpolitik ergibt sich aus Art. 126 AEUV. Zum spezifischen Begriff der Wirtschaftspolitik vgl. etwa *Streinz/Kempfen* EUV/AEUV Art. 119 Rn. 12.

recht belässt den Mitgliedstaaten insoweit beachtliche Gestaltungsspielräume,¹³³ doch muss sich deren Ausübung im Rahmen der wirtschaftsordnungsrechtlichen Einzelbestimmungen des Unionsrechts halten.¹³⁴

- 41 (2) Die *Union* ist unter dem Gesichtspunkt der Verpflichtung der Wirtschaftspolitik auf eine wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft zum einen insoweit adressiert, als sie an der Koordinierung der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten teilnimmt (Art. 121, 126 AEUV), zum anderen aber auch insoweit, als ihre eigenen Maßnahmen auf Faktoren der Herstellung und Verteilung geldwerter Güter einwirken.¹³⁵ Letzteres geschieht durch die Wahrnehmung der Befugnisse der Union im (begrenzten¹³⁶) Spektrum ihrer **Zuständigkeiten**. Diese sind infolge unterschiedlicher Vergemeinschaftungsbereitschaft und wirtschaftspolitischer Grundverständnisse der Mitgliedstaaten im Ergebnis *de lege lata* **unterschiedlich** ausgestaltet (konzeptionell, wirtschaftspolitikfunktional, sachgebietlich, zuständigkeitskategorial und instrumentell)¹³⁷ und in flexibler Reaktion auf Regulierungserfordernisse des sich verdichtenden transnationalen Marktes sukzessive ausgedehnt worden.¹³⁸ Derzeit zählen dazu unter den **ausschließlichen** Zuständigkeiten (Art. 3 AEUV) namentlich die Zoll-, Handels-, Wettbewerbs- und Währungspolitik. Unter den **geteilten** Zuständigkeiten (Art. 4 AEUV) rechnen dazu insbesondere die Binnenmarktpolitik (mit Unklarheiten in der Kompetenzkategorie der binnenmarktfinalen Rechtsangleichungspolitik¹³⁹) und des Weiteren die Sozial-, Kohäsions-, Landwirtschafts-, Fischerei-, Verkehrs-, Verbraucherschutz-, Energie-, Umwelt- und transeuropäischen Vernetzungspolitik. Von den **Unterstützungszuständigkeiten** (Art. 6 AEUV) sind es vor allem die Industrie- und Tourismuspolitik. Die Union verfügt damit über sachgebietlich ganz unterschiedlich ausgeprägte Handlungsmöglichkeiten im Spektrum von Ordnungs-, Verlaufs- und Verteilungspoli-

133 Vgl. zu den Gestaltungsspielräumen im Hinblick auf ordnungspolitische Vorbehalte (Eigentumsordnung, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Bereitstellung öffentlicher Güter), auf Verlaufspolitik und Verteilungspolitik *Hatje*, S. 807, 842 ff.

134 Vgl. zu den Grenzen unter den Gesichtspunkten der marktwirtschaftlichen Ausrichtung, des Verbots übermäßiger Haushaltsdefizite und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *Hatje*, S. 848 ff.

135 *Behrens*, Europäische Marktöffnungs- und Wettbewerbspolitik, S. 25 (Rn. 46).

136 Zu den Gestaltungsspielräumen der (heute) Union *Hatje*, S. 823 ff., der die Differenzierung nach den zugänglichen Rechtsformen und den politischen „Einzelbereichen“ aufweist und hierbei die Einzelbereiche in drei Gruppen untergliedert: Ordnungspolitik (aufgespreizt in Marktöffnung, Liberalisierung regulierter Märkte, Aufbau eines Raums der Freiheit und der Sicherheit), Verlaufspolitik (aufgefächert in Finanzpolitik, sektorielle und regionale Strukturpolitik, Beschäftigungspolitik, Umweltpolitik, weitere Politikbereiche) sowie Verteilungs- und Sozialpolitik.

137 *Hatje*, S. 823 f. spricht von „Asymmetrien der Kompetenzordnung“. Diese setzen sich auch in den der Union unterschiedlich verfügbaren Instrumenten fort (Legislativbefugnisse, Empfehlungen, Beihilfen, S. 825 f.) und schlagen sich in wirtschaftspolitisch unterschiedlichen Ansatzpunkten nieder (dazu auf S. 826 ff. der im Ausgangspunkt wirtschaftspolitisch kategorisierende Vorschlag einer Systematisierung der Zuständigkeiten und Einwirkungsmöglichkeiten nach den drei Bereichen der *Ordnungspolitik*, der *Verlaufspolitik* sowie der *Verteilungs-* und *Sozialpolitik*).

138 Zu dieser Entwicklung bündig *Hatje*, S. 824 f.; sie entspricht dem in den 1950er-Jahren erhofften funktionalen Überschusseffekt der Marktintegration (auch „spill over“ – „Überschwappereffekt“ –; *Ruffert* in ders. (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) → Bd. 5 § 1 Rn. 24).

139 Zwar weist Art. 4 Abs. 1 lit. a AEUV den Binnenmarkt den geteilten Zuständigkeiten zu. Indes ist zweifelhaft, ob dies die Angleichungskompetenz voll erfassen kann; vgl. zum Problem der kategorialen Qualifizierung der binnenmarktfinalen Rechtsangleichungskompetenz *Müller-Graff* ZHR 159, 34ff. Zu pauschal ist es, das „Funktionieren“ des Binnenmarktes allgemein der geteilten Zuständigkeit des Art. 4 Abs. 1 lit. a AEUV zuzuordnen; zweifelhaft daher EuGH 16.4.2013 – ECLI:EU:C:2013:240 Rn. 16 ff. – Spanien und Italien/Rat

tik.¹⁴⁰ Die Ausübung dieser Kompetenzen hat die einschlägigen wirtschaftsordnungsrechtlichen Einzelbestimmungen des Unionsrechts zu beachten.¹⁴¹

bb) Die Bindung an den Grundsatz einer Marktwirtschaft

Der Begriff des „Grundsatzes einer ... Marktwirtschaft“ wird vertragstextlich nicht näher definiert und steht damit der Auslegung offen. Immerhin lässt sich sein Kern in **Abgrenzung** zu anderen Wirtschaftsordnungen (→ Rn. 7 ff.) als eine in den Handlungsfreiheiten Privater wurzelnde Wirtschaftsordnung freier Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angeboten und Nachfragen bestimmen. Damit sind **erstens** alle Modelle einer zentral gesteuerten Wirtschaftsordnung auf Ebene der Union und der Mitgliedstaaten ausgeschlossen.¹⁴² **Zweitens** sind Mitgliedstaaten und Union in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen verpflichtet, die Funktionsvoraussetzungen einer dezentral freiheitlichen Wirtschaftsordnung zu gewährleisten.¹⁴³ **Drittens** unterliegen im Anwendungsbereich des Unionsrechts grundsätzlich alle wirtschaftlich relevanten freiheitsbeschränkenden Maßnahmen (namentlich zum Zwecke der Systemsicherung ebenso wie zum Zweck punktueller, sektoraler oder globaler Schutzgutsicherung oder Ergebnissteuerung) judikativ überprüfbarer Rechtfertigerfordernissen (**Regel-Ausnahme-Prinzip**, → Rn. 27). **Viertens** fordert daher die Bindung speziell der Union eine grundsätzliche Einspurung ihrer legislativen und administrativen wirtschaftspolitischen Maßnahmen in die Systemlogik einer Marktwirtschaft. Zwar beinhaltet dies nicht, dass bei einer konkreten Maßnahme zur Sicherung eines bestimmten Schutzgutes (zB der Umwelt) sich dieses im Konflikt mit der Marktintegration nicht durchsetzen kann,¹⁴⁴ doch ist bei mehreren geeigneten Mitteln zur Zielerreichung das marktkonformste, also die freie Koordination am wenigsten einschränkende Maßnahme zu wählen, wobei die judikative Überprüfung dieses Kriteriums den jeweiligen politischen und/oder administrativen Beurteilungsspielraum zu achten hat. Diese letztlich in der Systementscheidung begründete normative Präferenz wird von einem Fächer unionsrechtlicher Elemente begleitet, die marktkonformen Lösungen namentlich durch tatbestandliche Sicherungen und Rechtfertigungslasten¹⁴⁵ ein stärkeres Verwirklichungspotenzial zuordnen als marktkonformen Lösungen.¹⁴⁶ **Fünftens** unterliegen daher speziell freiverkehrsbeschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten der strengen prognostischen Verhältnismäßigkeitsprüfung, unbeschadet des Ermessensspielraums in Fragen der Gestaltung der Eigentumsordnung (Art. 345 AEUV), der Bereitstellung von Diens-

42

140 Dazu im Überblick *Hatje*, S. 836 ff.

141 Zu den primärrechtlichen Gestaltungsgrenzen der (heute) Union *Hatje*, S. 836 ff., der diese als marktwirtschaftliche Zielpräferenzen, erhöhte Effektivität marktintegrativer Instrumente, tatbestandliche Sicherungen der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft (insbesondere Funktionsvorbehalte zugunsten des Binnenmarktes und des unverfälschten Wettbewerbs) und Rechtfertigungslasten identifiziert.

142 Vgl. *Müller-Graff* EuR 1997, 433 (440); *Rittner/Dreher*, S. 44 (Rn. 39). Einzelne mitgliedstaatliche Verfassungen bekennen sich ausdrücklich zur Marktwirtschaft.

143 Dies betrifft insbesondere die Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit, des Eigentumschutzes und der Gleichheit. Als „konstitutive“ rechtliche Institutionen nennt *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 21 f. (Rn. 40) namentlich Eigentum und Vertrag, Gewerbefreiheit und Wettbewerbschutz.

144 Vgl. für das Verhältnis von Marktintegration und Umweltschutz *Müller-Graff* in *Rengeling*, S. 239, 284 f. (Rn. 89); allgemein ebenso zur Frage von Zielkonflikten und Zielhierarchien auch *Hatje*, S. 836 f.; anders demgegenüber *Basedow* in *FS Everling*, S. 49.

145 Beides auflistend *Hatje*, S. 838 ff., 840 f.

146 Vgl. dazu die Analyse von *Hatje*, S. 837 ff., der im Einklang mit *Basedow* in *FS Everling*, S. 60 ff., eine „abgestufte Autonomie der Regelungsbereiche“ in der erhöhten Eigenständigkeit der marktintegrativen Gemeinschaftspolitiken im Vergleich zu anderen Politiken hervorhebt, prozedurale Sicherungen zum Schutz vor wettbewerbsverzerrenden Einflüssen punktiert und die rechtlich unterschiedlich wirkenden Handlungsformen anführt.

ten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 14 AEUV)¹⁴⁷ und der Haushalts-, Steuer- und Sozialpolitik.¹⁴⁸

d) Normative Qualifizierungen der Marktwirtschaft im Sinne des Wirtschaftsordnungsrechts der Union

- 43 Die vom Primärrecht angestrebte Marktwirtschaft ist normtextlich als offene, in hohem Maße wettbewerbsfähige und soziale postuliert.

aa) Offenheit

- 44 Die von Art. 119 Abs. 1 AEUV konzipierte Offenheit der Marktwirtschaft hat eine innere und eine äußere Dimension.¹⁴⁹

- 45 **Innerhalb** der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten bezeichnet das normative Merkmal der Offenheit die **grundsätzliche rechtliche Zugangsfreiheit** zu einem sachlich, örtlich oder zeitlich relevanten Markt (auch in transnationaler Hinsicht unbeschadet der Eingrenzung bestimmter transnationaler Grundfreiheiten auf Unionsbürger¹⁵⁰). Die rechtliche Zugangsfreiheit kann naturgemäß nicht auch die personellen, sächlichen, finanziellen und qualitativen Voraussetzungen für eine derartige Teilnahme gewährleisten. Zugleich dienen auch die Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff. AEUV der Offenhaltung der Märkte.

- 46 Zugleich umschließt das Ziel der offenen Marktwirtschaft die Verpflichtung von Union und Mitgliedstaaten, ihre ihnen jeweilig kompetenziell zugänglichen Wirtschaftspolitiken auf eine Offenhaltung des Binnenmarktes zu den **außerhalb liegenden Wirtschaftsräumen** zu orientieren und zwar im Sinne der Ziele der Gemeinsamen Handelspolitik, wie sie in Art. 206 AEUV abstrakt als Beitrag „zur harmonischen Entwicklung des Welthandels, zur schrittweisen Beseitigung der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr und bei den ausländischen Direktinvestitionen sowie zum Abbau der Zollschränken und anderer Schranken“ programmiert sind. Darin könnte zwar auch die perspektivische Fluchtlinie einer Auflösung von unionaler Zollunion¹⁵¹ und unionalem Wirtschaftsraum zugunsten eines holistischen Weltwirtschaftsraums liegen, doch obwaltet de lege lata die „Einheit nach Außen.“¹⁵² Diese Offenheit hat die Doppelperspektive, den Unternehmen mit Sitz innerhalb der Union wirtschaftliche Aktivitäten außerhalb des Binnenmarktes und den Unternehmen mit Sitz außerhalb der Union wirtschaftliche Tätigkeiten innerhalb des Binnenmarktes zu ermöglichen. Speziell für den Kapital- und Zahlungsverkehr schafft Art. 63 AEUV mit seinem auch im Verhältnis zu Drittstaaten geltenden Beschränkungsverbot eine

147 Vgl. dazu *Bruhns*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Binnenmarktrecht; *Dietrich*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse; *Schwarze* EuZW 2001, 334 ff.; zur Binnenmarktrelevanz lokaler Daseinsvorsorge *Müller-Graff* in Gabriel/Müller-Graff/ Steger, S. 27 ff.

148 Vgl. dazu die Aufstellung der Gestaltungsspielräume durch *Hatje*, S. 842 ff., 844 ff.

149 AA zur äußeren Dimension von der Groeben/Schwarze/Hatje/Wittelsberger Art. 120 AEUV Rn. 13 (keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft gegenüber Drittstaaten oder internationalen Organisationen); gegen diese Eingrenzung spricht allerdings die - freilich konditionierte - Zielsetzung der Gemeinsamen Handelspolitik, zur schrittweisen Beseitigung der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr beizutragen (Art. 206 AEUV) sowie die - einseitige - Erstreckung der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten (Art. 63 AEUV). Im Ergebnis wie hier *Hatje*, S. 810.

150 So die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und die aktive Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV).

151 Zur Debatte um negative Wohlfahrtsauswirkungen einer Zollunion vgl. *Clapham*.

152 So schon *Ipsen*, GemR, S. 551; aufgenommen mit neueren Belegen (Verhältnis zur WTO; restriktive Maßnahmen gegenüber Drittstaaten nach Art. 215 Abs. 2 AEUV) *Hatje*, S. 818 f.

seitens der Union und ihren Mitgliedstaaten unilateral grundsätzlich unbehindert gewährleistet globale finanzmarktliche Verschränkung, die allerdings unionsrechtliche Folgefragen nach sich zieht.¹⁵³

Davon abgesehen erfordert jedoch die Festlegung des gewünschten externen Offenheitsgrads des Binnenmarktes im Rahmen von bilateralen Freihandelsabkommen (beispielsweise das ausgehandelte CETA-Abkommen der Union mit Kanada¹⁵⁴ oder das seinerzeit geplante TTIP-Abkommen mit den USA¹⁵⁵) oder im Rahmen der Welthandelsorganisation¹⁵⁶ stets eine **politische Abwägungsentscheidung**. In ökonomischen Modellen prognostizierte, insgesamt summierte Wohlfahrtsgewinne¹⁵⁷ sind abzuwägen mit möglicherweise asymmetrischen (durch keinen Kompensationsmechanismus abgefederten) ökonomischen Auswirkungen zulasten der Union im Vergleich zu anderen Handels- und/oder Wirtschaftsmächten (namentlich zu China und den USA) und auch mit der möglichen Verwässerung des binnenmarktlichen Zusammenhalts der Union durch Umlenkung der Handelsströme¹⁵⁸. Sektorielle Öffnungen des Binnenmarktes zu Drittstaaten (wie beispielsweise zur Schweiz im Rahmen der „bilateralen“ Abkommen (dazu *Kaddous* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) § 20)¹⁵⁹) können infolge der dadurch ermöglichten räumlichen Wettbewerbserweiterung zugleich sektoral selektiv steuernd wirken.

bb) Wettbewerbsfähigkeit

Sinnfällig im Licht des Prosperitätsleitziels der Union („Wohlergehen ihrer Völker“ in Art. 3 Abs. 1 EUV) ist die soeben genannte äußere Dimension der Offenheit der Marktwirtschaft allerdings nur, wenn die in der Union residierenden Marktakteure (zwar nicht jeder Einzelne, aber in ihrer Mehrheit) **wettbewerbsfähig** genug sind, um sich auf internationalisierten Märkten mit ihren Angeboten erfolgreich zu behaupten und dadurch Arbeitsplätze und besteuerebaren Gewinn in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Union zu generieren. Dies ist eine der drei Komponenten der Zielqualifizierung der angestrebten Marktwirtschaft als „in hohem Maße wettbewerbsfähig“ (Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV), womit zweitens zugleich das Erreichen eines hohen Inlandsstandards aufgetragen ist. Darin liegt eine ergebnisorientierte, wiewohl nicht konkret definierte Ambition und potenziell eine industriepolitische Intention. Sie ist heteronom im Vergleich zu den inneren Gesetzmäßigkeiten der marktgemäßen Selbststeuerung, speist sich aber aus dem Gedanken des genannten Unionsziels des Wohlergehens ihrer Völker. Sie erhält ihre besondere dritte Färbung als potenzieller Gegenspieler zu der gleichzeitigen Qualifizierung der Marktwirtschaft als „sozial“, die nicht nur Elemente der Förderung, sondern auch der Dämpfung

153 Danach sind Beschränkungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten verboten. Allerdings sind Beschränkungen unter bestimmten Voraussetzungen unionsrechtlich gerechtfertigt (Art. 64–66 AEUV). Dazu im Einzelnen (im Blick auf transnationale Unternehmensübernahmen) *Clostermeyer*, S. 238 ff.

154 ABl.EU 2017 L 11/23.

155 Zur Frage der Chancen und Risiken zB *Felbermayr/Heid/Larch* in *Müller-Graff*, *Europäische Union und USA*, S. 69 ff.

156 Vgl. dazu zB *Hilpold*, *Die EU im GATT/WTO-System*, 2018; sowie die Beiträge von *Petersmann*, *Hilf*, *Senti*, *Müller-Graff*, *Adlung*, *Straus*, *Cottier*, *Weiss* und *Jackson* in *Müller-Graff* (Hrsg.), *Die Europäische Gemeinschaft in der Welthandelsorganisation*, 2000

157 ZB zur seinerzeit geplanten TTIP *Felbermayr/Heid/Larch*, aaO, S. 69 ff.

158 Als Frage aufgeworfen für ein TTIP zwischen der EU und den USA von *Felbermayr* in seinem Vortrag auf dem Jahreskolloquium des Arbeitskreises Europäische Integration eV „EU und USA“ am 6.12.2013 in der Heidelberger Akademie der Wissenschaften; vgl. *Felbermayr/Heid/Larch*, aaO, S. 79 f.

159 *Kaddous* in *Bruss/Cottier/Müller-Graff*, S. 153 ff.; *Tobler*, ebda., S. 11 ff.; *Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals*, *Bilaterale Verträge I & II*.

der wirtschaftlichen Wettbewerbsfähigkeit enthalten kann (vgl. sogleich → Rn. 49) und letztlich über den Leitzielgedanken des „Wohlergehens“ in Art. 3 Abs. 1 EUV politisch in eine Balance von ökonomischen und nicht-ökonomischen Faktoren des Wohlergehens zu bringen ist.

cc) Sozialgebundenheit

- 49 Die primärrechtliche Ausdrücklichkeit der „sozialen“ Qualifikation der angestrebten Marktwirtschaft in Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV ist eine terminologische Neuerung des Vertrages von Lissabon (s. auch *Stumpf* § 21).¹⁶⁰ Sie beinhaltet nicht aber auch eine sachliche europarechtliche Neuerung.¹⁶¹ Vielmehr bringt sie das Konzept der Marktwirtschaft und das Sozialprinzip in die verbindende **Bündigkeit eines Begriffs** für Elemente der Wirtschaftsordnung, die im supranationalen Gemeinschaftsrecht auch schon vor der Reform von Lissabon bestanden.¹⁶² Bewusst ist dadurch ein politisches Leitwort aufgenommen worden, das in der Mitte des zurückliegenden Jahrhunderts in der Bundesrepublik Deutschland namentlich ua von *Alfred Müller-Armack* als eine „irenische“¹⁶³ (im Sinne einer zwischen verschiedenen Zugängen zur Wirtschaftspolitik friedensstiftende) Formel entwickelt wurde und Eingang in die Praxis fand: als „politische Integrationsformel“,¹⁶⁴ als zeitbedingter „dritter Weg“ zwischen einer *laissez-faire*-Marktwirtschaft und einer Planwirtschaft,¹⁶⁵ als „Sammelbegriff für pragmatisch angelegte politische Programme“ zwecks Gewinnung der Wähler der „politischen Mitte“,¹⁶⁶ als „ethisch begründetes Grundsatzprogramm der Wirtschaftspolitik“,¹⁶⁷ als „Resultat einer höchst effizienten Arbeitsteilung zwischen Wissenschaft und Politik“,¹⁶⁸ für manche sogar als „ökumenisches Projekt.“¹⁶⁹ Der Zauber der Formel der „sozialen“ Marktwirtschaft liegt darin, dass der Begriff des „Sozialen“ mögliche unerwünschte Konsequenzen des allein gewinnorientierten wirtschaftlichen Freilaufs von Marktteilnehmern durch kollektive Solidarität zu dämpfen verspricht, ohne aber „Unerwünschtes“ und „kollektive Solidarität“ genauer zu definieren.
- 50 (1) Im Unionsrecht kann die Formel eine ähnliche **politische Vermittlungsfunktion** erfüllen. Sie gibt unterschiedlichen Akzentuierungen und Perzeptionen der Marktwirtschaft in den Mitgliedstaaten¹⁷⁰ auf der Ebene allgemeiner Erörterungen Raum, ohne aber die Auslegung der wirtschaftsrechtlich relevanten **Einzelvorschriften** des Unionsrechts zu **determinieren**. Denn zum einen lässt sich wirtschaftstheoretisch für die „soziale“ Marktwirtschaft ein im Einzelnen hinreichend substantiiert konsentiertes Gesamtkonzept, gegebenenfalls im Sinne eines „europäischen Ordnungsmodells“¹⁷¹ in Abgrenzung gegenüber anderen

160 Dazu im Einzelnen *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 600 ff.

161 So auch *Schwarze/Becker* EU-Kommentar, S. 209; *Nowak* EuR Beiheft 1/2009, 185 (188); *Hatje*, S. 811; *Müller-Graff* ZHR 173 (2009), 443 (448 f.); *Luczak*, S. 388 mwN, der allerdings „eine deutliche Akzentverschiebung der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Determinanten“ zu erkennen glaubt (S. 408); s. auch *Selmayr* in *Mestmäcker/Möschel/Nettesheim*, S. 78 ff.

162 Dazu *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 621 ff.

163 *Müller-Armack* in *Müller-Armack*, S. 559 ff.; s. auch *Zapka*, *Soziale Marktwirtschaft in der Europäischen Union*, 2019.

164 *Zweynert* WD 2008, 334.

165 *Fikentscher*, S. 32; *Luczak*, S. 390.

166 *Körner* WD 2008, 237.

167 *Körner* WD 2008, 237.

168 *Zweynert* WD 2008, 317.

169 *Joerges* in FS E. Schmidt, S. 195 f.

170 Vgl. zu historisch unterschiedlichen Ansätzen *Rahmsdorf*, *Ordnungspolitischer Dissens und europäische Integration*.

171 Dazu *Watrin* in *Müller-Graff/Jackson*, S. 39 ff.

(beispielsweise amerikanischen oder asiatischen) Konzeptionen, nicht ausmachen. Zum anderen wäre, wenn ein solcher Modellkonsens doch gelänge, dessen Rezeption, beispielsweise in Anlehnung an den Entwurf von *Müller-Armack*,¹⁷² bei der Auslegung des Unionsrechts nicht per se legitimiert.¹⁷³ Ein derartiges Bemühen wäre denselben methodischen Einwänden ausgesetzt wie *Nipperdeys* seinerzeitige These, die „soziale Marktwirtschaft“ als eigenständiges Verfassungsprinzip im Grundgesetz zu verstehen, um anhand dessen konstitutionsrechtliche Vorgaben für das Verhalten von Unternehmen (Kartellverbot) und öffentlicher Hand (Gebot der „Marktkonformität“ von Interventionen) zu entwickeln.¹⁷⁴ Denn damit würde die Bestimmung des Inhalts von Rechtsnormen außerrechtlichen Konzeptentwürfen überlassen. **Rechtlich verbindliche Maßstäbe** sind jedoch jeweils aus den von den Mitgliedstaaten durch Ratifikation legitimierten relevanten **Einzelvorschriften** des primären Unionsrechts oder aus dem von der Union legitim gesetzten sekundären Unionsrecht zu bestimmen, in das allerdings sowohl ordoliberales als auch sozialmarktwirtschaftliches Gedankengut Eingang gefunden hat: so namentlich aus denjenigen der Marktgrundfreiheiten (Art. 26 ff. AEUV), des Kartellrechts (Art. 101 ff. AEUV), des Beihilfenaufsichtsrechts (Art. 107 ff. AEUV), der beschäftigungs- und sozialpolitischen Bestimmungen (Art. 145 ff., 151 ff. AEUV), der wirtschafts- und sozialrelevanten Bestimmungen der GRC (Art. 15 ff., 27 ff. GRC) und der Handlungsermächtigungen der Union zur Rechtsangleichung (zB Art. 114 f. AEUV) und Sozial- und Umweltgestaltung (zB Art. 153, 192 AEUV). Freilich steht bei hierbei erforderlichen Auslegungen der Richtpunkt einer „sozialen“ Marktwirtschaft Verständnissen entgegen, die das Ziel der wirtschaftlichen Gesamtordnung entweder auf die utilitaristische Ermöglichung kapitalrentierlicher Gewinnmaximierung der Marktteilnehmer reduzieren¹⁷⁵ oder staatliche Interventionen der Sozialpolitik ohne Abwägung zu ihrer marktwirtschaftlichen Sinnhaftigkeit favorisieren.¹⁷⁶

(2) Im Einzelnen ergibt sich die soziale Dimension des Binnenmarktrechts daher aus dessen **positiven Einzelnormen**.¹⁷⁷ Sie folgen erstens aus den mit der Marktwirtschaft verknüpften allgemeinen Sozialgestaltungsaufträgen der Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2, Abs. 2 und Abs. 3 EUV (→ Rn. 52 f.) sowie zweitens aus den primärrechtlichen Konnexmechanismen der freien Binnenmarktintegration mit den zwingenden Erfordernissen der Sozialgestaltung¹⁷⁸ (→ Rn. 54) und sie sind drittens ihrerseits eingebettet in die normpositiven Leitkoordinaten von Wirtschaftsfreiheit (Art. 15–17, 20, 51 GRC), Offenheit der Marktwirtschaft (→ Rn. 44), hoher Wettbewerbsfähigkeit (→ Rn. 48) und eines freien und unverfälschten Wettbewerbs (→ Rn. 59).

(a) Der erste mit der Marktwirtschaft in Art. 3 Abs. 3 EUV verbundene Sozialgestaltungsauftrag der Union zielt auf **Vollbeschäftigung** und **sozialen Fortschritt** (UAbs. 1 S. 2). Dies bedeutet indes konzeptionell keineswegs eine Engführung auf den Mechanismus „sozial-

172 So aber der Vorschlag von *Rödl integration 2005*, 150(152), der die Auffüllung des Rechtsbegriffs „mit jenem ursprünglichen Gehalt“ sogar geboten sieht.

173 Zur Rechtslage vor der Lissabonner Reform ablehnend gegenüber der rechtlichen Bestandssicherung eines „ganz bestimmten wirtschaftspolitischen Modells“ durch die europäische Wirtschaftsverfassung *Hatje*, S. 805. Dies beeinträchtigt allerdings nicht die normkonzeptionellen Fernwirkungen der bekannten Einflüsse deutscher wirtschaftsordnungspolitischer Vorstellungen auf die Formung des Primärrechts; zu diesen Einflüssen vgl. *Mestmäcker* in ders., S. 288 ff.

174 *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 610 f.

175 Ähnlich wohl *Vedder/Heintschel v. Heinegg/Heintschel von Heinegg* Unionsrecht EUV Art. 3 Rn. 15.

176 Zutreffend *Rödl integration 2005*, 150 (152).

177 Vgl. dazu im Einzelnen *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 611 ff.

178 Zum einen der Konnexmechanismus der Rechtfertigung von Einzelbeschränkungen des transnationalen Freiverkehrs, zum anderen der Konnexmechanismus der binnenmarktförderlichen Angleichung unterschiedlicher sozialgestaltender Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten.

technologischer“ hoheitlicher Marktinterventionen. Abgesehen davon, dass bereits zweifelhaft ist, inwieweit die Union in den Art. 145–150 AEUV über eine nennenswerte beschäftigungspolitische Interventionsbefugnis und ergebnissichernde Eingriffskraft verfügt,¹⁷⁹ werden Vollbeschäftigung und sozialer Fortschritt zuallererst von der freien Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angebot und Nachfrage erwartet.¹⁸⁰ Dies deckt sich mit den gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Funktionen, die die moderne Wettbewerbstheorie auf hoher Abstraktionshöhe einer Wettbewerbswirtschaft zuschreibt.¹⁸¹ Insbesondere wird dies für eine soziale Marktwirtschaft vertreten, die auf der ordoliberalen Grundlage einer wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft aufbaut und unter ideengeschichtlichem Rückgriff auch auf *Müller-Armack* betont, dass im Vergleich zu einer Planwirtschaft die „Etablierung einer ... ordoliberalen Ordnung allein schon eine ganze Reihe sozialer Effekte zeitige“, nämlich eine bessere Anpassung an Verbraucherbedürfnisse, einen ständigen Produktivitätszuwachs, die Produktion hochwertiger Güter, die Steigerung der Realeinkommen und den Druck auf unverdiente ökonomische Positionen.¹⁸² Korrektive soziale Ausgleichspolitik findet aus dieser Sicht ihre Aufgabe vor allem in mehreren Tätigkeiten: in vermögensschützender und transaktionsfördernder **Währungsstabilitätspolitik**,¹⁸³ zyklenglättender (und darin erhofft beschäftigungsstabilisierender) **Konjunkturpolitik**¹⁸⁴ -im Unterschied zu (oft kurzfristiger) sektoraler Strukturpolitik¹⁸⁵ - und gegebenenfalls erforderlicher steuerfinanzierter **sozialer Transferpolitik**,¹⁸⁶ deren Einsatz aber der Funktionsfähigkeit von Wettbewerb und Wettbewerbsordnung nicht grundsätzlich zuwiderlaufen darf.¹⁸⁷

- 53 Zu einem Gutteil gilt dies auch für die mit der Errichtung des Binnenmarktes verbundenen **Sozialgestaltungsaufträge** in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1–3 EUV. Sie thematisieren in jeweils hoch auslegungsfähiger Formulierung¹⁸⁸ insbesondere Elemente der **Sozialpolitik** im Sinne des Art. 151 AEUV¹⁸⁹ und die **Kohäsionspolitik** im Sinne des Art. 174 AEUV¹⁹⁰ sowie einige weitere **Gesichtspunkte des sozialen Zusammenhalts**, die nicht notwendig oder primär nur dessen transnationale Dimension betreffen. Aufgeführt sind – in dieser Reihenfolge –: die Bekämpfung „sozialer Ausgrenzung und Diskriminierungen“ (in ihrer Tragweite unklare Begriffe; Verbindungslinien namentlich zu Art. 8–10, 19 AEUV, Art. 34 Abs. 3 GRC, wohl auch zu Art. 18 AEUV); die Förderung „sozialer Gerechtigkeit“ (maximal unbestimmter Begriff); die Förderung „sozialen Schutzes“ (in seiner Tragweite hoch unbestimmter Begriff; Verbindungslinien namentlich zu Art. 151 AEUV, Art. 34 GRC, teils auch zu Art. 27 ff. GRC); die Förderung der „Gleichstellung von Frauen und Männern“

179 So auch *Rödl* integration 2005, 150 (155 f.); *Nowak* EuR Beiheft 1/2009, 183.

180 Zutreffend *Frenz/Ehlenz* GewArch 2010, 329 (330).

181 *Möschel*, Wirtschaftsrecht der Banken, S. 337 ff.

182 *Rödl* integration 2005, 150 (151 f.); so auch schon *Fikentscher*, S. 32; ihm folgend *Drexl*, S. 747, 783 f.

183 *Rödl* integration 2005, 150 (152); zur ordnungspolitischen Dimension der auf das Ziel der Preisstabilität ausgerichteten Geldpolitik der Eurozone *Behrens*, Europäische Marktöffnungs- und Wettbewerbspolitik, S. 23 (Rn. 43).

184 Zu Zielsetzung und Problematik *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 189 ff.

185 Zu Zielsetzung und Problematik *Müller-Graff*, Marktrecht, S. 213 ff.

186 *Rödl* integration 2005, 150 (152); zu erforderlichen Differenzierungen *Leisner* in Sodan, S. 40 f.

187 *Rödl* integration 2005, 150(152); *Luczak*, S. 390 f.

188 Kritisch dazu *Schwarze* EuZW 2004, 136 f.

189 Dazu im Einzelnen *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR Bd. 7).

190 *Streinz/Magiera* EUV/AEUV AEUV Art. 174 Rn. 1 ff.; *Heinemann/Hagen/Mohl/Osterloh/Sellentini*, Die Zukunft der EU-Strukturpolitik, 2010; *Bandarra* RMC 2006, 177 ff.; *Schöndorf-Haubold*, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, 2003; *Cuadrado-Roura/Parellada* (Hrsg.), Regional convergence in the European Union, 2002; *Bache*, The politics of European Union regional policy, 1998.

(Verbindungsline insbesondere zu Art. 8, 10, 19, 157 AEUV, Art. 21 und 23 GRC); die Förderung der „Solidarität zwischen den Generationen“ (in ihrer Tragweite höchst unbestimmt; Verbindungsline namentlich zu Art. 10, 19 AEUV und Art. 34 GRC); die Förderung des „Schutzes der Rechte des Kindes“ (in seiner Tragweite unbestimmt; Verbindungsline namentlich zu Art. 10, 19 AEUV, Art. 32, 33 GRC, wohl auch zu Art. 165 f. AEUV); die Förderung des „wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts“ (konkretisiert in den Art. 174 ff. AEUV, Art. 36 GRC); sowie die Förderung der „Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“ (maximal auslegungsoffen). In einem je nach Verständnis erweiterten Sinne mag man auch weitere, in den sogenannten Querschnittsklauseln der Art. 7 AEUV und in der GRC enthaltenen Prinzipien in das Spektrum der „sozialen“ Dimension der Marktwirtschaft mit einbeziehen, so namentlich die Erfordernisse des Gesundheits-, Verbraucher- und Umweltschutzes einschließlich der Bekämpfung des Klimawandels (Art. 11 und 12, 168 Abs. 1, 169, 191 ff. AEUV, Art. 35, 37, 38 GRC).

(b) Primärrechtlich vorgespurt sind des Weiteren strukturelle **Konnexmechanismen** zwischen der **Binnenmarktintegration** und **zwingenden Erfordernissen der Sozialgestaltung**, die unionsrechtlich anerkannte Interessen entweder eines Mitgliedstaates sind oder Ziele der Union selbst,¹⁹¹ deren Förderung nach dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 AEUV) auch den Mitgliedstaaten obliegt. Sie tragen der Notwendigkeit Rechnung, dass sich die transnationale Marktverflechtung über den Freiverkehr aller Produktionsfaktoren und Produkte nicht unter Beeinträchtigung der für das gedeihliche Zusammenleben unionsrechtlich anerkannten Schutzgüter vollziehen darf. 54

Die Öffnung der nationalen Marktgebiete für den Freiverkehr von Produktionsfaktoren und Produkten nach dem Herkunftslandprinzip setzt das begründete Vertrauen voraus, dass dadurch nicht inländische Standards verletzt werden, die aus zwingenden Allgemeininteressen gerechtfertigt sind. Gegenseitige Anerkennung hat in diesem Rahmen die Voraussetzung von Gleichwertigkeit.¹⁹² Positiver Ausdruck dieses Gedankens sind insbesondere die **primärrechtlichen Schutzgutklauseln**, nach denen einzelstaatliche Freiverkehrsbeschränkungen gerechtfertigt sind (so namentlich Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 62, 65 AEUV). Gleichermaßen wirkt die (in Reaktion auf das weite Verständnis des Verbotstatbestands der Beschränkung nach dem Kriterium der „Attraktivitätssenkung“ des Marktzugangs durch eine Maßnahme¹⁹³ sich ausdehnende) Rechtsprechung des EuGH zur immanenten Beschränkung der Tatbestände der Marktzugangsgrundfreiheiten aus **zwingenden Allgemeininteressen** (*Cassis/Gebhard/Reisebüro Broede*-Rechtsprechung¹⁹⁴). Zu ihnen zählt die Judikatur namentlich auch die Sicherung der finanziellen Stabilität der Systeme sozialer Sicherheit¹⁹⁵ und den Schutz der Sozialordnung.¹⁹⁶ 55

191 Vgl. dazu schon *Müller-Graff* EuR Beiheft 1/2002, 7 ff.; *ders.* in FS Scheuing, S. 613.

192 *Müller-Graff* ZVglRWiss 111 (2012), 72ff.

193 Vgl. zB EuGH 31.3.1993 – C-19/92, Slg 1993, I-1663 Rn. 32 – Kraus (Arbeitnehmerfreizügigkeit); EuGH 30.11.1995 – C-55/94, Slg 1995, I-4165 Rn. 37 – Gebhard (Niederlassungsfreiheit); EuGH 12.12.1996 – C-3/95, Slg 1995, I-6511 Rn. 25– Reisebüro Broede; st. Rspr.; in jüngerer Zeit zB EuGH 8.9.2009 – C-42/07, Slg 2009, I-7633 Rn. 51 – Liga Portuguesa; EuGH 17.7.2008 – C-389/05, Slg 2008, I-5337 Rn. 57– Kommission/Frankreich.

194 Vgl. EuGH 20.2.1979 – Rs. 120/78 – Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein; EuGH 30.11.1995 – C-55/94, Slg 1995, I-4165 – Gebhard; EuGH 12.12.1996 – C-3/95, Slg 1995, I-6511– Reisebüro Broede; zur Entwicklung *Müller-Graff* EuR Beiheft 1/2002, 51 ff.; *ders.* ZHR 168 (2004), 1, 2.

195 EuGH 28.4.1998 – C-120/95, Slg 1998, I-1831– Decker; EuGH 28.4.1998 – C-158/96, Slg 1998, I-1931– Kohll.

196 ZBEuGH 3.2.1993 – C-275/91, Slg 1994, I-1039– Schindler; EuGH – Rs.67/98, Slg 1999, I-7289 – Zenatti.

- 56 Sollen derart in einzelstaatlichen Maßnahmen zur Sicherung zwingender Allgemeininteressen begründete Freiverkehrshindernisse beseitigt werden, liegt es in der Logik des Ziels der Binnenmarktintegration, Schutzstandards und Schutzmaßnahmen zu **harmonisieren**. Dies bringt die Union ins Spiel, die zur Förderung der die Vernetzung ermöglichenden transnationalen Marktzugangsfreiheiten aufgrund verschiedener Kompetenznormen zur Angleichung mitgliedstaatlicher Sozialgestaltungsmaßnahmen befugt ist (insbesondere Art. 114, 115 AEUV) und damit in diesen Grenzen folgerichtig selbst die regulative **Sicherung von Schutzgütern** zu **gestalten** hat. Dies ist eine integrationspolitische Konsequenz der Marktintegration. Der Vermeidung der Schutzniveausenkung in einem Mitgliedstaat infolge des marktintegrativen Angleichungsverfahrens des Art. 114 AEUV durch qualifizierte Mehrheitsentscheidungen im Rat dient namentlich die Verpflichtung aller in diesem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beteiligten Unionsorgane, sich im marktintegrativen Angleichungsverfahren am Ziel eines „hohen Niveaus“ „in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz“ zu orientieren (Art. 114 Abs. 3 AEUV; für die Kommission, in ihren Vorschlägen davon „auszugehen“; für das Europäische Parlament und den Rat, dieses Ziel „ebenfalls“ „anzustreben“). Unter bestimmten Voraussetzungen besteht sogar das Recht eines Mitgliedstaats zur Abweichung von der Angleichung zugunsten der Beibehaltung oder Einführung eines höheren Schutzniveaus (Art. 114 Abs. 4–7 AEUV). Demgegenüber ist bei der Angleichung von „Bestimmungen über die Steuern, über die Freizügigkeit und über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer“ das Schutzniveau eines Mitgliedstaats vor einer Absenkung gegen dessen Willen über das Einstimmigkeitserfordernis im Rat gesichert (Art. 114 Abs. 2 AEUV iVm Art. 115 AEUV).

2. Wettbewerb als normativer Zweckbegriff

- 57 Das Wirtschaftsordnungsrecht der Union verbindet die offene, in hohem Maße wettbewerbsfähige und soziale Marktwirtschaft zugleich mit dem Ziel, einen freien Wettbewerb in einem Schutzsystem gegen Wettbewerbsverfälschungen zu gewährleisten (Art. 119 Abs. 1 AEUV, Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb).

a) Grundbegriff des Wettbewerbs

- 58 Wettbewerb gilt in Teilen des wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Schrifttums als undefinierbar, weil jede begriffliche Fassung die Freiheitsrechte vorweg heteronom im Kern beschränke oder aufhebe.¹⁹⁷ Dies ist einleuchtend, wenn das, was **wettbewerbles Verhalten** ist, dadurch in Einzelheiten vorweg festgelegt wird. Als eine „Urkraft menschlichen Handelns“ (*Hefermehl*¹⁹⁸) ist dieses in seinem abstrakten **Kern** aber durchaus identifizierbar. Es ist das Streben von mindestens zwei Akteuren, im Blick auf ein bestimmtes Ziel vor dem anderen erfolgreich zu sein.¹⁹⁹ Übertragen auf die wirtschaftliche Marktbetätigung bedeutet dies in der Knappheitssituation eines „entweder/oder“ das Streben von mindestens zwei Akteuren auf einer Marktseite um die vorrangige Gunst der Marktgegenseite. Damit schafft Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“²⁰⁰ **Optionen**, spornt zu **Innovationen** an, **ahndet Fehlinvestitionen**, eröffnet **Einsatzalternativen** von Ressourcen, fördert die Abbildung der **Knappheit** im Preis und **kontrolliert** herausfordernd wirtschaftliche **Machtpositionen**.²⁰¹

197 Zum Problem der positiven Definition von Wettbewerb zB *Möschel*, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, S. 46 ff. mwN.

198 *Baumbach/Hefermehl* Allg. Einleitung Rn. 1.

199 Ähnlich *Baumbach/Hefermehl* Allg. Einleitung Rn. 1: „Jeder Wettbewerber strebt (*petit*), eilt (*court*) nach demselben Ziel. Jeder will die anderen überholen, mindestens aber mit ihnen Schritt halten...“.

200 *Von Hayek* in *Walter Eucken Institut*, S. 249ff.

201 Vgl. *Hatje*, S. 820.

b) Primärrechtliche Qualifizierungen des Wettbewerbs

Der normativ postulierte Wettbewerb der Marktwirtschaft in der Europäischen Union ist primärrechtlich in zweifacher Hinsicht qualifiziert: er soll frei sein (Art. 119 AEUV) und sich in einem Schutzsystem gegen Wettbewerbsverfälschungen vollziehen (Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb). Zwischen beiden und selbst innerhalb beider Qualifizierungen bestehen konzeptionell und in Einzelvorschriften einerseits normative Zielkonflikte, andererseits aber auch eine normative Schnittmenge. Denn beide Vorgaben zielen auf die institutionelle Sicherung eines Wettbewerbssystems. 59

aa) Freiheit

Die Ausrichtung der Marktwirtschaft auf einen freien Wettbewerb beinhaltet eine **individuelle** und eine **institutionelle** Komponente. Einerseits erteilt sie jeder Form eines hoheitlich oder privatkollektiv „administrierten“²⁰² Wettbewerbs eine Absage. Sie markiert damit die Leitidee der individuellen Teilnahmefreiheit am Wettbewerb ohne ungerechtfertigte Zugangsbehinderungen und zwar im Dienst von individueller Selbstbestimmung und gesamtwirtschaftlicher Effizienz im Sinne des komparativen Kostenvorteils, die aus sich selbst generierender Arbeitsteilung, Wettbewerb und Vergleich entsteht. Diese Orientierung wird primärrechtlich insbesondere von den transnationalen Marktzugangsgrundfreiheiten²⁰³ und den wirtschaftlichen Grundrechten²⁰⁴ konkretisiert, ohne aber die faktischen Voraussetzungen erfolgreicher individueller Wettbewerbsfähigkeit zu gewährleisten. Andererseits beinhaltet das institutionelle Zielelement eines dauerhaften Systems freien Wettbewerbs auch die Möglichkeit, die Wahrnehmung individueller Wettbewerbsfreiheiten einzuschränken,²⁰⁵ so dass systemsichernde Regeln erforderlich sind (→ Rn. 81 ff.). 60

bb) Unverfälschtheit

Der primärrechtlich angestrebte freie Wettbewerb soll sich im Binnenmarkt in einem System vollziehen, das ihn vor „Verfälschungen“ schützt. Durch diese schon von der Urfassung des EWG-Vertrages getroffene Zielsetzung,²⁰⁶ die durch den Reformvertrag von Lissabon auf Druck Frankreichs zwar verschleiern in das Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, jedoch ohne Veränderung seiner Zielqualität, verlagert wurde,²⁰⁷ erhält das Profil des Wirtschaftsordnungsrechts der Union in Verbindung mit den ausfüllenden Regeln, insbesondere der Art. 101–109 AEUV, einen zusätzlichen zweifachen Akzent. 61

(1) Zum einen soll der angestrebte Wettbewerb grundsätzlich (mithin unbeschadet von legitimierenden Ausnahmen) freigehalten werden von **Verfälschungen durch heteronome wettbewerbsfremde Steuerungen**, insbesondere durch die selektive Begünstigung von Unternehmen oder Wirtschaftszweigen mittels **staatlicher Beihilfen** (Art. 107 Abs. 1 AEUV) oder mittels anderer Formen der staatlichen Förderung (vgl. namentlich Art. 28ff., 106 62

202 Öffentliche „Administration“ von Wettbewerb wurde dem seinerzeitigen Auftragsvergabesystem der Deutschen Bundespost im Bereich der Telekommunikation bescheinigt (Stichwort: veranstalteter Wettbewerb der „Amtsbaufirmen“); private „Administration“ vollzieht sich in der organisierten Wettbewerbsbeschränkung zwischen Wettbewerbern.

203 Art. 28 ff., 45 ff., 49 ff., 54, 56 ff., 63 ff. AEUV; dazu Müller-Graff in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 9.

204 Insbesondere Art. 15–17 GRC; dazu Grabenwarter/Pöcherstorfer/Rosenmayr-Klemenz (Hrsg.), Die Grundrechte des Wirtschaftslebens nach dem Vertrag von Lissabon.

205 Vgl. zB Müller-Graff EWS 2009, 489 (492).

206 Vgl. Art. 3 lit. f. EWG; dazu Thiesing in von der Groeben/von Boeckh/Thiesing Art. 3 f., (S. 85).

207 Zum Hintergrund dieser Verlagerung zB Behrens EuZW 2008, 103; zur primärrechtlichen Bedeutungslosigkeit dieser Verlagerung s. → Rn. 65.

Abs. 1 AEUV, aber auch Art. 4 Abs. 3 EUV iVm Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV iVm Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb iVm Art. 101 ff. AEUV²⁰⁸). Folgerichtig zu diesem Ansatz und zum Binnenmarktziel ist es, den Wettbewerb grundsätzlich auch vor verfälschenden Eingriffen der Union freizuhalten. Dies ist für die Industriepolitik von Art. 173 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV ausdrücklich mit den Worten vorgeschrieben, dass dieser Titel „keine Grundlage dafür (bietet), dass die Union irgendeine Maßnahme einführt, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte ...“. Ein den Art. 107 AEUV gleichwertiges Aufsichtssystem über wettbewerbsverfälschende Unionsbeihilfen fehlt allerdings und wäre effektiv wohl auch nur über eine von der Union unabhängige Instanz konzipier- und durchführbar.

- 63 (2) Zum anderen beinhaltet das unionsrechtliche System, das den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen schützt, zum Zweck der dauerhaften Sicherung des Systems von Handlungsfreiheiten auch Normen, die bestimmte Beschränkungen der wirtschaftlichen **Handlungsfreiheiten** untersagen. Folgerichtig verboten sind daher (am Verhalten ansetzende) horizontale und vertikale **Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen** (Art. 101 Abs. 1 AEUV), unbeschadet von Freistellungsmöglichkeiten (Art. 101 Abs. 3 AEUV und Gruppenfreistellungsverordnungen²⁰⁹), sowie der **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** durch ein oder mehrere Unternehmen (Art. 102 AEUV). Konsequenterweise wird dieses System sekundärrechtlich von der (wettbewerbsstrukturell und prognostisch ansetzenden) Kontrolle von **Unternehmenszusammenschlüssen** mit gemeinschaftsweiter Bedeutung abgerundet, um zu verhindern, dass dadurch wirksamer Wettbewerb im Binnenmarkt oder einem Teil desselben erheblich behindert würde (Art. 2 Abs. 3 Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004).

3. Das normative Verhältnis von sozialer und wettbewerblicher Qualifikation der Marktwirtschaft seit Lissabon

- 64 Der Reformvertrag von Lissabon erbrachte insbesondere aufgrund der Formulierungsintervention des französischen Präsidenten²¹⁰ unter dem Gesichtspunkt des Wirtschaftsordnungsrechts mehrere **textliche Neuerungen**: vor allem die Verlagerung des Ziels eines Schutzsystems gegen Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt in ein Protokoll (→ Rn. 61) und die alleinige Lokation der Verpflichtung der Union und der Mitgliedstaaten auf eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb im Titel zur Wirtschafts- und Währungspolitik (Art. 119 AEUV). Die Reform führte auch zur ausdrücklichen sozialen Qualifikation der Marktwirtschaft des Binnenmarktes (→ Rn. 49).

a) Das unveränderte Zusammenwirken der Einzelelemente

- 65 Die wegen der vorgenannten Textänderungen vorgebrachte Annahme oder Sorge, der seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft leitende Orientierungspunkt der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft sei beeinträchtigt²¹¹ und zu einer „monetaristisch-marktwirtschaftlichen Enklave“ innerhalb der sozialen Marktwirtschaft mutiert,²¹² erscheint jedenfalls aus primärrechtlicher Sicht unbegründet.²¹³ **Erstens ändert** die nunmehr

208 Ursprünglicher Ansatz des EuGH, der allerdings nicht fortgeführt wurde; vgl. dazu *Lange* EuR 2008, 3 ff.

209 Zum ursprünglichen Konzept des Systems der Gruppenfreistellungsverordnungen vgl. *Müller-Graff* EuR 1992, 1 ff.

210 Vgl. *Selmayr* in Mestmäcker/Möschel/Nettesheim, S. 74.

211 Vgl. zB *Selmayr* in Mestmäcker/Möschel/Nettesheim, S. 76 f.

212 *Selmayr* in Mestmäcker/Möschel/Nettesheim, S. 78 ff.

213 Vgl. dazu *Müller-Graff* ZHR 173 (2009), 443 (448 ff.); *ders.* in FS Scheuing, S. 614 ff., 621 ff.; *Nowak*, S. 191 f.; *ders.* EuR Beiheft 2/2011, 21(43 ff.).

rige Erwähnung der „Tatsache, dass der Binnenmarkt, wie er in Artikel Art. 3 (EUV) beschrieben wird, ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“, in einem Protokoll statt im Haupttext des Vertrages (zuvor: Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV) wegen des primärrechtlichen Bestandteilcharakters von Protokollen (Art. 51 EUV) **nichts** an der Zugehörigkeit dieses Ziels zu den vier primärrechtlichen operativen Hauptzielen zur Verwirklichung der übergreifenden Leitzieltrias des Art. 3 Abs. 1 EUV. Protokollbestimmungen sind nicht minderen Ranges als die im Fließtext der Verträge aufgeführten Vorschriften.²¹⁴ Ohnedies enthält bereits die in Art. 26 Abs. 2 AEUV gegebene Definition des in Art. 3 Abs. 3 EUV aufgeführten Binnenmarktes als eines Raumes ohne Binnengrenzen des Freiverkehrs von Produktionsfaktoren und Produkten mit seiner normativen Konkretisierung „gemäß den Bestimmungen der Verträge“ auch die Einbeziehung der Wettbewerbsregeln des Art. 101 AEUV. **Zweitens** beinhaltet die nunmehrige Konzentration der Verpflichtung auf eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb im Titel über die Wirtschafts- und Währungspolitik (zuvor Art. 98 EGV und allgemein Art. 4 EGV) **keine inhaltliche Änderung**, da die Verpflichtung der Union auf die Kohärenz ihrer Politiken (Art. 7 AEUV) auch die Berücksichtigung des Art. 119 AEUV in den übrigen Politiken umschließt. **Drittens** besteht wegen der **normativen Gleichrangigkeit** der primärrechtlichen Einzelelemente des Wirtschaftsordnungsrechts **kein Vorrangverhältnis** der sozialen gegenüber der wettbewerblichen Qualifikation der Marktwirtschaft des Binnenmarktes,²¹⁵ zumal einer wettbewerblichen Marktwirtschaft grundsätzlich sozial vorteilhafte Ergebnisse zugeschrieben werden (→ Rn. 13 und → Rn. 69). Vielmehr wirken beide Elemente wie schon bisher zusammen (→ Rn. 49).

b) Die akzentuierte teleologische Auslegung der Einzelvorschriften

Allerdings werfen die vorgenannten textlichen Neuerungen des Lissabonner Reformvertrages die Frage auf, ob sie die **teleologische** Auslegung der ausführenden Einzelvorschriften ändern.²¹⁶ Dies betrifft sowohl die materiellen Ausführungsbestimmungen als auch die kompetenziellen Vertragsvorschriften. 66

aa) Materielle Ausführungsbestimmungen

In den ausführenden materiellen Vorschriften des Wirtschaftsordnungsrechts stellt sich die Frage nach einem teleologischen Wandel insbesondere für die transnational wettbewerbsermöglichenden Marktzugangsgrundfreiheiten und die wettbewerbsordnenden Wettbewerbsregeln. 67

Ein denkbare Postulat, die **Freiverkehrsgarantien** gegebenenfalls aus dem Gesichtspunkt der „sozialen Marktwirtschaft“ einzuschränken (mittels einer tatbestandsimmanenter Reduktion der Beschränkungsverbote oder einer Rechtfertigung von Beschränkungen), trifft auf **judikativ längst** weitaus genauer geöffnete und kontrollierte Tore zur Berücksichtigung **präziserer „sozialer“ Aspekte** bei der Auslegung der Grundfreiheiten unter dem Gesichtspunkt der zwingenden Allgemeininteressen „nicht-wirtschaftlicher“ Art. Zu ihnen zählt die Rechtsprechung namentlich den Schutz der Arbeitnehmer,²¹⁷ die Erstreckung 68

214 AA, aber ohne Anhalt im Primärrecht, anscheinend *Knauff* EuR 2010, 725 (741); dagegen *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 616 Fn. 86.

215 So auch *Nowak* EuR Beiheft 1/2009, 184.

216 Diese Erörterung folgt inhaltlich *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 616 ff.

217 Aus der Rspr. zB EuGH 17.12.1981 – Rs. 279/80, Slg 1981, 3305 Rn. 19 – Webb; EuGH 28.3.1996 – C-272/94, Slg 1996, I-1905 Rn. 21 – Guiot; EuGH 19.1.2006 – C-244/04, Slg 2006, I-885 Rn. 44 – Kommission/Deutschland; EuGH 15.9.2005 – C-112/04, Slg 2007, I-8995 Rn. 74 – VW-Gesetz; EuGH 3.4.2008 – C-346/06, Slg 2008, I-1989 Rn. 38 – Ruffert.

von Mindestlohnregelungen auf entsandte Arbeitnehmer,²¹⁸ den Arbeitnehmerschutz gegen Sozialdumping durch Kollektivmaßnahmen,²¹⁹ die Mitbestimmung,²²⁰ die Funktionsfähigkeit von Systemen sozialer Sicherheit²²¹ und den Schutz der Sozialordnung.²²² Demgegenüber nicht erfasst sind freiverkehrshinderlich wirkende *wirtschaftspolitische* Maßnahmen wie beispielsweise solche zum Erhalt von Arbeitsplätzen eines bestimmten Unternehmens.²²³ Die mit dieser Rechtsprechung erreichte Auslegungstransparenz würde leiden, wenn das hierin konzeptionell aus dem Freiverkehrsprinzip im Binnenmarkt entwickelte und bewährte Prüfungsmuster mit seiner Rechtfertigungslast für den Urheber freiverkehrshinderlicher Maßnahmen durch den Einsatz der summierenden Formel der sozialen Marktwirtschaft eine weniger transparente Methode allgemeiner Interessen- und Güterabwägungen oder „praktischer Konkordanz“ nach sich zöge.²²⁴ Demgegenüber bildet der von Schrifttum und Rechtsprechung entwickelte Prüfungsrastrer, nämlich das Erfordernis der substantiierten Rechtfertigung der Einschränkung einer transnationalen Verkehrsfreiheit, das Verhältnis von Hauptwort („Marktwirtschaft“) und adjektivischer Qualifizierung („sozial“) normkonzeptionell stimmig ab.

- 69 Auch für die Auslegung der Tragweite der Verbote von **Wettbewerbsbeschränkungen** durch Unternehmen, die bereits ihrerseits auch auf den sozialen Zweck der Ermöglichung von Wahlfreiheit für die Marktteilnehmer und der bestmöglichen Güterversorgung (insbesondere im Sinne von Verfügbarkeit, Qualität und Preis) ausgerichtet sind, dürfte der Rückgriff auf die Formel der sozialen Marktwirtschaft keinen Präzisierungsgewinn im Vergleich zu den Konturen der aufgewachsenen Rechtsprechung beinhalten. So lässt sich insbesondere der Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln für Unternehmen (Art. 101 Abs. 1, 102 AEUV) über den Unternehmensbegriff und damit mittels des Kriteriums der wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmen²²⁵ und damit gegebenenfalls eine Grenze zu solidarisch geprägten Rechtsbeziehungen in Systemen sozialer Sicherheit ziehen.²²⁶ Auch die Freistellungsvoraussetzungen für wettbewerbsbeschränkende Verhaltenskoordinierungen von Unternehmen (Art. 101 Abs. 3 AEUV) sind, trotz ihrer auslegungsbedürftigen Unbestimmtheit, konturierter als die Formel der sozialen Marktwirtschaft. Deren Erhebung zu einem zusätzlichen Freistellungsgrund trifft auf dieselben Einwände wie eine Freistellung aus dem allgemeinen Kohärenzgebot (Art. 7 AEUV) und den speziellen politischen Querschnittsklauseln (insbesondere Art. 8 ff. AEUV), wenn Art. 101 Abs. 3 AEUV tatbestand-

218 Aus der Rspr. zB EuGH 3.2.1982 – Rs. 62/81 und Rs. 63/81, Slg 1982, 223 Rn. 14 – Seco; EuGH 23.11.1999 – C-369/96 und C-376/96, Slg 1999, I-8453 Rn. 35 – Arblade; EuGH 24.1.2002 – C-164/99, Slg 2002, I-787 Rn. 21 – Portugaia; EuGH 14.4.2005 – C-341/02, Slg 2005, I-2733 Rn. 24 – Kommission/Deutschland.

219 Aus der Rspr. zB EuGH 15.3.2001 – C-165/98, Slg 2001, I-2189 Rn. 27 – Mazzoleni; EuGH 25.10.2001 – Rs. 49/98 ua, Slg 2001, I-7831 Rn. 33 – Finalarte; EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg 2007, I-10779 Rn. 77 – Viking; EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg 2007, I-11767 Rn. 103 – Laval.

220 EuGH 23.10.2007 – C-112/05, Slg 2007, I-8995 Rn. 75 – VW-Gesetz.

221 Aus der Rspr. namentlich EuGH 28.4.1998 – C-158/96, Slg 1998, I-1931 Rn. 41 – Kohll; EuGH 3.4.2008 – C-346/06, Slg 2008, I-1989 Rn. 42 – Ruffert; EuGH 5.3.2009 – C-350/07, Slg 2009, I-1513 Rn. 85 – Kattner.

222 ZBEuGH 24.3.1994 – C-275/92, Slg 1994, I-1039 Rn. 58 – Schindler.

223 Vgl. Kömpf, S. 267 f.

224 Daher ist der Klarheit der vorzunehmenden Prüfungsschritte nicht förderlich die Formulierung in EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg 2005, I-10779 Rn. 79 – Viking, die auf eine Abwägung zwischen den Grundfreiheiten und den mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abstellt.

225 Zur Abgrenzung *Krispenz*, Das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit im Unternehmensbegriff des Europäischen Kartellrechts.

226 Vgl. Becker in Schwarze, S. 201, 209.

lich keine Rezeptionsöffnung ermöglicht.²²⁷ Vergleichbares gilt auch für die Frage einer normativen Bedeutung der Sozialqualifikation der Marktwirtschaft für die Einschränkung der Anwendung von Wettbewerbsregeln (und Grundfreiheiten) zum Zweck der Funktionssicherung von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (Art. 106 Abs. 2 AEUV). Zwar lässt sich in dieser speziellen Freistellungsmöglichkeit, die beispielsweise die Wasser- und Energieversorgung oder die Errichtung und den Unterhalt des Fernmeldenetzes betrifft,²²⁸ eine persuasive Verbindung zum Gedanken von „Daseinsvorsorge“ und sozialer Marktwirtschaft herstellen. Ein zusätzlicher rechtlicher Kriteriengewinn liegt darin aber nicht. Ähnlich stellt sich auch die Rolle des Topos der sozialen Marktwirtschaft bei der Auslegung der Vorschriften der wettbewerbsverfälschenden staatlichen Beihilfen dar (Art. 107 AEUV). Auch hier lässt sich allein aus dem Rekurs auf die allgemeine Formel der sozialen Marktwirtschaft in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV eine Einschränkung des Verbotstatbestands (Art. 107 Abs. 1 AEUV) nicht begründen. Er mag aber bei der Auslegung der Legitimationsgründe (Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV), beispielsweise bei den „Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher“, die Überzeugungskraft einer Lösung verstärken.

bb) Ausführende Kompetenzvorschriften

Für den Einfluss des wirtschaftsordnungsrechtlichen Teilleitpunkts der Sozialqualifikation der Marktwirtschaft auf die Auslegung unionaler Kompetenznormen zur sekundärrechtlichen Strukturierung der Wettbewerbsbedingungen gilt der allgemeine Satz, dass Ziele noch keine Kompetenzen sind. Mithin beinhaltet die in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV ausgesprochene Aufgabe der Union, auf eine soziale Marktwirtschaft hinzuwirken, keine Zuständigkeit der Union im Sinne des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV). Insbesondere befugt er die Union nicht zu einer Koordinierung der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten, die über Art. 153 AEUV hinausgeht.

Kompetenziell maßgeblich für die Berücksichtigung von Gesichtspunkten „einer“ sozialen Marktwirtschaft für die Politik der Union sind mithin zum einen sozialpolitisch affine Einzelzuständigkeiten wie beispielsweise in der Beschäftigungs- und Sozialpolitik (Art. 149, 153 AEUV), zum anderen aber auch die für die konkrete Gestalt der Wettbewerbsordnung maßgeblichen Befugnisse wie beispielsweise Art. 14 S. 2 AEUV (Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) und Art. 48 Abs. 1 AEUV (Soziale Sicherheit im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit) sowie insbesondere die binnenmarktfördernden Angleichungsermächtigungen der Art. 114, 115 AEUV zur Überwindung von einzelstaatlichen Marktzugangshindernissen und Wettbewerbsverzerrungen infolge unterschiedlicher mitgliedstaatlicher sozialgestaltender Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Bei deren Nutzung kann insbesondere der sozialpolitischen Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV im Sinne dieser Norm Rechnung getragen werden.²²⁹ Wenn auch darüber hinaus dem allgemeinen Rechtsgedanken der sozialen Marktwirtschaft eine hinreichend präzise Direktionskraft zur Auslegung der wettbewerbsrelevanten Einzelbefugnisse fehlen dürfte, so kann er doch als Kompromissformel einen argumentativen politischen Rückhalt bieten,

227 Dazu vor der Reform von Lissabon und vor Erlass der VO 1/2003/EG *Gasse*, Die Bedeutung der Querschnittsklauseln für die Anwendung des Kartellrechts; nunmehr tendenziell offener *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele.

228 Vgl. zB Pechstein/Nowak/Hädel/*Krajewski* EUV AEUV Art. 106 Rn. 51 ff.

229 Danach trägt die Union „bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen ... den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung.“.

um bei der Schaffung von Einzelregeln konzeptionelle Einseitigkeiten von Wettbewerbsfreiheit oder Sozialschutz zu vermeiden und stattdessen Anliegen beider Elemente sinnhaft zu verbinden.

C. Die vier wirtschaftsordnungsrechtlichen Grundelemente in der positivierten Auffächerung des Rechts der Europäischen Union

- 72 Vor diesem Hintergrund der profilierenden Einzelemente des Wirtschaftsordnungsrechts der Europäischen Union sind im positivierten Unionsrecht die aufgezeigten vier allgemeinen **Grundelemente** der dezentralen Wirtschaftsordnung (→ Rn. 1 2) in **unterschiedlicher Präsenz und Rechtsqualität** ausgeprägt: als **unmittelbar anwendbare Normen** (vgl. dazu *Müller-Graff* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 9 Rn. 12 ff.) (namentlich die transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten (dazu *Müller-Graff* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 9 Rn. 26 ff.) und die Wettbewerbsregeln für Unternehmen (dazu *Müller-Graff* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 9 Rn. 50 ff.) mit Anwendungsvorrang vor abweichendem mitgliedstaatlichen Recht (dazu *Müller-Graff* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 9 Rn. 17 ff.); als **Aufsichtsnormen** (beispielsweise im Beihilfenrecht (dazu *Müller-Graff* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 9 Rn. 74 ff.); und als **Ermächtigungsnormen** der Union zum Erlass binnenmarktfördernden Sekundärrechts (namentlich Kompetenzen zur Angleichung mitgliedstaatlichen Rechts²³⁰ und zur Entfaltung des Wettbewerbsrechts²³¹). Insbesondere die Angleichungsermächtigungen sind Grundlage für das die Grundfreiheiten fördernde sekundäre Gemeinschaftsprivatrecht (Binnenmarktprivatrecht)²³² (dazu im Einzelnen *Gebauer/Teichmann* (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht* (EnzEuR Bd. 6) und *Heinig/Schlachter* (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht* (EnzEuR Bd. 7)) und das sektorale Wirtschaftsrecht der Union (dazu im Einzelnen *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5)). Die unionsrechtlich verfügbare **Kombination** der vier Einzelemente einer dezentralen Wirtschaftsordnung ermöglicht auch **flexible rechtssystemstimmige Reaktionen auf Krisen** in Größenordnungen der Finanzmarktkrise (2008), der Haushaltsverschuldungskrisen (seit 2010) und der Covid-19-Pandemiekrise (2020), soweit der politische Wille vorhanden ist. So standen zB in der Covid-19-Pandemiekrise zum Schutz der menschlichen Gesundheit und des öffentlichen Gesundheitswesens für binnenmarktbeeinträchtigende interne Grenzkontrollen, Einreisebeschränkungen und Ausfuhrbeschränkungen entsprechende primärrechtliche Schutzklauseln bereit (Art. 36, 44 Abs. 3, 52, 62 AEUV sowie Art. 25 VO (EU) 2016/399²³³), für wettbewerbsbeschränkende Unternehmenskooperationen im Bereich von Medizinprodukten die kartellrechtliche Freistellungsmöglichkeit des Art. 101 Abs. 3 AEUV, für staatliche Beihilfen zur Dämpfung pandemieausgelöster beträchtlicher Störun-

230 Insbesondere Art. 114 ff. AEUV; dazu im Einzelnen *Müller-Graff* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 9 Rn. 106, 107 ff.

231 Insbesondere Art. 103 AEUV; dazu im Einzelnen *Müller-Graff* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1) → Bd. 1 § 9 Rn. 117 ff.

232 Zum derzeitigen Stand *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*; zur Herkunft und Entwicklung *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*; *Müller-Graff/Teichmann* (Hrsg.), *Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen*. Zum legislativen „Aktionsplan“ der Kommission im Gesellschaftsrecht – KOM (2012) 740 endg.; dazu *Müller-Graff* ZHR 177 (2013), 563 ff.; zum neuen „Paket“ *J.Schmidt* EuZW 2019, 801 f.

233 Schengen-Kodex: ABl.EU 2016 L 77/1.

gen im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats die binnenmarktrechtliche Vereinbarkeitserklärung durch die Kommission nach Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV²³⁴ und für die Notfinanzierung mittels Verschuldung der öffentlichen Haushalte die Ausnahmebestimmungen des Stabilitäts- und Wachstumspaktes.²³⁵ Der **wirtschaftliche Wiederaufbau** nach dem Covid-19-Einschlag kann industriepolitische Komponenten erforderlich machen (zB klimaschützende und digitalisierte Produktionsweisen und Produkte, erneuerbare Energien, IT-Kapazitäten, Autarkie in Arzneimittel- und Wirkstoffproduktion²³⁶), deren Ausgestaltung und Verwirklichung im Einzelnen im Einklang mit dem Unionsrecht steht.

I. Die Freiheitsgewährleistungen des Wirtschaftsordnungsrechts der Union

Freiheit ist Urzustand. „Der Mensch ist frei geschaffen, ist frei, und würd er in Ketten geboren“ proklamiert *Friedrich Schiller*.²³⁷ In Kontakt mit anderen Einzelnen oder Gruppen, die gleich stark oder stärker sind, entsteht allerdings das Bedürfnis nach **Freiheitsgarantien**. Rechtlich gefasst beinhalten diese zugleich Einschränkungen der Freiheit im Sinne von *Immanuel Kant*.²³⁸ Die Freiheitsgarantie hat im Wirtschaftsordnungsrecht der Union **zwei Referenzdimensionen**: die speziell transnationale und die allgemein operative. Denn sie beruht zum einen auf den transnationalen Marktgrundfreiheiten (→ Rn. 74) und zum anderen auf den wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten im Rahmen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes (→ Rn. 75 ff.). Außerhalb der Wirkkraft dieser Bestimmungen sind die Mitgliedstaaten über die Verpflichtung an den Grundsatz einer Marktwirtschaft (Art. 119 Abs. 1 AEUV) und an den Unionswert der Freiheit (Art. 2 S. 2 EUV) gebunden, die Voraussetzungen eines Systems der freien Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angeboten und Nachfragen zu gewährleisten (→ Rn. 78). Zu den unionsrechtlichen Bestimmungen der Freiheitsgarantie sind konzeptionell auch diejenigen zu rechnen, welche die Marktteilnehmer in die Lage versetzen sollen, von ihren Freiheitsrechten selbst verantwortlich Gebrauch zu machen (→ Rn. 79).

1. Die Gewährleistung der Grundfreiheiten des transnationalen Marktzugangs

Im Vordergrund der primärrechtlichen Freiheitsgarantie steht seit jeher die Gewährleistung der **Grundfreiheiten des transnationalen Marktzugangs** im Interesse der individuellen Selbstbestimmung und der gesamtwirtschaftlichen Effizienz im Sinne des Prinzips des komparativen Kostenvorteils bzw. des Wettbewerbsprinzips (→ Rn. 29 ff., 34). Diese enthalten zwar nicht die Garantie der tatsächlichen grenzüberschreitenden Verflechtung wirtschaftlicher Tätigkeiten, eröffnen aber im Interesse des Integrationsziels der Union (Art. 1

234 Dazu Mitteilung der Kommission v. 19.03.2020, KOM(2020) 1863: Befristeter Beihilferahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des Ausbruchs von COVID-19, ABl.EU 2020 C 91 I/1; dazu *Soltész/Hoffs* NZKart 2020, 189 ff.; danach: Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 8.5.2020, Staatliche Beihilfen: Kommission weitet Befristeten Rahmen auf die Gewährung von Rekapitalisierungen und nachrangigem Fremdkapital aus, damit die Wirtschaft infolge des Coronavirus-Ausbruchs besser gestützt werden kann.

235 Art. 5 Abs. 1 UAbs. 10 VO (EG) 1466/97 des Rates v. 07.07.1997 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken, ABl.EU 1997 L 209/1 idF der VO (EU) 1175/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.11.2011, ABl.EU 2011 L 306/12; Art. 3 Abs. 1 lit. c iVm Abs. 3 lit. b des Vertrages über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion.

236 S. → Rn. 22.

237 *Schiller*, Die Worte des Glaubens, in ders., Dramen und Gedichte, Stuttgart 1955, S. 1068, 1069.

238 „Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist.“; vgl. *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Berlin 1793; Ausgabe Hamburg, 1992, S. 144 f.

Abs. 2 EUV) den wirtschaftlich Aktiven die primärrechtlich gesicherte Möglichkeit zu einer derartigen Verflechtung ohne ungerechtfertigte Behinderungen. Durch sie können Verkäufer und Käufer (Art. 28 ff. AEUV; dazu im Einzelnen *Kellerhals* § 6), Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger (Art. 56 ff. AEUV; dazu im Einzelnen *Obwexer/Ianc* § 7), Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 45 ff. AEUV; dazu im Einzelnen *Kreber* § 2), Kapitalgeber und Kapitalnehmer (Art. 63 ff. AEUV; dazu im Einzelnen *Lübke* § 5) aus jeweils eigenen Präferenzentschlüssen transnational zu Verträgen und/oder Transaktionen zusammenfinden und Selbständige (Art. 49 ff. AEUV; dazu im Einzelnen *Wendland* § 3) ebenso wie rechtlich konfigurierte Marktakteure („Gesellschaften“; Art. 54 AEUV; dazu im Einzelnen *Kainer* § 4) ihre Niederlassung grenzüberschreitend verlegen oder Zweigniederlassungen gründen (Art. 49 ff., 54 AEUV). Sie beinhalten, damit die Chance einer grundlegenden **Integrations- und Zusammenhaltfunktion** für die Union,²³⁹ sofern es dadurch nicht zu gravierenden wirtschaftlichen Entwicklungsasymmetrien zwischen den Mitgliedstaaten mit daraus resultierenden politischen Abschottungstendenzen kommt. Eine tatbestandliche (und damit rechtfertigungsbedürftige) Beschränkung liegt nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH in prägnanter Fortentwicklung der klassisch weiten *Dassonville*-Formel zur Warenverkehrsfreiheit²⁴⁰ folgerichtig zum Grundmodell schon dann vor, wenn eine Maßnahme der Mitgliedstaaten, der Union oder adressierter Privater²⁴¹ geeignet ist, den Marktzugang „weniger attraktiv zu machen.“²⁴² Der proaktiven **Förderung der Wahrnehmung der Grundfreiheiten** seitens der Union dient vor allem auch die **binnenmarktvernetzende Rechtsetzung der Union** mittels der Schaffung **unionaler wirtschaftsrechtlicher Rechtsinstitute** (namentlich europäischer Gesellschaftsformen²⁴³ und europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums²⁴⁴), der **Angleichung mitgliedstaatlichen Rechts** zwecks Beseitigung rechtlich begründeter Marktzugangshindernisse und Wettbewerbsverzerrungen sowie zur Ermutigung der Wahrnehmung der transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten durch die Marktteilnehmer²⁴⁵ (s. unten → Rn. 116) und der Schaffung **transnational marktvernetzender Infrastrukturen** mittels des Ausbaus **transeuropäischer Netze** im Sinne des Art. 170 AEUV (s. → Rn. 133) und der Förderung der **Digitalisierung (digitaler Binnen-**

239 Vgl. *Müller-Graff* in FS Riedel, S. 433, 434 f.; *Schmidt* in Müller-Graff (Hrsg.), *Der Zusammenhalt Europas – In Vielfalt geeint*, 2009, 23 ff.

240 EuGH 11.7.1974 – Rs. 8/74, Slg 1974, 837 Rn. 5 – *Dassonville*.

241 Vgl. dazu *Müller-Graff*, *Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte*; zur Gewährleistung von Privatautonomie im Spannungsfeld horizontaler Wirkung von Grundfreiheiten und Grundrechten *Kainer* in FS Müller-Graff, S. 484 ff.

242 Vgl. zB EuGH 30.5.1995 – C-55/94, Slg 1995, I-4165 Rn. 37 – Gebhard; EuGH 12.12.1996 – C-3/95, Slg 1995, I-6511 Rn. 25 – Reisebüro Broede; EuGH 8.9.2009 – C-42/07, Slg 2009, I-7633 Rn. 51 – Liga Portuguesa; st. Rspr.; zu neueren Entwicklungen vgl. *Wollenschläger* in FS Müller-Graff, S. 443 ff.; *Gornley*, ebd., S. 451 ff.; zu steuerrechtlichen Behinderungen *Lenaerts*, ebd., S. 493 ff.

243 Rechtsgrundlage: Art. 352 AEUV. Genutzt für: EWIV (VO (EWG) Nr. 2137/85); SE (VO (EG) Nr. 2157/2001); SCE (VO (EG) Nr. 1435/2003).

244 Rechtsgrundlage seit der Vertragsreform von Lissabon: Art. 118 AEUV. Bsp.: Unionsmarke (VO (EU) 2017/1001); frühere Rechtsgrundlage war die Vorgängernorm des Art. 352 AEUV. Bsp.: Gemeinschaftsgeschmacksmuster (VO (EG) Nr. 6/2002).

245 Rechtsgrundlage sind insbesondere Art. 114 und 115 AEUV sowie spezielle Angleichungsermächtigungen (namentlich Art. 50, 52 Abs. 2, 53, 62 AEUV).

markt).²⁴⁶ Transnationale Transaktionen können insbesondere durch die Möglichkeiten des Online-Handels mit Waren und Dienstleistungen gesteigert werden.²⁴⁷

2. Die Sicherung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten durch den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz

Anders als für die Gewährleistung der Grundfreiheiten des transnationalen Marktzugangs konnte das ursprüngliche Gemeinschaftsrecht keine vertraglich ausdrücklich vereinbarten Vorkehrungen zur Sicherung der allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten gegenüber Maßnahmen der Gemeinschaft oder Umsetzungshandlungen der Mitgliedstaaten.²⁴⁸ Insoweit blieb die von den Grundfreiheiten ermöglichte grenzüberschreitende freie Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angebot und Nachfrage ohne gleichzeitige vertraglich gesicherte supranationale Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheiten als solche. Interpretatorische Versuche, diese aus den transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten abzuleiten,²⁴⁹ wurden dem Test der judikativen Praxis nicht unterzogen.

Allerdings entwickelte die Rechtsprechung des EuGH, beginnend mit der Entscheidung *Stauder/Ulm*,²⁵⁰ zunächst im Hinblick auf mögliche Schutzbedürfnisse gegen *Gemeinschaftsmaßnahmen*, aus dem Gedanken allgemeiner Rechtsgrundsätze sukzessive ein Tableau *ungeschriebener Gemeinschaftsgrundrechte*,²⁵¹ das schließlich auch die Berufsfreiheit und den Eigentumsschutz umfasste,²⁵² letzteren unbeschadet der Dispositionsbefugnis der Mitgliedstaaten nach Art. 345 AEUV in Fragen der Verstaatlichung oder Privatisierung. Mit der Erhebung der *Grundrechte-Charta* der Union in den Rang von Primärrecht durch den Vertrag von Lissabon sind nunmehr insbesondere die Berufsfreiheit (Art. 15 GRC), die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC) und das Eigentum (Art. 17 GRC) gegenüber Maßnahmen von Einrichtungen der Union (Art. 51 Abs. 1 GRC) normpositiv ausdrücklich geschützt.²⁵³ Dies gilt unbeschadet allgemeiner Einschränkungsmöglichkeiten (Art. 52 Abs. 1 GRC). Bereits diesen Gewährleistungen sowie der Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) lässt sich die vom Unionsrecht zugrunde gelegte Rechtssubjektivität na-

246 Vgl. hierzu insbesondere die „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“ der Europäischen Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, COM(2015) 192 final v. 6.5.2015 mit Vorschlägen für einen besseren Online-Zugang für Verbraucher und Unternehmen in ganz Europa (verlässliche Regeln für den grenzüberschreitenden elektronischen Handel; erschwingliche, hochwertige grenzüberschreitende Paketzustelldienste; Verhinderung ungerechtfertigten Geoblockings; besserer Zugang zu digitalen Inhalten im Rahmen eines modernen Urheberrechts; Reduzierung des Mehrwertsteuer-bedingten Verwaltungsaufwands und Abbau der Hindernisse bei Auslandsgeschäften), für die Schaffung der „richtigen“ Bedingungen und gleichen Voraussetzungen für moderne digitale Netze und innovative Dienste (bedarfsgerechte Telekommunikationsvorschriften; moderne Mediengesetzgebung; bedarfsgerechtes Regulierungsumfeld für Plattformen und Mittler; Sicherheit bei digitalen Diensten und beim Umgang mit personenbezogenen Daten), für die Ausschöpfung des Wachstumspotenzials der digitalen Wirtschaft (Aufbau einer Datenwirtschaft, Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit durch Interoperabilität und Normung, Förderung einer inklusiven digitalen Gesellschaft). Zu den rechtlich erheblichen Elementen des digitalen Binnenmarktes umfanglich *Valcke* in da Cruz Vilaça/Vasconcelos/Gorjão-Henriques/Saavedra (Hrsg.), S. 77 ff.; *Costa de Oliveira*, ebd., S. 163 ff.; s. auch Weller/Wendland (Hrsg.) *Digital Single Market*.

247 Vgl. dazu Richtlinie (EU) 2019/771, ABL EU 2019 L 136/28.

248 Diese Ausgangslage war Grund für die allmähliche Herausbildung der Rspr. des EuGH zum Schutz ungeschriebener Gemeinschaftsgrundrechte seit 1969.

249 So *Zuleeg* in Arbeitskreis Europäische Integration, S. 73 ff.

250 EuGH 12.11.1969 – Rs. 29/69, Slg 1969, 419 – *Stauder/Ulm*.

251 Ehlers/*Walter* EU-Grundrechte, S. 1, 8 ff.; Ehlers/*Ehlers* EU-Grundrechte, S. 443 ff.; *Müller-Graff* integration 2000, 34 (40 ff.).

252 EuGH 5.10.1994 – C-280/93, Slg 1994, I-4973 Rn. 77 ff., 81 ff. – *Bananenmarktordnung*.

253 Dazu im Einzelnen *Grabenwarter* in *Grabenwarter/Pöcherstorfer/Rosenmayr-Klemenz*, S. 17 ff.

türlicher Personen und über Art. 54 AEUV auch diejenige juristischer Personen entnehmen.²⁵⁴

- 77 Im Zuge der Rechtsprechung zu den ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechten erfolgte grundsätzlich konsequent auch eine Erstreckung dieser Grundrechtspositionen auf **mitgliedstaatliche Maßnahmen**, die Gemeinschaftsakte **umsetzten** (*Wachauf*-Urteil²⁵⁵). Sie wurde sodann mit unklarer Grenzziehung auf Maßnahmen „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ ausgeweitet („ERT“-Urteil²⁵⁶). Gleichwohl blieb diese Erstreckung damit zu Recht auf das gemeinschaftsrechtlich relevante Segment mitgliedstaatlichen Handelns begrenzt. An diesem Grundsatz der beschränkten Geltungserstreckung hat sich durch die Grundrechte-Charta nichts geändert. Erörtert wird sogar, ob die Formulierung des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC, dass die Charta „für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union (gilt)“, die Erstreckung der Charta-Positionen auf mitgliedstaatliche Maßnahmen auf den Umfang der *Wachauf*-Formel begrenzt.²⁵⁷ Die eingeschränkte Geltung bei mitgliedstaatlichen Maßnahmen wird auch nicht durch die kompetenziell debattierte Rechtsprechung des EuGH (Urteil in der Rechtssache *Åkerberg Fransson*) geleugnet, den Anwendungsbereich auf alle mitgliedstaatlichen Regelungen zu erstrecken, die sich „im Geltungsbereich“ des Unionsrechts bewegen.²⁵⁸ Das Vereinigte Königreich (solange es an das Unionsrecht gebunden bleibt) und Polen haben sich überdies die Kontrollfreiheit ihrer Maßnahmen gegenüber der Grundrechte-Charta gesichert,²⁵⁹ wohingegen Tschechien auf die Ausstiegs-„Klausel-Klausel“ verzichtet hat.²⁶⁰

3. Die unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung wirtschaftsrechtlicher Handlungsfreiheiten

- 78 Die **Verpflichtung aller Mitgliedstaaten**, in ihrer Rechtsordnung die **Voraussetzungen für die freie Koordination freier Präferenzentscheidungen aller Marktteilnehmer** zu gewährleisten, ergibt sich jedoch aus anderen primärrechtlichen Bestimmungen. Zum einen folgt dies aus der Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitik auf den „Grundsatz einer ... Marktwirtschaft“ (Art. 119 Abs. 1 AEUV) (→ Rn. 38). Zum anderen sind alle Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 S. 2 EUV auch auf die Werte der Union verpflichtet,²⁶¹ zu denen neben der Achtung der Menschenwürde anfangsgereit auch die Freiheit und des Weiteren die Rechtsstaatlichkeit und die Menschenrechte zählen. Damit ist aus Sicht des Wirtschaftsordnungsrechts jeder Mitgliedstaat gebunden, in seiner Rechtsordnung die Voraussetzungen vorzuhalten, dass zumindest jedem Grundfreiheitsberechtigten auch die

254 *Hatje*, S. 812.

255 EuGH 13.7.1989 – Rs. 5/88, Slg 1989, 2609 – *Wachauf*.

256 EuGH 18.6.1991 – C-260/89, Slg 1991, I-2925 – ERT.

257 Vgl. zu dieser bereits mit dem VVE aufgekommenen Diskussion aus dem Schrifttum: einerseits für eine Eingrenzung zB *Cremer* NVwZ 2003, 1452 (1455); andererseits gegen eine Eingrenzung *Scheuing* EuR 2005, 162 (181ff., 187); zur seinerzeitigen Diskussion auch *Müller-Graff* EuR Beiheft 1/2006, 19 (32).

258 EuGH 26.2.2013 – C-617/10 – *Åkerberg Fransson*; zustimmend zB *Classen* in FS *Müller-Graff*, S. 1278 ff.; *Mager*, ebd., S. 1358 ff.; kritisch zB *Wegner* HRSS 4/2013, 126 ff.; vgl. auch das interpretative Verständnis des BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 unter C (Antiterrorordatei); *Müller-Graff* ZöR 2013, 685 (692 f.).

259 Vgl. Art. 1 des Protokolls (Nr. 30) über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich.

260 Vgl. „Tschechien verzichtet auf Ausnahme bei EU-Grundrechte-Charta“, MOZ.de v. 19.2.2014 (Auf: 24.1.2020). Im Jahre 2009 war Tschechien auf Betreiben des damaligen Präsidenten *Václav Klaus* eine Ausnahme von der Anwendbarkeit der Grundrechte-Charta auf tschechische Maßnahmen zugesagt worden.

261 Text: „Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten ... gemeinsam...“; vgl. dazu *Dausen/Ludwigs/Müller-Graff* HdBEUWiR A I Rn. 108.

rechtlichen Handlungsfreiheiten zustehen, mittels derer er an der freien Koordination freier Präferenzentscheidungen im Binnenmarkt teilnehmen kann. Dazu zählt auch die Eigentumsgarantie, unbeschadet der den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Dispositionsbefugnis des Art. 345 AEUV in Fragen der Verstaatlichung und Privatisierung.²⁶²

4. Die Instandsetzung von Marktteilnehmern zum verantwortbaren Gebrauch ihrer Freiheitsrechte

Die freie Präferenzbildung ist ein leeres Recht, wenn sie in einem wirtschaftlichen Kontext stattfindet, in dem die Grundlagen selbst verantwortbarer Wahrnehmung²⁶³ nicht gegeben sind. Zu den unionsrechtlichen Bestimmungen der Freiheitsgarantie sind daher auch diejenigen zu rechnen, welche die Marktteilnehmer zum **selbst verantwortbaren Gebrauch ihrer Freiheitsrechte** instandsetzen. Diese finden sich – gut gemeint, aber in ihrer zielführenden Eignung oft umstritten und tendenziell ambivalent – in demjenigen Sekundärrecht, in dem dieses Ziel durch derart ausgerichtete Verbraucherschutzvorschriften (→ Rn. 112) angestrebt wird:²⁶⁴ so namentlich in Gestalt von Nachüberlegungsfristen mit Widerrufsrecht in Situationen mit Übereilungsgefährdung²⁶⁵ oder in Form von Informationsobligationen oder -pflichten in typischerweise vom Verbraucher schwer überschaubaren Situationen.²⁶⁶

5. Die marktrechtlichen Rechtfertigungserfordernisse der Einschränkung der Freiheitsgewährleistungen

Im Wirtschaftsordnungsrecht der Europäischen Union unterliegt die **Einschränkung der Freiheitsgewährleistungen** zu Zwecken der Systemgewährleistung, der Schutzgutsicherung und der Ergebnissicherung den **marktrechtlichen Rechtfertigungserfordernissen** der Legitimation aus einem mindestens rangäquivalenten Rechtsgut (Ziel), des Wirkungsgewinns, der systemstimmigsten Verfahrensalternative, des Unionswohlgewinns und gegebenenfalls der temporalen Begrenzung. Dies bedeutet beispielsweise, dass sekundärrechtliche oder mitgliedstaatliche Einzelregeln des -systemsichernden- Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen die primärrechtlichen Voraussetzungen zur Einschränkung sowohl der transnationalen Marktzugangsgrundfreiheiten als auch der allgemeinen Handlungsfreiheiten in deren jeweiligem Anwendungsbereich zu erfüllen haben (beispielsweise Bestimmungen der Fusionskontrollverordnung die Voraussetzungen des Art. 16, 52 Abs. 1 GRC oder die Sonderregelung des § 29 GWB für die Energiewirtschaft die Voraussetzungen des Art. 34 AEUV²⁶⁷). Breiten und sich stetig erweiternden Raum in der unionsrechtlichen **Judikatur** zur Rechtfertigbarkeit mitgliedstaatlicher Beschränkungen einer transnationalen Marktgrundfreiheit nimmt deren Abgleich mit mitgliedstaatlichen Maßnahmen zur Sicherung ei-

262 Zur begrenzten Tragweite der Unberührtheitsklausel *Everling* in FS Raiser, S. 379 ff.; zur Bedeutung der Unberührtheitsklausel der Eigentumsordnung bei Einflusregulierungen in Gesellschaften im Binnenmarktrecht *Müller-Graff* in FS Ulmer, S. 929, 942 ff.

263 Zu den verschiedenen Dimensionen der Selbstverantwortung vgl. das Sammelwerk von *Riesenhuber*, Prinzip Selbstverantwortung.

264 Dazu und zur erforderlichen Differenzierung in der Bewertung der Verbraucherschutzrichtlinien der EU *Müller-Graff* in *Riesenhuber*, Prinzip Selbstverantwortung, S. 139, 150.

265 So namentlich im Falle des Widerrufs eines „Haustürgeschäfts“ oder Fernabsatzvertrags gemäß Art. 9 der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (ABl.EU 2011 L 304/64).

266 So namentlich im Bereich von Verbraucherkreditverträgen, Teilzeit-Wohnungsrechte-Verträgen oder Finanzinstrumenten; zum Informationskonzept *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, S. 243, 559. Zur Ambivalenz des Informationskonzepts für die Selbstverantwortung *Müller-Graff* in *Riesenhuber*, Prinzip Selbstverantwortung, S. 139, 149.

267 Zu der mit § 29 GWB verbundenen sektoralen kartellrechtlichen Preiskontrolle im Licht der Grundfreiheiten des Binnenmarktes *Müller-Graff* in FS Hirsch, S. 273 ff.

nes unionsrechtlich anerkannten Schutzgutes im Rahmen ausdrücklicher primärrechtlicher Bestimmungen oder eines zwingenden Allgemeininteresses im Rahmen der ausgeweiteten „Cassis“-Rechtsprechung ein.²⁶⁸

II. Die Systemgewährleistungen des Wirtschaftsordnungsrechts der Union

- 81 Die Entscheidung für ein System der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft bedarf der Regeln, die dieses System gegen seine Selbstaufhebung oder seine sinnwidrige Verzerrung schützen. Diese Systemgarantie konkretisiert sich im Wirtschaftsordnungsrecht der Europäischen Union sowohl in Wettbewerbsregeln für Unternehmen (→ Rn. 82) als auch in spezifischen Wettbewerbsregeln für die öffentliche Hand (→ Rn. 96 ff.) und wird von präventiven Regulativa des Wettbewerbszugangs ergänzt (→ Rn. 107).

1. Die Systemgewährleistung durch Wettbewerbsregeln für Unternehmen

- 82 Ziel der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln für Unternehmen ist zuvörderst die nachhaltige Sicherung des Systems wettbewerblicher Freiheit gegen **Gefährdungen aus der systemwidrigen Wahrnehmung wirtschaftlicher Freiheitsrechte** der Unternehmen. Sie sind im Primär- und/oder Sekundärrecht gegen sechs mögliche Systemgefährdungen ausgefaltet (→ Rn. 83–94), die von Unternehmen ausgelöst werden können und zu deren Bewältigung unterschiedliche Durchsetzungsmittel bestehen oder sich rechtspolitisch oder judikativ entwickeln. Unionsrechtlich vorgesehene oder rechtfertigbare Einschränkungen des Wettbewerbsprinzips oder Ausnahmen von ihm (zB Landwirtschaft, Transportwesen, Energieversorgung) beruhen regelmäßig auf Gründen entweder einer spezifischen Ergebnissicherung (→ Rn. 124) oder einer Schutzgutsicherung (→ Rn. 108).

a) Das Verbot horizontaler Konzertierung und die Verbotsfreistellung

- 83 Die erste Gefährdung eines Wettbewerbssystems liegt in der systemwidrigen **Abstimmung des Marktverhaltens zwischen** (tatsächlichen oder potenziellen) **Wettbewerbern**. Mit dem konzeptionell folgerichtigen grundsätzlichen primärrechtlichen Verbot horizontaler wettbewerbsbeschränkender Verhaltenskonzertierungen von Unternehmen (durch Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen oder durch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen; Art. 101 Abs. 1 AEUV) (s. auch *Schweitzer* § 8)²⁶⁹ soll das **Selbstständigkeitspostulat** der unternehmerischen Präferenzentscheidungen unter den Bedingungen der Ungewissheit über das Verhalten der Wettbewerber gegen die abgestimmte Wahrnehmung der unternehmerischen Handlungsfreiheit der Wettbewerber behauptet werden.²⁷⁰ Eine derart koordinierte Selbstbeschränkung der Verhaltensoptionen geht regelmäßig **zulasten Dritter**. Die sich Abstimmenden haben naturgemäß primär ihre Eigeninteressen im Auge statt in der normalen Herausforderung des Wettbewerbs – zwangsläufig – zugleich den Erwartungen der Marktgegenseite stärker Rechnung zu tragen. Allerdings ermöglicht das Primärrecht zum einen die **Freistellung** vom grundsätzlichen Verbot für Koordinierungen oder für Gruppen von Koordinierungen unter der viergliedrigen Uni-

268 Zu dieser Entwicklung *Müller-Graff* EuR Beiheft 1/2002, 7 ff.; zum Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Rechtfertigung des Eingriffs in Grundfreiheiten zB *Epiney* in FS Müller-Graff, S. 467 ff.; zu den Beweisanforderungen *Drexel* EuZW 2019, 533 ff.; zu den unionsrechtlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten für Grundfreihereingriffe durch Private *Nowak* in FS Müller-Graff, S. 475 ff.

269 Dazu im Einzelnen *Schweitzer*, Das binnenmarktrechtliche Kartellverbot und Freistellungsrecht.

270 Zum Selbstständigkeitspostulat zB von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter/Voet van Vormizeele Unionsrecht AEUV Art. 101 Rn. 56.

onsgemeinwohl-Voraussetzung²⁷¹ des Art. 101 Abs. 3 AEUV (dazu im Einzelnen *Schweitzer* § 8). Deren Grundlinien sind in verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen für bestimmte Vertragstypen sekundärrechtlich konkretisiert worden.²⁷² Zum anderen ermöglicht das Primärrecht die Verbotsfreistellung für Unternehmen, die mit **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** betraut sind, zum Zwecke der Funktions-sicherung dieser Aufgabenerfüllung unter den Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV (dazu im Einzelnen *Schweitzer* § 8).

b) Das Verbot vertikaler Konzertierung und die Verbotsfreistellung

Konzeptionell folgerichtig zum Gedanken der Systemgarantie bedürfen auch **Vertikalkonzertierungen von Unternehmen** der wirtschaftsordnungsrechtlichen Aufmerksamkeit. Sie sind aber differenziert zu behandeln, je nachdem, ob sie wettbewerbsbeschränkend oder wettbewerbsfördernd wirken. Das Primärrecht unterscheidet im Grundsatz seines Koordinierungsverbotes des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht zwischen horizontalen und vertikalen Abstimmungen, öffnet durch diese Weite aber das spezifische Fragenfeld, ob jede vertikale Koordinierung auch wettbewerbsbeschränkend ist. Denn Vertikalabsprachen können **wettbewerblich unterschiedlich wirken**. Einerseits können etwa im sternförmig organisierten Vertrieb von Waren mittels Preisbindungen von Abnehmern in Verträgen mit Dritten (Preisbindung der zweiten Hand als eine Form der Inhaltsbindung für Drittverträge) un-schwer dieselben wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen wie durch ein horizontales Preiskartell zulasten Dritter bewirkt werden. Andererseits vermögen Restriktionen der Vertriebskanäle von Markenartikeln mittels Konzentration auf selektierte qualifizierte Händler (Vertriebsbindungen) zum wettbewerbsstärkenden Aufbau der Wertschätzung bestimmter Produkte führen (zB: Uhren, Haute Couture). Lang anhaltende Versuche im Schrifttum, zur Lösung dieser Frage den dem „common law“ entstammenden Gedanken der „rule of reason“ mit einer Gesamtabwägung der wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbsfördernden Wirkungen bereits im Verbotstatbestand fruchtbar zu machen,²⁷³ konnten sich angesichts der systematischen Trennung des (heute) Art. 101 AEUV in **Verbot** (Absatz 1) und **Freistellung** (Absatz 3; mit bis zum Inkrafttreten der VO 1/2003/EU im Vergleich zu Abs. 1 unterschiedlicher Rechtsqualität und Zuständigkeit) nicht durchsetzen.²⁷⁴ Legislativ erfahren die Vertikalbeschränkungen jedoch **sekundärrechtlich** seit 1999 eine sinnfällig **differenzierte Behandlung**,²⁷⁵ soweit sie unterhalb einer Marktanteils-höchstgrenze von Anbieter und Abnehmer bleiben²⁷⁶ und eine Reihe von näher präzisier-ten Voraussetzungen erfüllen.²⁷⁷ Dadurch beinhaltet die kartellrechtliche Beurteilung auf sekundärrechtlicher Ebene eine normativ profilierte kategoriale Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Koordinierungen, wie sie ursprünglich auch dem Regelungs-

271 Zum System *Müller-Graff* EuR 1992, 1 ff.

272 So namentlich VO 1218/2010/EU für Spezialisierungsvereinbarungen, ABl.EU 2010 L 335/43; VO 1217/2010/EU für F&E-Vereinbarungen, ABl.EU 2010 L 335/36.

273 So etwa im deutschsprachigen Schrifttum *Axster* in FS Lieberknecht; *Fritzsche* ZHR 140 (1976), 31; umfangliche Nachweise zum englischsprachigen Schrifttum bei von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Schröter/Voet van Vormizeele* Unionsrecht AEUV Art. 101 Rn. 91 Fn. 423.

274 Vgl. statt aller von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Schröter/Voet van Vormizeele* Unionsrecht AEUV Art. 101 Rn. 91.

275 Heute VO 330/2010/EU, ABl.EU 2010 L 102/1; dazu im Einzelnen *Schweitzer* § 8.

276 Art. 3 VO 330/2010/EU, ABl.EU 2010 L 102/1.

277 Art. 2–5 VO 330/2010/EU, ABl.EU 2010 L 102/1.

konzept des GWB zu eigen war,²⁷⁸ ohne allerdings dessen Kriterien im Detail zu parallelisieren.

c) Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung

- 85 Eine dritte Gefährdung eines Wettbewerbssystems kann für einen Partialmarkt aus einem **dominanten Handlungsspielraum** eines einzelnen Marktteilnehmers (oder mehrerer Marktteilnehmer) entstehen. Allerdings sind sowohl die Marktdominanz als auch die daraus erwachsende Gefährdung wettbewerbskonzeptionell, begrifflich und faktisch fluide Phänomene, deren normativ sinnfällige Regelung und Präzisierung kriterienbegründete Probleme aufwirft. Das Wirtschaftsordnungsrecht der Union zieht die Grenzlinie rechtlich zulässigen Marktverhaltens begrifflich mit dem Verbot „der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben“ (Art. 102 Abs. 1 AEUV) (dazu im Einzelnen *Schubmacher* § 9).
- 86 Bereits der Begriff der **Marktbeherrschung** ist schwierig zu fassen und aus wettbewerbskonzeptioneller Bewertung offen. Beherrschung (eines Partialmarktes) kann die Fähigkeit bedeuten, anderen Teilnehmern auf diesem Markt Wettbewerbs- und/oder Transaktionsbedingungen ohne oder gegen deren Willen vorzugeben („Macht“-Gedanke im Sinne von *Max Weber*²⁷⁹) oder aber sich den von anderen Marktteilnehmern gesetzten Bedingungen eigenmächtig zu entziehen (Unabhängigkeitsgedanke²⁸⁰). Herrschende Lehre und Praxis operationalisieren den im positivierten Unionsrecht nicht näher konkretisierten Richtpunkt der Marktbeherrschung methodisch plausibel in zwei auf den Normzweck des Missbrauchsverbots bezogenen (naturgemäß wertenden und tendenziell grobschlächtigen) Schritten. Erstens bestimmen sie den sachlich, räumlich und zeitlich abzugrenzenden (**relevanten**) **Partialmarkt** (dazu im Einzelnen *Schubmacher*, § 9) aus der Sicht der Marktgegenseite unter dem Aspekt der funktionellen Austauschbarkeit von Wirtschaftsgütern. Zweitens ermitteln sie die **Beherrschung** aus einem Kranz von Indizien, unter denen die zum maßgeblichen Zeitpunkt bestehende Marktanteilsquote (Verkaufsanteil am Gesamtumsatz auf dem relevanten Markt²⁸¹) das herausragende Kriterium darstellt.²⁸² Auch bei geringeren Marktanteilen (unter 50 %) kann dieser im Verbund mit anderen Indizien (zB Abstand zu den anderen Wettbewerbern im Sinne einer relativen Marktmacht,²⁸³ hohe Marktzutrittsschranken,²⁸⁴ sicherer Zugang zu Rohstoff- oder Absatzmärkten²⁸⁵) die Annahme einer Beherrschung begründen.²⁸⁶ Eine mittels einer derartigen Momentaufnahme festgestellte Marktbeherrschung kann Ergebnis einer wettbewerbskonzeptionell erwünschten eigenen Tüchtigkeit im Wettbewerben um die Gunst der Marktgegenseite sein. Andererseits verschafft es dem marktbeherrschenden Unternehmen aber das Gefährdungspotential, seine relative „Unabhängigkeit“ vom Verhalten seiner Wettbewerber zu deren wettbewerblich überschießenden Behinderung und/oder zur wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierten Durchsetzung von Transaktionsbedingungen gegenüber der Marktgegenseite einzusetzen. In dieser Ambivalenz einer marktbeherrschenden Stellung verbietet

278 Vgl. seinerzeit §§ 1 ff. GWB einerseits (horizontale Wettbewerbsbeschränkungen) und §§ 15 ff. GWB andererseits (vertikale Wettbewerbsbeschränkungen); dazu *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 213 ff.

279 *Weber* Kap. 1 § 16.

280 EuGH 14.2.1978 – Rs. 27/76, Slg 1978, 207 Rn. 65 – United Brands.

281 Vgl. *Streinz/Eilmansberger/Kruis* EUV/AEUV AEUV Art. 102 Rn. 22.

282 *Streinz/Eilmansberger/Kruis* EUV/AEUV AEUV Art. 102 Rn. 22 mit Einzelbelegen aus der Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit und der Kommissionspraxis.

283 ZBEuG 28.4.1999 – T-221/95, Slg 1999, II-1299 Rn. 134 ff. – Endemol/Kommission.

284 Dazu *Streinz/Eilmansberger/Kruis* EUV/AEUV AEUV Art. 102 Rn. 23 mwN.

285 ZBEuGH 14.2.1978 – Rs. 27/76, Slg 1978, 207 Rn. 72 ff. – United Brands/Kommission.

286 *Streinz/Eilmansberger/Kruis* EUV/AEUV AEUV Art. 102 Rn. 23 f.

das europäische Wirtschaftsordnungsrecht daher gut vertretbar nicht bereits die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung durch internes (im Unterschied zu fusionsbegründetem externen) Wachstum,²⁸⁷ wohl aber deren „missbräuchliche“ Ausnutzung.

Im Maßstab der **Missbräuchlichkeit** der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung kulminiert das wettbewerbskonzeptionelle Problem des Verbots des Art. 102 AEUV. Die Norm gibt keine weitere Definitionshilfe, sondern benennt nur ihrerseits auslegungsbedürftige Beispieltatbestände („unangemessene ... Geschäftsbedingungen“; Einschränkung ... zum Schaden“; „unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden“; „Bedingung, ... zusätzliche Leistungen“ anzunehmen, die nicht „in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“). Als systemsichernde Norm kommt dem Missbrauchsmaßstab die Aufgabe zu, systemwidrige Verhaltensweisen von systemgemäßen Verhaltensweisen zu unterscheiden. Für die Bestimmung eines Kriteriums nahe liegend ist daher zwar der Rückgriff auf das ideale Vergleichsbild eines „normalen“,²⁸⁸ „wirksamen“ oder „funktionierenden“ Wettbewerbs. Jedoch gerät diese Orientierung in die Aporie, in einem konzeptionell sich autopoietisch durch autonome Einzelentscheidungen steuernden System heteronom dessen „Normalität“, „Wirksamkeit“ oder „Funktionieren“ definieren zu wollen. Eine Grenzziehung auf dieser Grundlage kann daher nur annäherungsweise, weil grobschlächtig, aber für die Praxis immerhin vertretbar über die Beziehung von „Vergleichsmärkten“²⁸⁹ erfolgen. Sie ist ansonsten für die beiden etablierten Missbrauchskategorien (**Behinderungsmissbrauch**²⁹⁰ und **Ausbeutungsmissbrauch**²⁹¹) innerhalb und außerhalb der Beispieltatbestände jeweils im Einzelfall²⁹² insbesondere unter Ausrichtung am Normzweck²⁹³ und unter Würdigung aller sachverhaltlichen Umstände vorzunehmen. Bereits normativ die Systemsicherung verfehlend sind demgegenüber rein utilitaristische Konzepte der Missbrauchsbestimmung, die *allein* auf die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen eines Verhaltens und insbesondere ausschließlich auf die Folgen für die Verbraucherwohlfahrt (sog. *more economic approach*)²⁹⁴ abstellen,²⁹⁵ unbeschadet der Indizfunktion einer derartigen Schadensanalyse für den Missbrauch. Überdies stehen diesen Ansätzen wirtschaftstheoretische Zweifel an ihrer Leistungsfähigkeit für die Entscheidung eines Einzelfalls²⁹⁶ und die rechtstaatlich bedenkliche, zusätzliche Verminderung der (wegen des Miss-

287 Anders die (allerdings kaum noch genutzte) Möglichkeit zur Entflechtung im US-amerikanischen Recht (Section 2 des Sherman Act); vgl. dazu *Bundeskartellamt*, Entflechtung als Instrument des Kartellrechts – Neue Instrumente im GWB?, Arbeitskreis Kartellrecht, Bonn 2010, S. 11 f.

288 EuGH 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg 1979, 463 – Hoffmann-La Roche; EuGH 3.7.1991 – C-62/86, Slg 1991, I-3359 Rn. 69 – AKZO; EuG 1.4.1993 – T-65/89, Slg 1993, II-389 Rn. 118 – BPB.

289 Vgl. zB EuGH 28.6.1971 – Rs. 78/70, Slg 1971, 487 Rn. 19 – Deutsche Grammophon/Metro; EuGH 14.2.1978 – Rs. 27/76 Slg 1978, 207 Rn. 251 ff. – United Brands; EuG 16.12.1999 – T 198/98, Slg 1999, II-3989 Rn. 54 – Micro Leader.

290 Vgl. Vedder/Heintschel v. Heinegg/*Müller-Graff* Unionsrecht AEUV Art. 102 Rn. 19 ff.

291 Vgl. Vedder/Heintschel v. Heinegg/*Müller-Graff* Unionsrecht AEUV Art. 102 Rn. 14 ff.

292 Die Formulierung einer einheitlichen, alle Missbrauchskonstellationen umfassende Formel bereitet Schwierigkeiten; vgl. von der Groeben/Schwarze/*Schröter/Bartl* Unionsrecht AEUV Art. 102 Rn. 162 ff. Zur Selbstdementierung als Identifikationskriterium eines Missbrauchs jüngst *Guski* Rechtsmissbrauch als Paradoxie: Negative Selbstreferenz und widersprüchliches Verhalten im Recht, 2019.

293 So schon EuGH 21.2.1973 – Rs. 6/72, Slg 1973, 215 Rn. 23 – Europemballage.

294 Zu diesem Ansatz im Bereich des Art. 102 AEUV vgl. Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EG 2009 C 45/7.

295 Kritisch zB *Fuchs* in Fleischer/Zimmer ZHR Beiheft 74, 2008, 69 (89).

296 So zB *Schmidt/Wohlgemuth* in Blanke/Scherzberg/Wegener (Hrsg.); s. auch *Bögel/Jacoby* BB 2005, 113 (117).

brauchskriteriums ohnehin schon begrenzten) *ex-ante*-Rechtssicherheit für Unternehmen durch die Ungewissheiten einer ökonomischen *ex-post*-Analyse entgegen.

d) Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

- 88 Eine vierte, durch Unternehmensmaßnahmen auslösbare Gefährdung eines Wettbewerbsystems ergibt sich aus **Unternehmenszusammenschlüssen**, die die wettbewerbliche Selbststeuerung auf einem Partialmarkt (oder auf mehreren) erheblich behindern. Das Primärrecht der Union nimmt sich dieses die Wettbewerbsstruktur verändernden Vorgangs weder ausdrücklich noch der Sache nach vollständig an.²⁹⁷ Es erfasst über das Kartellverbot (Art. 101 Abs. 1 AEUV) und das Missbrauchsverbot einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) lediglich Randphänomene: so über das Kartellverbot die Bildung von Gemeinschaftsunternehmen, bei denen die kooperierenden Unternehmen als unabhängige Wettbewerber fortbestehen²⁹⁸ und über das Missbrauchsverbot die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung mittels Übernahme²⁹⁹ oder sonstiger Einflussnahme³⁰⁰ unter bestimmten Voraussetzungen.³⁰¹
- 89 Wirtschaftsordnungsrechtlich folgerichtig ist die sekundärrechtliche Kompensation dieser markanten primärrechtlichen Regelungslücke durch den (allerdings erst im Jahre 1989 erstmals erfolgten³⁰²) Erlass einer (im Jahre 2004 reformierten³⁰³) **Fusionskontrollverordnung** des europäischen Gesetzgebers auf der kombinierten Kompetenzgrundlage der speziellen kartellrechtslegislativen Ermächtigung (heute: Art. 103 AEUV) und der allgemeinen zielbezogenen Abrundungsermächtigung (heute: Art. 352 AEUV). Danach unterliegen nicht alle Zusammenschlüsse der europäischen Fusionskontrolle, sondern lediglich solche von gemeinschaftswweiter Bedeutung, die sich im Einzelnen nach Gesamtumsatzschwellen bestimmt.³⁰⁴ Dies ist binnenmarktstimmig und in einem transnationalen Gemeinwesen auch in Abgrenzung zu den Aufgaben und Kompetenzen der Mitgliedstaaten sinnfälliger.
- 90 Auch ein Zusammenschluss von gemeinschaftswweiter Bedeutung wird von der Verordnung nicht grundsätzlich verboten, sondern vielmehr einem **Kontrollverfahren** unterworfen (dazu im Einzelnen *Fuchs* § 11). Dies ist aus wirtschaftsordnungsrechtlich systemischer Sicht folgerichtig. Denn abstrakt wettbewerbskonzeptionell beinhaltet zwar jeder Zusammenschluss von Unternehmen die Reduktion der Zahl der Wettbewerbsakteure, doch kann er je nach dem Kontext eines konkreten Partialmarktes auch wettbewerbsfördernd durch die Verbindung von zwei schwächeren Marktteilnehmern zu einem effizienten Akteur wirken. Die legislative Festlegung des maßgeblichen Abgrenzungskriteriums muss das Postulat systemrationaler Stimmigkeit erfüllen. Danach ist ein Zusammenschluss wettbewerblich systemavers, wenn er prognostisch ein **relevantes Gefährdungspotential zur erheblichen Behinderung von Wettbewerb** beinhaltet. Die genaue Formulierung des maßgeblichen Relevanzkriteriums liegt im rechtspolitischen Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers. Während dazu die ursprüngliche Fusionskontrollverordnung auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (und damit indirekt auf

297 Vgl. aber zu den im Primärrecht enthaltenen Grundlagen *Blank*, Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art. 85, 86 des EWG-Vertrages, 1991.

298 Vgl. dazu Art. 2 Abs. 4, 8 Abs. 1 und 2 VO 139/2004/EG; zum Problem von der Groeben/Schwarzel/Hatje/Schröter Unionsrecht AEUV Art. 101 Rn. 37.

299 Grundlegend EuGH 21.2.1973 – Rs. 6/72, Slg 1973, 215 Rn. 26 – Europemballage.

300 EuGH 17.11.1987 – verb. Rs. 142/84 und 156/84, Slg 1987, 4487 Rn. 65 – BAT.

301 Dazu aus konzeptioneller und anwendungsorientierter Sicht namentlich von der Groeben/Schwarzel/Hatje/Schröter/Bartl Unionsrecht AEUV Art. 102 Rn. 317 ff.

302 VO 4064/89/EWG, ABl. 1989 L 395/1.

303 VO 139/2004/EG, ABl. 2004 L 24/1; dazu die Durchführungs-VO 82/2004/EG, ABl. 2004 L 133/1.

304 Art. 1 Abs. 2 und 3 VO 139/2004/EG; dazu im Einzelnen *Fuchs* § 11.

das dieser Stellung inhärente Gefährdungspotential zu ihrer künftigen missbräuchlichen Ausnutzung) abstellte,³⁰⁵ nimmt die Nachfolgeverordnung nunmehr das Merkmal der „**erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs**“ zum Maßstab für das Verbot eines Zusammenschlusses.³⁰⁶ Davon wird seitens des Ordnungsgebers eine punktgenauere Flexibilität im Verhältnis zum Marktbeherrschungskriterium für die wettbewerbliche Prognose erwartet,³⁰⁷ doch muss sich der Vorteil dieses Leitkriteriumwechsels erst noch erweisen.³⁰⁸ Allerdings verzichtet die Neuregelung nicht darauf, zugleich ausdrücklich den bisherigen Maßstab als einziges „insbesondere“-Beispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs aufzuführen,³⁰⁹ so dass letztlich zweifelhaft bleibt, ob überzeugend begründbar ist, dass ein konkreter Zusammenschluss, der eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, wegen ausgleichender Effizienzvorteile wirksamen Wettbewerb nicht erheblich behindert.³¹⁰

e) Das Verbot unlauteren Wettbewerbs

Als eine fünfte Systemgefährdung durch Marktakteure lässt sich der **Einsatz unlauterer Wettbewerbsparameter** verstehen, soweit dies nicht schon eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Unlauteres Wettbewerbsverhalten materialisiert sich nach klassischer Kategorisierung³¹¹ in den vier Fallgruppen der Behinderung der Mitbewerber, der Ausbeutung der Mitbewerber, des Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch und des Kundenfangs (insbesondere durch Irreführung und Belästigung). Derartige Verhaltensweisen haben jeweils das Potential, Marktanteile zulastender Mitbewerber zu akquirieren. Ein ungehindertes Gewährenlassen derartiger Praktiken würde zwar nicht das System wettbewerblicher Selbststeuerung aufheben, könnte jedoch dessen allgemeine Akzeptanz beeinträchtigen. Normen zur Eindämmung unlauteren wettbewerblichen Verhaltens haben insoweit nicht nur die Dimension der Sicherung des Schutzgutes der wettbewerblichen Lauterkeit im Allgemeinen und des Verbraucherschutzes sowie des Schutzes des Marktgegenseite im Besonderen (Schutzgarantie; → Rn. 108), sondern auch eine systemsichernde Funktion. Die präzise Qualifikation eines konkreten Verhaltens als unlauter ist kontext- und zeitgestabhängig und daher zuvörderst eine Beurteilungsaufgabe der Rechtsprechung auf der Grundlage legislativ mehr oder minder abstrakter und wertungserfordernder Orientierungspunkte.³¹²

Das **Primärrecht** der Union enthält anders als der ehemalige Art. 60 § 1 I EGKSV (Montanunion)³¹³ **keine ausdrücklichen Vorgaben** zu dieser terminologisch spezifisch auf die Unlauterkeit abstellende Grenze zulässigen Wettbewerbsverhaltens. Die primärrechtliche (von der Rechtsprechung zu füllende) Lücke zeigt sich in der Frage, ob eine Vereinbarung

305 Art. 2 Abs. 2 und 3 VO 4064/89/EWG.

306 Art. 2 Abs. 2 und 3 VO 139/2004/EG (in der englischen Sprache abgekürzt SIEC-Test: „significant impediment to effective competition“).

307 Vgl. 25. und 29. Erwägungsgrund der VO 139/2004/EG.

308 Skeptisch zB *Rittner/Dreher*, S. 585 Rn. 59 f.

309 Art. 2 Abs. 2 und 3 VO 139/2004/EG.

310 So aber der 29. Erwägungsgrund der VO 139/2004/EG; allerdings scheint der Effizienzeinwand in der Praxis bislang wenig erfolgreich zu sein; vgl. *Rittner/Dreher*, S. 585 Rn. 60.

311 Sie geht auf *Hefermehl* zurück; vgl. *Baumbach/Hefermehl*, S. 502 ff., 617 ff., 717 ff., 799 ff.; unklar bleibt das Erfordernis einer fünften Fallgruppe der Marktstörung; dazu *Baumbach/Hefermehl*, S. 894 ff.

312 Es zählte zur Weisheit des deutschen UWG von 1909, sich im Wesentlichen auf eine große und eine kleine Generalklausel zu beschränken. Dieses wurde vom UWG von 2004 abgelöst, das neben einer Generalklausel in § 3 UWG der Tendenz zu zahlreichen (von der Rspr. etablierten) beispielhaften Einzelatbeständen unlauterer geschäftlichen Handlungen Raum gegeben hat (§§ 4 ff. UWG).

313 Dazu *Müller-Graff* in FS Carstens, S. 209, 220.

zwischen Wettbewerbern, bestimmte von ihnen als unlauter bewerteten Praktiken untereinander zu unterlassen, dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV entzogen sind. Ebenso hat in der Auslegung der Tragweite der Marktzugangs-Grundfreiheiten die Rechtsprechung im Einzelfall über die Kompatibilität oder Inkompatibilität eines einzelstaatlichen Standards der Bekämpfung wettbewerblicher Unlauterkeit mit den Erfordernissen der grenzüberschreitenden Transaktionsfreiheit zu entscheiden. Sie erfüllt diese Aufgabe im Rahmen ihrer Judikatur zur immanenten Einschränkung des transnationalen Freiverkehrs aus zwingenden Allgemeininteressen (*Cassis-Gebhard-Rechtsprechung*).³¹⁴

- 93 Da unterschiedliche einzelstaatliche Standards in der Frage der Unlauterkeit marktzugangsbehindernd und im Falle ihrer Kostenrelevanz auch transnational wettbewerbsverzerrend für die betroffenen Unternehmen sein können, liegt es in der Kompetenz der Union, Maßnahmen zur **Angleichung** diesbezüglicher mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben (Art. 114 AEUV). Systemstimmig sind daher Angleichungsmaßnahmen von Regeln gegen unlauteren Wettbewerb, sofern sie von einem der drei Tatbestände (dazu im Einzelnen *Müller-Graff* in *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1 § 9) der binnenmarktfördernden Harmonisierungszuständigkeit (Art. 114 AEUV) und den einschlägigen Kompetenzzuständigkeitsregeln (Art. 5 EUV, Art. 296 Abs. 2 AEUV) gedeckt sind. Unter diesen Voraussetzungen und in diesen Grenzen steht die Festlegung der Grenzlinie zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerbsverhalten im rechtspolitischen Entscheidungsspielraum des Unionsgesetzgebers, der indes gut beraten ist, hierbei der Rechtsprechung mit unbestimmten Rechtsbegriffen den in Unlauterkeitsfragen erforderlichen Manövrierraum für die Beurteilung stetig neu auftretender Verhaltensweisen der Wettbewerber zu gewährleisten. Von der binnenmarktfördernden Angleichungsermächtigung hat er bislang in mehreren Rechtsakten Gebrauch gemacht (insbesondere zur irreführenden und vergleichenden Werbung³¹⁵ und zu unlauteren Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern³¹⁶). Sie decken allerdings nur Teilbereiche des klassischen Bereichs unlauteren Wettbewerbs ab.³¹⁷

f) Die Gefährdung innovativen Wettbewerbs durch imitativen Wettbewerb

- 94 Inwieweit **innovativer Wettbewerb** durch unbeschränkten imitativen Wettbewerb nicht nur konzeptionsinhärent gefördert wird, sondern auch gefährdet werden kann und besonderen Schutzes durch zeitlich begrenzte **Ausschließlichkeitsrechte** (insbesondere durch Patente) bedarf, ist das Dauerthema der **Patenttheorien**.³¹⁸ Ob Patentschutz langfristig ein Wettbewerbssystem sichert oder ihm zuwider läuft, kann dahinstehen.³¹⁹ In jedem Fall

314 So wurde die Lauterkeit des Handelsverkehrs bereits in der Urformel der Rechtsprechung zu den zwingenden Allgemeininteressen als eine der vier besonders hervorgehobenen zwingenden Erfordernissen aufgeführt: EuGH 20.2.1979 – Rs. 120/78, Slg 1979, 649 Rn. 8 – Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein. Auf dieser Grundlage kam es zu zahlreichen Überprüfungen einzelstaatlicher Regelungen zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs; vgl. zu dieser Rechtsprechung *Weiler* § 12; speziell im Zusammenhang mit Einfuhrbehinderungen von Waren von der Groeben/Schwarze/Hatje/Müller-Graff Unionsrecht AEUV Art. 34 Rn. 209 ff. mwN.

315 Richtlinie 2006/114/EG, ABl. EG 2006 L 376/21; dazu im Einzelnen *Weiler* § 12.

316 Richtlinie 2005/29/EG, ABl. EG 2005 L 149/22; dazu im Einzelnen *Ofner/Nitsch* § 13.

317 Erfasst sind von der Geschäftspraktiken-Richtlinie im Schwerpunkt nur diejenigen des Kundenfangs.

318 Vgl. dazu beispielsweise *Machlup* GRUR Int 1961, 373 (377 ff.), 473 ff.; 524 ff.; *Strohm*, Wettbewerbsbeschränkungen in Patentlizenzverträgen nach amerikanischem und deutschem Recht; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 261 ff.

319 Vgl. dazu das berühmte Diktum von *Machlup*, S. 537: „Gäbe es bei uns keinen Patentschutz, so wäre es nach der gegenwärtigen Kenntnis seiner wirtschaftlichen Folgen unverantwortlich, die Annahme ei-

lässt sich Innovation als ein Schutzgut rubrizieren (→ Rn. 112), dessen konkrete rechtsinstrumentelle Absicherung gegen Imitation in einem System dezentraler Wirtschaftssteuerung der Rechtfertigung im Einzelnen bedarf. Das primäre Unionsrecht lässt explizit die Rechtfertigung der Beschränkung des freien Warenverkehrs aus Gründen des Schutzes „des gewerblichen und kommerziellen Eigentums“ grundsätzlich zu (Art. 36 AEUV) (vgl. im Einzelnen dazu *Kellerhals/Uebe* § 6; zum Patentrecht *Straus/Nack* § 18; zum Markenrecht *Bonk/Klopschinski* § 19; zum Geschmacksmusterrecht/Designrecht *Loschelder* § 20; zum Urheberrecht *Loschelder* § 21).³²⁰ Ebenso können wettbewerbsbeschränkende Abstimmlungen in Lizenzverträgen zwischen Unternehmen aus dem Grund der „Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ freigestellt werden (Art. 101 Abs. 3 AEUV). Darüber hinaus ermächtigt das Primärrecht die Union, „Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über den einheitlichen Schutz des geistigen Eigentums in der Union“ zu erlassen (Art. 118 Abs. 1 AEUV). Nach Auffassung des EuGH ist dies auch im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit im Sinne des Art. 20 EUV für ein Patent mit einheitlicher Schutzwirkung in den daran beteiligten Mitgliedstaaten möglich.³²¹

g) Die Durchsetzungsmittel systemsichernder Bestimmungen

Die das Wettbewerbssystem sichernden Normen bedürfen **effektiver Durchsetzungsmittel**. Diese stellt das Unionsrecht in unterschiedlicher Weise bereit. Sie finden sich allerdings nur vereinzelt im **Primärrecht**: so in der gemeinschaftsprivatrechtlichen Nichtigkeitsanordnung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Beschlüssen (Art. 101 Abs. 2 AEUV), wohingegen andere privatrechtliche Sanktionsmittel der Art. 101, 102 AEUV sich erst in Verbindung mit dem jeweils anwendbaren mitgliedstaatlichen Recht ergeben,³²² das jedoch unter der Zielpflicht der Bestimmungen der Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der EU steht.³²³ Aus dem unionsprimärrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip (Art. 4 Abs. 3 EUV) begründbar ist allerdings die grundsätzliche Schadensersatzverpflichtung von Unternehmen, die gegen Art. 101, 102 AEUV verstoßen (vgl. im Einzelnen zur privatrechtlichen Durchsetzung des binnenmarktlichen Kartellrechts *Becker/Bulst/Weitbrecht* § 10).³²⁴ Das deutsche Recht hält hierfür ausdrücklich als Anspruchsgrundlage § 33 a Abs. 1 GWB bereit. Administrative Durchsetzungsnormen des Unionsrechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind im **Sekundärrecht** bereitgestellt, so namentlich in der VO 1/2003 für die Art. 101, 102 AEUV (dazu im Einzelnen *Schweitzer* § 8, und *Schuhmacher* § 9) und in der VO 139/2004 für die Zusammenschlusskontrolle (dazu im Einzelnen *Fuchs* § 11). Die Durchsetzung des (Sekundär-)Rechts gegen wettbewerbliche Unlauterkeit

95

-
- nes Patentgesetzes zu empfehlen. Da wir aber seit langer Zeit ein Patentgesetz haben, wäre es nach unserem gegenwärtigen Erkenntnisstand ebenso unverantwortlich, seine Abschaffung zu empfehlen.“.
- 320 Zur Rechtsprechung zu Art. 36 AEUV im Einzelnen von der Groeben/Schwarze/Hatje/Müller-Graff Unionsrecht AEUV Art. 36 Rn. 98, 108 ff.
- 321 EuGH 16.4.2013 – C-274/11, ECLI:EU:C:2013:240 – Italien und Spanien/Rat – mit allerdings sehr formalen, das Problem der Qualifizierung der Kompetenz – ausschließlich/nicht ausschließlich – nicht ausschöpfenden Ausführungen in Tz. 17–25.
- 322 Dazu rechtsvergleichend *Müller-Graff/Lübke*, Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law, General Report, in Gyula Bándi/Péter Darák/Petra Lea Láncoş/Tihamér Tóth (Hrsg.), Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law, 2016, 43 ff.
- 323 ABl.EU 2014 L 349/1; dazu zB *Müller-Graff ZHR* 179 (2015) 691 ff.; *Becker/Bulst/Weitbrecht* in diesem Band, § 10; *Oster* EuR 2019, 578 ff.; zur Umsetzung im deutschen Recht *Kersting/Podszun*, Die 9. GWB-Novelle, 2017; *Geibel* in FS Müller-Graff, S. 558 ff.; zum Verhältnis zur behördlichen Durchsetzung *Bien*, ebd., S. 575 ff.
- 324 Vgl. EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg 2001, I-6297 – Courage/Crehan; EuGH 13.7.2006 – C-295/04, Slg 2006, I-6619 – Manfredi; EuGH 5.6.2014 – C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – Kone.

obliegt nach den unionsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz (Art. 4 Abs. 3 EUV) den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, die gegebenenfalls ihrerseits sekundäre unionsrechtliche Vorgaben zum Zivilverfahrensrecht zu beachten haben (vgl. zu diesen Vorgaben im Einzelnen *Leible/Terhechte* (Hrsg.) *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3) und *Gebauer/Teichmann* (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht* (EnzEuR Bd. 6)).

2. Spezifische Wettbewerbsregeln für die öffentliche Hand

- 96 Die Systemgarantie bedarf auch wirtschaftsordnungsrechtlicher Vorkehrungen gegenüber systemwidrigen oder systemverzerrenden Maßnahmen der öffentlichen Hand. Insofern bestehen sowohl seitens der Mitgliedstaaten als auch seitens der Union typische Gefährdungslagen.

a) Systemsicherung gegenüber den einzelstaatlichen öffentlichen Händen

- 97 Eine Systemgefährdung oder Systemverzerrung durch die einzelstaatlichen öffentlichen Hände (**Mitgliedstaaten**) ist insbesondere allfällig durch die Gewährung wettbewerbsverfälschender Beihilfen (→ Rn. 98), durch die protektive Vergabe öffentlicher Aufträge (→ Rn. 103), durch die wettbewerbliche Bevorzugung öffentlicher oder öffentlich privilegierter Unternehmen (→ Rn. 104) und durch sonstige, den grenzüberschreitenden Wettbewerb beeinträchtigende Maßnahmen zu gewärtigen (→ Rn. 105).

aa) Systemsicherung gegen wettbewerbsverfälschende mitgliedstaatliche Beihilfen

- 98 Eine besonders herausragende Gefährdung oder Verzerrung des wirtschaftsordnungsrechtlich angestrebten Systems der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft in der Europäischen Union durch mitgliedstaatliche Maßnahmen stellen **Beihilfen** dar, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Branchen (Selektivitätserfordernis³²⁵) den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und dadurch den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen. Folgerichtig im Interesse der Systemsicherung erklärt Art. 107 Abs. 1 AEUV daher derartige „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“ für unvereinbar mit dem Binnenmarkt (dazu im Einzelnen *Koenig/Hellstern* § 14). Damit wird sinnfällig die gesamte Variationsbreite von haushaltsbelastenden³²⁶ **Leistungssubventionen**³²⁷ (offen begünstigende Maßnahmen³²⁸ ebenso wie verdeckt begünstigende Ausgestaltungen der öffentlichen Nachfrage im Beschaffungswesen,³²⁹ der öffentlichen Angebote³³⁰ oder des unternehmerischen Engagements der öffentlichen Hand bis hin zur unternehmensrettenden Verstaatlichung³³¹) und **Verschonungssubventionen** (Belastungsverminderungen, namentlich Steuervergünstigungen³³² (dazu im Einzelnen *Hellstern* § 14) erfasst. Maßstab ist die (über die Möglichkeiten des öffentlichen Budgets instrumentierte) **marktrelevante Günstigkeit** einer Maßnahme für bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige,³³³ der sich bei Engagements der öffentlichen Hand zum privaten Investor-Test entwickelt hat (vgl. dazu *Koenig/Hellstern* § 14).

325 Zum Abgrenzungsproblem zB jüngst *Schön* ZHR 193 (2019), 393 ff.

326 Zu diesem Systemerfordernis *Müller-Graff* ZHR 152 (1988), 403 (423 f.).

327 *Müller-Graff* ZHR 152 (1988), 403 ff.

328 *Müller-Graff* ZHR 152 (1988), 418 f.

329 *Müller-Graff* ZHR 152 (1988), 419 f.; *Bungenberg* § 16.

330 Bei marktrelevanter Günstigkeit des Angebots; vgl. *Müller-Graff* ZHR 152 (1988), 420.

331 In Fällen, in denen ein privater Investor von einem derartigen Engagement Abstand genommen hätte; vgl. *Müller-Graff* ZHR 152 (1988), 420 ff.

332 S. auch von der *Groeben/Schwarze/Hatje/Kliemann* Unionsrecht AEUV Art. 107 Rn. 7.

333 Vgl. zur konzeptionellen Wurzel *Müller-Graff* ZHR 152 (1988), 417 ff.

Allerdings ermöglicht das Primärrecht unter bestimmten Voraussetzungen die **Freistellung** 99 mitgliedstaatlicher Beihilfen von der Unvereinbarkeitsregel, die im Einklang mit Unionszielen stehen und/oder einem bestimmten spezifischen mitgliedstaatlichen Erfordernis dienen (Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV).

So spiegelt sich in der Möglichkeit der Genehmigung von „Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich 100 niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht“ (Art. 107 Abs. 3 lit. a AEUV) und von „Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser ... Wirtschaftsgebiete“ (Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV) das Unionsziel der Stärkung ihres wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts (Art. 174 Abs. 1 AEUV; Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV). Die Vereinbarkeit von „Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher“ korrespondiert zum Ziel der sozialen Qualifikation der Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV). Die Freistellbarkeit von „Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes (Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV) reflektiert das Ziel einer Beitragsleistung „zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt“ (Art. 167 Abs. 1 AEUV). Und die mögliche Kompatibilität von „Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse“ (Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV) lässt sich verbinden mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit im Sinne gegenseitiger Achtung und Unterstützung bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV).

Eine zweite Gruppe der Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Beihilfen mit dem Binnenmarkt 101 umfasst diejenigen, die einem spezifischen mitgliedstaatlichen Erfordernis dienen: so „Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind“ (Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV) und „Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland (Art. 107 Abs. 2 lit. c AEUV) sowie „Beihilfen ... zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats“ (Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV) (zu diesen für die Bewältigung der Finanz- und Wirtschaftskrise seit 2007 relevanten Ausnahmebestimmungen siehe im Detail *Repasi* → § 27 Rn. 115 ff. zu Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV, → Rn. 119 ff. zu Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV, → Rn. 125 ff. zu Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV). Eine spezifische sektorale Kompatibilität gilt für „Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen“ (Art. 93 AEUV im Rahmen des Anwendungsbereichs gemäß Art. 100 AEUV).³³⁴

Die **Durchsetzung der Beihilfevorschriften** obliegt grundsätzlich der **Kommission** (Art. 108 102 AEUV) (dazu im Einzelnen *Soltész* § 15). Allerdings hat das **Stillhaltegebot** des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV **unmittelbare Wirkung**.³³⁵ Daher sind **mitgliedstaatliche Gerichte** (insbesondere Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit) in bei ihnen anhängigen Verfahren gebunden, einem betroffenen Wettbewerber Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zuzusprechen.³³⁶ beispielsweise im deutschen Zivilrecht nach §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB iVm Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV.

334 Dazu Streinz/Schäfer/Kramer EUV/AEUV AEUV Art. 93.

335 EuGH – Rs. 102/73, Slg 1973, 1471 Tz. 8– Lorenz; st. Rspr. s. auch BGH EuZW 2011, 440 Rn. 17; Streinz/Kühling EUV/AEUV Art. 108 Rn. 58.

336 Vgl. zu dieser Bindung EuGH 21.11.2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 – Lufthansa/Flughafen Frankfurt-Hahn; dazu zB *Herrmann* in FS Müller-Graff, S. 616 ff.

bb) Systemsicherung gegen Wettbewerbsverfälschungen durch öffentliche Auftragsvergabe

- 103 Ein spezifisches Potenzial für Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Binnenmarkt enthält das mitgliedstaatliche **öffentliche Auftragswesen** in Gestalt der Versuchung, bei der Vergabe inländische, insbesondere auch lokale oder regionale Unternehmen unter Hintanstellung günstigerer Angebote anderer Wettbewerber zu bevorzugen, ohne dass legitimierende Sekundärzwecke vorliegen. Zur Bewältigung dieser Probleme beinhaltet das Unionsrecht **primärrechtliche** Ansatzpunkte (dazu im Einzelnen *Bungenberg* § 16),³³⁷ namentlich im Recht der Grundfreiheiten und des Beihilfenaufsichtsrechts, und vor allem detaillierte Regeln im **Sekundärrecht** (dazu im Einzelnen *Hoffmann/Kling* § 17; zum Vergaberecht in Wirtschaftskrisen *Repasi* → § 27 Rn. 81 ff., 189 ff.).

cc) Systemsicherung gegen die wettbewerbliche Begünstigung öffentlicher oder öffentlich privilegierter Unternehmen

- 104 Eine weitere mitgliedstaatliche Gefährdung oder Verfälschung des Systems einer wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft, das auf die Selbststeuerung der laufenden wettbewerblichen Kontrolle der Rentierlichkeit der Angebote der Marktakteure setzt, ist die wettbewerbliche Begünstigung **öffentlicher oder öffentlich privilegierter Unternehmen**.³³⁸ Wirtschaftsordnungsrechtlich folgerichtig verpflichtet daher das Primärrecht die Mitgliedstaaten, „in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 widersprechende Maßnahmen (zu) treffen oder bei(zu)behalten.“ Von besonderer Bedeutung ist hierbei insbesondere, dass daher auch eine haushaltsbelastende wettbewerbsverfälschende Finanzierung öffentlicher Unternehmen mit dem Beihilfenaufsichtsrecht im Binnenmarkt grundsätzlich unvereinbar ist (dazu *Hellstern*, § 14). Im Einklang mit der angestrebten sozialen Qualifikation der Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV) (→ Rn. 49 ff.) steht die Schutzgutausnahme (→ Rn. 108) für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Für sie gelten zwar grundsätzlich die Vertragsvorschriften, insbesondere die Wettbewerbsregeln, jedoch versehen mit der Einschränkung, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“ (Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV).³³⁹

dd) Systemsicherung gegen sonstige binnenmarktbeeinträchtigende Wettbewerbsbeeinträchtigungen

- 105 Wirtschaftsordnungsrechtlich folgerichtig enthält das Primärrecht auch Elemente der Systemsicherung gegenüber **mitgliedstaatlichen Maßnahmen**, die nicht schon als Beihilfen, als bevorzugende öffentliche Auftragsvergabe oder als Begünstigung öffentlicher oder öffentlich privilegierter Unternehmen ausgestaltet sind, sondern **auf sonstige Weise** den grenzüberschreitenden **Wettbewerb beeinträchtigen** wie beispielsweise die Verpflichtung Dritter zur Abnahme bestimmter Waren³⁴⁰ oder zur Zahlung bestimmter Mindest- oder Höchstpreise.³⁴¹ Soweit sie den transnationalen Freiverkehr zu behindern geeignet sind, stehen sie bereits auf dem Prüfstand der den grenzüberschreitenden Wettbewerb ermöglichenden

337 Speziell zur Frage von Sekundärzwecken im Primärrecht *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, S. 197 ff.

338 *Müller-Graff/Zebetner*, Öffentliche und privilegierte Unternehmen.

339 *Jung*, Die Europäisierung des Gemeinwohls am Beispiel des Art. 106 Abs. 2 AEUV, 2018.

340 Vgl. zB den Sachverhalt in EuGH 13.3.2001 – Rs. 323/82, Slg 2001, I-2099 – PreussenElektra.

341 Zu diesen Sachverhalten im Rahmen der Überprüfung staatlicher Preisregelungen unter dem Gesichtspunkt der Warenverkehrsfreiheit vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje/Müller-Graff Unionsrecht AEUV Art. 34 Rn. 139 ff.

Marktzugangs-Grundfreiheiten.³⁴² Eine spezifisch sektorale Primärrechtsregelung gilt im Verkehrsbereich innerhalb der Union, in dem „die von einem Mitgliedstaat auferlegten Frachten und Beförderungsbedingungen verboten (sind), die in irgendeiner Weise der Unterstützung oder dem Schutz eines oder mehrerer bestimmter Unternehmen oder Industrien dienen, es sei denn, dass die Kommission die Genehmigung hierzu erteilt“ (Art. 96 Abs. 1 AEUV im Rahmen des Anwendungsbereichs gemäß Art. 100 AEUV und in den Grenzen des Art. 98 AEUV).³⁴³

b) Systemsicherung gegen Maßnahmen der unionalen öffentlichen Hand

Gegenüber systemgefährdenden oder systemverzerrenden Maßnahmen der unionalen öffentlichen Hand (**Unionsbeihilfen**) kennt das Primärrecht keine vergleichbar spezifisch ausgeprägten Regelungen zur Beihilfenvergabe wie gegenüber staatlichen Beihilfen (und auch keine zur Begünstigung öffentlicher oder öffentlich privilegierter Unternehmen, die allerdings bislang auch nicht aktuell erscheint). Allerdings sind auch die Einrichtungen der Union wegen des Unionsziels der Errichtung eines Binnenmarktes (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 AEUV, Art. 26 Abs. 2 EUV) an die Beachtung der Grundfreiheiten zu binden³⁴⁴ sowie in Verbindung mit dem Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb auch an die Beachtung der abstrahierbaren Voraussetzungen und Wertungsmuster eines in den positiven Normen konkretisierten Systems, das den Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen schützt (legitimierendes Rechtsgut, Eignung, Erforderlichkeit, Gemeinwohlgewinn, ggfs. temporale Begrenzung). Gerichtlicher Rechtsschutz gegen eine Verletzung dieser Systemverpflichtung durch wettbewerbsverfälschende Beihilfen der Union und gegenüber der unionalen Genehmigung wettbewerbsverfälschender mitgliedstaatlicher Beihilfen ist insbesondere aktivierbar über die Nichtigkeitsklage von **Konkurrenten** (Art. 263 Abs. 4 AEUV).³⁴⁵ Für die sogenannte **Industriepolitik** im Sinne des Art. 174 AEUV legt dessen Abs. 3 UAbs. 2 wirtschaftsordnungsrechtlich sinnfällig ausdrücklich fest, dass „(d)ieser Titel ... keine Grundlage dafür (bietet), dass die Union irgendeine Maßnahme einführt, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte.“

106

3. Systemfördernde präventive Ermöglichung des Marktzugangs in Netzindustrien

Die primärrechtlichen Wettbewerbsregeln für Unternehmen gebieten die Abstandnahme von bestimmten Verhaltensweisen. Eine Sicherung ihrer Einhaltung erfolgt aber anders als bei der Kompatibilitätskontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen mit dem Binnenmarkt nur im Nachhinein (*ex post*). In den **Netzindustrien** besteht wegen der massenhaften Nutzung ihrer Leistungen indes ein besonderes Bedürfnis zur präventiven Verhinde-

107

342 So zu Abnahmepflichten EuGH 13.3.2001 – Rs. 323/82, Slg 2001, I-2099 – PreussenElektra; zu den Preisregelungen vgl. die differenzierte Rspr. zu unterschiedslos, also diskriminierungsfrei, anwendbaren Preisvorschriften im Licht der Warenverkehrsfreiheit zB EuGH 26.2.1976 – Rs. 65/75, Slg 1976, 291, 308 – Tasca; EuGH 31.5.2001 – Rs. 88–90/75, Slg 1976, 323 – SADAM; EuGH 10.1.1985 – Rs. 229/83, Slg 1985, 1 – Leclerc; EuGH 30.4.2009 – C-531/07, Slg 2009, I-3717 Rn. 22 – Fachverband für Buch- und Medienwirtschaft.

343 Vgl. dazu Streinz/Schäfer/Kramer EUV/AEUV Art. 96 Rn. 1 ff.

344 Folgerichtig daher die Rspr. zu dieser Frage: zB schon EuGH 13.12.1983 – Rs. 218/82, Slg 1983, 4063 – Kommission/Rat; EuGH 29.2.1984 – Rs. 37/83, Slg 1984, 1229 – Rewe; st. Rspr.; aus jüngerer Zeit zB EuGH 14.12.2004 – C-434/02, Slg 2004, I-11825 Rn. 57 – Arnold André; EuGH 14.12.2004 – C-201/03, Slg 2004, I-11893 Rn. 59 – Swedish Match; EuGH 12.7.2005 – C-154/04 und C-155/04, Slg 2005, I-6451 Rn. 47 – Alliance for Natural Health; EuGH 12.7.2012 – C-59/11, Rn. 80 – Kokopelli.

345 So mit Erfolg gegenüber der Genehmigung einer wettbewerbsverfälschenden staatlichen Beihilfe unter dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung der Begründungspflicht des Art. 190 EWGV (heute: Art. 296 Abs. 2 AEUV): EuG 25.6.1998 – Rs. 371/94 und T-394/94, Slg 1998, II-2405 Rn. 84 ff., 120, 238 ff., 280, 454 – Air France.

zung von Behinderungs- und Ausbeutungsmissbräuchen beim Netzzugang (grundsätzlicher Netzzugang, Entgeltregelung für Netznutzung) (zur binnenmarktrechtlichen Seite *Kühling* § 22).³⁴⁶ So definiert § 1 des deutschen TKG als Zweck des Gesetzes ua, „durch technologieneutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“ und ermächtigt hierfür die Bundesnetzagentur ua dazu, Gleichbehandlungsverpflichtungen beim Netzzugang (§ 19 TKG) und Netzzugangspflichten (§ 21 TKG) auszusprechen. Diesem regulatorischen Bedürfnis trägt das Primärrecht der Union nicht selbst Rechnung, ermöglicht es ihr aber, über die **Angleichung** entsprechender (vorhandener oder noch nicht geschaffener) mitgliedstaatlicher Regelungen zur Förderung des Binnenmarktes (Art. 114 AEUV) sekundärrechtlich Konditionen der Aufsicht zur präventiven Ermöglichung des Marktzugangs festzulegen.³⁴⁷

III. Schutzgutsicherungen im Wirtschaftsordnungsrecht der Union

- 108 Die **Schutzgutsicherung** im Getriebe der Handlungsabläufe in der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft ist im Europäischen Wirtschaftsordnungsrecht in komplexer Weise auf **mehrere Rechtsordnungen** verteilt und deren **Zusammenspiel** anvertraut: auf das Unionsrecht (→ Rn. 109) und auf die unionsrechtlich umhегten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (→ Rn. 121).

1. Schutzgutsicherungen durch Unionsrecht

- 109 Die Schutzgutsicherung durch **Unionsrecht** ist weder konzeptionell kohärent (von der abstrakten Qualifizierung der normativ angestrebten Marktwirtschaft als „soziale Marktwirtschaft“ in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV abgesehen³⁴⁸) noch systematisch kompakt geregelt, aber breitflächig präsent. Ihr dienen zum einen verstreute unmittelbar anwendbare punktuelle Bestimmungen des Primär- und Sekundärrechts (→ Rn. 110) und zum anderen primärrechtliche Ermächtigungen der Union zu sekundärrechtlicher Schutzgutsicherung (→ Rn. 113).

a) Unmittelbar anwendbares unionales Schutzgutsicherungsrecht (Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ua)

- 110 Unmittelbar anwendbares Schutzgutsicherungsrecht findet sich im Primärrecht nur vereinzelt. Als prominenteste und breitflächigste Bestimmung kann insoweit die konditionierte Dispensvorschrift von unmittelbar anwendbarem Unionsrecht (namentlich: Grundfreiheiten, Wettbewerbsregeln für Unternehmen) des Art. 106 Abs. 2 AEUV zugunsten von Unternehmen gelten, die mit **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)** betraut sind oder die den Charakter eines Finanzmonopols haben.³⁴⁹ Der Stellenwert der DAWI innerhalb der gemeinsamen Werte der Union wird von Art. 14 AEUV hervorgehoben und der Zugang zu ihnen von Art. 36 GRC thematisiert. Allerdings kann die

346 Dazu zB *Picot* (Hrsg.), 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland: Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung; *Henseler-Unger* WD 2010 Sonderheft, 13 ff.

347 So zB die auf Art. 114 AEUV gestützte Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl.EU 2018 L 321/36.

348 Dazu *Müller-Graff* in FS Scheuing, S. 600 ff.

349 Art. 106 Abs. 2 AEUV ist bei Bezug auf unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Bestimmungen gleichermaßen unmittelbar anwendbar; so iVm den Grundfreiheiten EuGH 10.12.1991 – C-179/90, Slg 1991, I-5889 – Genova; iVm unmittelbar anwendbaren Wettbewerbsregeln EuGH 30.4.1974 – Rs. 155/73, Slg 1974, 409 – Sacchi.

Freistellung vom Verbot der wettbewerbsbeschränkenden Verhaltenskoordinierung von Unternehmen ebenso wie diejenige nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zur Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung und der Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts³⁵⁰ nur erfolgen, wenn Unternehmen von sich aus tätig werden und gegen Regeln der Freiheits- oder Systemgarantie verstoßen würden.

Zur unmittelbar anwendbaren primärrechtlichen Schutzgutsicherung lässt sich auch das Gebot der Gleichbehandlung der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich der Verträge durch das grundsätzliche Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zählen (Art. 18 Abs. 1 AEUV). Dieses verpflichtet allerdings primär die Mitgliedstaaten und die Organe der EU, wohingegen die Bindung von Privatpersonen und damit dessen Relevanz in Markttransaktionen umstritten,³⁵¹ aber für drittbindende Vereinbarungen zu bejahen ist.³⁵² Sachgegenständlich punktuell sind vereinzelte Bestimmungen zur Sicherung des Schutzgutes der Gleichbehandlung: so der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit (Art. 157 Abs. 1 AEUV)³⁵³ und das sektorspezifische Diskriminierungsverbot für Verkehrsunternehmer, „in denselben Verkehrsverbindungen für die gleichen Güter je nach ihrem Herkunfts- oder Bestimmungsland unterschiedliche Frachten und Beförderungsbedingungen (anzuwenden)“ (Art. 95 Abs. 1 AEUV) (im Einzelnen *Schweitzer* § 8).³⁵⁴

Vergleichsweise ausgefalteter erfolgt die unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Schutzgutsicherung im **Sekundärrecht**, soweit sich der Unionsgesetzgeber des Instruments der Verordnung bedient (Art. 288 Abs. 2 AEUV): so namentlich zugunsten der durch den Lisabonner Vertrag nunmehr auf die Grundlage der spezifischen Rechtsgrundlage des Art. 118 AEUV gestellten (und möglicherweise zugleich der Systemsicherung dienenden; → Rn. 94) Sicherung des einheitlichen Schutzes der Rechte des geistigen Eigentums in der Union und in diesem Rahmen des Schutzes des innovativen Wettbewerbs vor dem imitativen Wettbewerb (Gemeinschaftsmarke,³⁵⁵ Gemeinschaftsgeschmacksmuster,³⁵⁶ Projekt des Unionspatents³⁵⁷); zugunsten des Gesellschafter- und Gläubigerschutzes bei der Ausgestaltung europäischer Gesellschaftsformen (Europäische wirtschaftliche Interessenvereini-

350 Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Freistellungsvoraussetzungen vgl. VO 1/2003/EG; im Einzelnen dazu *Schweitzer* § 8.

351 Zu diesem Streit um die „unmittelbare Drittwirkung“ des Art. 18 AEUV Streinz/*Streinz* EUV/AEUV AEUV Art. 18 Rn. 44 mwN. Davon zu trennen ist der Fragenkreis der horizontalen Direktwirkung der Marktzugangs-Grundfreiheiten, der auf der spezifischen Grundlage dieser Bestimmungen und des Binnenmarktkonzepts zu lösen ist; dazu *Müller-Graff* EuR 2014, 3 ff. mwN

352 So von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Rust* Unionsrecht AEUV Art. 18 Rn. 44; Schwarze/*Holoubek* EU-Kommentar AEUV Art. 18 Rn. 44; Calliess/Ruffert/*Epiney* EUV/AEUV AEUV Art. 18 Rn. 40.

353 Zur unmittelbaren Wirkung der Gleichheit in der Bezahlung von Männern und Frauen auch in Privatrechtsverhältnissen grundlegend EuGH 8.4.1976 – C-43/75, Slg 1976, 455 – Defrenne II; ferner: EuGH 27.6.1990 – C-33/89, Slg 1990, I-2591 – Kowalska; EuGH 7.2.1991 – C-184/89, Slg 1991, I-297 – Nimz.

354 Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Freistellungsvoraussetzungen VO 1/2003/EG.

355 VO Nr. 40/94/EG, ABl. EG 1993 L 11/1; dazu *Bonk/Klopschinski* § 19; *Eisenführ/Schennen*, Gemeinschaftsmarkenverordnung; *Bender*, Europäisches Markenrecht. Das Gemeinschaftsmarkensystem.

356 VO Nr. 2/2002/EG, ABl. EG 2002 L 3/1; dazu *Loschelder* § 20; *Ruhl*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

357 VO Nr. 1257/2012/EU, ABl. EU 2012 L 36/1; dazu *Straus/Nack* § 18.

gung,³⁵⁸ SE,³⁵⁹ SCE³⁶⁰); teilweise zugunsten des Umweltschutzes;³⁶¹ oder zugunsten der Schutzgutkonkretisierung in den Freistellungsvoraussetzungen vom Kartellverbot durch Gruppenfreistellungsverordnungen (→ Rn. 83). Zur ausnahmsweise unmittelbar anwendbaren sekundärrechtlichen Schutzgutsicherung im Verhältnis der Marktakteure untereinander kann es bei einer Richtlinienbestimmung (Art. 288 Abs. 3 AEUV) nach der Rechtsprechung des EuGH zwar nicht zwischen Privaten kommen;³⁶² wohl ist dies aber in Fortentwicklung des Ansatzes des *Marshall*-Urteils³⁶³ unter den besonderen Voraussetzungen der ausnahmsweisen unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen gegenüber öffentlichen Marktakteuren³⁶⁴ angezeigt. Dies kann insbesondere hinreichend bestimmte und unbedingte Regeln zur Gleichbehandlung sowie zum Arbeitnehmer- oder Verbraucherschutz betreffen, die von einem Mitgliedstaat nicht fristgemäß richtlinien-treu umgesetzt wurden. Von diesen Fällen abgesehen kann eine horizontale „Wirkung“ von Schutzbestimmungen in Richtlinien zwischen Marktakteuren nach der Rechtsprechung des EuGH nur unter den Voraussetzungen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts³⁶⁵ eintreten.

b) Primärrechtliche Ermächtigungen zur sekundärrechtlichen Schutzgutsicherung

- 113 Im Vergleich zum begrenzten Kreis unmittelbar anwendbarer primärrechtlicher Schutzgutsicherung enthält das Primärrecht eine reiche Palette von **Zuständigkeiten** der Unionsorgane zur sekundärrechtlichen Schutzgutsicherung. Ihre gestaltende Ausübung unterliegt dem Rechtsstaatsprinzip der Union (Art. 2 EUV),³⁶⁶ mithin den je nach Kompetenz spezifisch zugeschnittenen inhaltlichen und prozeduralen Regeln (namentlich den Kompetenzausübungsregeln des Art. 5 EUV und des Protokolls Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, den Verfahrensregeln der Rechtsetzung der Art. 289, 290, 293 ff. AEUV und der Begründungspflicht des Art. 296 Abs. 2 AEUV). Sie ist überdies an die Beachtung der Grundrechte-Charta gebunden (Art. 51 GRCh). Die Handlungsbefugnisse und Sicherungsaufgaben treten in unterschiedlicher Gestalt auf: als schutzspezifische Rechtsetzungskompetenzen (→ Rn. 114), als implizite Rechtsetzungskompetenzen zur Schutzgutsicherung im Rahmen der Binnenmarktförderung (→ Rn. 116) und als Kohärenz- oder Querschnittsaufträge (→ Rn. 118).

358 VO Nr. 2137/85/EWG, ABl. EG 1985 L 199/1; dazu zB *Teichmann*, S. 270 ff.; *Habersack/Veil*, S. 357 ff.; *Grundmann*, S. 657 ff.; s. auch *Selbherr/Manz*, Kommentar zur Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV).

359 VO Nr. 2157/2001/EG, ABl. EU 2001 L 294/1; dazu umfassend *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg.), SE-Kommentar; s. auch *Teichmann*, S. 246 ff.; *Grundmann*, S. 614 ff.

360 VO Nr. 1435/2003/EG, ABl. EG 2003 L 207/1; dazu *Teichmann*, S. 258 ff.

361 Vgl. zum Sekundärrecht umfassend *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, S. 519 ff., 657 ff.; insgesamt überwiegen hier die Richtlinien, doch findet auch die Verordnung Verwendung, so zB bei Öko-Audit (S. 622 ff.); Artenschutz (S. 659 f.); Abfallverbringung (S. 891 ff.); Chemikalien (REACH, S. 908 ff.); Gentechnik (S. 987 ff.).

362 EuGH 14.7.1994 – C-91/92, Slg 1994, I-3325 Rn. 25 – *Faccini Dori*.

363 EuGH 26.2.1986 – Rs. 152/84, Slg 1986, 723 – *Marshall*.

364 EuGH 26.2.1986 – Rs. 152/84, Slg 1986, 723 Rn. 49 – *Marshall*; s. auch GA *Sharpston* Schlussanträge 29.5.2018 – verb. Rs. C-569/16 – *Stadt Wuppertal/Bauer* – und C-570/16, ECLI:EU:C:2018:337 Tz. 49 – *Willmeroth/Broßonn*.

365 Grundlegend EuGH 10.4.1984 – Rs. 14/83, Slg 1984, 1891 Rn. 28 – *Von Colson und Kamann*; zweifelhafte Klassifizierung im Verhältnis zur unmittelbaren horizontalen Direktwirkung demgegenüber EuGH 13.11.1990 – C-106/89, Slg 1990, I-4135 – *Marleasing*. Die richtlinienkonforme Auslegung einer privatrechtlichen Bestimmung „geht immer auch zulasten einer am konkreten verfahrensbeteiligten Partei“ (*Roth/Jopen* in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 36 (S. 280)).

366 Zum Rechtsstaatsprinzip iSd Art. 2 EUV vgl. *Dausen/Ludwigs/Müller-Graff* HdBEUWiR A I Rn. 106; *ders.* in *Classen/Heiss/Suproñ-Heidel*, S. 1, 6 ff.

aa) Spezifische Rechtsetzungskompetenzen zur Schutzgutsicherung

Das Primärrecht weist eine Reihe von **Schutzgütern** aus, deren **Sicherung dem Unionsgesetzgeber** unter den jeweiligen Voraussetzungen einer **spezifischen Ermächtigungsnorm** zugänglich ist (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung: Art. 5 Abs. 2 EUV). In ausschließlicher Zuständigkeit der Union steht hierbei die Erhaltung der biologischen Meeresressourcen im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik (Art. 3 Abs. 1 lit. d AEUV iVm Art. 2 Abs. 1, 43 AEUV). In geteilter Zuständigkeit der Union (Art. 2 Abs. 2, 3 Abs. 2 AEUV) siedeln unter den teils sehr detaillierten Voraussetzungen und Programmvorgaben sowie in den Grenzen der jeweiligen spezifischen Ermächtigungsnorm namentlich Bereiche des **Arbeitnehmer- und Sozialschutzes** (Art. 153 AEUV), der **Umweltschutz** (Art. 192 AEUV),³⁶⁷ der **Verbraucherschutz** (Art. 169 AEUV)³⁶⁸ sowie spezielle Teilfragen im Bereich des **öffentlichen Gesundheitsschutzes** (Art. 168 Abs. 4 AEUV),³⁶⁹ soweit Einzelfragen dieser Bereiche nicht bereits implizit von den binnenmarktfördernden Angleichungsermächtigungen erfasst werden (Art. 114, 115 AEUV; → Rn. 116). Demgegenüber fallen in den Bereich der bloßen **Unterstützungszuständigkeiten** der Union unter **Ausschluss der Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten** (Art. 2 Abs. 5, 6 AEUV): der allgemeine Schutz und die allgemeine Verbesserung der menschlichen Gesundheit (Art. 168 Abs. 1–3, 5–7 AEUV); die Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt unter gleichzeitiger Hervorhebung des gemeinsamen kulturellen Erbes sowie die Erhaltung und der Schutz des kulturellen Erbes von europäischer Bedeutung (Art. 167 AEUV); und der Katastrophenschutz (Art. 196 AEUV).

Im Einzelnen finden sich für die einzuschlagende Schutzgutpolitik der Union primärrechtlich teils ausführliche **Richtungs- und Programmvorgaben**. So wird beispielsweise der Umweltpolitik der Union von Art. 191 Abs. 1 AEUV vorgegeben, zur Verfolgung von vier Zielen beizutragen: Erhaltung und Schutz der Umwelt sowie Verbesserung ihrer Qualität; Schutz der menschlichen Gesundheit; umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen; Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler oder globaler Umweltprobleme und insbesondere zur Bekämpfung des Klimawandels.³⁷⁰ Art. 191 Abs. 2 AEUV postuliert als allgemeine Ausrichtung für die Umweltpolitik der Union, dass diese unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen der Union auf ein hohes Schutzniveau abzielt und auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz der Bekämpfung von Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung sowie auf dem Verursacherprinzip beruht.

367 Dazu namentlich *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl. 2019; *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, 2011; *Rengeling* (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Umweltrecht, 3 Bände, 2003; *Jans/von der Heide*, Europäisches Umweltrecht, 2003; *Scheuing*, Regulierung und Marktfreiheit im Europäischen Umweltrecht, EuR 2001, 1 ff.; *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993.

368 Dazu namentlich *Cristofaro/Zaccaria* (Hrsg.), Commentario breve al Diritto dei consumatori, 2. Aufl., 2013; *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl., 2003; *Schmidt-Kessel* in FS Müller-Graff, S. 163 ff.

369 Dazu namentlich *Frenz/Götzkes*, Europäische Gesundheitspolitik nach Lissabon, MedR 2010, 613 ff.; *Kment*, Die europäische Gesundheitspolitik und ihre Funktion als Querschnittsaufgabe, EuR 2007, S. 275; *Sander*, Europäischer Gesundheitsschutz als primärrechtliche Aufgabe und grundrechtliche Gewährleistung, ZEuS 2005, 253 ff.; *Berg*, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU. Entwicklung, Kompetenzen, Perspektiven, 1997.

370 Dazu *Scheuing* EuR 1989, 152 ff.; *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht; *Schröder* in Rengeling, S. 199 f.; *Breier* in Rengeling, S. 414 ff.; *Meßerschmidt*, S. 61 ff., 76 ff.; *Müller-Graff/Pachel/Scheuing* (Hrsg.), Die Europäische Gemeinschaft in der internationalen Umweltpolitik.

bb) Implizite Rechtsetzungskompetenzen zur Schutzgutsicherung im Rahmen der Binnenmarktförderung

- 116 Ungeachtet der spezifischen Legislativkompetenzen zur Schutzgutsicherung erweisen sich für das Europäische Wirtschaftsordnungsrecht die **impliziten Rechtsetzungskompetenzen** der Union zur **Schutzgutsicherung im Rahmen der Binnenmarktförderung** in der Praxis von herausragender Bedeutung. Zwar zielen diese Kompetenzen auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes³⁷¹ im Sinne der Effektuierung der transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten im Allgemeinen (Art. 114, 115 AEUV) oder für bestimmte Grundfreiheiten (zB Art. 50, 52 Abs. 2, 53, 62 AEUV). Sie stehen daher primärrechtssystematisch und konzeptionell nicht für eine Förderung von Schutzgütern ohne marktintegratives Primärziel zur Verfügung.³⁷² Indes beinhaltet das Ziel, Handelshemmnisse aus unterschiedlichen einzelstaatlichen Regeln zur Sicherung eines bestimmten Schutzgutes zu beseitigen, die implizite Aufgabe der Union, einen einheitlichen Schutzstandard (ggf. Mindestschutz) festzulegen. Dies gilt beispielsweise für den Schutz der menschlichen Gesundheit gegen bestimmte Zusatzstoffe in Lebensmitteln, für den Schutz des Verbrauchers gegen irreführende Praktiken und vertragswidrige Leistungen³⁷³ oder für den Schutz der Luft gegen bestimmte Verschmutzungsgefahren, wenn die Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Schutzregeln aktuell oder potenziell handelsbehindernd wirkt. Dies kann in Form einer Marktzugangsbeschränkung auftreten oder als spürbare kostenrelevante Wettbewerbsverzerrung oder als Entmutigung von Marktakteuren, transnationale Transaktionen vorzunehmen. Ist hier seitens der Union zur Förderung des Binnenmarktes ein einheitlicher Standard zu setzen, so umfasst er sachnotwendig die **Verantwortung um diese Schutzgutpolitik**. Darin liegt jeweils eine marktintegrativ angetriebene Erweiterung der Integration (im Sinne europäischen politischen Zusammenwirkens in andere Politikbereiche („Überschwappeneffekt“), die sich als integrationspolitische „List“ des Konzepts der Marktintegration erweist. Die binnenmarktfördernde Rechtsangleichung wird dadurch zugleich unausweichlich zu einer **substanziellen Schutzgutsicherungspolitik**.
- 117 Diese implizite Ebene der binnenmarktförderlichen Angleichung lässt rechtspositiv auch der Auftrag des **Art. 114 Abs. 3 AEUV** erkennen. Er gibt der Kommission explizit auf, in ihren Vorschlägen „in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem **hohen Schutzniveau** (auszugehen)“, und er bindet zugleich die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren letztlich entscheidungsberufenen Legislativorgane (Europäisches Parlament und Rat), im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse dieses Ziel ebenfalls „anzustreben“. Durch den Konnex zwischen der Handelsbehinderung aus unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Schutzgutregeln und der binnenmarktfördernden Rechtsangleichungszuständigkeit findet sich der Unionsgesetzgeber in der kompetenziellen Rolle, potenziell in denjenigen Schutzgutbereichen Standards zur Überwindung von Einschränkungen der Marktzugangs-Grundfreiheiten setzen zu können, die in den sogenannten Schutzgutklauseln als Rechtfertigungsgründe für transnationale Freiverkehrsbeschränkungen aufgeführt sind. Dies betrifft beispielsweise insbesondere die in Art. 36 AEUV aufgeführten Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums. Es gilt gleichermaßen für die von der Rechtsprechung des EuGH anerkannten zwingenden Allgemeininteressen, die

371 Ausdrücklich EuGH 5.10.2000 – C-376/98, Slg 2000, I-8416 Rn. 84 f. – Deutschland/Europäisches Parlament und Rat (Tabakwerbeverbot).

372 So EuGH 5.10.2000 – C-376/98, Slg 2000, I-8416 Rn. 84 – Deutschland/Europäisches Parlament und Rat (Tabakwerbeverbot).

373 ZB Richtlinie (EU) 2019/771, ABl.EU 2019 L 136/28.

im Rahmen der *Cassis/Gebhard*-Rechtsprechung³⁷⁴ mittlerweile breit gefächert sind.³⁷⁵ Allerdings darf die Angleichungspolitik nur in den **Grenzen** der einschlägigen Kompetenz-ausübungsregeln (Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV) und des Gebots der Achtung der nationalen Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) erfolgen.

cc) Kohärenz- und Querschnittsaufträge zur Schutzgutsicherung

Neben den spezifischen und impliziten Rechtsetzungskompetenzen hält das Primärrecht 118 zur Sicherung von Schutzgütern Kohärenz- und Querschnittsaufträge bereit.

Überwölbend ist die Union gebunden, auf die „Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren 119 Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen (zu achten) und ... dabei unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ihren Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung (zu tragen)“ (Art. 7 AEUV).³⁷⁶ Diese Anordnung sollte allerdings integrations-konzeptionell und rechtspolitisch nicht als eine absolute Gleichrangigkeit aller in Art. 3 EUV und den ausführenden Einzelnormen aufgeführten (zahlreichen) Ziele verstanden werden. Vielmehr ist der von Art. 3 EUV vorgegebenen Gliederung in Leitzieltrias, operative Hauptziele und akzessorische Ziele Rechnung zu tragen.³⁷⁷ Gleichwohl beinhaltet der **Kohärenzauftrag** mit seinem Postulat der Vermeidung widersprüchlicher Einzelpolitiken³⁷⁸ die Beachtung spezieller unionaler Schutzgutsicherungspolitikern auch in anderen Politik-bereichen.

Dieses Anliegen der Berücksichtigung in allen oder bestimmten anderen Politikfeldern 120 wird für einige Schutzgutsicherungen in Gestalt sogenannter **Querschnittsklauseln** primär-rechtlich mit unterschiedlicher Formulierung besonders akzentuiert, so namentlich: für die Erfordernisse „im Zusammenhang ... mit der Gewährleistung eines angemessenen sozia-len Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Ni-veau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes (Art. 9 AEUV: „trägt ... Rechnung“); für die Erfordernisse des Umweltschutzes (Art. 11 AEUV: „müssen ... einbezogen werden“); für die Erfordernisse des Verbraucherschutzes (Art. 12 AEUV: „wird ... Rechnung getragen“); für die Erfordernisse des Tierschutzes (Art. 13: „tragen ... den Erfordernissen des Wohlergehens der Tiere als fühlende Wesen in vollem Umfang Rechnung“); für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interes-se (Art. 14: „tragen ... Sorge“); für die Gleichstellung von Männern und Frauen (Art. 8: „wirkt ... darauf hin“); für die Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen des Ge-schlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (Art. 10: „zielt ... darauf ab“); für die „kulturellen Aspekte, ... insbesondere zur Wahrung und Förderung der Viel-falt ihrer Kulturen“ (Art. 167 Abs. 4 AEUV: „trägt ... Rechnung“); für ein hohes Gesund-heitsniveau (Art. 168 AEUV: „wird ... sichergestellt“); für die Gewährleistung der „not-wendigen Voraussetzungen für die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Union“ (Art. 173 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV: „trägt ... bei“).

374 Hierfür grundlegend EuGH 20.2.1979 – Rs.120/78, Slg 1979, 649 – Rewe-Zentral AG/Bundesmono-polverwaltung für Branntwein; s. auch EuGH 30.11.1995 – C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 Rn. 37 – Gebhard; EuGH 12.12.1996 – C-3/95, ECLI:EU:C:1996:487 Rn. 28 – Reisebüro Broede.

375 Vgl. zur Systemlogik dieser Entwicklung *Müller-Graff* EuR Beiheft 1/2002, 7 (51 f.); zum breiten Spektrum der mittlerweile anerkannten zwingenden Allgemeininteressen vgl. die jeweils einschlägigen Kommentierungen zu Art. 34, 45, 49, 56, 63 AEUV.

376 Pechstein/Nowak/Haede/R. *Schroeder* EUV AEUV Art. 7 Rn. 4 ff.; zur Maßnahmekohärenz bereits *Pechstein* EuR 1995, 257 (254).

377 Zur Leitzieltrias und zu den vier operativen Hauptzielen *Dausen/Ludwigs/Müller-Graff* HdBEUWiR A I Rn. 90ff., 114 ff.

378 Zu diesem Kohärenzbegriff in der Politik der Union vgl. *Müller-Graff* *Integration* 1993, 147 (150).

2. Schutzgutsicherung durch die unionsrechtlich umhiegten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

- 121 Die Schutzgutsicherung im wettbewerbsverfassten Binnenmarkt ist im Wirtschaftsordnungsrecht der Europäischen Union zugleich und überwiegend zuallererst **Aufgabe der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen**, mithin eine multipolare Angelegenheit. Diese ist im Interesse des einheitlichen transnationalen Wirtschaftsraums allerdings teils unionsrechtlich determiniert (→ Rn. 122), teils steht sie unter unionsrechtlicher Kompatibilitätskontrolle (→ Rn. 123).

a) Unionsrechtlich determinierte mitgliedstaatliche Schutzgutsicherung

- 122 Teile der Schutzgutsicherung durch **mitgliedstaatliches Recht** sind im Gefolge der einschlägigen Rechtsetzungskompetenzen der Union **unionsrechtlich determiniert** (→ Rn. 113). Hierbei handelt es sich um dasjenige nationale Recht, das in Erfüllung der Zielverwirklichungspflicht des Art. 288 Abs. 3 AEUV Angleichungsrichtlinien der Union (so beispielsweise zum Verbraucher- und Umweltschutz) vorgabengetreu **umsetzt**.³⁷⁹ Infolge dieser Pflicht unterliegt dieses aus unionsrechtlicher Sicht einem inhaltlichen **Beibehaltungsgebot**, solange nicht eine unionsrechtliche Änderung erfolgt. In seiner Auslegung unterfällt es im Rahmen seiner Auslegungsfähigkeit dem Gebot der **richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts**.³⁸⁰

b) Mitgliedstaatliche Schutzgutsicherung unter unionsrechtlicher Kompatibilitätskontrolle

- 123 Soweit die Schutzgutsicherung im Binnenmarkt weder primärrechtlich festgelegt ist noch in der ausschließlichen Zuständigkeit der Union liegt noch für das mitgliedstaatliche Recht durch eine Richtlinie verpflichtend vorgezeichnet ist, bleibt ihre Identifikation und Ausgestaltung **Sache jedes einzelnen Mitgliedstaates**. Als in diesem Sinne „multipolare“ Angelegenheit kann sie daher von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich ausfallen und regionalen, klimatischen oder kulturellen Eigenheiten eines Landes maßgenau Rechnung tragen.³⁸¹ Allerdings hat mitgliedstaatliche Schutzgutpolitik insbesondere die Grundfreiheiten des transnationalen Marktzugangs zu beachten. Zeitigt sie freiverkehrsbeschränkende Auswirkungen, unterliegt sie der unionsrechtlichen Kontrolle ihrer Kompatibilität mit den Grundnormen der freien transnationalen Koordination freier Präferenzentscheidungen (→ Rn. 74). Mit diesen ist sie nur vereinbar, wenn sie entweder aus einem der vertraglich positiv anerkannten Schutzgründe gerechtfertigt ist (beispielsweise aus Art. 36 AEUV im Falle von Behinderungen des freien Warenverkehrs) oder wenn sie wegen eines zwingenden Allgemeininteresses im Sinne der *Cassis/Gebhard/Reisebüro Brode*-Rechtsprechung hinzunehmen ist.³⁸² Dadurch kann es gegebenenfalls zum judikativen

379 Diese Pflicht trifft die mitgliedstaatlichen Hoheitsträger in ihrem jeweils innerstaatlich bestimmten Zuständigkeitsbereich und daher auch die mitgliedstaatlichen Gerichte in Form des unionsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts.

380 Grundlegend dazu EuGH 10.4.1984 – Rs. 14/83, Slg 1094, 1891 Rn. 28 – von Colson und Kamann; st. Rspr.; zur systemrationalen dogmatischen Einordnung vgl. *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung; *Roth/Joppen* in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 (262 ff.). Dies kann, falls der Gesetzgeber mit der Umsetzung einer Richtlinie eine richtlinienkonforme Regelung herbeiführen wollte, sich im Verständnis der Richtlinie aber irrt, auch die Überwindung des Wortlauts der Umsetzungsnorm rechtfertigen (str.). Vgl. derart BGH NJW 2009, 47 = BGHZ 179, 27 (B I 3 b aa, Rn. 22, 25 f.) mit einer Wortlautüberwindung (§ 439 Abs. 4 BGB aF) durch die Gedanken einer „verdeckten Regelungslücke“ und einer „teleologischen Reduktion“; ebenso BGHZ 192, 148 Rn. 31, 34 f.; dazu zB *Roth/Joppen* aaO § 13 Rn. 57 f. (S. 291 ff.).

381 Zu diesem Thema im EWR-Recht *Müller-Graff* in Baudenbacher/Tresselt/Örlygsson, S. 55 ff.

382 Die Rspr. oszilliert hier dogmatisch und/oder terminologisch zwischen einer immanenten Tatbestandsbeschränkung (so der Sache nach EuGH 13.3.2001 – C-379/98, Slg 2001, I-2099 Rn. 72 ff. – Preus-

Abschliff der Anwendbarkeit derjenigen Schutznormen mit Eignung zur transnationalen Freiverkehrsbeeinträchtigung kommen, die entweder ungeeignet zur Verwirklichung des angestrebten Schutzziels³⁸³ oder inkohärent zur nationalen Schutzgutpolitik³⁸⁴ oder nicht erforderlich zur Erreichung des Schutzziels³⁸⁵ oder unverhältnismäßig zum Grad der Behinderung des transnationalen Freiverkehrs sind.³⁸⁶

IV. Die Ergebnissicherungen im Wirtschaftsordnungsrecht der Union

Die Gewährleistung bestimmter wirtschaftlicher Ergebnisse (Ergebnisgarantie) ist einer Wirtschaftsordnung der freien Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angeboten und Nachfragen grundsätzlich konzeptionsfremd, weil sie den autopoietischen Wirtschaftsabläufen heteronom als Ziel vorgegeben wird. Sie ist auf dieser Grundlage als Ausnahme nur insoweit sinnfälliger, als sie der Bewältigung elementarer wirtschaftlicher Krisensituationen (Naturkatastrophen, kriegsbedingte Mangellagen) dient oder außerhalb derartiger Notlagen die Erfüllung elementarer Versorgungsbedürfnisse sicherstellt. Letztere sind sektoral definierbar (→ Rn. 125) und unterscheiden sich kategorial von den nicht sektorspezifischen Maßnahmen der (regelmäßig indikativen oder indirekten) Globalsteuerung und der Infrastrukturpolitik (→ Rn. 130). 124

1. Sektorale Ergebnissteuerung: Landwirtschaft, Fischerei, Energie, Verkehr, Telekommunikation

Sektorale *Ergebnissteuerung* ist nur ein Teil des *sektoralen Wirtschaftsrechts* der Union (vgl. dazu *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5)), dessen Spannweite die verschiedenen allgemeinen Elemente des Wirtschaftsordnungsrechts (→ Rn. 12 ff., 28 ff.) in jeweils bereichsspezifischer Mischung konkretisiert und dadurch tätigkeitsbezogene Rechtsbereiche bildet: so beispielsweise das *Agrarrecht* (vgl. dazu im Einzelnen *Härtel* in *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5) § 7), das *Lebensmittelrecht* (vgl. dazu im Einzelnen *Gundel* in *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5) § 8), das *Arzneimittelrecht* (vgl. dazu im Einzelnen *Janda* in *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5) § 9), das *Handwerksrecht* (vgl. dazu im Einzelnen *Ruthig* in *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5) § 3), das *Recht der freien Berufe* (vgl. dazu im Einzelnen *Storr* in *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5) § 2), das *Energierecht* (vgl. dazu im Einzelnen *Ludwigs* in 125

senElektra. im Hinblick auf das zwingende Erfordernis des Umweltschutzes) und einer Rechtfertigungsprüfung.

383 So zB ein Mindestalkoholerfordernis für Fruchtsaftliköre zum Zweck des Gesundheitsschutzes EuGH 20.2.1979 – Rs. 120/78, Slg 1979, 649 Rn. 11 – Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

384 So zB die inkohärente Bekämpfung der Spielsucht durch ein Sportwettenmonopol der öffentlichen Hand, das zugleich um Wettbeteiligung wirbt: EuGH 8.9.2010 – C-409/06, DÖV 2010, 939 – Winner Wetten/Stadt Bergheim.

385 So zB ein Vermarktungsverbot für Biere, die nicht nach dem (seinerzeitigen) gesetzlichen Reinheitsgebot für Bier gebraut waren, im Vergleich zu einem weniger einschränkenden Etikettierungsgebot: EuGH 12.3.1987 – Rs. 178/84, Slg 1987, 1227 Rn. 35 – Kommission/Deutschland.

386 So zB ein Genehmigungsverfahren, das wegen seiner Ausgestaltung geeignet ist, die betroffenen Marktteilnehmer von der Verfolgung ihres Vorhabens abzuhalten: EuGH 22.1.2002 – Rs. 390/99, Slg 2002, I-607 ff. Rn. 35 – Canal Satélite Digital. Zweifelhafte ist auch, ob im Falle eines Vertriebsverbots für meinungstragende Zeitungen, die Werbung für ein nicht verbotenes, aber gesundheitsgefährdendes Genussmittel enthalten, das auch Zeitungen aus anderen Mitgliedstaaten trifft, der dadurch erwartbare (vermutlich sehr geringe oder gar nicht eintretende) Grad des Gesundheitsschutzes gegenüber der von der Warenverkehrsfreiheit geförderten Pressevielfalt (Art. 11 GRC) noch verhältnismäßig ist.

Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) § 5), das **Transportrecht** (vgl. dazu im Einzelnen *Knauff* in Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) § 6), das **Telekommunikationsrecht** vgl. dazu im Einzelnen *Kühling* in Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) § 4), das **Finanzmarktregulierungsrecht** (vgl. dazu im Einzelnen *Ohler* in Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) § 10) und das **Versicherungsrecht** (vgl. dazu im Einzelnen *Looschelders/Michael* in Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) § 11).

- 126 Speziell Elemente sektoraler **Ergebnissteuerung** finden sich im **primären** Wirtschaftsordnungsrecht der Union **nur vereinzelt**: Sie sind namentlich in den Bereichen der **Landwirtschaft** und **Fischerei** (Art. 38 ff. AEUV)³⁸⁷ und der **Energie** (Art. 194 AEUV)³⁸⁸ identifizierbar sowie ganz punktuell für eine Einzelfrage im **Verkehrsbereich** (Art. 97 AEUV: Abgaben- oder Gebührenhöhe, die ein Verkehrsunternehmer neben den Frachten beim Grenzübergang in Rechnung stellt) (zur Preisregulierung in anderen Bereichen als Thema von Sekundärrecht vgl. zB *Kühling* in Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) → Bd. 5 § 4 Rn. 93 ff., 111 ff.; *Ludwigs* in Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) → Bd. 5 § 5 Rn. 178 ff., 182 ff.). Die Sinnfälligkeit von Ergebnissteuerung im Einzelnen ist steter Gegenstand der wirtschaftstheoretischen und wirtschaftspolitischen Diskussion.³⁸⁹ Allerdings wird sich eine allgemeine hoheitliche Verantwortung für die Sicherung ausreichender Nahrungsmittelversorgung nicht leugnen lassen. Und dies gilt ähnlich auch für die hinreichende Energieversorgung. Inwieweit dies auch für neue Bedürfnisse, beispielsweise die Sicherung der „Qualität“ der Datenübermittlung im elektronischen Verkehr angezeigt ist, ist eine jeweils sektorspezifische ordnungspolitische Frage.

a) Landwirtschaft und Fischerei

- 127 Am stärksten ausgeprägt ist die sektorale Ergebnissicherung im Binnenmarkt für die **Landwirtschaft**, die **Fischerei** und den **Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen**, die auf der Grundlage einer gemeinsamen Agrar- und Fischereipolitik erfolgt (Art. 38 AEUV).³⁹⁰ Bemerkenswert ist deren in Art. 39 Abs. 1 AEUV niedergelegtes ergebnisorientiertes Zielfünfeck, das neben der Steigerung der Produktivität der Landwirtschaft durch Förderung des technischen Fortschritts, Rationalisierung der landwirtschaftlichen Erzeugung und den bestmöglichen Einsatz der Produktionsfaktoren, insbesondere der Arbeitskräfte (lit. a), auch das Ziel umfasst, „auf diese Weise der landwirtschaftlichen Bevölkerung, insbesondere durch Erhöhung des Pro-Kopf-Einkommens der in der Landwirtschaft tätigen Personen eine angemessene Lebenshaltung zu gewährleisten“ (lit. b) sowie „die Märkte zu stabilisieren“ (lit. c), „die Versorgung sicherzustellen“ (lit. d) und „für die Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen Sorge zu tragen“ (lit. e). Grundsätzlich wird die Erreichung dieser Ziele gerade von einer wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft erwartet, doch spricht aus den primärrechtlichen Vorgaben die nicht unverständliche Sorge, dass ohne öffentliche Sorgetragung eine kontinuierlich hinreichende unionsinterne Versorgung zu angemessenen Preisen nicht lückenlos gewährleistet sei. Aus dieser Orientierung wurden landwirtschaftliche Marktordnungen geschaffen, die einerseits die Produktionssteuerung und Preisbildung durch die Selbststeuerung von Angeboten und

387 *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 35 f. (Rn. 66).

388 *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 36 (Rn. 67).

389 Vgl. insbesondere zur Landwirtschaft schon *Priebel/Schepet/von Urff*, Agrarpolitik in der EG. Probleme und Perspektiven, Baden-Baden 1984; s. auch *Ruffert* in ders. (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5) → § 1 Rn. 51.

390 *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 35 f. (Rn. 66).

Nachfragen der Marktteilnehmer teilweise außer Kraft gesetzt haben, andererseits aber tendenziell eine Mangellage vermeiden.³⁹¹

b) Energie und Telekommunikation

Sektorale Steuerungsziele weist auch die vom Vertrag von Lissabon neu geschaffene Bestimmung zur **Energiepolitik** der Union auf. Das ihr primärrechtlich vorgegebene Zielviereck umfasst die „Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarktes“ (lit. a), die „Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union“ (lit. b), die „Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen“ sowie die „Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen“ (lit. c) und die „Förderung der Interkonnektion der Energienetze“ (lit. d). Eine teilweise sekundärrechtlich über die Maßnahmenkompetenz des Art. 194 Abs. 2 AEUV³⁹² generierte teilweise Außerkraftsetzung der Produktionssteuerung und Preisbildung über die freie Koordination von Angeboten und Nachfragen der Marktteilnehmer wie in der Landwirtschaft und Fischerei ist damit für den Energiemarkt nicht notwendig vorgezeichnet, andererseits aber auch insbesondere wegen der Offenheit des Begriffs des „Funktionierens des Energiemarktes“³⁹³ für heteronome Funktionsvorgaben nicht ausgeschlossen. Für **spaltbare Stoffe** gilt für die Mitgliedstaaten der mit der Union institutionell verbundenen EAG das außerhalb des Unionsrechts angesiedelte Versorgungsverfahren der Art. 52 ff. EAGV (vgl. dazu im Einzelnen *Grunwald* in Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1) § 24).

Die **Telekommunikation** ist demgegenüber ausdrücklicher Gegenstand des Primärrechts nur im Rahmen der Verpflichtung des Beitrags der Union zum Aufbau und Ausbau trans-europäischer Netze (Art. 170 AEUV). Allerdings kann die Union über die binnenmarktfördernde Rechtsangleichungsbefugnis (Art. 114 AEUV) auf eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regulierungsregeln einwirken, die, wie beispielsweise das deutsche TKG, auch den – ergebnissichernden – Zweck haben, „flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“ (§ 1 TKG) und zu diesem Zweck die Bundesnetzagentur ua dazu ermächtigt, Gleichbehandlungsverpflichtungen beim Netzzugang anzuordnen (§ 19 TKG).

2. Exkurs: Globalsteuerung und Infrastrukturpolitik

Von der Ergebnissteuerung kategorial **abzugrenzen** sind die **indikative Globalsteuerung** und die **Infrastrukturpolitik** in einem Wirtschaftsraum. Beide zielen idealtypisch nicht auf die hoheitlich regulative Sicherung vorweg entweder sachgegenständlich definierter Güterproduktion oder Einkommen oder auf die Begünstigung einzelner Unternehmen oder Wirtschaftszweige, sondern auf die Steuerung gesamtwirtschaftlicher Globalgrößen oder die infrastrukturelle Förderung der Wirtschaftstätigkeit. Diese Unterscheidung schließt nicht aus, dass gegebenenfalls eine Einzelmaßnahme sich nur schwierig zuordnen und insbesondere von einer Beihilfe abgrenzen lässt³⁹⁴ oder einen Doppelcharakter aufweisen kann.

391 Zum ursprünglichen Grundmuster des Systems der Marktordnungen vgl. *Happle* in Clauder, S. 272 ff.

392 Dazu *Kahl* EuR 2009, 601 ff.

393 Der Versuch einer Definition eines „funktionierenden“ Energiemarktes wird zB vermieden in der Kommentierung von Streinz/*Bings* EUV/AEUV Art. 194 Rn. 19 ff.

394 Zu diesem Problem bereits *Seidel* in Börner/Neundörfer, S. 74ff., 81; *Müller-Graff* ZHR 152 (1988), 429.

a) Globalsteuerung einschließlich Preisstabilität (Währungsunion)

- 131 Im Wirtschaftsordnungsrecht der Union zählen zum Bereich der **Globalsteuerung** die in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 AEUV aufgeführten Ziele des ausgewogenen Wirtschaftswachstums, der Preisstabilität und der Vollbeschäftigung. Sie erinnern an das Zielvieck des (in seiner ökonomischen Begründbarkeit angezweifelte³⁹⁵) gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts im Sinne des deutschen Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes (StabWG). Der Union kommt hierbei nach derzeitiger (zum Recht der Europäischen Wirtschaftsunion *Hufeld* § 24)³⁹⁶ Primärrechtslage für die Union als Ganzes (im Unterschied zum Eurosystem im Sinne des Art. 282 Abs. 1 S. 2 AEUV unter dem Gesichtspunkt der Preisstabilität) im Wesentlichen nur eine koordinierend-assistierende Funktion zu, da die allgemeine Wirtschaftspolitik ebenso wie die Beschäftigungspolitik in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten liegt (Art. 5 Abs. 1 und 2, 121, 145 AEUV). Zusätzlich besteht das Rahmenziel des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV, Art. 174 ff. AEUV; auch: Kohäsionsziel), das zugleich eine infrastrukturelle Komponente aufweist.
- 132 Eine besondere Rolle für ein dezentrales Koordinierungssystem der wirtschaftlichen Handlungsabläufe kommt dem globalen Aggregatziel der **Preisstabilität** zu. Es ist darauf gerichtet, den Marktakteuren Planungssicherheit und monetären Wertbestand zu gewährleisten. Es figuriert daher ausdrücklich als allgemeines operatives Ziel der Union im Rahmen des Binnenmarktes (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV) und für das Europäische System der Zentralbanken (ESZB). Art. 127 AEUV weist als dessen „vorrangiges Ziel“ aus, „die Preisstabilität zu gewährleisten.“ Im Eurosystem sind die Fragen nach dessen Inhalt (Preisstabilität?), Umfang (Erhalt des Währungsgebiets?), Verhältnis zur Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union (ohne Beeinträchtigung des Primärziels?) und Mitteln (Anleihenkaufpolitik der EZB³⁹⁷) Hauptthemen der Europäischen Währungsunion (vgl. dazu im Einzelnen *Manger-Nestler* § 25; *Hufeld* § 24; *Repasi* → § 27 Rn. 33 ff.; zu den ökonomischen Gesichtspunkten der Funktion der Währungsunion für den Binnenmarkt vgl. zB *Ruffert* in ders. (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5) → Bd. 5 § 1 Rn. 19.). Hierbei ist die Unabhängigkeit der EZB von Weisungen anderer Stellen der Union, der Mitgliedstaaten oder anderer Stellen durch Art. 130 AEUV normativ gewährleistet. Dem Eurosystem, das sich aus der EZB und den nationalen Zentralbanken der Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, zusammensetzt, ist die Aufgabe zugewiesen, die Währungspolitik der Union zu betreiben (Art. 282 Abs. 1 S. 2 AEUV).

b) Infrastrukturpolitik

- 133 Spezifisch **infrastrukturell** zur Förderung des Binnenmarktes und des Kohäsionsziels ausgerichtet ist die Aufgabe und geteilte Zuständigkeit der Union, „zum **Aufbau- und Ausbautranseuropäischer Netze** in den Bereichen der Verkehrs-, Telekommunikations- und

395 S. → Rn. 23.

396 Die Reform dieser Rechtslage ist seit dem Ausbruch der Haushaltskrisen Gegenstand rechtspolitischer Diskussion. Vgl. zB *Fabbrini*, *Economic Governance in Europe*, 2016. Zur rechtlichen Neujustierung der Wirtschafts- und Währungsunion *Müller-Graff* ZHR 176 (2012), 2 ff.; Speziell zum Einsatz von sondervertraglichen Kooperationen der EU Mitgliedstaaten in der Staatsschuldenkrise einzelner Mitgliedstaaten *Rathke*, *Sondervertragliche Kooperationen*, 2019, S. 115 ff. (Fiskalvertrag), 223 ff. (EFSF), 289 ff. (ESMV); zur neuen Finanzarchitektur im Euroraum *Hufeld* in FS Müller-Graff, S. 726 ff.; *Seidel*, ebd., S. 735 ff.; zur unkonventionellen Geldpolitik *Belke*, ebd., S. 750 ff.

397 Vgl. dazu EuGH 16.6.2015 – C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 – Gauweiler ua; EuGH 11.12.2018 – C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss ua; dazu *Müller-Graff* EuZW 2019, 172 f.; *Sikora* EWS 2019, 139 ff.; *Karpenstein* EuZW 2019, 894 ff.; *Dietz* EuZW 2019, 925 ff.; *Gentzsch* EuR 2019, 279 ff.; *Dornacher* EuR 2019, 546 ff.

Energieinfrastruktur“ beizutragen (Art. 170 Abs. 1 AEUV) und „im Rahmen eines Systems offener und wettbewerbsorientierter Märkte auf die Förderung des Verbunds und der Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze sowie des Zugangs zu diesen Netzen“ abzu zielen (Art. 170 Abs. 2 AEUV).³⁹⁸ Dies beinhaltet durchaus zielbezogene sektorale Interventionen im Grenzbereich zur Ergebnissicherung, richtet sich aber allein mit der Förderung der Vernetzungskapazität nicht auch auf die Sicherung bestimmter tatsächlicher, vorweg bindend festgelegter Nutzungszugänge oder Dienstleistungsentgelte. Sie bleiben der Selbststeuerung der Marktakteure überlassen. Zur Infrastrukturpolitik lassen sich auch die Energiepolitik, namentlich soweit es um die **Interkonnektion der Energienetze** geht (Art. 194 AEUV), und die **Kohäsionspolitik** rechnen, soweit die Politik der Union zur Stärkung ihres speziell wirtschaftlichen Zusammenhalts (Art. 178 AEUV) die infrastrukturelle Verbesserung der regionalen Wettbewerbsfähigkeit anstrebt.³⁹⁹ Potenziell im Zwischenreich von Infrastrukturpolitik und Sektoralförderung (und insoweit wirtschaftsordnungsrechtlich konfliktanfällig) siedeln die Aufgaben zur „Gewährleistung“ der „notwendigen Voraussetzungen für die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Union“ (**Industriepolitik**, Art. 173 Abs. 1 AEUV).⁴⁰⁰ Dies gilt auch für die „Förderung“ der Entwicklung der „Wettbewerbsfähigkeit ... ihrer Industrie“ (scil.: der Union) durch die Schaffung eines europäischen Raums der Forschung im Rahmen der Tätigkeit der Union auf den Gebieten der **Forschung, technologischen Entwicklung und Raumfahrt** (Art. 179 Abs. 1 AEUV): sie umfasst auch die Förderung von „Zusammenarbeitsbestrebungen“ von Unternehmen und Hochschulen (Art. 179 Abs. 2 AEUV), die aber ihrerseits den Anforderungen des Beihilfenaufsichtsrechts im wettbewerbsverfassten Binnenmarkt genügen muss (Art. 107 AEUV).⁴⁰¹

Verzeichnis wichtiger Entscheidungen

134

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	12.11.1969	Rs. 29/69	Slg 1969, 419	Stauder/Ulm	NJW 1970, 1016
EuGH	28.6.1971	Rs. 78/70	Slg 1971, 487	Deutsche Grammophon/Metro	NJW 1971, 1533
EuGH	21.2.1973	Rs. 6/72	Slg 1973, 215	Europemballage	NJW 1973, 966
EuGH	30.4.1974	Rs. 155/73	Slg 1974, 409	Sacchi	NJW 1974, 1640
EuGH	11.7.1974	Rs. 8/74	Slg 1974, 837	Dassonville	NJW 1975, 515
EuGH	26.2.1976	Rs. 88/75	Slg 1976, 323	Sadam	NJW 1976, 1576
EuGH	8.4.1976	Rs. 43/75	Slg 1976, 455	Defrenne II	NJW 1976, 2068 = DVBl 1976, 487
EuGH	14.2.1978	Rs. 27/76	Slg 1978, 207	United Brands	NJW 1978, 2439
EuGH	13.2.1979	Rs. 85/76	Slg 1979, 463	Hoffmann-La Roche	NJW 1979, 2460
EuGH	20.2.1979	Rs. 120/78	Slg 1979, 649	Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein)	NJW 1979, 1766

398 Vgl. zum Konzept einer Infrastrukturpolitik der EU Streinz/Schröder EUV/AEUV AEUV Art. 170 Rn. 18 ff.

399 Ähnlich Behrens, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 37 (Rn. 69).

400 Behrens, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, S. 37 f. (Rn. 70).

401 Vgl. dazu den Unionsrahmens für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation in der EU, ABl.EU 2014 C 198/1 ff.

1 § 1 Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht: Das System

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	17.12.1981	Rs. 279/80	Slg 1981, 3305	Webb	NJW 1982, 1203
EuGH	10.4.1984	Rs. 14/83	Slg 1984, 1891	Von Colson und Kamann	NJW 1984, 2021 = ZIP 1984, 1386 = NZA 1984, 145
EuGH	10.1.1985	Rs. 229/83	Slg 1985, 1	Leclerc	NJW 1985, 1615 = ZUM 1985, 212
EuGH	26.2.1986	Rs. 152/84	Slg 1986, 723	Marshall	NJW 1986, 2178
EuGH	12.3.1987	Rs. 178/84	Slg 1987, 1227	Kommission/ Deutschland	NJW 1987, 1133 = GRUR 1987, 245 = DVBl 1987, 673
EuGH	17.11.1987	verb. Rs. 142/84 und 156/84	Slg 1987, 4487	BAT	RIW 1988, 730
EuGH	13.7.1989	Rs. 5/88	Slg 1989, 2609	Wachauf	AgrarR 1990, 118
EuGH	27.6.1990	C-33/89	Slg 1990, I-2591	Kowalska	EuZW 1990, 316 = NZA 1990, 771 = DB 1991, 100
EuGH	13.11.1990	C-106/89	Slg 1990, I-4135	Marleasing	DB 1991, 157
EuGH	7.2.1991	C-184/89	Slg 1991, I-297	Nimz	NJW 1991, 2207 = NZA 1991, 513 = DB 1991, 660
EuGH	18.6.1991	C-260/89	Slg 1991, I-2925	ERT	NJW 1992, 2621 = ZUM 1992, 418
EuGH	3.7.1991	C.-62/86	Slg 1991, I-3359	AKZO	NJW 1992, 677
EuGH	10.12.1991	C- 179/90	Slg 1991, I-5889	Genova	EuZW 1992, 248
EuGH	31.3.1993	C-19/92	Slg 1993, I-1663	Kraus	NJW 1994, 1465 = EuZW 1993, 322 = DVBl 1993, 1307
EuGH	24.3.1994	C-275/92	Slg 1994, I-1039	Schindler	NJW 1994, 2013 = ZIP 1994, 557 = EuZW 1994, 311
EuGH	14.7.1994	C-91/92	Slg 1994, I-3325	Faccini Dori	NJW 1994, 2473 = ZIP 1994, 1187 = NVwZ 1994, 1094
EuGH	5.10.1994	C-280/93	Slg 1994, I-4973	Bananenmarkt- ordnung	NJW 1995, 945 = NVwZ 1995, 575
EuGH	30.11.1995	C-55/94	Slg 1995, I-4165	Gebhard	NJW 1996, 579 = MDR 1996, 744 = DVBl 1996, 145
EuGH	28.3.1996	C-272/94	Slg 1996, I-1905	Guiot	EuZW 1996, 399

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	12.12.1996	C-3/95	Slg 1996, I-6511	Reisebüro Broede	BB 1997, 164 = AnwBl 1997, 114
EuGH	28.4.1998	C-120/95	Slg 1998, I-1831	Decker	NJW 1998, 1769 = ZIP 1998, 844 = EuZW 1998, 343
EuGH	28.4.1998	C-158/96	Slg 1998, I-1931	Kohll	NJW 1998, 1771 = ZIP 1998, 841 = EuZW 1998, 345
EuGH	21.10.1999	C-67/98	Slg 1999, I-7289	Zenatti	EuZW 2000, 151 = BB 2000, 55
EuGH	23.11.1999	C-369/96 und C-376/96	Slg 1999, I-8453	Arblade	NJW 2000, 1553 = ZIP 1999, 2168 = EuZW 2000, 88
EuGH	5.10.2000	C-376/98	Slg 2000, I-8419	Deutschland/ Europäisches Par- lament und Rat	NJW 2000, 3701 = ZIP 2000, 1848 = GRUR 2001, 67
EuGH	13.3.2001	C-379/98	Slg 2001, I-2099	PreussenElektra	NJW 2001, 3695 = ZIP 2001, 535 = EuZW 2001, 242
EuGH	15.3.2001	C-165/98	Slg 2001, I-2189	Mazzoleni	ZIP 2001, 581 = EuZW 2001, 315 = NZBau 2001, 491
EuGH	20.9.2001	C-453/99	Slg 2001, I-6297	Courage/Crehan	NJW 2002, 502 = GRUR 2002, 367 = EuZW 2001, 715
EuGH	25.10.2001	C-49/98 ua	Slg 2001, I-7831	Finalarte	NJW 2001, 3769 = EuZW 2001, 759 = NZBau 2002, 48
EuGH	22.1.2002	C-390/99	Slg 2002, I-607	Canal Satélite Di- gital	DVBl 2002, 459
EuGH	24.1.2002	C-164/99	Slg 2002, I-787	Portugaia	ZIP 2002, 273 = EuZW 2002, 245 = NZBau 2002, 147
EuGH	14.12.2004	C-434/02	Slg 2004, I-11825	Arnold André	EuZW 2005, 147 = DVBl 2005, 233 = BB 2005, 135
EuGH	14.4.2005	C-341/02	Slg 2005, I-2733	Kommission/ Deutschland	EuZW 2005, 402 = NZBau 2005, 333 = NZA 2005, 573
EuGH	12.7.2005	C-154/04 und C-155/04	Slg 2005, I-6451	Alliance for Natu- ral Health	EuZW 2005, 598
EuGH	19.1.2006	C-244/04	Slg 2006, I-885	Kommission/ Deutschland	NJW 2006, 1499 = ZIP 2006, 348 = EuZW 2006, 145
EuGH	13.7.2006	C-295/04	Slg 2006, I-6619	Manfredi	EuZW 2006, 529

1 § 1 Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht: Das System

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	23.10.2007	C-112/05	Slg 2007, I-8995	VW-Gesetz	NJW 2007, 3481 = ZIP 2007, 2068 = EuZW 2007, 697
EuGH	11.12.2007	C-438/05	Slg 2007, I-10779	Viking	EuZW 2008, 246 = NZA 2008, 124 = DVBl 2008, 400
EuGH	18.12.2007	C-341/05	Slg 2007, I-11767	Laval	EuZW 2008, 775 = NZBau 2008, 407 = NZA 2008, 159
EuGH	3.4.2008	C-346/06	Slg 2008, I-1989	Rüffert	NJW 2008, 3485 = ZIP 2008, 1288 = EuZW 2008, 306 = NZBau 2008, 332
EuGH	17.7.2008	C-389/05	Slg 2008, I-5337	Kommission/ Frankreich	
EuGH	5.3.2009	C-350/07	Slg 2009, I-1513	Kattner	NJW 2009, 1325 = EuZW 2009, 290 = DB 2009, 737
EuGH	30.4.2009	C-531/07	Slg 2009, I-3717	Fachverband für Buch- und Medi- enwirtschaft)	
EuGH	8.9.2009	C-42/07	Slg 2009, I-7633	Liga Portuguesa	NJW 2009, 3221 = EuZW 2009, 689 = NJ 2010, 202
EuGH	8.9.2010	C-409/06	Slg 2010, I-8015	Winner Wetten/ Stadt Bergheim	DÖV 2010, 939 = GRUR 2011, 175 = EuZW 2010, 760 = MMR 2010, 844
EuGH	12.7.2012	C-59/11	EU:C:2012: 447	Kokopelli	GRUR 2012, 898 = DÖV 2012, 775 = NVwZ 2012, 1167
EuGH	27.11.2012	C-370/12	EU:C:2012: 756	Pringle	NJW 2013, 29 = EuZW 2013, 100 = WM 2012, 2364
EuGH	26.2.2013	C-617/10	EU:C:2013: 105	Åkerberg Frans- son	NJW 2013, 1415 = EuZW 2013, 302 = NZA 2013, 498
EuGH	16.4.2013	C-274/11	EU:C:2013: 240	Spanien und Itali- en/Rat	NJW 2013, 2009 = GRUR 2013, 708 = EuZW 2013, 475
EuGH	21.11.2013	C-284/12	EU:C:2013: 755	Lufthansa/Flugha- fen Frankfurt- Hahn	BB 2014, 17 = EWS 2013, 466 = NJW 2013, 3771
EuGH	3.4.2014	C-559/12P	EU:C:2014: 217	Frankreich/ Kommission:	
EuGH	8.4.2014	C-293/12	EU:C:2014: 238	Digital Rights Ire- land ua.	

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	30.4.2014	C-390/12	EU:C:2014: 281	Pfleger ua.	
EuGH	5.6.2014	C-557/12	EU:C:2014: 1317	Kone	
EuGH	5.5.2015	C-146/13	EU:C:2015: 298	Spanien/Rat	
EuGH	16.6.2015	C-593/13	EU:C:2015: 399	Rina Services ua.	
EuGH	16.6.2015	C-62/14	EU:C:2015: 400	Gauweiler ua/ Deutscher Bundestag	
EuGH	16.7.2015	C-170/13	EU:C:2015: 477	Huawei	
EuGH	6.10.2015	C-362/14	EU:C:2015: 650	Schrems	
EuGH	6.10.2015	C-23/14	EU:C:2015: 651	Post Danmark	
EuGH	19.10.2016	C-148/15	EU:C:2016: 776	Parkinson	
EuGH	7.9.2017	C-248/16	EU:C:2017: 643	Austria Asphalt/ Bundeskartellamt	
EuGH	25.10.2017	C-106/16	EU:C:2017: 804	Polbud	
EuGH	6.3.2018	C-284/16	EU:C:2018: 158	Achmea	
EuGH	6.11.2018	C-570/16	EU:C:2018: 871	Willmeroth/ Broßonn	
EuGH	11.12.2018	C-493/17	EU:C:2018: 1000	Weiss ua.	
EuGH	13.12.2018	C-492/17	EU:C:2018: 1019	SWR/Rittinger u.a	
EuGH	28.3.2019	C-405/16P	EU:C:2019: 268	Deutschland/ Kommission: EEG	
EuGH	14.3.2019	C-724/17	EU:C:2019: 204	Vantaan kaupunki/ Skanska	
EuGH	8.6.2019	C-591/17	EU:C:2019: 504	Österreich/ Deutschland: Maut	
EuGH	24.6.2019	C-619/18	EU:C:2019: 531	Kommission/ Polen	
EuG	1.4.1993	Rs. T-65/89	Slg 1993, II-389	BPB	

1 § 1 Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht: Das System

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuG	25.6.1998	Rs. T-371/94 und T-394/94	Slg 1998, II-2405	Air France	
EuG	28.4.1999	Rs. T-221/95	Slg 1999, II-1299	Endemol/ Kommission	EuZW 1999, 600
EuG	22.12.1999	Rs. T-198/98	Slg 1999, II-3989	Micro Leader	
BVerfG	20.7.1954	1 BvR 801/52	BVerfGE 4, 7	Investitionshilfe- gesetz	NJW 1954, 1235 = DVBl 1955, 65 = DÖV 1955, 61
BVerfG	24.4.2013	1 BvR 1215/07	BVerfGE 133, 277	Antiterrordatei	NJW 2013, 1499 = NVwZ 2013, 1335
BVerfG	16.5.2018	2 BvR 2728/13	BVerfGE 142, 123	OMT	
BVerfG	5.5.2020	2 BvR 859/15		PSPP	NJW 2020, 1647
BGH	10.2.2011	I ZR 136/09	BGHZ 188, 326	Flughafen Hahn	ZIP 2011, 732 = EuZW 2011, 440

B.

Das Binnenmarktrecht der transnationalen Faktorfreiheiten

§ 2 Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Sebastian Krebber

A. Einleitung / Verortung im Gesamtsystem ..	1	a) Überblick	33
I. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Gesamtsystem	1	b) Diskriminierungsverbot	36
1. Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Arbeit im Kernbereich des Grundfreiheitschutzes: Die Freizügigkeit wirtschaftlich tätiger Personen	1	aa) Tatbestand	36
2. Die Entsendung von Arbeitnehmern	4	bb) Rechtfertigung	39
3. Wirtschaftlich nicht tätige natürliche Personen	6	c) Beschränkungsverbot	41
II. Rechtliche Grundlagen	7	aa) Tatbestand	41
III. Entwicklung	9	bb) Rechtfertigung	45
IV. Arbeitnehmerfreizügigkeit in anderen Systemen offener Märkte	11	d) Einzelne Ausprägungen und Annexrechte des Rechts auf Arbeitnehmerfreizügigkeit	47
V. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Kritik	12	aa) Recht auf gleichen Zugang zur Beschäftigung	47
B. Gegenstandsbeschreibung	13	aaa) Art. 1–6, 8 VO (EU) Nr. 492/2011	47
I. Überblick	13	bbb) Anerkennung von Berufsqualifikationen	51
II. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Unionsbürger und ihrer Angehörigen ..	14	bb) Gleiche Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen	55
1. Anwendungsbereich	14	cc) Gleiche soziale und steuerliche Vergünstigungen	58
a) Persönlich	14	3. Koordinierung der mitgliedstaatlichen Systeme der sozialen Sicherheit	64
aa) Arbeitnehmer mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats	14	a) Allgemeines	64
aaa) Arbeitnehmer	14	b) Anwendungsbereich	66
(1) Definition und Bedeutung	14	c) Grundprinzipien	68
(2) Anwendung	16	d) Private und betriebliche Altersvorsorge	69
bbb) Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats	21	4. Freizügigkeitsrechte	72
bb) Familienangehörige	22	5. Vorbehalte	73
cc) Übergangsregelungen beim Beitritt neuer Mitgliedstaaten	25	a) Öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit	73
b) Grenzüberschreitung	27	b) Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung	74
c) Räumlich	29	III. Arbeitnehmerfreizügigkeit von Drittstaatsangehörigen	79
d) Drittwirkung	31	C. Ausblick	83
2. Gewährleistung	33	Verzeichnis wichtiger Entscheidungen	85

Literatur: *Alonso Olea, Manuel*, Derecho del Trabajo, 26. Aufl., Madrid 2006; *Battis, Ulrich/Ingold, Albert/Kuhnert, Katrin*, Zur Vereinbarkeit der „6+5“-Spielregel der FIFA mit dem Unionsrecht, EuR 2010, 3–30; *Becker, Ulrich*, EU-Erweiterung und differenzierte Integration, Baden-Baden 1999; *ders.*, Migration und soziale Rechte, ZESAR 2017, S. 101–108; *Birk, Rolf*, Freizügigkeit und Entsendung – die europarechtliche Stellung entsandter Arbeitnehmer zur Erfüllung von Aufträgen, in: Kohte/Dörner/Anzinger (Hrsg.), Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 523–534; *ders.*, Zur Vereinbarkeit des § 23 Abs. 7 AngG mit der Regelung der Freizügigkeit im Primär- und Sekundärrecht der EU, ZAS 1999, 1–13; *Bittner, Claudia*, Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht, Tübingen 2000; *Bokeloh, Arno*, Die soziale Sicherung der Grenzgänger, ZESAR 2014, S. 168–177; *Borelli, Silvia*, Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Recht – ein Überblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, AuR 2011, 472–477; *Devetzi, Stamatia*, Die „Verbindung“ zu einem (Sozial-)Staat: Wann ist der Bund stark genug?, EuR 2014, S. 638–659; *Donath, Philipp B.*, Das Assoziationsabkommen zwischen der EU und der Türkei und die auf ihm beruhenden Individualrechte türkischer Staatsangehöriger, EuGRZ 2017, S. 497–516; *Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2019; *Frenz, Walter*, Die Berufsankennungsrichtlinie und verbliebene sektorale Richtlinien, GewArch 2011, 377–384; *Frenz, Walter/Kühl, Andrea*,

Die Freizügigkeitsrichtlinie und ihre defizitäre Umsetzung ins deutsche Recht, ZESAR 2007, 315–325; *Fuchs, Maximilian (Hrsg.)*, Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2018; *Groß, Helene*, Die Umsetzung der EU-Freizügigkeitsrichtlinie im deutschen Recht, ZAR 2006, 61–66; *Hailbronner, Kay*, Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger auf gleichen Zugang zu sozialen Leistungen, ZFSH/SGB 2009, 195–203; *Hanau, Peter/Steinmeyer, Heinz-Dietrich/Wank, Rolf (Hrsg.)*, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002; *Hantel, Peter*, Die Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV in der Rechtsprechung des EuGH, ZESAR 2018, S. 61–67; *Hohnerlein, Eva Maria*, Kindergeld zwischen europäischem und deutschem Recht, ZESAR 2018, S. 157–162; *Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.)*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 4. Aufl., München 2018; *Kluth, Winfried*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EGV – Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH (15.12.1995, Rs. C- 415/93, Slg. 1995 I-4921), AöR 1997, 557–582; *Krebber, Sebastian*, Die arbeitsrechtliche Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Unionsrechts, EuZA 2019, 62–80; *ders.*, Die Arbeitnehmerentsendung im System der Grundfreiheiten, in: Festschrift Müller-Graff, herausgegeben von Stumpf, Cordula/Kainer, Friedemann/Baldus, Christian, Baden-Baden 2015, S. 365–371; *ders.*, Mitgliedstaatliche Förderung einer zusätzlichen Altersvorsorge und Europarecht – Anmerkung zum Urteil des EuGH 10.9.2009 – Rs C-269/07 (Kommission/Deutschland), EuR 2010, 822–835; *ders.*, Status and Potential of the Regulation of Labor and Employment Law at the European Level, Comparative Labor Law & Policy Journal 30, 2009, 875–903; *Mair, Andreas*, Fremdpersonaleinsatz im erweiterten Binnenmarkt zwischen Liberalisierung und Reglementierung, EuZA 2016, S. 72–81; *Maydell, Bernd Baron von/Ruland, Franz/Becker, Ulrich/Axer, Peter (Hrsg.)*, Sozialrechtshandbuch (SRH), 6. Aufl., Baden-Baden 2018; *Mazzotta, Oronzo*, Diritto del lavoro, 6. Aufl., Mailand 2016; *Nowak, Carsten*, Zur EU-Osterweiterung, Personenfreizügigkeit und staatliche Schutzpflichten im Bereich der sozialen Sicherheit, EuZW 2003, 101–107; *Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich (Hrsg.)*, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Tübingen 2017; *Rebhahn, Robert*, Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts in der neueren Judikatur des EuGH, EuZA 2012, 3–34; *ders.*, Soll und kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden?, Baden-Baden 2017; *Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried/Wissmann, Hellmut/Oetker, Hartmut (Hrsg.)*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2000; *Riesenhuber, Karl*, Europäisches Arbeitsrecht: Eine systematische Darstellung (Ius Communitatis), 1. Aufl., Heidelberg 2009; *Rolfs, Christian*, Die betriebliche Altersversorgung im Recht der Europäischen Union, EuZA 2018, 283–303; *Sempere Navarro, Antonio Vicente (Hrsg.)*, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, 9. Aufl., Cizur Menor 2013; *Spaventa, Eleanor/Dougan, Michael (Hrsg.)*, Social welfare and EU Law, Oxford 2005; *Steinmeyer, Heinz-Dietrich*, Wie lösen unsere europäischen Nachbarn das Portabilitätsproblem?, BetrAV 2004, 111–115; *Streinz, Rudolf*, „6+5“-Regel oder Homegrown-Regel – was ist mit dem EG-Recht vereinbar?, SpuRT 2008, 224–403; *Tewocht, Hannah*, Drittstaatsangehörige im europäischen Migrationsrecht, Baden-Baden 2016; *Thüsing, Gregor/Hütter, Gisela*, „Kindergeld und Europarecht: Welcher Handlungsspielraum besteht?“, NZS 2016, S. 411–413; *Zeb, Ricarda*, Der Arbeitnehmer im liberalisierten Welthandel, Berlin 2018; *Ziegler, Katharina*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, Baden-Baden 2011; *Zoetewij-Turhan, Margarite Helena*, The Seasonal Workers Directive: ‚... but some are more equal than others‘, ELLJ 2017, S. 28–44.

Vorschriften Sekundärrecht:

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166/1.

Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2009 L 284/1.

Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.10.2009 zur Festlegung gemeinsamer Regeln für die Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers und zur Aufhebung der Richtlinie 96/26/EG des Rates, ABl. 2009 L 300/51.

Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141/1.

Verordnung (EU) Nr. 1231/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Ausdehnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Verordnung fallen, ABl. 2010 L 344/1.

Verordnung (EU) 2016/589 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.4.2016 über ein Europäisches Netz der Arbeitsvermittlungen (EURES), den Zugang von Arbeitnehmern zu mobilitätsfördernden Diensten und die weitere Integration der Arbeitsmärkte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 492/2011 und (EU) Nr. 1296/2013, ABl. 2016 L 107/1.

Verordnung (EU) 2018/1139 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2018 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Flugsicherheit sowie zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2111/2005, (EG) Nr. 1008/2008, (EU) Nr. 996/2010, (EU) Nr. 376/2014 und der Richtlinien 2014/30/EU und 2014/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 552/2004 und (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EWG) Nr. 3922/91 des Rates, ABl. 2018 L 212/1.

Verordnung (EU) 2019/1149 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004, (EU) Nr. 492/2011 und (EU) 2016/589 sowie zur Aufhebung des Beschlusses (EU) 2016/344, ABl. 2019 L186/21.

Verordnung (EU) 2019/1238 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP), ABl. 2019 L198/1.

Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. 1977 L 78/17.

Richtlinie 91/672/EWG des Rates vom 16.12.1991 über die gegenseitige Anerkennung der einzelstaatlichen Schifferpatente für den Binnenschiffsgüter- und -personenverkehr, ABl. 1991 L 373/29.

Richtlinie 96/50/EG des Rates vom 23.7.1996 über die Harmonisierung der Bedingungen für den Erwerb einzelstaatlicher Schifferpatente für den Binnenschiffsgüter- und Personenverkehr in der Gemeinschaft, ABl. 1996 L 235/31.

Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1.

Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. 1998 L 77/36.

Richtlinie 98/49/EG des Rates vom 29.6.1998 zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1998 L 209/46.

Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158/77.

Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255/22.

Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. 2006 L 157/87.

Richtlinie 2007/59/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über die Zertifizierung von Triebfahrzeugführern, die Lokomotiven und Züge im Eisenbahnsystem in der Gemeinschaft führen, ABl. 2007 L 315/51.

Richtlinie 2008/106/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Mindestanforderungen für die Ausbildung von Seeleuten (Neufassung), ABl. 2008 L 323/33.

Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, ABl. 2009 L 155/17.

Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABl. 2011 L 343/1.

Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.11.2013 zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), ABl. 2013 L 354/132.

Richtlinie 2014/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer, ABl. 2014 L 94/375.

Richtlinie 2014/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Mindestvorschriften zur Erhöhung der Mobilität von Arbeitnehmern zwischen den Mitgliedstaaten durch Verbesserung des Erwerbs und der Wahrung von Zusatzrentenansprüchen, ABl. 2014 L 128/1.

Richtlinie 2014/54/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Maßnahmen zur Erleichterung der Ausübung der Rechte, die Arbeitnehmern im Rahmen der Freizügigkeit zustehen, ABl. 2014 L 128/8.

Richtlinie 2014/66/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers, ABl. 2014 L 157/1.

Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.1.2016 über Versicherungsvertrieb (Neufassung), ABl. 2016 L 26/19.

Richtlinie (EU) 2016/2341 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2016 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (EbAV), ABl. 2016 L 354/37.

Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 2018 L 173/16.

Richtlinie (EU) 2018/958 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, ABl. 2018 L 173/25.

A. Einleitung / Verortung im Gesamtsystem

I. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Gesamtsystem

1. Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Arbeit im Kernbereich des Grundfreiheitenschutzes: Die Freizügigkeit wirtschaftlich tätiger Personen

- 1 Die Grundfreiheiten dienen der Verwirklichung des Binnenmarktes,¹ indem sie unterschiedliche grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigungsformen gewährleisten. Die Arten wirtschaftlicher Tätigkeit natürlicher Personen werden in den mitgliedstaatlichen

1 MHD B ArbR/Oetker, Bd. 1, 4. Aufl., München 2018, § 12 Rn. 29.

Rechtsordnungen auf eine unterschiedlich stark differenzierende Weise kategorisiert.² Die beiden Hauptgruppen bilden aber jeweils die selbstständige und die unselbstständige Arbeit. Diese Unterscheidung findet sich seit jeher auch bei den Grundfreiheiten des Unionsrechts: Arbeitnehmerfreizügigkeit für die unselbstständig wirtschaftlich tätigen, Niederlassungsfreiheit für die selbstständig wirtschaftlich tätigen natürlichen (und juristischen) Personen (s. auch *Terhechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 21).³ Freilich ist die Zuweisung zu einer der beiden Kategorien nicht so folgenreich wie in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen: Entscheidet sie dort im Grundsatz über die Anwendbarkeit des gesamten Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht, ist ihre **Bedeutung** im Unionsrecht von vornherein geringer,⁴ weil sowohl der Arbeitnehmer als auch der Selbstständige durch eine Grundfreiheit geschützt sind und beiden daher ein vor Diskriminierungen und Beschränkungen geschütztes Recht gewährleistet ist, in einem anderen Mitgliedstaat ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.

Geht es daher um Fragen, die den Kernbereich der Freizügigkeit wirtschaftlich aktiver natürlicher Personen betreffen, spielt es keine Rolle, ob diese Person selbstständig oder unselbstständig arbeitet. Da im Unionsrecht die **Arbeitnehmerfreizügigkeit** die Rolle der **Hauptgrundfreiheit** im Recht der Freizügigkeit wirtschaftlich aktiver natürlicher Personen einnimmt,⁵ ist sie allerdings breiter geregelt als die Niederlassungsfreiheit. Im Zweifel sind entsprechende Normen wegen der Vergleichbarkeit des grundlegenden Sachverhalts und der sich stellenden rechtlichen Fragen immer dann analog auf Situationen der Niederlassungsfreiheit anzuwenden, wenn einer wirtschaftlichen Tätigkeit selbstständig oder unselbstständig nachgegangen werden kann. Sekundärrecht regelt Gegenstände der Freizügigkeit teilweise ohnehin für beide Gruppen.⁶ Der EuGH wendet gleiche Grundsätze an.⁷ In Art. 15 Abs. 2 GRC sind Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gleichermaßen verankert.

Weil die **Übergangsregelungen** beim Beitritt neuer Mitgliedstaaten bislang in erster Linie für die Arbeitnehmerfreizügigkeit und nur in engen Grenzen für die Dienstleistungsfreiheit gelten, kann in diesem Zusammenhang relevant sein, ob eine Person selbstständig oder unselbstständig wirtschaftlich aktiv ist (näher → Rn. 26).

2. Die Entsendung von Arbeitnehmern

Eine Sonderrolle nimmt die Entsendung von Arbeitnehmern ein, bei der Arbeitnehmer eines Mitgliedstaats ihre Beschäftigung vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat ausüben, ohne allerdings in einem Arbeitsverhältnis zu einem in dem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Arbeitgeber zu stehen. Entsandte Arbeitnehmer begleiten vielmehr ihren Arbeitgeber aus dem Heimatmitgliedstaat, der einen Auftrag in dem Entsendemitgliedstaat ausführt, ohne sich dort niederzulassen. Anders als beim Selbstständigen, für den mit der Niederlassungsfreiheit auf der einen Seite eine Grundfreiheit vorgesehen ist, die die Verlegung der wirtschaftlichen Betätigung in einen anderen Mitgliedstaat gewährleistet, und bei dem die Dienstleistungsfreiheit auf der anderen Seite die nur vorübergehende

2 Spanien: Art. 2 ET; dazu Sempere Navarro/Montoya Melgar Art. 1 ET, S. 32 ff.; Alonso Olea, Derecho del Trabajo, S. 107 ff.; Italien: Mazzotta, Diritto del lavoro, S. 40 ff., 83 ff.

3 S. auch EuArbR/Steinmeyer AEUV Art. 45 Rn. 1.

4 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoef EU AEUV Art. 45 Rn. 71.

5 Vgl. auch Ehlers/Becker EU-Grundrechte § 9 Rn. 1: tragender Pfeiler.

6 Indem beide Gruppen ausdrücklich eingeschlossen werden (Art. 7 Abs. 1 lit. a RL 2004/38/EG, Art. 11 Abs. 2, Abs. 3 lit. a VO (EG) 883/2004) oder indem von vornherein nicht differenziert wird (Art. 2 Abs. 1 RL 2005/36/EG).

7 Vgl. etwa EuGH 7.5.1998 – C-350/96, Slg 1998, I-2521 – Clean Car Autoservice.

Ausübung in einem anderen Mitgliedstaat schützt, existiert für den abhängig Beschäftigten allein die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Wie diese Unvollständigkeit im Grundfreiheitensystem aufzulösen ist, ist umstritten. Der EuGH sieht den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Entsendefällen nicht als eröffnet an, weil die entsandten Arbeitnehmer keinen Zugang zum Arbeitsmarkt suchen.⁸ Auch wenn es im Einzelfall anders sein kann, dürfte diese Annahme in Entsendefällen typischerweise zutreffen. Diesem Verständnis nach betrifft die Arbeitnehmerfreizügigkeit daher wie die Niederlassungsfreiheit die Verlegung der wirtschaftlichen Betätigung in einen anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit. Die Entsendung ist unionsrechtlich damit ein Fall der Dienstleistungsfreiheit des entsendenden Arbeitgebers (s. *Terhechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 24). Der Grundtypus des entsandten Arbeitnehmers, der Handwerksgehilfe, dessen Meister im geographischen Grenzgebiet zweier Mitgliedstaaten einen Auftrag jenseits der Grenze annimmt und ihn von seinem Gesellen ausführen lässt, oder auch der Bauarbeiter, der für ein zeitlich begrenztes Bauvorhaben in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, vorher und hinterher jeweils aber in seinem eigenen Mitgliedstaat arbeitet, lässt sich im Grundsatz rechtlich so erfassen.

- 5 Allerdings wird die noch in der Voraufgabe vertretene Auffassung aufgegeben,⁹ nach der die Entsendung nur durch Art. 56 AEUV erfasst wird. Die Entsendung hat sich nämlich dynamisiert. Arbeitnehmer werden im Herkunftsstaat mitunter nur zur Entsendung eingestellt, dauerhaft in einen einzigen oder sukzessiv in verschiedene Mitgliedstaaten. Es entspricht aber nicht der Konzeption einer Freizügigkeit auch für Arbeitnehmer vorsehenden Binnenmarktes, in einem zweiten Schritt eine ganze Kategorie von Arbeitnehmern, die in einem anderen als ihrem Herkunftsstaat arbeiten, dauerhaft bei den Marktfreiheiten nicht als Träger eigener Rechte zu behandeln¹⁰ und ihnen etwa damit auch das Recht zu nehmen, Familienangehörige mitzubringen und für sich selbst und diese die Möglichkeit zu eröffnen, die sozialen und steuerlichen Vergünstigungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch besteht im Ergebnis allerdings nur ausnahmsweise bei langfristigen Entsendungen (→ Rn. 12). Die vermeintliche Unvollständigkeit der Grundfreiheiten ist überzeugender über eine Doppelqualifikation der Entsendung im Recht der Grundfreiheiten zu lösen.¹¹ Für den Arbeitgeber ist sie durch die Dienstleistungsfreiheit gewährleistet, während entsandte Arbeitnehmer durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit geschützt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die sonstigen Voraussetzungen von Art. 45 AEUV erfüllt sind und der betroffene Arbeitnehmer insbesondere Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist.¹² Auf der Ebene des Sekundärrechts wird dann zwischen Wanderarbeiter und Grenzgänger auf der einen sowie entsandten Arbeitnehmern auf der anderen Seite teilweise differenziert.¹³ Die unterschiedliche Be-

8 EuGH 9.8.1994 – C-43/93, Slg 1994, I-3803, Rn. 21 – Vander Elst; EuGH 25.10. 2001 – verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98–C-54/98, C-68/98–C-71/98 Rn. 22 f., ECLI:EU:C:2001:564 – Finalartea; zustimmend Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV Art. 56 Rn. 26; von der Groeben/Schwarzel/Hatje/Tiedje EUV/AEUV Bd. 1 AEUV Art. 57 Rn. 48.

9 Vgl. bereits *Krebbler* in FS Müller-Graff, 2015, 365 (360); *ders.* EuZA 2019, 62 (77).

10 Anders als der EuGH daher schon immer *Birk* in FS Wissmann, 2005, 523 (529); Streinz/Franzen EUV/AEUV Art. 45 Rn. 36; EuArbR/*Rebhahn* 2. Aufl., München 2018 AEUV Art. 56 Rn. 18 ff.; EuArbR/*Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 40; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV Art. 45, Rn. 63.

11 *Krebbler* EuZA 2019, 62 (77).

12 So immer schon *Birk* in FS Wissmann, 2005, 523 (527); dazu, dass drittstaatsangehörige Arbeitnehmer bei einer Entsendung mitgebracht werden dürfen, vgl. EuArbR/*Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 42; EuArbR/*Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 27.

13 Näher *Krebbler* EuZA 2019, 62 (78 f.).

handlung ist durch die besondere Situation bedingt, in der sich entsandte Arbeitnehmer befinden.

3. Wirtschaftlich nicht tätige natürliche Personen

Erst mit dem Vertrag von Maastricht wurden Grundlagen für eine allgemeine, von einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat losgelöste Freizügigkeit geschaffen, deren Grundlage nun die RL 2004/38/EG bildet.¹⁴ Um vorher bereits möglichst vielen Personen Freizügigkeit zu ermöglichen, hat der EuGH den Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit instrumentalisiert (→ Rn. 14) und nicht versucht, die Niederlassungsfreiheit anzuwenden. Trotz allgemeiner Freizügigkeit ist die Freizügigkeit von Arbeitnehmern und Selbstständigen auch heute noch privilegiert, doch ist diese Privilegierung nicht mehr exklusiv, sondern wegen der anderen Tatbestände in Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38/EG ein Unterfall der Gruppen von Personen, die wirtschaftlich über ausreichende Existenzmittel verfügen. Über die Arbeitnehmerdefinition (näher dazu → Rn. 14 ff.) kann freilich noch immer bewirkt werden, dass Personen Freizügigkeit genießen, die nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen. Eine entsprechende Instrumentalisierung des Arbeitnehmerbegriffs steht jedoch nicht mehr im Vordergrund der Rechtsprechung des EuGH und auch nicht der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Es geht vielmehr darum auszuloten, inwieweit an die Arbeitnehmerfreizügigkeit geknüpfte Rechte insbesondere bei sozialen Leistungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 begrenzt werden können.

II. Rechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlagen der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind: Art. 45–48 AEUV, die FreizügigkeitsVO (EU) Nr. 492/2011,¹⁵ die RL 2004/38/EG,¹⁶ die sozialrechtliche KoordinierungsVO (EG) Nr. 883/2004¹⁷ zusammen mit der DurchführungsVO (EG) Nr. 987/2009.¹⁸ Mit Art. 15 Abs. 2 ist das Recht der Unionsbürger, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen und zu arbeiten, auch in der GRC verankert.

Art. 45 AEUV ist unmittelbar Grundlage des Rechts auf Freizügigkeit, des Diskriminierungs- und des Beschränkungsverbots, doch ist der Wortlaut sowohl zu den Rechten der Arbeitnehmer als auch zu ihren Schranken teilweise unklar und lässt Fragen insbesondere zur Rechtfertigung offen.¹⁹ Art. 15 Abs. 2 GRC erweitert die Gewährleistungen der Art. 45 ff. AEUV nicht.²⁰ Die FreizügigkeitsVO (EU) Nr. 492/2011 konkretisiert zum einen die arbeitsrechtlichen Facetten der Freizügigkeit (Art. 1–3, vor allem Art. 7 f.). Zudem statuiert sie Gleichstellung mit den Arbeitnehmern des Bestimmungsstaats bei steuer-

14 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158/77.

15 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141/1.

16 S. Fn. 14.

17 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166/1.

18 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2009 L 284/1.

19 Vgl. auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff AEUV Art. 45 Rn. 10.

20 Calliess/Ruffert/Brechmann EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 8; vgl. auch Calliess/Ruffert/Ruffert EUV/AEUV GRC Art. 15 Rn. 26 f.: Grundfreiheiten als speziellere Regelung.

lichen und sozialen Vergünstigungen (Art. 7 Abs. 2). Auf der Grundlage von Art. 48 AEUV koordiniert die VO (EG) Nr. 883/2004 das Nebeneinander mehrerer mitgliedstaatlicher Sozialrechte, das bei Freizügigkeit entsteht (→ Rn. 67). Die eigentlichen Freizügigkeitsrechte Einreise, Aufenthalt und Verbleib werden in der RL 2004/38/EG konkretisiert (Art. 5–7). Die Rechte der Familienangehörigen sind schwerpunktmäßig in der RL 2004/38/EG (Art. 3 Abs. 2) sowie in der sozialrechtlichen KoordinierungsVO (Art. 2) normiert. 2014 trat die RL 2014/54/EU über Maßnahmen zur Erleichterung der Ausübung der Rechte, die Arbeitnehmern im Rahmen der Freizügigkeit zustehen, in Kraft.²¹ Auch VO (EU) 2016/589 dient der Erleichterung der Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.²² 2019 wurde die Verordnung (EU) 2019/1149 zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde erlassen.²³

III. Entwicklung

- 9 Die **Verwirklichung** der Arbeitnehmerfreizügigkeit war bis in die Mitte der 1970er Jahre das einzige Feld des Arbeitsrechts, auf dem die damalige EG tätig wurde (zur Entwicklung s. auch *Terbechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht* (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 16 ff.).²⁴ Die Ursprungsfassungen der sozialrechtlichen Koordinierungsverordnungen zählen zu den ersten Verordnungen, die die EG überhaupt erlassen hat.²⁵ Die rechtlichen Grundlagen der arbeits- und ausländerrechtlichen Facetten der Arbeitnehmerfreizügigkeit wurden erstmals in der zweiten Hälfte der 1960er Jahre verabschiedet.²⁶
- 10 Die Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist mit den Bereichen des Ausländerrechts, der sozialen und steuerlichen Vergünstigungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 sowie der Anerkennung von Berufsqualifikationen nur teilweise eine rechtliche und am allerwenigsten eine arbeitsrechtliche Herausforderung, weil es insbesondere

21 Richtlinie 2014/54/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über Maßnahmen zur Erleichterung der Ausübung der Rechte, die Arbeitnehmern im Rahmen der Freizügigkeit zustehen, ABl. 2014 L 128/8.

22 Verordnung (EU) 2016/589 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.4.2016 über ein Europäisches Netz der Arbeitsvermittlungen (EURES), den Zugang von Arbeitnehmern zu mobilitätsfördernden Diensten und die weitere Integration der Arbeitsmärkte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 492/2011 und (EU) Nr. 1296/2013, ABl. 2016 L 107/1.

23 Verordnung (EU) 2019/1149 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004, (EU) Nr. 492/2011 und (EU) 2016/589 sowie zur Aufhebung des Beschlusses (EU) 2016/344, ABl. 2019 186/21.

24 MünchArbR/*Birk*, Bd. 1, 2. Aufl., München 2000, § 18 Rn. 10; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 45, Rn. 2.

25 Verordnung (EWG) Nr. 3/58 v. 25.9.1958 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl. 1958 L 30/561; Verordnung (EWG) Nr. 4/58 vom 3.12.1958 zur Durchführung und Ergänzung der Verordnung (EWG) Nr. 3/58 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl. 1958 P 30/597; *Fuchs/Fuchs*, *Europäisches Sozialrecht*, Art. 45–48 AEUV Rn. 1. Zu den völkerrechtlichen Mustern, s. *Ehlers/Becker* EU-Grundrechte § 9 Rn. 26.

26 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates v. 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257/2; Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 der Kommission vom 29.6.1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben, ABl. 1970 L 142/24; Richtlinie 64/221/EWG des Rates v. 25.2.1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. 1964 L 56/850; Richtlinie 68/360/EWG des Rates v. 15.10.1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257/13; Richtlinie 90/365/EWG des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbstständig Erwerbstätigen, ABl. 1990 L 180/28.

dem Selbstverständnis der Gewerkschaften nicht entspricht, Arbeitnehmer mit ausländischer Staatsangehörigkeit schlechter zu stellen. Sie wären dann eine größere Konkurrenz für die einheimischen Arbeitnehmer. Missverständnisse bestehen in den Mitgliedstaaten auch heute noch über die Reichweite des Vorbehalts bei einer Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung des Art. 45 Abs. 4 AEUV. Die **Hauptbarrieren** für das tatsächliche Entstehen des von Art. 45 AEUV gewollten unionsweiten Arbeitsmarkts sind sprachlicher und kultureller Art. Die Arbeitsmärkte sind daher im Grundsatz nach wie vor mitgliedstaatlicher Natur.²⁷

IV. Arbeitnehmerfreizügigkeit in anderen Systemen offener Märkte

Eine **Freizügigkeit von Arbeitnehmern** ist nicht zwingend mit einem länderübergreifenden System offener Märkte verbunden, sondern stellt im Gegenteil eine **Ausnahme** dar.²⁸ Insbesondere bei einem wirtschaftlichen Gefälle zwischen den Teilnahmestaaten einer Freihandelszone besteht die Sorge vor einer Migration von den ärmeren in die wohlhabenderen Staaten²⁹, die sich bei den Übergangsfristen, die für die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Verhältnis zu den früheren Ostblockstaaten teilweise existierten (→ Rn. 25), auch innerhalb der Union niedergeschlagen hat.

V. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Kritik

Die Übergangsfristen, auf die sich ohnehin nicht alle Mitgliedstaaten berufen haben, haben die durch das Wohlstandsgefälle im Verhältnis vor allem zu einigen osteuropäischen Mitgliedstaaten gesetzten Anreize zur Migration nicht abgefedert. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist dadurch in jüngerer Zeit in die Kritik geraten, wie es sich nicht zuletzt an den Ursachen des Brexit und an den Verhandlungen zur Vermeidung des Brexit gezeigt hat.³⁰ Im Bereich des Arbeitsrechts steht der Zugang zum Arbeitsmarkt im Visier,³¹ während eine Schlechterstellung von Arbeitnehmern anderer Mitgliedstaaten bei den Arbeitsbedingungen die Problematik nur verschärfen würde (→ Rn. 57) und daher nicht zur Debatte steht. Bei den sozialen Vergünstigungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 stellt es sich anders dar und es wird zunehmend nach Wegen gesucht, Ansprüche auf soziale Vergünstigungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 einzuschränken. Vorschläge sind:

27 2017 waren 4,1% der Berufstätigen innerhalb der EU mobil, vgl. Tabelle 1, 2018 Annual Report on intra-EU labour Mobility, S. 19 ff., <https://publications.europa.eu/s/l7e5>; Groeben/ *Kreuschitz* EUV/AEUV Bd. 1 Vorbem. Art. 45–48 AEUV Rn. 5 ff.; optimistischer die Bewertung von Streinz/Franzen EUV/AEUV Art. 45 Rn. 8; ebendort auch genaue Zahlen zu Deutschland.

28 Enge und praktisch kaum genutzte Ausnahmen vor allem bei *Zeh* Der Arbeitnehmer im liberalisierten Welthandel S. 45 ff. Zum GATS *Koehler*, S. 194–198. Zum Mercosur einerseits *Fuders*, S. 262 ff.; andererseits *Martins*, MERCOSUR: Der Südamerikanische Gemeinsame Markt im Überblick RIW 1999, 851 (854).

29 Zu NAFTA und Mercosur, *Zeh* Der Arbeitnehmer im liberalisierten Welthandel S. 56 f.

30 Schlussfolgerungen der Tagung des Europäischen Rates v. 18. und 19.2.2016 (ABl. EU 2016 C 69 I/1, 7 ff.). Bei der Osterweiterung hatte das Vereinigte Königreich die Arbeitnehmerfreizügigkeit noch sofort zugelassen, vgl. House of Commons, Enlargement and the European Union (Accessions) Bill, Research Paper 03/48, House of Commons Library, S. 29 f., abzurufen unter <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/RP03-48>; „Warum die Briten keine Einwanderer mögen“, Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) v. 28.11.2014, S. 21.

31 Zu Bsp. *Rebbahn*, S. 28 ff.: Zugangsbeschränkungen für solche Unionsbürger, die nicht bereits kürzlich im betreffenden Mitgliedstaat gearbeitet haben; Zugangsbeschränkung anknüpfend an Arbeitslosenquote in bestimmten Branchen oder Regionen und dort dann vorrangige Berücksichtigung Ansässiger vor anderen Unionsbürgern; Beschränkung anknüpfend an Anteil der Unionsmigranten an der Erwerbsbevölkerung; Anknüpfen an Lohnunterschiede; Zugangsbeschränkungen im Sinne der Interessen des Aufnahmelandes und hierfür insbesondere in Abhängigkeit von Ausbildung oder Alter der Unionsmigranten.

Einschränkung wegen mangelnder Verbindung zum Leistungsland;³² Einschränkung wegen mangelnden Zusammenhangs mit der Beschäftigung;³³ Einschränkung bei Familienleistungen, insbesondere Begrenzung des Kindergelds;³⁴ Einschränkung bei Arbeitslosigkeitsleistungen.³⁵ Soweit versucht wird, zwischen Vergünstigungen für im Beschäftigungsstaat wohnenden Angehörigen und solchen Familienmitgliedern zu unterscheiden, die im Herkunftsstaat verbleiben, handelt es sich bei dieser Differenzierung im Grundsatz um eine mittelbare Diskriminierung (→ Rn. 38). Der EuGH greift die Bedenken in seiner jüngeren Rechtsprechung teilweise auf, indem er bei der Prüfung der Rechtfertigung einer solchen mittelbaren Diskriminierung im Grundsatz annimmt, dass von Wanderarbeitnehmern über den Zugang zum Arbeitsmarkt hinaus eine tatsächliche Verbindung zum Aufnahmestaat verlangt werden kann, um Anspruch auf soziale Vergünstigungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 zu haben. Im Ergebnis freilich wurde die Rechtfertigung in den entschiedenen Fällen bislang abgelehnt.³⁶ Der EuGH hat zu Studienbeihilfen aber vorgeschlagen, dass zur Anspruchsvoraussetzung grundsätzlich gemacht werden könne, dass der Grenzgänger im Mitgliedstaat für einen bestimmten Zeitraum arbeitet.³⁷ Das Erfordernis eines ununterbrochenen fünfjährigen Aufenthaltes sowie dass mindestens fünf Jahre im Referenzzeitraum von sieben Jahren gearbeitet wurde, wurde aber verworfen.³⁸ Wegen des Verbots der Schlechterbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit können Differenzierungen bei der Höhe einer Leistung nach Wohnsitz wegen unterschiedlicher Lebenshaltungskosten nur dann sicher unionsrechtskonform sein, wenn auch in Inlandsverhalten entsprechend unterschieden würde.³⁹ Auch mit der Vorstellung, die allgemeine Höhe einer sozialen Vergünstigung wie Kindergeld orientiere sich automatisch an den Lebenshaltungskosten im Inland, kann eine mittelbare Diskriminierung nur dann tatbestandlich ausgeschlossen sein, wenn die Lebenshaltungskosten in einem Mitgliedstaat einheitlich sind. Das dürfte aber selbst in kleineren Mitgliedstaaten kaum der Fall sein. Weil bei Wanderarbeitnehmern und Grenzgängern die Verbindung zum Aufnahmestaat im Ausgangspunkt über den Zugang zum Arbeitsmarkt konstruiert wird, haben entsandte Arbeitnehmer, die diesen Zugang typischerweise nicht suchen, und ihre Familienangehörigen grundsätzlich keinen Anspruch auf soziale Vergünstigungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011. Anders kann es sich bei langfristigen Entsendungen darstellen.

B. Gegenstandsbeschreibung

I. Überblick

- 13 Nukleus der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist die Gewährleistung für den Wanderarbeitnehmer und den Grenzgänger,⁴⁰ frei von Diskriminierungen und Beschränkungen in einem

32 *Devetzi* EuR 2014, 638 ff.; *Rebbahn*, S. 68 ff.

33 *Bokeloh* ZESAR 2014, 168 (174 f.).

34 Hierzu *Thüsing/Hütter* NZS 2016, 411 (411 ff.); *Hohnerlein* ZESAR 2018, 157 (157 ff.).

35 *Rebbahn*, S. 77 ff., 79 ff.

36 EuGH 20.6.2013 – C-20/12, ECLI:EU:C:2013:411 Rn. 63 ff. – Giersch (Studienbeihilfe Luxemburg); EuGH 14.6.2012 – C-542/09, ECLI:EU:C:2012:346 Rn. 37 ff. – Kommission/Niederlande (Studienbeihilfe Niederlande); EuGH 18.7.2007 – C-213/05, ECLI:EU:C:2007:438 Rn. 18 ff. – Geven (Erziehungsgeld Deutschland).

37 EuGH 20.6.2013 – C-20/12, ECLI:EU:C:2013:411 Rn. 80 – Giersch (Studienbeihilfe Luxemburg).

38 EuGH 14.12.2016 – C-238/15, ECLI:EU:C:2016:949 Rn. 63 ff. – Linares Verruga (Studienbeihilfe Luxemburg); EuGH 10.7.2019 – C-410/18, ECLI:EU:C:2019:582 Rn. 46 f. – Aubriet (Studienbeihilfe Luxemburg).

39 Ablehnend *Ziebritzki* ZESAR 2015, 19 (26); zu Leistungsexporten *Steinmeyer* in Hanau/Steinmeyer/Wank § 22 Rn. 25.

40 Zu den Kategorien, *Streinz/Franzen* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 10.

Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber eines anderen als des Heimatmitgliedstaats zu stehen. Für den entsandten Arbeitnehmer müssen die nach Art. 3 Abs. 1, 1 a und 1 b EntsendeRL anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Bestimmungsmitgliedstaats diskriminierungsfrei sein.⁴¹ Eine normativ in Art. 7 Abs. 4 VO (EU) Nr. 492/2011 verankerte Besonderheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Vergleich zu den sonstigen Grundfreiheiten war, dass von vornherein das **Erfordernis der Drittwirkung** dieses Rechts gegenüber **Arbeitgebern** und **Tarifparteien** statuiert worden ist.⁴² Arbeitnehmerfreizügigkeit ist zudem nur möglich, wenn die Freizügigkeitsrechte Einreise, Aufenthalt und Verbleib gewährleistet sind. Dass das Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit auch tatsächlich ausgeübt wird, fördern alle Normen, die den Arbeitnehmer und seine Angehörigen auch jenseits der arbeitsrechtlichen Fragen rechtlich mit den Staatsangehörigen des Bestimmungsstaats gleichstellen: steuerliche und soziale Vergünstigungen, Rechte in den gesetzlichen Systemen der sozialen Sicherheit. Gerade in dem Bereich der die gesetzliche Altersversorgung ergänzenden privaten und betrieblichen Vorsorge sind wichtige Fragen ungelöst und zum Teil auch kaum lösbar.

II. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Unionsbürger und ihrer Angehörigen

1. Anwendungsbereich

a) *Persönlich*

aa) Arbeitnehmer mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats

aaa) Arbeitnehmer

(1) Definition und Bedeutung

Unmittelbarer **Träger** des Rechts auf Arbeitnehmerfreizügigkeit ist der **Arbeitnehmer mit Staatsangehörigkeit** eines der Mitgliedstaaten. Eine Legaldefinition des Arbeitnehmers existiert nicht. Art. 1 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 stellt nicht anders als die Erfassung dieser Norm in Art. 1 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1612/68 auf eine „Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis“ ab. Ein weiterer normativer Anhaltspunkt ist Art. 45 Abs. 4 AEUV, nach dem die Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung findet. Doch wird Art. 45 Abs. 4 AEUV vom EuGH weder wörtlich angewendet, noch so ausgelegt, dass nicht arbeitsrechtlich ausgestaltete Beschäftigungsformen wie das Beamtenverhältnis von der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgeschlossen sind. Der vom EuGH zugrunde gelegte **autonome Arbeitnehmerbegriff**⁴³ (*Terbechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 30) ähnelt damit einerseits einem in den Mitgliedstaaten verbreiteten Verständnis: **Wesentliches Merkmal** des Arbeitnehmerbegriffs ist, dass jemand während einer bestimmten Zeit **für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen** erbringt, für die er als **Gegenleistung eine Vergütung** erhält.⁴⁴ Weil eine privatrechtliche Grundlage des Rechtsverhältnisses des Arbeitnehmers indes nicht Voraussetzung ist, sind auch Beamte grundsätzlich persönlich erfasst.⁴⁵ Zur Bedeutung von Art. 45 Abs. 4 AEUV → Rn. 74 ff.

41 *Kreber* EuZA 2019, 62 (76).

42 S. hierzu auch EuArbR/*Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 82; Groeben/*Kreuschitz* EUV/AEUV Bd. 1 AEUV Art. 45 Rn. 23; MHD-B-ArbR/*Oetker* Bd. 1 4. Aufl., München 2018 § 12 Rn. 29; EuArbR/*Steinmeyer* VO 492/2011/EU Art. 7 Rn. 39.

43 *Schwarzel/Schneider/Wunderlich* EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 9.

44 Seit EuGH 3.7.1986 – C-66/85, Slg 1986, I-2121, Rn. 17 – Lawrie-Blum – st.Rspr. Aus jüngerer Zeit: EuGH 4.2.2010 – C-14/09, Slg 2010, I-931 – Hava Genc; EuGH 17.7.2008 – C-94/07, Slg 2008, I-5939 – Raccanelli; EuGH 4.6.2009 – verb. Rs. C-22/08 und C-23/08, Slg 2009, I-4585 – Vatsouras und Koupatantze; EuGH 11.11.2010 – C-232/09, Slg 2010, I-11405 – Danosa.

45 EuGH 24.3.1994 – C-71/93, Slg 1994, I-1101, Rn. 17 ff. – Van Poucke.

- 15 Auch wenn die Arbeitnehmerdefinition in ihrem Kern – Weisungsgebundenheit – dem Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs in den Mitgliedstaaten entspricht, stellen sich nicht dieselben **Abgrenzungsfragen**.⁴⁶ Ist jemand Selbstständiger, schützen ihn die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit (→ Rn. 1). Auch arbeitnehmerähnliche Personen sowie sonstige Personen, die im Grenzbereich zwischen Unselbstständigkeit und Selbstständigkeit tätig sind, genießen daher unabhängig von der Entscheidung, ob sie im Ergebnis den Arbeitnehmern oder den Selbstständigen zuzuordnen sind, eine durch eine Grundfreiheit geschützte Freizügigkeit. Nicht allgemein bei der Frage nach der einschlägigen Grundfreiheit, sondern nur im Zusammenhang mit einer konkreten Norm, die nur auf Arbeitnehmer anwendbar ist, kann sich daher die Frage stellen, ob sie solche Personen erfasst. Im Zweifel ist dies zu bejahen (→ Rn. 6). Zur Übergangsregelung bei der Osterweiterung → Rn. 25. Für die EntsendeRL ist zusätzlich deren Art. 2 Abs. 2 zu beachten: Die Pflicht zur Anwendung des sog. harten Kerns der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Rechts des Bestimmungsmitgliedstaats setzt die Eigenschaft als Arbeitnehmer nach dessen Recht voraus.⁴⁷

(2) Anwendung

- 16 Dass bei der Anwendung der Arbeitnehmerdefinition weniger die Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbstständigen im Vordergrund steht, sondern es primär darum geht, den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und damit *einer* Grundfreiheit zu eröffnen, erkennt man auch bei der Anwendung der Arbeitnehmerdefinition durch den EuGH. Im Vordergrund stehen **Konstellationen**, in denen das **Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit** unbestritten ist, es sich jedoch fragt, ob sie rechtlich anzuerkennen ist (zB Prostitution),⁴⁸ oder in denen problematisch erschien, ob überhaupt eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt: Teilzeitbeschäftigung,⁴⁹ Gelegenheitsarbeitsverhältnis,⁵⁰ Mindestanforderungen an die Dauer eines Arbeitsverhältnisses,⁵¹ bestimmte Anforderungen an die Produktivität eines Arbeitsverhältnisses,⁵² geringfügige Beschäftigung,⁵³ Leistungen zwischen Familienangehörigen.⁵⁴ Bei der Niederlegung der Beschäftigung steht letztlich der Zugang zu Arbeitnehmern zustehenden Sozialleistungen im Vordergrund. Gibt eine Frau Erwerbstätigkeit oder Arbeitssuche im Spätstadium der Schwangerschaft oder nach Geburt auf, bleibt sie Arbeitnehmerin iSv Art. 45 AEUV, sofern sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihre alte oder eine neue Beschäftigung aufnimmt.⁵⁵
- 17 So ist auch zu erklären, warum das **Entgelt als Gegenleistung** besondere Bedeutung erlangt hat. Der EuGH hat dieses Merkmal unter dem Gesichtspunkt der Eröffnung einer Grundfreiheit überhaupt betrachtet und hierbei festgestellt, dass die Einkünfte nicht den

46 S. auch EuArbR/*Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 13.

47 Dazu EuArbR/*Rebahn/Krebber* RL 96/71/EG Art. 2 Rn. 1.

48 EuGH 18.5.1982 – verb. Rs. 115/81 und 116/81, Slg 1982, 1665 – Adoui und Cornuaille; näher und zu weiteren solcher wirtschaftlichen Betätigungen Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* AEUV Art. 45 Rn. 95 ff.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 1469 ff.

49 EuGH 23.3.1982 – C-53/81, Slg 1982, 1035, Rn. 17 – Levin; EuGH 26.2.1992 – C-357/89, Slg 1992, I-1027, Rn. 13 – Raulin; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Kreuschitz* EUV/AEUV Bd. 1 Vorbem. Art. 45-48 AEUV Rn. 28; Schwarze/*Schneider/Wunderlich* EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 12.

50 EuGH 26.2.1992 – C-357/89, Slg 1992, I-1027, Rn. 14 – Raulin.

51 EuGH 6.6.1985 – Rs. 157/84, Slg 1985, 1739, Rn. 25 – Frascogna; EuGH 21.6.1988 – Rs. 197/86 Slg 1988, 3205, Rn. 22 – Brown.

52 EuGH 7.9.2004 – C-456/02, Slg 2004, I-7573, Rn. 16 – Trojani.

53 EuGH 18.7.2007 – C-213/05, Slg 2007, I-6347, Rn. 27 – Geven.

54 EuGH 8.6.1999 – C-337/97, Slg 1999, I-3289, Rn. 12 ff. – Meeusen.

55 EuGH 19.6.2014 – C-507/12, ECLI:EU:C:2014:2007 – Saint Prix.

Lebensunterhalt der die Arbeitnehmerfreizügigkeit beanspruchenden Person decken oder eine bestimmte Lohnhöhe ganz allgemein erreichen müssen.⁵⁶

An den von der Rechtsprechung vergleichsweise häufig behandelten Personengruppen ist ebenfalls erkennbar, dass bei der Anwendung der Arbeitnehmerdefinition im Rahmen des Art. 45 AEUV im Vordergrund stand, den Anwendungsbereich *einer* Grundfreiheit überhaupt zu eröffnen. Wegen der allgemeinen Freizügigkeit ist es nicht mehr von derselben praktischen Bedeutung, wann **Studenten** den Arbeitnehmerstatus innehaben. Bedeutsam ist dies nunmehr nur noch, wenn sie sich auf weitergehende Rechte aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen. Dann ist maßgeblich, was der EuGH vor Einführung der allgemeinen Personenfreizügigkeit entwickelt hatte: Es muss zwischen einer früheren Berufstätigkeit und dem Studium ein inhaltlicher Zusammenhang bestehen.⁵⁷ Die Problematik, wann **Auszubildende** bzw. **Referendare**⁵⁸ sowie **Praktikanten**⁵⁹ Arbeitnehmer iSv Art. 45 AEUV sind, hat entsprechend an Bedeutung eingebüßt.

Berufssportler sind unter den allgemeinen Voraussetzungen Arbeitnehmer.⁶⁰ Dass diese Berufsgruppe insbesondere im Fußball immer wieder Fragen im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit aufwirft, hängt damit zusammen, dass der Sport allgemein und der Berufssport im Besonderen sich teilweise weltweit geltende allgemeine Regeln setzt, die von den Verbandsakteuren und den Betroffenen so statuiert und gehandhabt werden, dass sie dem Zugriff staatlichen und auch supranationalen Rechts entzogen sein sollen. Der Wunsch ist im Grundsatz nachvollziehbar, weil ein Regelwerk erforderlich ist und dieses nicht funktionsfähig wäre, könnte jede staatliche Rechtsordnung sich diesem Regelwerk ohne Weiteres entziehen. Hiermit ist wohl auch zu erklären, dass sich trotz einer kontinuierlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, nach der Berufssportler der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen, immer wieder Befürworter der Rechtmäßigkeit von Regeln finden, die mit dem Verbot der Art. 45 ff. AEUV, nach Staatsangehörigkeit zu differenzieren, auf eklatante Weise nicht zu vereinbaren sind. Jüngstes Beispiel ist die Auseinandersetzung um die sogenannte „6+5“-Spielregel der FIFA. Das Unionsrecht demgegenüber verfolgt den Zweck, dass die von den Fußballverbänden gewünschte Verwurzelung im Fußballverein kraft Staatsangehörigkeit, Wohnort oder Ausbildung im Verein insgesamt betrachtet in der Union keine Rolle mehr spielt. Eine Bereichsausnahme für Berufssportler ist daher keine Frage einer etwaigen Rechtfertigung, sondern müsste ausdrücklich normiert sein. Unionsrechtswidrig sind daher neben der „6+5“-Regel:⁶¹ Forderung von Ablösezahlungen anlässlich eines Vereinswechsels nach Vertragsende;⁶² Verpflichtung zur Schadensersatzleistung, die über die tatsächlichen Ausbildungskosten hinausgeht, wenn ein ausgebildeter Nachwuchsspieler seinen ersten Profivertrag mit einem anderen als dem Ausbildungsverein abschließt;⁶³ Regelung, die den Einsatz ausländischer,

56 EuGH 3.6.1986 – C-139/85, Slg 1986, 1741, Rn. 14 – Kempf; näher Calliess/Ruffert/Brechmann EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 17 mwN.

57 EuGH 21.6.1988 – Rs. 39/86, Slg 1988, 3161, Rn. 37 – Lair; EuGH 21.6.1988 – Rs. 197/86, Slg 1988, 3205, Rn. 26 – Brown; EuGH 26.2.1992 – C-357/89, Slg 1992, I-1027, Rn. 21 – Raulin; Fuchs/Steinmeyer Europäisches Sozialrecht Art. 7 VO (EU) Nr. 492/2011 Rn. 15.

58 EuGH 3.7.1986 – Rs. 66/85, Slg 1986, 2121, Rn. 19 ff. – Lawrie-Blum; EuGH 17.3.2005 – C-109/04, Slg 2005, I-2421, Rn. 13 – Kranemann.

59 EuGH 26.2.1992 – C-3/90, Slg 1992, I-1071, Rn. 15 ff. – Bernini; EuGH 30.3.2006 – C-10/05, Slg 2006, I-3145, Rn. 21 – Mattern.

60 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forstboff AEUV Art. 45 Rn. 87.

61 So auch Streinz SpuRT 2008, 224 (226 ff.); Calliess/Ruffert/Brechmann EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 22; aA Battis/Ingold/Kuhnert EuR 2010, 3 (21).

62 EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-4921 – Bosman.

63 EuGH 16.3.2010 – C-325/08, Slg 2010, I-2177, Rn. 36 – Olympique Lyonnais.

nicht aber inländischer Spieler, die nach einem bestimmten Termin in der laufenden Wettkampfsaison transferiert werden, verbietet.⁶⁴

- 20 Wenn der EuGH in **anderen Bereichen des unionsrechtlichen Arbeitsrechts** die im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelte Arbeitnehmerdefinition zugrunde legt,⁶⁵ kann nicht ohne Weiteres die Argumentation im Zusammenhang mit Art. 45 AEUV übertragen werden. Die Zielrichtung ist dort eine andere, weil es – vergleichbar mit der Problematik in den mitgliedstaatlichen Arbeitsrechten – darum geht, ob eine arbeitsrechtliche Regelung im eigentlichen Sinne Anwendung findet.⁶⁶ Nicht anders als in den mitgliedstaatlichen Arbeitsrechten geht es dann typischerweise um die Abgrenzung zum Selbstständigen. Einem einheitlichen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff setzen unterschiedliche Fragestellungen des Unionsrechts daher von vornherein Grenzen.⁶⁷

bbb) Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats

- 21 Die **Staatsangehörigkeit** eines Mitgliedstaats wird von dem **jeweiligen Mitgliedstaat nach seinem nationalen Recht verliehen**.⁶⁸ Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, von dieser Zuständigkeit unter Beachtung des Unionsrechts Gebrauch zu machen.⁶⁹ Eine so verliehene Staatsangehörigkeit ist von den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen.⁷⁰ Diese Voraussetzung spielt insbesondere bei **Doppelstaatlern** eine Rolle, bei denen es ausreicht, dass eine der Staatsangehörigkeiten die eines Mitgliedstaats ist.⁷¹

bb) Familienangehörige

- 22 Familienangehörige sind **mittelbar Träger** des Rechts auf Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁷² Art. 3 Abs. 1 RL 2004/38/EG nennt Familienangehörige iSv Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG als Berechtigte der durch diese Richtlinie gewährten Freizügigkeitsrechte. Art. 23 RL 2004/38/EG statuiert ihr Recht, in einem Mitgliedstaat, in dem sie das Recht auf Aufenthalt (Art. 3) oder auf Daueraufenthalt (Art. 7) genießen, eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger aufzunehmen.
- 23 Familienangehörige iSv Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG sind: **Ehegatten; Lebenspartner**, sofern nach dem Recht des Aufnahmestaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt und die Voraussetzungen erfüllt sind, die der Aufnahmestaat an eine eingetragene

64 EuGH 13.4.2000 – C-176/96, Slg 2000, I-2681 – Lehtonen; s. hierzu auch von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschitz EUV/AEUV Bd. 1 AEUV Art. 45 Rn. 31.

65 EuGH 13.1.2004 – C-256/01, Slg 2004, I-873, Rn. 67 – Allonby; EuGH 20.9.2007 – C-116/06, Slg 2007, I-7643, Rn. 25 – Kiiski; EuGH 14.10.2010 – C-428/09, Slg 2010, I-9961, Rn. 28 – Union syndicale Solidaires Isère; EuGH 11.11.2010 – C-232/09, Slg 2010, I-11405, Rn. 39 – Danosa; EuGH 7.4.2011 – C-519/09, Slg 2011, I-2761, Rn. 21 – May.

66 EuGH 13.1.2004 – C-256/01, Slg 2004, I-873, Rn. 60 – Allonby; EuGH 20.9.2007 – C-116/06, Slg 2007, I-7643, Rn. 22 – Kiiski; EuGH 14.10.2010 – C-428/09, Slg 2010, I-9961, Rn. 19 – Union syndicale Solidaires Isère; EuGH 11.11.2010 – C-232/09, Slg 2010, I-11405, Rn. 38 – Danosa; EuGH 7.4.2011 – C-519/09, Slg 2011, I-2761, Rn. 17 – May.

67 Zu den Arbeitnehmerbegriffen des Unionsrechts *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht; *Borelli* AuR 2011, 472 (472 ff.); *Rebbahn* EuZA 2012, 3 (3 ff.).

68 Von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschitz EUV/AEUV Bd. 1 Vorbem. Art. 45–48 AEUV Rn. 51; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoﬀ AEUV Art. 45 Rn. 16.

69 EuGH 7.7.1992 – C-369/90, Slg 1992, I-4239, Rn. 10 – Micheletti. Zu Besonderheiten bei einzelnen Mitgliedstaaten vgl. Streinz/*Franzen* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 45 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoﬀ AEUV Art. 45 Rn. 18 ff.

70 EuArbR/*Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 27; Calliess/Ruffert/*Brechmann* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 25.

71 EuGH 7.7.1992 – C-369/90, Slg 1992, I-4239, Rn. 10 ff. – Micheletti; s. auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoﬀ AEUV Art. 45 Rn. 16.

72 EuArbR/*Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 32.

Partnerschaft stellt; darüber hinaus die **Verwandten** in gerader absteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten oder des Lebenspartners iSv lit. b), die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen von diesen Unterhalt gewährt wird sowie die Verwandten in gerader aufsteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten oder des Lebenspartners iSv lit. b), denen von diesen Unterhalt gewährt wird.

Die **Staatsangehörigkeit** eines Mitgliedstaats wird in Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG **nicht** als Voraussetzung genannt, so dass die Rechte grundsätzlich ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit bestehen. Dies wird an verschiedener Stelle bekräftigt (Art. 6 Abs. 2, 7 Abs. 2, 23 RL 2004/38/EG). 24

cc) Übergangsregelungen beim Beitritt neuer Mitgliedstaaten

Beim Beitritt neuer, wirtschaftlich schwächerer Mitgliedstaaten wie zuletzt bei der sogenannten **Osterweiterung** der Union wird eine Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten vielfach als Bedrohung wahrgenommen. Mittels **Übergangsfristen** wird versucht, den Zufluss zu steuern (so auch bereits im Rahmen der Süderweiterung um Griechenland, Portugal und Spanien).⁷³ Allerdings sehen nicht sämtliche Mitgliedstaaten die sofortige Gewährung der Arbeitnehmerfreizügigkeit negativ. Im Zusammenhang mit der sogenannten Osterweiterung ist daher ein flexibles Modell vereinbart worden, welches es gestattet, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für Staatsangehörige der neuen Mitgliedstaaten nach einem sogenannten **2+3+2-Modell** für einen Zeitraum von maximal sieben Jahren zu beschränken (s. auch *Terhechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 16).⁷⁴ In den ersten beiden Jahren nach dem Beitritt konnte die Arbeitnehmerfreizügigkeit ohne Weiteres ausgesetzt werden. Für die folgende Dreijahresperiode hatten die Altmitgliedstaaten die Option, mittels einer formellen Mitteilung an die Kommission die Arbeitnehmerfreizügigkeit für weitere drei Jahre aufzuschieben. In der dritten Zeitperiode war eine weitere Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nur mit Zustimmung von Kommission und Rat möglich, sofern eine schwerwiegende Störung des Arbeitsmarkts vorlag oder die Gefahr einer solchen Störung bestand. Die Mitgliedstaaten haben von diesen Möglichkeiten auf unterschiedliche Art und Weise **Gebrauch** gemacht.⁷⁵ Deutschland hat die größtmögliche Zeitspanne ausgenutzt.⁷⁶ Namentlich Großbritannien hat die Arbeitnehmerfreizügigkeit sofort zugelassen,⁷⁷ was langfristig eine der Ursachen für die zum Brexit führende Stimmung gewesen sein könnte. 25

Eine gewisse rechtliche Brisanz liegt darin, dass bei der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit Übergangsregelungen grundsätzlich nicht vereinbart wurden. In diesem eng begrenzten Kontext stellt sich die den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vertraute Fra- 26

73 Dazu *Becker*, EU-Erweiterung und differenzierte Integration, S. 16 ff.

74 S. hierzu auch von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Kreuschitz* EUV/AEUV Bd. 1 Vorbem. Art. 45–48 AEUV Rn. 63; MHdB ArbR/*Wißmann* Bd. 1 4. Aufl. München 2018 § 30 Rn. 29; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 45, Rn. 3.

75 Vgl. die Übersicht bei Lenz/Borchardt/*Weerth* EU-Verträge AEUV Art. 45 Rn. 14.

76 Zur Übergangsregelung im Zusammenhang mit der Osterweiterung im Jahr 2004 s. Gesetz über den Arbeitsmarktzugang iRd EU-Erweiterung v. 23.4.2004 (BGBl. I 602); *Nowak* EuZW 2003, 101; *Fehrenbacher* ZAR 2004, 22; *Dienelt* ZAR 2004, 393; zum Beitritt Bulgariens und Rumäniens 2007 s. Gesetz zur Anpassung von Rechtsvorschriften des Bundes infolge des Beitritts der Republik Bulgariens und Rumäniens zur Europäischen Union (BGBl. I 2814). Deutschland hatte die Übergangsregelungen für die Beitrittsstaaten von 2004 bis zum 30.4.2011, für Bulgarien und Rumänien bis zum 31.12.2013 verlängert; zur Rechtslage nach Ablauf der Übergangsfristen *Bayreuther* DB 2011, 706; *Kocher* GPR 2011, 132.

77 Vgl. House of Commons, Enlargement and the European Union (Accessions) Bill, Research Paper 03/48, House of Commons Library, S. 29 f., <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/RP03-48>.

ge der Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger wirtschaftlicher Betätigung. Auch wenn es hierbei um die Weiteranwendung von nationalen Maßnahmen geht, sind für die Abgrenzungen die autonomen unionsrechtlichen Begriffe maßgeblich. Im Rahmen der Osterweiterung konnten nur Deutschland und Österreich als Annex zu den Übergangsfristen bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit in bestimmten Branchen (Baugewerbe, Gebäudereinigung, Innendekoration; die betroffenen Sektoren waren für Deutschland und Österreich aber nicht identisch) die Dienstleistungsfreiheit für die **Entsendung** von Arbeitnehmern befristet aussetzen.⁷⁸ Der Text der Anhänge zu dem Beitrittsvertrag⁷⁹ bringt dies zum Ausdruck, indem auf Dienstleistungen iSv Art. 1 RL 96/71/EG⁸⁰ abgestellt wird. Im Verhältnis zu Kroatien waren diese Beschränkungen bis 2020 möglich,⁸¹ doch hat Deutschland den Zeitraum nicht voll ausgeschöpft; seit 1.7.2015 bereits besteht die unbeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit für kroatische Staatsangehörige.⁸²

b) Grenzüberschreitung

- 27 Nicht anders als bei den sonstigen Grundfreiheiten ist Voraussetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, dass nicht ein nur interner Sachverhalt vorliegt.⁸³ Die faktische Bedeutung dieser Beschränkung des Anwendungsbereichs hat sich dadurch relativiert, dass Arbeitnehmer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten befinden, auch gegenüber ihrem eigenen Mitgliedstaat die aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit fließenden Rechte beanspruchen können. Eine vergleichbare Situation in diesem Sinne besteht immer bei einem Inländer, der aus einem anderen Mitgliedstaat in seinen Heimatstaat zurückkehrt und der in dem anderen Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt oder eine berufliche Qualifikation erworben hat.⁸⁴ Dass der EuGH in der Rs. *Erzberger* diejenigen Arbeitnehmer nicht berücksichtigt, die ohne vorheriges Aufsichtsratsmandat irgendwann zu einer in einem anderen Mitgliedstaat belegenen Konzern-tochter gewechselt sind und die sich damit in einer vergleichbaren Situation wie EU-Ausländer befinden,⁸⁵ ist nicht als Abkehr von dieser Haltung zu verstehen. Vielmehr be-

78 Tschechische Republik: Anhang V des Beitrittsvertrages, ABl. 2003 L 236/803; Estland: Anhang VI des Beitrittsvertrages, ABl. 2003 L 236/812; Lettland: Anhang VIII des Beitrittsvertrages, ABl. 2003 L 236/824; Litauen: Anhang IX des Beitrittsvertrages, ABl. 2003 L 236/836; Ungarn: Anhang X des Beitrittsvertrages, ABl. 2003 L 236/846; Polen: Anhang XII des Beitrittsvertrages, ABl. 2003 L 236/877; Slowenien: Anhang XIII des Beitrittsvertrages, ABl. 2003 L 236/906; Slowakei: Anhang XIV des Beitrittsvertrages, ABl. 2003 L 236/915; Bulgarien: Anhang VI des Beitrittsvertrages, ABl. 2005 L 157/278; Rumänien: Anhang VII des Beitrittsvertrages, ABl. 2005 L 157/311.

79 Jeweils Nr. 13 der in Fn. 78 zitierten Anhänge des Beitrittsvertrages. Mit dann einheitlicher Formulierung: „um im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen durch in ... niedergelassene Unternehmen die zeitweilige grenzüberschreitende Beschäftigung von Arbeitnehmern einzuschränken, deren Recht, in Deutschland oder Österreich eine Arbeit aufzunehmen, nationalen Maßnahmen unterliegt“.

80 Art. 1 Abs. 3 lit. a-c Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1. Die RL 96/71/EG wurde durch die Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.6.2018, ABl. 2018 L 173/16 geändert.

81 Anhang V des Beitrittsvertrages, ABl. 2012 L 112/67 Nr. 12.

82 *Mair* EuZA 2016, 72 (79).

83 *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff* AEUV Art. 45 Rn. 117; *Schwarze/Schneider/Wunderlich* EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 30; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV Art. 45 Rn. 11 ff.

84 EuGH 7.2.1979 – Rs. 115/78, Slg 1979, 399, Rn. 24 – *Knoors*; EuGH 31.3.1993 – C-19/92, Slg 1993, I-1663, Rn. 15 f. – *Kraus*; EuGH 23.2.1992 – C-419/92, Slg 1994, I-505, Rn. 9 – *Scholz*; C-298/14, ECLI:EU:C:2015:652 Rn. 26 ff. – *Brouillard*; s. auch *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff* AEUV Art. 45 Rn. 59 ff.; *EuArbR/Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 36; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Kreuschitz* EUV/AEUV Bd. 1 AEUV Art. 45 Rn. 6.

85 EuGH 18.7.2017 – C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562 Rn. 28 – *Erzberger*.

grenzt der EuGH seine Ausführungen nur tatsächlich auf solche Arbeitnehmer, die nicht in dieser Form von ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch machen.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst auch sogenannte **Grenzgänger**, die ihren Wohnsitz in ihrem Heimatmitgliedstaat beibehalten, aber abhängiger Arbeit in einem anderen Mitgliedstaat nachgehen. Bei den Sekundärrechten der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Familienangehörige kann bei solchen Wanderarbeitnehmern die Situation entstehen, dass Angehörige soziale und steuerliche Vergünstigungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 des Staates in Anspruch nehmen können, in dem der Arbeitnehmer arbeitet, ohne ihrerseits in diesem Mitgliedstaat zu wohnen.⁸⁶ Dazu, ob die Ansprüche beschränkt werden können, → Rn. 12.

c) Räumlich

Wird eine abhängige Berufstätigkeit **außerhalb** des Unionsgebiets (Art. 52 EUV, Art. 355 AEUV)⁸⁷ ausgeübt, stellt sich die Frage, ob Arbeitnehmer sich auf die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsrechte berufen können, die die Arbeitnehmerfreizügigkeit gewährt. Dies ist nur dann der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis einen **hinreichend engen Bezug** zum Unionsgebiet aufweist (*Terhechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 67).⁸⁸ Der erforderliche hinreichende Bezug ist entsprechend Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO⁸⁹ bei konkludenter Rechtswahl und entsprechend Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO bei der Anwendung der Ausweikklausel zu bestimmen. Auch in den Fällen des Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO kann der hinreichende Bezug bestehen, soweit nicht iSv Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO eine engere Verbindung zu einem Drittstaat besteht. Ein klarer Anwendungsfall liegt in der Beschäftigung in einer **diplomatischen Vertretung**⁹⁰ oder bei staatlich bzw. ganz überwiegend staatlich finanzierten kulturellen Vertretungen (Sprachinstitute, Auslandsschulen) vor.

Auf die Freizügigkeitsrechte kann sich auch berufen, wer bei einer internationalen Organisation oder bei europäischen Institutionen, auch als Ortskraft, beschäftigt wird.⁹¹ Ist die Frage völker- oder unionsrechtlich anderweitig geregelt, geht diese Regelung vor. Einschränkungen können sich auch aus Art. 45 Abs. 4 AEUV ergeben.⁹²

d) Drittwirkung

Da die weit überwiegende Zahl von Arbeitsverhältnissen mit privaten Arbeitgebern besteht, ist die arbeitsrechtliche Facette der Arbeitnehmerfreizügigkeit ohne Drittwirkung undenkbar.⁹³ Schon der Vorgänger von VO (EU) Nr. 492/2011, die VO (EWG) Nr. 1612/68, ordnete in ihrem Art. 7 Abs. 4 daher eine **umfassende** Drittwirkung an. Auch

86 EuGH 27.11.1997 – C-57/96, Slg 1997, I-6689, Rn. 51 – Meints; EuGH 8.6.1999 – C-337/97, Slg 1999, I-3289 – Meeusen. Hierdurch wird auch die Frage nach der Abgrenzung zum koordinierenden Sozialrecht aufgeworfen, s. Schwarze/Schneider/Wunderlich EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 87 f.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff AEUV Art. 45 Rn. 293 ff.

87 Dazu näher Streinz/Franzen EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 74 ff.

88 EuGH 30.4.1996 – C-214/94, Slg 1996, I-2253, Rn. 15 – Boukhalfa; Streinz/Franzen EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 78 f.; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschitz EUV/AEUV Bd. 1 Vorbem. Art. 45–48 AEUV Rn. 92; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff AEUV Art. 45 Rn. 13 f.

89 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

90 So auch EuGH 30.4.1996 – C-214/94, Slg 1996, I-2253 – Boukhalfa.

91 EuGH 15.3.1989 – verb. Rs. 389/87 und 390/87, Slg 1989, 723, Rn. 11 – Echternach und Moritz; EuGH 27.5.1993 – C-310/91, Slg 1993, I-3011, Rn. 20 – Schmid.

92 Streinz/Franzen EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 29.

93 MHdB ArbR/Oetker Bd. 1 4. Aufl. München 2018 § 12 Rn. 10, 25; Schwarze/Schneider/Wunderlich EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 39.

die Formulierung in Art. 7 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 ist weit genug, Grundlage einer Drittwirkung zu sein. Zusammen aus Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 4 VO (EU) Nr. 492/2011 ergibt sich daher, dass eine diskriminierende Behandlung des Arbeitnehmers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, die ihre Grundlage in der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers, in Kollektivverträgen und im Individualarbeitsvertrag⁹⁴ hat, unionsrechtswidrig ist. Die Drittwirkung richtet sich auch gegen Organe, die Arbeitnehmer vertreten (Gewerkschaften, Betriebsräte und vergleichbare Organe), sowohl in ihrem unmittelbaren Verhältnis zum Arbeitnehmer (Art. 8 VO (EU) Nr. 492/2011) als auch in den Situationen, in denen solchen Institutionen Rechte zukommen, die für den einzelnen Arbeitnehmer Folgen haben können (Beispiel: § 1 Abs. 4 KSchG).

- 32 Die Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist umfassend und besteht auch dann, wenn ein ungewöhnlicher Sachverhalt nicht unmittelbar von Art. 7 Abs. 1, Abs. 4, Art. 8 VO (EU) Nr. 492/2011 erfasst ist.⁹⁵

2. Gewährleistung

a) Überblick

- 33 Dem Wortlaut von Art. 45 Abs. 2 AEUV nach ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit ein **Diskriminierungsverbot bei Beschäftigung, Entlohnung und sonstigen Arbeitsbedingungen**. Der Wortlaut des Art. 45 AEUV erwähnt die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Diskriminierung nicht ausdrücklich. Art. 45 Abs. 3 AEUV, der allerdings nicht das eigentliche arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot statuiert, sondern akzessorische Rechte erwähnt, ist unter den Vorbehalt von Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gestellt.
- 34 In der **Rechtssache Bosman**⁹⁶ hat der EuGH in Anwendung seiner allgemein zu den Grundfreiheiten entwickelten Rechtsprechung entschieden, dass Art. 45 Abs. 2 AEUV über das Diskriminierungsverbot hinaus ein **Beschränkungsverbot** für Maßnahmen oder Bestimmungen enthält, die einen Unionsbürger daran hindern oder davon abhalten können, sein Herkunftsland zu verlassen, um von dem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen.⁹⁷ In Anlehnung an die Keck-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit⁹⁸ erfasst das Beschränkungsverbot bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit tatbestandlich **nur solche Beschränkungen**, die den **Zugang zum Arbeitsmarkt** des Bestimmungsmitgliedstaats betreffen.⁹⁹ Dem Beschränkungsverbot unterliegen darüber hinaus unterschiedslos anwendbare Bestimmungen aus dem Recht des Herkunftsstaats, die den Arbeitnehmer daran hindern oder ihn davon abhalten, seinen Herkunftsstaat zur Ausübung der Arbeitnehmerfreizügig-

94 *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV Art. 45 Rn. 76 f.

95 EuGH 20.6.2000 – C-281/98, Slg 2000, I-4139 – Angonese; ablehnend Streinz/*Franzen* EUV/AEUV Art. 45 Rn. 95 f. mwN.

96 EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-4921 – Bosman.

97 EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-4921, Rn. 96 – Bosman; EuGH 2.10.2003 – Rs. 232/01, Slg 2003, I-11525, Rn. 15 – van Lent; EuGH, 17.3.2005 – C-109/04, Slg 2005, I-2421, Rn. 26 – Kranemann; Lenz/Borchardt/*Weerth* EU-Verträge AEUV Art. 45 Rn. 38; EuArbR/*Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 62.

98 EuGH 24.11.1993 – verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg 1993, I-6097 – Keck und Mithouard.

99 EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-4921, Rn. 103 – Bosman; EuGH 27.1.2000 – C-190/98, Slg 2000, I-493, Rn. 23 – Graf; EuGH 15.9.2005 – C-464/02, Slg 2005, I-7929, Rn. 36 – Kommission/Dänemark; EuGH 9.9.2003 – C-285/01, Slg 2003, I-8219, Rn. 101 – Burbard.

keit zu verlassen.¹⁰⁰ Beschränkungen können nicht anders als bei den sonstigen Grundfreiheiten durch **zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt** werden.¹⁰¹

Die Gewährleistung des Art. 45 Abs. 2 AEUV greift nicht im Bereich der Beschäftigung in der **öffentlichen Verwaltung**, Art. 45 Abs. 4 AEUV. 35

b) Diskriminierungsverbot

aa) Tatbestand

Jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung des Arbeitnehmers aus einem anderen Mitgliedstaat in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen ist nach **Art. 45 Abs. 2 AEUV** verboten. Erfasst ist erstens die **unmittelbare Diskriminierung**. Eine unmittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit liegt vor, wenn eine unterschiedliche Behandlung offen an die Staatsangehörigkeit anknüpft.¹⁰² 36

Praktische **Beispiele** einer unmittelbaren Diskriminierung bei **arbeitsrechtlichen** Rechten finden sich dort, wo ein Mitgliedstaat zu Unrecht davon ausgeht, dass der Vorbehalt der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung von Art. 45 Abs. 4 AEUV greift. Die unmittelbare Diskriminierung betrifft in diesen Fällen typischerweise den Zugang zur Beschäftigung, der eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleibt, und nicht eine Schlechterbehandlung bei Arbeitsbedingungen.¹⁰³ 37

Zweiter Anwendungsfall des Diskriminierungsverbots ist die **mittelbare Diskriminierung**, bei der eine hinsichtlich der Staatsangehörigkeit neutral formulierte Vorschrift des mitgliedstaatlichen Rechts sich ihrem Wesen nach eher auf Arbeitnehmer anderer Mitgliedstaaten als auf inländische Arbeitnehmer auswirkt.¹⁰⁴ Der Hauptanwendungsfall des Verbots der mittelbaren Diskriminierung ist ein **Wohnsitzerfordernis** im Mitgliedstaat. Typischerweise geht es in solchen Fällen aber nicht um den eigentlichen arbeitsrechtlichen Gehalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern um steuerliche und soziale Vergünstigungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 (näher unter → Rn. 58 ff.). Aber auch im Kernbereich des Art. 45 Abs. 2 AEUV sind Fälle einer mittelbaren Diskriminierung vorstellbar. Um Entlohnung wird es regelmäßig nicht gehen, soweit die unmittelbare Vergütung der Arbeit betroffen ist. Möglich ist aber, dass der Arbeitgeber oder Kollektivverträge bestimmte Leistungen wiederum von einem Wohnsitzerfordernis im Mitgliedstaat abhängig machen.¹⁰⁵ Auch der **sonstige arbeitsrechtliche Status** des Arbeitnehmers kann betroffen 38

100 EuGH 12.12.2002 – C-385/00, Slg 2002, I-11819, Rn. 78 – de Groot; EuGH 2.10.2003 – C-232/01, Slg 2003, I-11525, Rn. 16 – van Lent; EuGH 16.2.2006 – C-185/04, Slg 2006, I-1453, Rn. 15 – Öberg – mit weiteren Nennungen; EuGH, 16.3.2010 – C-325/08, Slg 2010, I-2177, Rn. 36 – Olympique Lyonnais; EuGH 13.7.2016 – C-187/15, ECLI:EU:C:2016:550 – Pöpperl; EuGH 18.7.2017 – C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562 Rn. 33 – Erzberger.

101 EuGH 31.3.1993 – C-19/92, Slg 1993, I-1663, Rn. 32 – Kraus; EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-4921, Rn. 104 ff. – Bosman; EuGH 30.11.1995 – C-55/94, Slg 1995, I-4165, Rn. 37 – Gebhard; EuGH 13.4.2000 – C-176/96, Slg 2000, I-2681, Rn. 53 ff. – Lehtonen; EuGH 17.03.2005 – C-109/04, Slg 2005, I-2421, Rn. 33 ff. – Kranemann; EuGH 16.2.2006 – C-185/04, Slg 2006, I-1453, Rn. 19 – Öberg; EuGH, 11.1.2007 – C-40/05, Slg 2007, I-99, Rn. 38 – Lyyski; EuGH 11.1.2007 – C-208/05, Slg 2007, I-181, Rn. 37 – ITC; EuGH 16.10.2008 – C-527/06, Slg 2008, I-7735, Rn. 81 – Renneberg; EuGH 16.3.2010 – C-325/08, Slg 2010, I-2177, Rn. 38 ff. – Olympique Lyonnais.

102 EuGH 13.12.1972 – C-44/72, Slg 1972, 1243, Rn. 2 – Marsman/Roskamp; aus jüngerer Zeit EuGH 22.6.2011 – C-399/09, Slg 2011, I-5573, Rn. 44, 49 – Landtová.

103 EuGH 11.3.2008 – C-89/07, Slg 2008, I-45 – Kommission/Frankreich; EuGH 11.9.2008 – C-447/07, Slg 2008, I-125 – Kommission/Italien.

104 St.Rspr. seit EuGH 12.2.1974 – C-152/73, Slg 1974, 153, Rn. 11 – Sotgiu; aus jüngerer Zeit EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811, Rn. 54 – Kommission/Deutschland.

105 EuGH 24.9.1998 – C-35/97, Slg 1998, I-5325, Rn. 32 ff. – Kommission/Frankreich.

sein: befristetes Arbeitsverhältnis anstelle eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses;¹⁰⁶ Anerkennung von Berufsqualifikationen;¹⁰⁷ Berücksichtigung von Vorbeschäftigungszeiten bei der Berechnung des Arbeitsentgelts.¹⁰⁸ Praktisch gesehen ist damit das Verbot der mittelbaren Diskriminierung erheblich bedeutender als das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung.

bb) Rechtfertigung

- 39 Der Streit, ob angesichts des Wortlauts von Art. 45 Abs. 2 und 3 AEUV eine **unmittelbare Diskriminierung gerechtfertigt** werden kann,¹⁰⁹ hat in Anbetracht der geringen praktischen Relevanz dieses Verbots seinerseits keine große Bedeutung (*Terbechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 70). Die in Art. 45 Abs. 3 AEUV genannten Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sind unabhängig von ihrer systematischen Stellung im dritten Absatz nicht geeignet, als sachlicher Grund eine unmittelbare Ungleichbehandlung in arbeitsrechtlichen Fragen zu rechtfertigen. Eine unmittelbare Diskriminierung beim arbeitsrechtlichen Status kann damit nicht gerechtfertigt werden.¹¹⁰
- 40 Eine **mittelbare Diskriminierung** kann hingegen gerechtfertigt werden. Weil die Gründe des Art. 45 Abs. 3 AEUV für den arbeitsrechtlichen Kernbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht passen, lässt der EuGH eine Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung entsprechend seiner Rechtsprechung zum Beschränkungsverbot durch **zwingende Gründe des Allgemeininteresses** zu.¹¹¹ Grundsätzlich anerkannt sind: Kohärenz des Steuersystems;¹¹² Schutz der öffentlichen Gesundheit;¹¹³ ordnungsgemäße Verwaltung der Universitäten;¹¹⁴ Aufrechterhaltung eines wirtschaftlichen und sportlichen Gleichgewichts unter Sportvereinen;¹¹⁵ Sicherung eines ausreichenden Wohnangebots;¹¹⁶ objektive Auswahl unter den besten Bewerbern;¹¹⁷ nationale Arbeitsmarktpolitik mit dem Ziel der Förderung

106 EuGH 20.10.1993 – C-272/92, Slg 1993, I-5185 – Spotti.

107 EuGH 20.6.2000 – C-281/98, Slg 2000, I-4139 – Angonese – (nur Anerkennung von Sprachnachweisen, die in bestimmter Provinz erworben wurden).

108 EuGH 15.1.1998 – C-15/96, Slg 1998, I-47 – Schöning-Kougebetopoulou (Eingruppierung in BAT); EuGH 12.3.1998 – C-187/96, Slg 1998, I-1095 – Kommission/Griechenland (Dienstalterszulage); EuGH 30.11.2000 – C-195/98, Slg 2000, I-10497 – Österreichischer Gewerkschaftsbund (Festsetzung der Entlohnungsstufe); EuGH 30.9.2003 – C-224/01, Slg 2003, I-10239, Rn. 70 ff. – Köbler (Dienstalterszulage).

109 Schwarze/Schneider/Wunderlich EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 120; aA Ehlers/Becker EU-Grundrechte § 9 Rn. 47; Riesenhuber Europäisches Arbeitsrecht § 3 Rn. 40; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff AEUV Art. 45 Rn. 416.

110 EuArbR/Steinmeyer AEUV Art. 45 Rn. 55.

111 EuGH 23.5.1996 – C-237/94, Slg 1996, I-2617, Rn. 19 f. – O’Flynn; s. ebenso EuGH 28.1.1992 – C-204/90, Slg 1992, I-249, Rn. 27 – Bachmann; EuGH 10.3.1993 – C-111/91, Slg 1993, I-817, Rn. 12 – Kommission/Luxemburg; EuGH 2.8.1993 – verb. Rs. C-259/91, C-331/91 und C-332/91, Slg 1993, I-4309, Rn. 15 – Allué ua; EuGH 30.11.2000 – C-195/98, Slg 2000, I-10497, Rn. 40 – Österreichischer Gewerkschaftsbund.

112 EuGH 28.1.1992 – C-204/90, Slg 1992, I-249, Rn. 21, 28 – Bachmann (Rechtfertigung tats. angenommen).

113 EuGH 10.3.1993 – C-111/91, Slg 1993, I-817, Rn. 11 ff. – Kommission/Luxemburg (iErg nicht gerechtfertigt).

114 EuGH 2.8.1992 – verb. Rs. C-259/91, C-331/91 und C-332/91, Slg 1993, I-4309, Rn. 15 – Allué ua (iErg nicht gerechtfertigt).

115 EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-4921, Rn. 106 – Bosman (iErg nicht gerechtfertigt).

116 EuGH 17.1.2008 – C-152/05, Slg 2008, I-39, Rn. 27 f. – Kommission/Deutschland (iErg nicht gerechtfertigt); EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811, Rn. 81 – Kommission/Deutschland (iErg nicht gerechtfertigt).

117 EuGH 9.9.2003 – C-285/01, Slg 2003, I-8219, Rn. 103 ff. – Burbaud (iErg nicht gerechtfertigt).

von Einstellungen;¹¹⁸ Notwendigkeit von Kontrollen durch die Arbeitsverwaltung;¹¹⁹ erhebliche Gefährdung des nationalen Sozialversicherungssystems;¹²⁰ Bindung der Arbeitnehmer an ihren Arbeitgeber;¹²¹ Förderung der Nationalsprache.¹²² Im Ergebnis kaum zu rechtfertigen ist ein Anknüpfen an ein Wohnsitzerfordernis.¹²³

c) Beschränkungsverbot

aa) Tatbestand

In der **Bosman-Entscheidung**¹²⁴ hat der EuGH die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu einem **Beschränkungsverbot** ausgebaut.¹²⁵ Danach sind unterschiedslos anwendbare mitgliedstaatliche Regelungen, die geeignet sind, die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, an Art. 45 Abs. 2 AEUV zu messen.¹²⁶ Als jene mitgliedstaatlichen Regelungen kommen grundsätzlich solche des Heimatstaats und solche des Bestimmungsstaats in Betracht. In Übertragung der in der sogenannten Keck-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten Prinzipien erfasst dieses Beschränkungsverbot tatbestandlich aber nur **Regelungen**, die den **Zugang zum Arbeitsmarkt verhindern** oder die den **Weggang aus dem Herkunftsstaat verhindern** oder – in beiden Fällen – den Zugang oder Weggang **weniger attraktiv** machen.¹²⁷

Modalitäten der Berufsausübung hingegen unterliegen dem **Recht des Bestimmungsstaats**.⁴² Sie müssen lediglich den Anforderungen des Diskriminierungsverbots des Art. 45 Abs. 2 AEUV genügen. Daher ist in der Vergangenheit geäußerte Kritik am Ausbau auch der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu einem Beschränkungsverbot,¹²⁸ die sich daran stieß, dass trotz Standortverlagerung in einen anderen Mitgliedstaat Raum für das Herkunftslandprinzip verbleiben sollte, nicht überzeugend. Eine Reduzierung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nur auf ein Diskriminierungsverbot würde es nicht erlauben, die geschilderten Weggangs- oder Zugangsbeschränkungen durch das Recht des Herkunftsstaats oder des Bestimmungsstaats zu beseitigen.

118 EuGH 11.1.2007 – C-208/05, Slg 2007, I-181, Rn. 39 ff. und 44 – ITC (iErg nicht gerechtfertigt).

119 EuGH 22.5.2008 – C-499/06, Slg 2008, I-3993, Rn. 45 – Nerkowska (iErg nicht gerechtfertigt); EuGH 11.9.2008 – C-228/07, Slg 2008, I-6989, Rn. 61 f. – Petersen (iErg nicht gerechtfertigt).

120 EuGH 28.4.1998 – C-158/96, Slg 1998, I-1931, Rn. 41 – Kohll (iErg nicht gerechtfertigt); EuGH 11.1.2007 – C-208/05, Slg 2007, I-181, Rn. 38 f. und 43 – ITC (iErg nicht gerechtfertigt); EuGH 11.9.2008 – C-228/07, Slg 2008, I-6989, Rn. 57 – Petersen (iErg nicht gerechtfertigt); EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811, Rn. 84 – Kommission/Deutschland (iErg nicht gerechtfertigt).

121 EuGH 30.9.2003 – C-224/01, Slg 2003, I-10239, Rn. 83 – Köbler (iErg nicht gerechtfertigt).

122 EuGH 28.11.1989 – C-379/87, Slg 1989, I-3967, Rn. 19 – Groener (Rechtfertigung tats. angenommen).

123 EuGH 9.3.2000 – C-355/98, Slg 2000, I-1221, Rn. 33 ff. – Kommission/Belgien; s. dazu auch *Hailbronner* ZFSH/SGB 2009, 195 (199).

124 EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-4921 – Bosman.

125 Zur Reichweite des Beschränkungsverbots s. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff AEUV Art. 45 Rn. 188 ff.

126 S. auch von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschitz EUV/AEUV Bd. 1 AEUV Art. 45 Rn. 28; Fuchs/*Fuchs* Europäisches Sozialrecht Art. 45–48 AEUV Rn. 12 f.; Streinz/*Franzen* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 86; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV Art. 45 Rn. 123.

127 Anders Calliess/Ruffert/*Brechmann* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 52, nach dem das Beschränkungsverbot nur Regelungen des Ausgangsstaates erfasst. Überzeugend aber, dass auch Regelungen des Ausgangsstaates, die die Rückkehr in den Ausgangsstaat erschweren, vom Beschränkungsverbot erfasst sind.

128 Etwa *Dietrich*, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union, S. 367; *Kluth* AöR 1997, 557 (569 ff.).

- 43 Allerdings weist die Anwendung des Beschränkungsverbots bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Besonderheit auf, dass der Europäische Gerichtshof auf eine **Erheblichkeitschwelle** der entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen abstellt.¹²⁹
- 44 Wenn der Europäische Gerichtshof **Wohnsitzerfordernisse** als Beschränkungsverbot prüft,¹³⁰ schwimmt die Grenze zur mittelbaren Diskriminierung. Weil mittelbare Diskriminierung und Beschränkungsverbot aber nach identischen Grundsätzen gerechtfertigt werden (s. zur Rechtfertigung bei Diskriminierung → Rn. 39 f. und zur Rechtfertigung bei der Beschränkung → Rn. 45 f.), ist dies ohne praktische Konsequenzen.

bb) Rechtfertigung

- 45 In Übertragung der allgemeinen Grundfreiheitsdogmatik kann die tatbestandlich erfasste Beschränkung aus zwingenden **Gründen des Allgemeininteresses** gerechtfertigt sein.¹³¹ Es gelten die **allgemeinen hierzu entwickelten Grundsätze**. Anwendungsfälle: **Schutz der Öffentlichkeit** vor irreführender Verwendung **akademischer Grade**;¹³² Aufrechterhaltung eines **Gleichgewichts zwischen Fußballvereinen** unter Wahrung einer bestimmten Chancengleichheit und der Ungewissheit der Ergebnisse;¹³³ geordneter **Ablauf sportlicher Wettkämpfe**;¹³⁴ **Anwerbung und Ausbildung junger Fußballspieler**;¹³⁵ Erhaltung und Verbesserung des **Bildungssystems**;¹³⁶ **Förderung von Einstellungen**;¹³⁷ Schutz des **Sozialversicherungssystems**;¹³⁸ Förderung des Gebrauchs einer Amtssprache, wirksamer Schutz der Arbeitnehmervertretungen und der Justiz- und Verwaltungsbehörden sowie Wirksamkeit der Überwachung durch die Gewerbeaufsicht.¹³⁹
- 46 Rein **wirtschaftliche Motive**¹⁴⁰ sind kein zwingender Grund des Allgemeininteresses und können daher eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht rechtfertigen.

d) Einzelne Ausprägungen und Annexrechte des Rechts auf Arbeitnehmerfreizügigkeit

aa) Recht auf gleichen Zugang zur Beschäftigung

aaa) Art. 1–6, 8 VO (EU) Nr. 492/2011

- 47 Zwingender Bestandteil eines Konzepts der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist der in **Art. 1–6 VO (EU) Nr. 492/2011** geregelte freie Zugang zur Beschäftigung in einem anderen Mit-

129 EuGH 21.1.2000 – C-190/98, Slg 2000, I-493, Rn. 25 – Graf; *Birk* ZAS 1999, 1 (9 ff.).

130 EuGH 18.1.2001 – C-162/99, Slg 2001, I-541, Rn. 20 – Kommission/Italien; EuGH 26.10.2006 – C-345/05, Slg 2006, I-10633, Rn. 16 ff. – Kommission/Portugal; EuGH 11.1.2007 – C-208/05, Slg 2007, I-181, Rn. 33 – ITC; EuGH 1.4.2008 – C-212/06, Slg 2008, I-1683, Rn. 46 ff. – Gouvernement de la communauté française; EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811, Rn. 107 – Kommission/Deutschland; EuGH 15.4.2010 – C-542/08, Slg 2010, I-3189, Rn. 39 – Barth; EuGH 8.11.2012 – C-461/11, ECLI:EU:C:2012:704 – Radziejewski, mit Anmerkung *Hergenröder* EuZA 2013, 512.

131 S. auch EuArbR/*Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 62.

132 EuGH 31.3.1993 – C-19/92, Slg 1993, I-1663, Rn. 35 – Kraus (Rechtfertigung tats. angenommen).

133 EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-4921, Rn. 106 – Bosman (iErg nicht gerechtfertigt).

134 EuGH 13.4.2000 – C-176/96, Slg 2000, I-2681, Rn. 53 – Lehtonen (zurückverwiesen an das mitgliedstaatliche Gericht).

135 EuGH 16.3.2010 – C-325/08, Slg 2010, I-2177, Rn. 39 – Olympique Lyonnais (iErg nicht gerechtfertigt).

136 EuGH 11.1.2007 – C-40/05, Slg 2007, I-99, Rn. 39 – Lyyski (zurückverwiesen an das mitgliedstaatliche Gericht).

137 EuGH 11.1.2007 – C-208/05, Slg 2007, I-181, Rn. 39 – ITC (iErg nicht gerechtfertigt).

138 EuGH 11.1.2007 – C-208/05, Slg 2007, I-181, Rn. 43 – ITC (iErg nicht gerechtfertigt).

139 EuGH 16.4.2013 – C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239 – Las (iErg nicht gerechtfertigt).

140 EuGH 17.3.2005 – C-109/04, Slg 2005, I-2421, Rn. 34 – Kranemann; EuGH 16.2.2006 – C-185/04, Slg 2006, I-1453, Rn. 21 – Öberg (unter keinen Umständen gerechtfertigt).

gliedstaat. Wie es sich immer noch am Verhältnis zu Drittstaaten zeigt, ist der Zugang zur Beschäftigung in besonderem Maße der Anknüpfungspunkt für die Regulierung der Aufnahme fremder Arbeitskräfte.

Die in Art. 1–6 VO (EU) Nr. 492/2011 angesprochenen Fragen sind aus der Systematik des Arbeitsrechts Teil derjenigen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der **Anbahnung** eines Arbeitsverhältnisses stellen. Zugang zur Beschäftigung ist jedoch gleichzeitig auch Zugang zum Arbeitsmarkt. Die **Art. 1 ff. VO (EU) Nr. 492/2011** richten sich daher **gleichermaßen an Arbeitgeber im Aufnahmestaat sowie an den Aufnahmestaat selbst.** 48

Art. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 stellt den Grundsatz des freien Zugangs zur Beschäftigung im Aufnahmestaat auf. **Art. 2 VO (EU) Nr. 492/2011** stellt die Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten im Bestimmungsstaat in der Vertragsabschlussfreiheit sowie im Vorfeld des Vertragsabschlusses mit den eigenen Staatsangehörigen gleich. **Art. 3 und 4 VO (EU) Nr. 492/2011** betreffen Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Aufnahmemitgliedstaat, die zahlen- und anteilmäßige Beschränkungen für Staatsangehörige auch aus anderen Mitgliedstaaten statuieren oder die den Zugang zur Beschäftigung auf andere Weise einschränken oder von Bedingungen abhängig machen, die für Inländer nicht gelten. Eine **Ausnahme** wird für erforderliche **Sprachkenntnisse** normiert (Art. 3 UA 2 VO (EU) Nr. 492/2011).¹⁴¹ Von dieser Ausnahme nicht gedeckt ist jedoch die Anforderung, dass Sprachkenntnisse auf eine bestimmte Weise typischerweise innerhalb des Aufnahmestaats erworben bzw. durch dortige Behörden bescheinigt werden müssen.¹⁴² 49

Anwendungsfälle sind: Die **Befristung** von bestimmten Typen von Arbeitsverhältnissen, die überwiegend Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten betreffen (Fremdsprachen, Lektoren);¹⁴³ Nichtanerkennung oder schlechtere Anerkennung von **Vorbeschäftigungszeiten** in einem anderen Mitgliedstaat, die sich schon beim Zugang zur Beschäftigung auswirken (zur entsprechenden Problematik bei Rechten im bestehenden Arbeitsverhältnis → Rn. 56).¹⁴⁴ Bei den genannten Beispielen handelt es sich um Fälle einer mittelbaren Diskriminierung. Ein weiterer Anwendungsfall einer mittelbaren Diskriminierung ist das Erfordernis eines inländischen Wohnsitzes.¹⁴⁵ **Unmittelbare Diskriminierungen** betreffen: Fälle, in denen die Tragweite des Ausschlusses der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung gem. Art. 45 Abs. 4 AEUV für den Zugang allgemein, den Zugang zu Auswahlverfahren oder für bestimmte Beschäftigungsformen verkannt wurde;¹⁴⁶ allgemeine Staats- 50

141 S. hierzu auch EuArbR/*Steinmeyer* VO 492/2011/EU Art. 3 Rn. 2.

142 EuGH 28.11.1989 – C-379/87, Slg 1989, 3967, Rn. 14 ff. – Groener; EuGH 24.11.1998 – C-274/96, Slg 1998, I-7637, Rn. 3 – Bickel und Franz; EuGH 6.6.2000 – C-281/98, Slg 2000, I-4139, Rn. 30 ff. – Angonese.

143 EuGH 30.5.1989 – 33/88, ECLI:EU:C:1989:222 Rn. 6 ff. – Allué ua (nur befristete Beschäftigung für Fremdsprachenlektoren an Universitäten); EuGH 20.11.1997 – C-90/96, Slg 1997, I-6527, Rn. 24 ff. – Petrie ua.

144 EuGH 23.2.1994 – C-419/92, Slg 1994, I-505, Rn. 11 f. – Scholz (keine Berücksichtigung der Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat bei der Einstufung der Bewerbereignung im Rahmen eines Auswahlverfahrens); EuGH 12.5.2005 – C-278/03, Slg 2005, I-3747, Rn. 14 f. – Kommission/Italien (Nichtberücksichtigung von an Schulen anderer Mitgliedstaaten erworbener Berufserfahrung im Rahmen von Einstellungsverfahren).

145 EuGH 9.3.2000 – C-355/98, ECLI:EU:C:2000:113 Rn. 31 ff. – Kommission/Belgien (Fall einer mittelbaren Diskriminierung); EuGH 18.1.2001 – C-162/99, ECLI:EU:C:2001:35 Rn. 20 – Kommission/Italien (Fall einer Beschränkung); was in EuGH 29.4.2004 – C-171/02, ECLI:EU:C:2004:270 Rn. 33 – Kommission/Portugal – geprüft wird, ist unklar.

146 EuGH 26.5.1982 – 149/79, ECLI:EU:C:1982:195 – Kommission/Belgien (staatliche Eisenbahn); EuGH 3.6.1986 – 307/84, ECLI:EU:C:1986:222 – Kommission/Frankreich (Krankenpfleger und Krankenschwestern in öffentlichen Krankenhäusern); EuGH 3.7.1986 – 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 Rn. 23 ff. – Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg (Rechtsreferendariat); EuGH 16.6.1987 – 225/85, ECLI:EU:C:1987:284 Rn. 6 ff. – Kommission/Italien (unbefristete Beschäftigung beim nationalen For-

angehörigkeitsvorbehalte für bestimmte Berufe;¹⁴⁷ strengere Einstellungsbedingungen bei Ausländern;¹⁴⁸ die Frage, ob es im Sport um Nationalmannschaften oder um eine wirtschaftliche Betätigung geht;¹⁴⁹ Fälle, in denen die Gleichstellung mit Inländern von der Verbürgung der Gegenseitigkeit abhängig gemacht wird;¹⁵⁰ Erfordernis einer Zulassung zum Beruf¹⁵¹ bzw. Regelungen, nach denen eine Tätigkeit im Bestimmungsland nur möglich ist, wenn nicht gleichzeitig eine Betätigung in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt;¹⁵² Vorgaben zur quotenmäßigen Beschäftigung eigener Staatsangehöriger;¹⁵³ Beschränkung des Wahlrechts zu einer von Art. 8 VO (EU) Nr. 492/2011 erfassten Institution auf eigene Staatsangehörige.¹⁵⁴ Um **Beschränkungen** handelt es sich bei folgenden Anwendungsfäl-

- schungsrat eigenen Staatsangehörigen vorbehalten); EuGH 27.11.1991 – C-4/91, ECLI:EU:C:1991:448 Rn. 5 ff. – Bleis/Ministère de l'Éducation nationale (Lehramt, Auswahlverfahren); EuGH 2.7.1996 – C-173/94, ECLI:EU:C:1996:264 – Kommission/Belgien (allgemeiner Staatsangehörigkeitsvorbehalt bei Beschäftigung bei Wasser-, Gas- und Elektrizitätsversorgern); EuGH 2.7.1996 – C-290/94, ECLI:EU:C:1996:265 Rn. 10 ff. – Kommission/Griechenland (allgemeiner Staatsangehörigkeitsvorbehalt in weiten Teilen des öffentlichen Dienstes); ähnlich EuGH 2.7.1996 – C-473/93, ECLI:EU:C:1996:263 Rn. 25 ff. – Kommission/Luxemburg; EuGH 30.9.2003 – C-405/01, ECLI:EU:C:2003:515 Rn. 44 – Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola (Kapitän und erster Offizier der Handelsmarine); ähnlich EuGH 30.9.2003 – C-47/02, ECLI:EU:C:2003:516 Rn. 63 ff. – Anker (allgemeiner Vorbehalt für Kapitän); EuGH 10.9.2014 – C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185 Rn. 42 ff. – Haralambidis (Präsident Hafenbehörde).
- 147 EuGH 1.12.1993 – C-37/93, ECLI:EU:C:1993:911 – Kommission/Belgien (bestimmte Arbeitsplätze in der Seeschifffahrt); EuGH 22.3.1994 – C-375/92, ECLI:EU:C:1994:109 Rn. 5 ff. – Kommission/Spanien (Fremdenführer und Fremdenführer-Dolmetscher); EuGH 29.10.1998 – C-114/97, ECLI:EU:C:1998:519 Rn. 30 ff. – Kommission/Spanien – sowie EuGH 31.5.2001 – C-283/99, ECLI:EU:C:2001:307 Rn. 18 ff. – Kommission/Italien (beide Sicherheitspersonal); EuGH 11.3.2008 – C-89/07, ECLI:EU:C:2008:154. Rn. 10 ff. – Kommission/Italien (bestimmte Arbeitsplätze in der Seeschifffahrt); EuGH 11.11.2008 – C-447/07, ECLI:EU:C:2008:502 Rn. 14 ff. – Kommission/Italien; EuGH 20.11.2008 – C-94/08, ECLI:EU:C:2008:648 Rn. 19 ff. – Kommission/Spanien; EuGH 10.12.2009 – C-460/08, ECLI:EU:C:2009:774 Rn. 25 ff. – Kommission/Griechenland (alle drei Kapitän und erster Offizier in verschiedenen Mitgliedstaaten); EuGH 4.9.2014 – C-474/12, ECLI:EU:C:2014:2139 Rn. 29 – Schiebel Aircraft (Handel mit militärischen Waffen und militärischer Munition).
- 148 EuGH 1.6.1995 – C-123/94, ECLI:EU:C:1995:165 – Kommission/Griechenland (Lehrberuf an Privatschulen: Genehmigungserfordernis nur bei Ausländern, Möglichkeit, auf bestimmte Qualifikationen zu verzichten, nur bei Inländern).
- 149 EuGH 12.12.1974 – 36/74, ECLI:EU:C:1974:140 Rn. 4/10 – Walrave und Koch/Association Union Cycliste Internationale ua; EuGH 14.7.1976 – 13/76, ECLI:EU:C:1976:115 Rn. 12/13 ff. – Dona/Mantero; EuGH 8.5.2003 – C-438/00, ECLI:EU:C:2003:255 Rn. 53 ff. – Deutscher Handballbund (im Kontext eines Assoziierungsabkommens).
- 150 EuGH 15.10.1986 – 168/85, ECLI:EU:C:1986:381 Rn. 7 ff. – Kommission/Italien (Tätigkeiten im Bereich Tourismus, Apotheken sowie Journalisten); EuGH 30.9.2003 – C-405/01, ECLI:EU:C:2003:515 Rn. 61 – Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola (Kapitän und erster Offizier der Handelsmarine).
- 151 EuGH 7.5.1986 – 131/85, ECLI:EU:C:1986:200 Rn. 11 ff. – Gül/Regierungspräsident Düsseldorf (Arztberuf; es ging um den aus einem Drittstaat stammenden Ehegatten eines Wanderarbeitnehmers).
- 152 EuGH 30.4.1986 – 96/85, ECLI:EU:C:1986:189 Rn. 11 ff. – Kommission/Frankreich (Zulassung von Ärzten und Zahnärzten); EuGH 20.5.1992 – C-106/91, ECLI:EU:C:1992:230 Rn. 25 – Ramrath/Ministre de la Justice (Wirtschaftsprüfer); EuGH 16.6.1992 – C-351/90, ECLI:EU:C:1992:266 Rn. 10 – Kommission/Luxemburg (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte).
- 153 EuGH 4.4.1974 – 167/73, ECLI:EU:C:1974:35 Rn. 34 ff. – Kommission/Frankreich (Regelung, nach der die Besatzung eines Seeschiffes zu bestimmtem Anteil aus eigenen Staatsangehörigen bestehen muss); EuGH 17.11.1992 – C-279/89, ECLI:EU:C:1992:439 Rn. 21 ff. – Kommission/Vereinigtes Königreich (Herausnahme der Angehörigen bestimmter Mitgliedstaaten aus einer Inländerquote sowie Voraussetzung, dass die bei der Quote mitgezählten Angehörigen anderer Mitgliedstaaten einen inländischen Wohnsitz haben).
- 154 EuGH 4.7.1991 – C-213/90, ECLI:EU:C:1991:291 Rn. 11 ff. – ASTI/Chambre des employés privés (Berufskammer); EuGH 18.5.1994 – C-118/92, ECLI:EU:C:1994:198 Rn. 7 – Kommission/Luxemburg (erneut Berufskammer); EuGH 16.9.2004 – C-465/01, ECLI:EU:C:2004:530 Rn. 25 ff. – Kommission/Österreich (Kammern für Arbeiter und Angestellte); ähnlich EuGH 8.5.2003 – C-171/01, ECLI:EU:C:2003:260 Rn. 75 ff. – Wählergruppe Gemeinsam (erneut Kammern für Arbeiter und Angestellte).

len: Nachweis von Sprachkenntnissen, welcher nur durch eine Bescheinigung einer bestimmten inländischen Stelle erbracht werden kann;¹⁵⁵ Fälle, in denen Bewerber für einen Beruf in einem anderen Mitgliedstaat qualifiziert sind und in einem anderen Mitgliedstaat an einem Auswahlverfahren für bislang nicht qualifizierte Personen teilnehmen müssen;¹⁵⁶ eine Regelung, die es einem in einem anderen Mitgliedstaat arbeitenden Arbeitnehmer nicht gestattet, ein Dienstfahrzeug in seinem Wohnsitzmitgliedstaat zu nutzen;¹⁵⁷ Verpflichtung sog. Hoffnungsspieler, nach deren Ausbildung ihren ersten Vertrag als Profi beim ausbildenden Verein abzuschließen;¹⁵⁸ Verpflichtung von Empfängern von Stipendien für die Zeit der Ausbildung zum Facharzt, anschließend für eine gewisse Zeit in diesem Mitgliedstaat zu arbeiten;¹⁵⁹ Anspruch eines Arbeitnehmers auf eine Sonderzuwendung nur beim Wechsel zu einem anderen inländischen Arbeitgeber;¹⁶⁰ die unterschiedliche Behandlung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigung, wenn ein Arbeitnehmer nur bei Arbeitgeberkündigung einen Anspruch auf Entschädigung hat;¹⁶¹ Arbeitsverträge mit in Flandern ansässigen Arbeitgebern, die zwingend in niederländischer Sprache abzufassen sind;¹⁶² Verlust von Versorgungsansprüchen bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis;¹⁶³ Verlust der Aufsichtsratsmitgliedschaft eines Arbeitnehmers bei Wechsel an eine im Ausland belegene Konzerntochter;¹⁶⁴ Deckelung der für eine Urlaubserhöhung anzurechnenden Beschäftigungsjahren bei anderen Arbeitgebern auf höchstens fünf Jahre.¹⁶⁵

bbb) Anerkennung von Berufsqualifikationen

Eine besondere, nicht in der VO (EU) Nr. 492/2011 angesprochene Rechtsfrage beim Zugang zum Beruf in einem Mitgliedstaat stellt die **Anerkennung der in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsqualifikationen** dar.¹⁶⁶ Hierin dürfte in der Praxis die größte rechtliche Schwierigkeit beim Zugang zur Beschäftigung liegen.¹⁶⁷ Ein Anwendungsfall ist die Anerkennung ausländischer Befähigungsnachweise nur bei eigenen Staatsangehörigen (unmittelbare Diskriminierung).¹⁶⁸ Die Frage nach der Anerkennung stellt sich einerseits in besonderem Maße im akademischen Bereich, ist aber nicht auf diesen beschränkt, sondern ist gleichermaßen für alle Berufe zu lösen, deren Ausübung in einem Mitgliedstaat an bestimmte Voraussetzungen geknüpft wird.

Zwei Wege bieten sich an, diese Problematik anzugehen: **Erstens** können die **Ausbildungsgänge zu einem Beruf angeglichen bzw. vereinheitlicht** werden, was allerdings auch Kon-

155 EuGH 5.2.2015 – C-317/14, ECLI:EU:C:2015:63 Rn. 28 – Kommission/Belgien (im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung einer Beschränkung durch das Verlangen bestimmter Sprachkenntnisse).

156 EuGH 9.9.2003 – C-285/01, ECLI:EU:C:2003:432 – Burbaud.

157 EuGH 2.10.2003 – C-232/01, ECLI:EU:C:2003:535 – van Lent; EuGH 15.9.2005 – C-464/02, ECLI:EU:C:2005:546 – Kommission/Dänemark; EuGH 23.2.2006 – C-232/03, ECLI:EU:C:2006:128 – Kommission/Finnland.

158 EuGH 16.3.2010 – C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143 – Olympique Lyonnais.

159 EuGH 20.12.2017 – C-419/16, ECLI:EU:C:2017:997 – Simma Federspiel.

160 EuGH 10.3.2005 – C-178/04, ECLI:EU:C:2005:164 Rn. 26 ff. – Marhold.

161 EuGH 27.1.2000 – C-190/98, ECLI:EU:C:2000:49 – Graf.

162 EuGH 16.4.2013 – C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239 – Las.

163 EuGH 13.7.2016 – C-187/15, ECLI:EU:C:2016:550 – Pöpperl.

164 EuGH 18.7.2017 – C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562 – Erzberger.

165 EuGH 13.3.2019 – C-437/17, ECLI:EU:C:2019:193 – Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort.

166 Hierzu vor allem auch Schwarze/Schneider/Wunderlich EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 66 ff.; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 1963 ff.; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschitz EUV/AEUV Bd. 1 AEUV Art. 45 Rn. 69 ff.

167 Vgl. auch Europäische Kommission, Grünbuch Überarbeitung der Richtlinie über Berufsqualifikationen, KOM(2011) 367 endg., 1 f.

168 EuGH 25.7.1991 – C-58/90, ECLI:EU:C:1991:329 Rn. 8 ff. – Kommission/Italien.

sens darüber voraussetzt, welche Berufe welchen Anforderungen unterliegen sollen. Im akademischen Bereich ist der sogenannte **Bologna-Prozess**¹⁶⁹ daher auch der Versuch, die Frage der Anerkennung der Studienabschlüsse über die gleiche Strukturierung der Studiengänge zu erleichtern. Problematisch bleiben hier zum einen die Situationen, in denen innerhalb der Mitgliedstaaten Uneinigkeit darüber besteht, ob ihre Berufsausübung ein Studium überhaupt voraussetzt. Gleichzeitig ist es eine Herausforderung, die verschiedenen Kategorien von Universitäten (Universitäten, Fachhochschulen, Berufsakademien usw.) in dieses System einzubauen. Darüber hinaus besteht das Sonderproblem der Rechtswissenschaft, die inhaltlich typischerweise jedenfalls schwerpunktmäßig auf ein einziges mitgliedstaatliches Recht bezogen ist und dies auch in absehbarer Zeit bleiben wird. Teilweise noch problematischer ist der Weg der Vereinheitlichung des beruflichen Werdegangs in den **nicht akademischen** Berufen, weil die Unterschiede in der Ausbildung in diesem Bereich noch tiefer ausgeprägt sind (Handwerk: Meisterzwang).¹⁷⁰

- 53 Die **Alternative** zur Angleichung der Ausbildung ist ein **Zwang zur Anerkennung**¹⁷¹ gleich welcher Form der Ausbildung (s. hierzu auch *Terhechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 60). Bei zu tiefgreifenden Unterschieden zwischen den Strukturen einer Ausbildung in den jeweiligen Mitgliedstaaten kann dieser zweite Weg zu einem rascheren Ergebnis für die Förderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit führen. Mittel- und langfristig ist der erstgenannte Weg über die Angleichung der Vorstellungen, die an die Ausbildung eines jeden Berufs gerichtet sind, jedoch vorzuziehen.
- 54 Das Sekundärrecht¹⁷² hat **zunächst einzelne Berufe** angesprochen, ist dann zunehmend aber dazu übergegangen, eine **allgemeine Regelung** zu schaffen.¹⁷³ Allerdings finden sich in dieser allgemeinen Richtlinie zahlreiche Sonderregeln für bestimmte Berufe. Den Kern

169 S. dazu die Gemeinsame Erklärung der Europäischen Bildungsminister v. 19.6.1999, https://www.bmbf.de/files/bologna_deu.pdf.

170 S. hierzu auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff AEUV Art. 45 Rn. 284.

171 S. auch *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV Art. 45, Rn. 119.

172 Zu gewissen allgemeinen Anforderungen, die der EuGH entwickelt hat, s. EuGH 15.10.1987 – Rs. 222/86, Slg 1987, 4097, Rn. 13 – Heylens; EuGH 7.5.1991 – C-340/89, Slg 1991, I-2357, Rn. 18 f. – Vlassopoulou; EuGH 7.10.2004 – C-402/02, ECLI:EU:C:2004:596 Rn. 45 – Kommission/Frankreich.

173 Ursprüngliche Richtlinien zu einzelnen Berufen: **Krankenschwester/Krankenpfleger**: Richtlinie 77/452/EWG des Rates v. 27.6.1977 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, und über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. 1977 L 177/1; Richtlinie 77/453/EWG des Rates v. 27.6.1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, ABl. 1977 L 177/8; **Zahnarzt**: Richtlinie 78/686/EWG des Rates v. 25.7.1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. 1978 L 233/1; Richtlinie 78/687/EWG des Rates v. 25.7.1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Zahnarztes, ABl. 1978 L 233/10; **Tierarzt**: Richtlinie 78/1026/EWG des Rates v. 18.12.1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Tierarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. 1978 L 362/1; Richtlinie 78/1027/EWG des Rates v. 18.12.1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Tierarztes, ABl. 1978 L 362/7; **Hebamme**: Richtlinie 80/154/EWG des Rates v. 21.1.1980 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise für Hebammen und über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. 1980 L 33/1; Richtlinie 80/155/EWG des Rates v. 21.1.1980 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeiten der Hebamme, ABl. 1980

der Regelung bilden Art. 13 (Anerkennungsbedingungen) sowie Art. 21 (automatische Anerkennung bei bestimmten Berufen) RL 2005/36/EG.¹⁷⁴ Keine Rolle spielt es, ob es um selbstständige oder nichtselbstständige Arbeit geht. Eine Sonderrolle kommt der vorübergehenden Berufsausübung in einem anderen Mitgliedstaat im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zu (Art. 5 ff. RL 2005/36/EG). Neben der allgemeinen Regelung existieren noch besondere rechtliche Grundlagen für bestimmte Berufe, so für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs,¹⁷⁵ für Kraftverkehrsunternehmer,¹⁷⁶ Seeleute,¹⁷⁷ Inhaber von Bin-

L 33/8; **Architekt:** Richtlinie 85/384/EWG des Rates v. 10.6.1985 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. 1985 L 223/15; **Apotheker:** Richtlinie 85/433/EWG des Rates v. 16.9.1985 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Apothekers und über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts für bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten, ABl. 1985 L 253/37; Richtlinie 85/432/EWG des Rates v. 16.9.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten, ABl. 1985 L 253/34; **Arzt:** Richtlinie 93/16/EWG des Rates v. 5.4.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, ABl. 1993 L 165/1; **Hochschuldiplome:** Richtlinie 89/48/EWG des Rates v. 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. 1988 L 19/16; Richtlinie 92/51/EWG des Rates v. 18.6.1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG, ABl. 1992 L 209/25; Richtlinie 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.6.1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise, ABl. 1999 L 201/77; vorstehende sektorale Richtlinien geändert durch Richtlinie 2001/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.5.2001 zur Änderung der Richtlinien 89/48/EWG und 92/51/EWG des Rates über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise und der Richtlinien 77/452/EWG, 77/453/EWG, 78/686/EWG, 78/687/EWG, 78/1026/EWG, 78/1027/EWG, 80/154/EWG, 80/155/EWG, 85/384/EWG, 85/432/EWG, 85/433/EWG und 93/16/EWG des Rates über die Tätigkeiten der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, des Zahnarztes, des Tierarztes, der Hebamme, des Architekten, des Apothekers und des Arztes, ABl. 2001 L 206/1; schließlich **zusammengefasst durch** die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255/22.

- 174 Vgl. zur RL 2005/36/EG auch *Frenz* GewArch 2011, 377. Die Kommission ging von der Notwendigkeit einer Überarbeitung der Richtlinie aus, s. im Einzelnen Europäische Kommission, Grünbuch Überarbeitung der Richtlinie über Berufsqualifikationen, KOM(2011) 367 endg., sowie mittlerweile Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.11.2013 zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mithilfe des Binnenmarktinformationssystems („IMI-Verordnung“), ABl. 2013 L 354/132.
- 175 Richtlinie 77/249/EWG des Rates v. 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. 1977 L 78/17; dazu *Brangsch* NJW 1981, 1177; Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.2.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. 1998 L 77/36; dazu *Henssler* ZEuP 1999, 689.
- 176 Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.10.2009 zur Festlegung gemeinsamer Regeln für die Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers und zur Aufhebung der Richtlinie 96/26/EG des Rates, ABl. 2009 L 300/51.
- 177 Richtlinie 2008/106/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über Mindestanforderungen für die Ausbildung von Seeleuten (Neufassung), ABl. 2008 L 323/33.

nenschifferpatenten,¹⁷⁸ Personal der Zivilluftfahrt,¹⁷⁹ Triebfahrzeugführer,¹⁸⁰ Abschlussprüfer,¹⁸¹ Versicherungsvermittler.¹⁸² Unabhängig von der Frage der Anerkennung von Qualifikationen wurde eine Richtlinie (EU) 2018/958 zur Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass mitgliedstaatlicher Regelungen zur Reglementierung eines Berufs erlassen.¹⁸³

bb) Gleiche Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen

- 55 Wenn der Zugang zur Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt ist, gewährleistet Art. 7 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 die Gleichstellung des Arbeitnehmers bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Der Text der Verordnung nennt als Beispiele insbesondere die Entlohnung und die Kündigung. Das Gleichstellungsgebot umfasst aber sämtliche Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.¹⁸⁴ Erfasst ist dem Wortlaut nach auch eine Gleichstellung bei der beruflichen Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung nach Arbeitslosigkeit. In diesem Fall richtet sich das Gleichstellungsgebot sowohl gegen den Arbeitgeber als auch gegen Dritte, die mit diesen Aufgaben betraut werden (zB Beschäftigungs- oder Auffanggesellschaften, die durch Sozialplan geschaffen werden) und auch gegen am Wiedereingliederungs- oder Wiedereinstellungsprozess beteiligte staatliche Behörden wie Arbeitsämter. Soweit sich in solchen Fällen Art. 7 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 mit der Gleichstellung bei den sozialen Vergünstigungen des Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 deckt, ist eine Abgrenzung, welcher der beiden Absätze letztlich einschlägig ist, nicht erforderlich. Sind Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen durch Kollektivverträge geregelt, greift auch hier das Gleichstellungsgebot. Da es sich typischerweise um Leistungen handelt, die im Endeffekt der Arbeitgeber gewähren muss, würde sich der Anspruch auf Gleichstellung bei diskriminierender kollektivvertraglicher Regelung gegen den Arbeitgeber richten. Das Gleichstellungsgebot bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedin-

178 Richtlinie 96/50/EG des Rates v. 23.7.1996 über die Harmonisierung der Bedingungen für den Erwerb einzelstaatlicher Schifferpatente für den Binnenschiffsgüter- und -personenverkehr in der Gemeinschaft, ABl. 1996 L 235/31; Richtlinie 91/672/EWG des Rates v. 16.12.1991 über die gegenseitige Anerkennung der einzelstaatlichen Schifferpatente für den Binnenschiffsgüter- und -personenverkehr, ABl. 1991 L 373/29; die beiden genannten Richtlinien werden gem. Art. 37 der Richtlinie (EU) 2017/2397 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2017 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen in der Binnenschiffahrt und zur Aufhebung der Richtlinien 91/672/EWG und 96/50/EG des Rates, ABl. 2017 L 345/53, mit Wirkung v. 18.1.2022 aufgehoben.

179 Verordnung (EU) 2018/1139 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.7.2018 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Flugsicherheit sowie zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2111/2005, (EG) Nr. 1008/2008, (EU) Nr. 996/2010, (EU) Nr. 376/2014 und der Richtlinien 2014/30/EU und 2014/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 552/2004 und (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EWG) Nr. 3922/91 des Rates, ABl. 2018 L 212/1.

180 Richtlinie 2007/59/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2007 über die Zertifizierung von Triebfahrzeugführern, die Lokomotiven und Züge im Eisenbahnsystem in der Gemeinschaft führen, ABl. 2007 L 315/51.

181 Art. 3–14 der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. 2006 L 157/87.

182 Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.1.2016 über Versicherungsvertrieb (Neufassung), ABl. 2016 L 26/19.

183 Richtlinie (EU) 2018/958 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.6.2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, ABl. 2018 L 173/25.

184 EuArbR/*Steinmeyer* VO 492/2011/EU Art. 7 Rn. 1.

gungen erfasst auch freiwillige Leistungen des Arbeitgebers,¹⁸⁵ eine Haltung, die sich auch bei anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften findet.¹⁸⁶

Eine **Auswertung der Rechtsprechung** des Europäischen Gerichtshofs zu dem Gleichstellungsgebot bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zeigt, dass eine Ungleichbehandlung bei **Kernarbeitsbedingungen** allenfalls und auch dann nur vereinzelt in früheren Jahren Gegenstand von Entscheidungen geworden ist.¹⁸⁷ Immer wieder beschäftigen den Europäischen Gerichtshof die Fragen nach der **Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten** in einem anderen Mitgliedstaat¹⁸⁸ und den arbeitsrechtlichen Auswirkungen des Erfordernisses, im Heimatstaat seinen **Wehrdienst** ableisten zu müssen (Fall einer unmittelbaren Diskriminierung).¹⁸⁹ Weiterhin ging es um: die Nichtanerkennung von in befristeter Beschäftigung abgeleiteten Vordienstzeiten im Rahmen einer Entfristung nur bei Ausländern (unmittelbare Diskriminierung);¹⁹⁰ Befristung von bestimmten Arten von Arbeitsverhältnissen (mittelbare Diskriminierung);¹⁹¹ Trennungsschädigung bei Unterschied in der Höhe einer Leistung, je nachdem, ob ein inländischer oder ein ausländischer Wohnort vorliegt (mittelbare Diskriminierung);¹⁹² eine nur an inländische Dienstzeiten geknüpfte Treueprämie (mittelbare Diskriminierung).¹⁹³

185 EuGH 12.2.1974 – C-152/73, Slg 1974, 153, Rn. 9 – Sotgiu.

186 Bspw. zu Art. 157 AEUV: EuGH 11.3.1981 – Rs. 69/80, Slg 1981, 767, Rn. 16 – Worringham; EuGH 9.2.1982 – Rs. 12/81, Slg 1982, 359, Rn. 10 – Garland; EuGH 17.3.1993 – C-173/91, Slg 1993, I-673, Rn. 17 – Kommission/Belgien; EuGH 21.10.1999 – C-333/97, Slg 1999, I-7243, Rn. 21 – Lewen.

187 EuGH 13.12.1972 – C-44/72, Slg 1972, 1243 – Marsman/Roskamp (Anwendung des Kündigungsschutzes für Schwerbeschädigte auch auf Arbeitnehmer aus dem europäischen Ausland); EuGH 12.2.1974 – C-152/73, Slg 1974, 153 – Sotgiu (Trennungsschädigung als Ergänzung der Arbeitsvergütung stellt eine Arbeitsbedingung dar; wird Arbeitnehmern, die an einem anderen Ort als ihrem Wohnsitz eingestellt wurden, eine solche Entschädigung gewährt, darf nicht danach differenziert werden, ob der Wohnsitz im In- oder Ausland liegt); EuGH 24.9.1998 – C-35/97, Slg 1998, I-5325, Rn. 36 – Kommission/Frankreich (Geltung besonderer Kündigungsregelungen für EU-Ausländer).

188 EuGH 16.6.1987 – Rs. 225/85, Slg 1987, 2625, Rn. 14 – Kommission/Italien (Laufbahnbedingungen: Forscher mit Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats erhalten keine unbefristeten Verträge, und das Fehlen einer Laufbahn macht es ihnen unmöglich, in höhere Besoldungsgruppen aufzusteigen); EuGH 15.1.1998 – C-15/96, Slg 1998, I-47, Rn. 28 – Schöning-Kongebetopoulo (Laufbahnbedingungen: keine Berücksichtigung von Dienstzeiten, die im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats zurückgelegt wurden, bei Eingruppierung eines Arbeitnehmers in BAT); EuGH 12.3.1998 – C-187/96, Slg 1998, I-1095, Rn. 23 – Kommission/Griechenland (Laufbahnbedingungen: keine Berücksichtigung von Dienstzeiten in der öffentlichen Verwaltung eines anderen Mitgliedstaats bei der tariflichen Einstufung eines Arbeitnehmers, weil diese Dienstzeiten nicht in der nationalen Verwaltung erbracht wurden); EuGH 26.10.2006 – C-371/04, ECLI:EU:C:2006:668 Rn. 15 ff. – Kommission/Italien (Berücksichtigung von Berufserfahrung und Dienstalter); EuGH 5.12.2013 – C-514/12, ECLI:EU:C:2013:799 – Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (Vorrücken in höhere Entlohnungsstufe). Das BAG hat jüngst vorgelegt, ob die Privilegierung der beim selben Arbeitgeber erworbenen Berufserfahrung in § 16 TV-L trotz grenzüberschreitenden Bezugs mit Art. 45 Abs. 2 AEUV vereinbar ist, BAG 18.10.2018 – 6 AZR 232/17 (A); EuGH 30.11.2000 – C-195/98, Slg 2000, I-10 497, Rn. 41 – Österreichischer Gewerkschaftsbund (Berücksichtigung von Dienstzeiten in Verwaltungen anderer Mitgliedstaaten nur bei diesbzgl. öffentlichem Interesse und Zustimmung der zuständigen Behörde); EuGH 23.2.2006 – C-205/04, Slg 2006, I-31, Rn. 14 – Kommission/Spanien (keine Anerkennung von in der öffentlichen Verwaltung eines anderen Mitgliedstaats geleisteten Diensten in wirtschaftlicher Hinsicht).

189 EuGH 15.10.1969 – Rs. 15/69, Slg 1969, 363, Rn. 5 ff. – Ugliola (Anrechnung des im Ausland erbrachten Wehrdienstes auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit).

190 EuGH 26.6.2001 – C-212/99, ECLI:EU:C:2001:357 Rn. 21 ff. – Kommission/Italien; EuGH 15.5.2008 – C-276/07, ECLI:EU:C:2008:282 Rn. 20 ff. – Delay.

191 EuGH 2.8.1993 – verb. Rs. C-259/91, C-331/91 und C-332/91, Slg 1993, I-4309, Rn. 21 – Allué ua; EuGH 20.10.1993 – C-272/92, Slg 1993, I-5185, Rn. 20 f. – Spotti; EuGH 29.1.2002 – C-162/00, ECLI:EU:C:2002:57 Rn. 34 ff. – Pokrzepowicz-Meyer.

192 EuGH 10.9.2014 – C-152/13, ECLI:EU:C:2014:2184 Rn. 10 ff. – Holger Forstmann Transporte (Trennungsschädigung).

193 EuGH 30.9.2003 – C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 Rn. 73 – Köbler.

57 In den Entscheidungen ging es abgesehen von wenigen Ausnahmen damit um rechtliche Fragen, die man aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht als zentral bezeichnen würde. Gegenstand der Entscheidungen waren zudem überwiegend staatliche Regelungen und gerade nicht vom Arbeitgeber gesteuerte Regelungen.¹⁹⁴ Tarifparteien waren nur in seltenen Fällen beteiligt.¹⁹⁵ Es ist zwar möglich, dass es Arbeitgeber gibt, die Wanderarbeitnehmer wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminieren, diese Fälle landen indes nicht vor Gericht. Auf der anderen Seite stellen Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten, denen Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt wird, eine größere Konkurrenz für die einheimischen Beschäftigten dar, wenn sie bei den Arbeitsbedingungen schlechter behandelt werden, als wenn sie gleichgestellt sind. Die Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsseite hat daher ein klares Interesse an einer Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer.¹⁹⁶

cc) Gleiche soziale und steuerliche Vergünstigungen

58 Ein Arbeitnehmer, der von der Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch macht, genießt nach Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in dem sein Arbeitgeber ansässig ist, die **gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen** wie die inländischen Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer soll nicht nur in arbeitsrechtlicher Hinsicht, sondern in Bezug auf die gesamte rechtliche Umgebung so gestellt werden wie Inländer.¹⁹⁷ Die Auswertung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung auf der einen und zu der Gleichstellung bei steuerlichen und sozialen Vergünstigungen auf der anderen Seite zeigt, dass im Zusammenhang mit den beiden Letztgenannten in der rechtlichen Praxis erheblich häufiger gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen wurde als im arbeitsrechtlichen Kontext.

59 Das Gleichbehandlungsgebot bei steuerlichen und sozialen Vergünstigungen setzt die **Arbeitnehmereigenschaft** voraus.¹⁹⁸ Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 verkörpert damit den Kern der Unterscheidung zwischen Arbeitnehmerfreizügigkeit und allgemeiner Freizügigkeit. Für den **Nichtarbeitnehmer** gilt Art. 24 RL 2004/38/EG.¹⁹⁹ Nach dessen Abs. 2 sind zum einen die Sozialhilfe und Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, vom Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG ausgenommen. Zudem räumt der Europäische Gerichtshof zum anderen den Mitgliedstaaten ein, im Rahmen der Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots (Art. 18 AEUV, Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG) die Gewährung sozialer und steuerlicher Vergünstigungen von dem Bestehen einer **tatsächlichen Verbindung zu dem Mitgliedstaat** abhängig zu machen. Eine solche Verbindung kann darin liegen, dass die Person während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäfti-

194 Ausnahme EuGH 6.6.2000 – C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 Rn. 38 – Angonese, weil der in Rn. 11 genannte Tarifvertrag das Festlegen der Einstellungskriterien den einstellenden Banken überlässt.

195 EuGH 15.1.1998 – C-15/96, ECLI:EU:C:1998:3 –Schöning-Kougebetopoulou/Freie und Hansestadt Hamburg (mittelbare Diskriminierung bei Anrechnung von Vordienstzeiten); EuGH 24.9.1998 – C-35/97, ECLI:EU:C:1998:431 – Kommission/Frankreich (Schlechterstellung von Grenzgängern bei Gewährung von Punkten für zusätzliche Altersrente); EuGH 16.3.2010 – C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143 – Olympique Lyonnais (Beschränkung durch Verpflichtung, beim ausbildenden Verein zu spielen; zum Charakter als Grundlage dieser Verpflichtung als Tarifvertrag, vgl. Rn. 32); vgl. auch EuGH 16.9.2004 – C-400/02, ECLI:EU:C:2004:537 – Merida (fiktiver Abzug von Lohnsteuer bei Überbrückungshilfe von Grenzgängern, obwohl diese im Wohnsitzstaat steuerpflichtig sind).

196 *Krebber* EuZA 2019, 62 (73) mit Fn. 83.

197 Fuchs/*Steinmeyer* Europäisches Sozialrecht Art. 7 VO (EU) Nr. 492/2011 Rn. 1; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV Art. 46 Rn. 18.

198 *EuArbR/Steinmeyer* VO 492/2011/EU Art. 7 Rn. 14.

199 S. Fn. 14.

gung in dem Mitgliedstaat gesucht hat und damit eine Verbindung zu dem Arbeitsmarkt dieses Staates besteht.²⁰⁰ Zu weitergehenden Anforderungen → Rn. 12.

Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 knüpft keine unterschiedlichen 60 Rechtsfolgen daran, ob eine soziale oder ob eine steuerliche Vergünstigung vorliegt. Ist in beiden Fällen Rechtsfolge die Gleichstellung des Arbeitnehmers, ist eine Abgrenzung auch nicht erforderlich. Die Umschreibung der sozialen Vergünstigung als Vergünstigung, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpft oder nicht – dem inländischen Arbeitnehmer hauptsächlich wegen seiner objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder wegen seines gewöhnlichen Wohnsitzes im Inland gewährt wird und deren Erstreckung auf Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten daher geeignet ist, ihre Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern,²⁰¹ würde sich in ihrer Bedeutung darin erschöpfen, den Kreis der für die eine Variante des Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 überhaupt in Frage kommenden Vorschriften zu paraphrasieren. Dennoch hat der Europäische Gerichtshof in der **Riester-Rente-Entscheidung** eine Abgrenzung vorgenommen.²⁰² Um die Riester-Renten-Förderung als soziale Vergünstigung einzustufen, stellt der Europäische Gerichtshof auf die soziale Erwägung dieser Förderung sowie auf die Gewährung hauptsächlich wegen der objektiven Arbeitnehmereigenschaft einer Person ab.²⁰³ Es lässt sich durchaus in Frage stellen, ob sich dies nicht auch auf manche steuerliche Privilegierung übertragen ließe, die von der Rechtsprechung als steuerliche Vergünstigung behandelt wird. Hintergrund der Differenzierung scheint zu sein, dass die Rechtfertigungsmaßstäbe abweichend sein könnten.²⁰⁴

Die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verstoßen immer wieder gegen das Gebot der Gleichbehandlung des Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011, weil es eine lange Tradition ist, für steuerliche und soziale Vergünstigungen eine Verknüpfung mit dem Mitgliedstaat zu verlangen, der sie gewährt: Der moderne Sozialstaat ist für seine Angehörigen verantwortlich.²⁰⁵ An Art. 7 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 492/2011 wurden daher vielfach geprüft: **Wohnsitzerfordernisse**,²⁰⁶ zeitliche Anforderungen an die Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat²⁰⁷ sowie fehlende Berücksichtigung des Umstandes in mitgliedstaatlichen Rechten, dass eine steuerliche oder soziale Vergünstigung nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass die Verwendung der Geldsumme im Inland Voraussetzung ist.²⁰⁸ Zu Wohnsit-

200 EuGH 12.9.1996 – C-278/94, Slg 1996, I-4307, Rn. 39 f. – Kommission/Belgien; EuGH 23.3.2004 – C-138/02, Slg 2004, I-2703, Rn. 30 f., 70 – Collins; EuGH 11.7.2002 – C-224/98, Slg 2002, I-6191, Rn. 38 – d’Hoop; EuGH 15.9.2005 – C-258/04, Slg 2005, I-8275, Rn. 30 – Ioannidis; EuGH 4.6.2009 – verb. Rs. C-22/08 und C-23/08, Slg 2009, I-4585, Rn. 37, 39 – Vatsouras und Koupatantze.

201 EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811, Rn. 39 – Kommission/Deutschland; EuGH, 12.5.1998 – C-85/96, Slg 1998, I-2691, Rn. 25 – Martínez Sala; EuGH 11.9.2007 – C-287/05, Slg 2007, I-6909, Rn. 48 – Hendrix.

202 Vgl. auch EuArbR/Steinmeyer VO 492/2011/EU Art. 7 Rn. 31.

203 EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811, Rn. 41, 43 – Kommission/Deutschland.

204 EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811, Rn. 63 – Kommission/Deutschland; diese Auffassung ist wenig überzeugend, vgl. *Krebbler* EuR 2010, 822 (827).

205 *Stolleis*, S. 19; zum Sozialversicherungsrecht etwa *Wannagat*, S. 48: Versorgung (nur) von Staatsangehörigen im ALR; für soziale Rechte *Becker* ZESAR 2017, 101 (102).

206 EuGH 27.3.1985 – Rs. 249/83, Slg 1985, 973, Rn. 25 – Hoeckx; EuGH 26.2.1992 – C-3/90, Slg 1992, I-1071, Rn. 29 – Bernini; EuGH 12.9.1996 – C-278/94, Slg 1996, I-4307, Rn. 29 – Kommission/Belgien; EuGH 27.11.1997 – C-57/96, Slg 1997, I-6689, Rn. 46 – Meints; EuGH 24.9.1998 – C-35/97, Slg 1998, I-5325, Rn. 37 ff. – Kommission/Frankreich; EuGH 8.6.1999 – C-337/97, Slg 1999, I-3289, Rn. 21 – Meeusen; EuGH 18.7.2007 – C-212/05, Slg 2007, I-6303, Rn. 31 – Hartmann; EuGH 14.6.2012 – C-542/09, ECLI:EU:C:2012:346 – Kommission/Niederlande.

207 EuGH 6.6.1985 – Rs. 157/84, Slg 1985, Rn. 24 – Frascogna; EuGH 10.11.1992 – C-326/90, Slg 1992, I-5517, Rn. 1, 3 – Kommission/Belgien.

208 EuGH 26.10.2006 – C-345/05, Slg 2006, I-10633, Rn. 23 – Kommission/Portugal; EuGH 17.1.2008 – C-152/05, Slg 2008, I-39, Rn. 25 – Kommission/Deutschland; EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811, Rn. 77 ff. – Kommission/Deutschland.

zerfordernissen und sonstigen Elementen einer Verbindung zum Aufnahmestaat als Voraussetzung des Anspruchs auf soziale Vergünstigungen → Rn. 12.

- 62 **Soziale Vergünstigungen** iSv Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 sind alle staatlich gewährten Vergünstigungen, die geeignet sind, die Eingliederung eines Arbeitnehmers und seiner Angehörigen in den Aufnahmestaat zu fördern und somit zur Verwirklichung des Ziels der Freizügigkeit der Arbeitnehmer beizutragen.²⁰⁹ Beispiele für soziale Vergünstigungen in diesem Sinne: Altersvorsorgezulage wie bei der sog. **Riester-Rente**;²¹⁰ Gewährung eines garantierten **Einkommens für ältere Personen**;²¹¹ Leistungen zur Sicherstellung des **Existenzminimums**;²¹² **Überbrückungsgelder für junge Arbeitslose**;²¹³ **Leistungen für kinderreiche Familien**;²¹⁴ **Elterngeld** (früher Erziehungsgeld);²¹⁵ **zinsfreie Geburtsdarlehen**²¹⁶ sowie **Geburts- und Mutterschaftsbeihilfen**;²¹⁷ **Kindergeld**;²¹⁸ **Ausbildungsförderung und Stipendien** für ein Universitätsstudium, soweit dem früheren Arbeitnehmer weiterhin die Rechte aus Art. 45 AEUV zukommen;²¹⁹ **Entschädigung wegen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses**;²²⁰ **Leistungen für Behinderte**;²²¹ **Bestattungsgelder**.²²² Bei Grenzgängern,²²³ die in einem Mitgliedstaat wohnen und in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten, kann die Gleichstellung bei den sozialen Vergünstigungen dazu führen, dass sie Anspruch auf eine gleich geartete soziale Vergünstigung in beiden Mitgliedstaaten haben. Dies schließt den Anspruch auf die soziale Vergünstigung auf der Grundlage von Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 nicht aus.²²⁴ Allerdings ist eine Anrechnung möglich.²²⁵
- 63 Das Gleichstellungsgebot bei **steuerlichen Vergünstigungen** verlangt, dass ein Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat steuerlich so zu stellen ist wie die einheimischen Arbeitnehmer. **Praktische Probleme** treten hier vor allem auf, wenn Arbeitnehmer nur einen

209 EuGH 17.4.1986 – C-59/85, Slg 1986, 1283, Rn. 28 – Reed.

210 EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811 – Kommission/Deutschland.

211 EuGH 12.7.1984 – Rs. 261/83, Slg 1984, 3199, Rn. 11 – Castelli; EuGH 6.7.1985 – Rs. 157/84, Slg 1985, 1739, Rn. 22 – Frascogna.

212 EuGH 12.7.1984 – Rs. 261/83, Slg 1984, 3199, Rn. 12 – Castelli; EuGH 27.3.1985 – Rs. 122/84, Slg 1985, 1027, Rn. 25 ff. – Scriver; EuGH 27.3.1985 – Rs. 249/83, Slg 1985, 973, Rn. 22 – Hoeckx; EuGH 6.6.1985 – Rs. 157/84, Slg 1985, 1739, Rn. 22, 25 – Frascogna.

213 EuGH 20.6.1985 – Rs. 94/84, Slg 1985, 1873, Rn. 27 – Deak; EuGH 12.9.1996 – C-278/94, Slg 1996, I-4307, Rn. 25 – Kommission/Belgien; EuGH 11.7.2002 – C-224/98, Slg 2002, I-6191 – D’Hoop; EuGH 16.9.2004 – C-400/02, Slg 2004, I-8471, Rn. 25 ff. – Merida.

214 EuGH 30.9.1975 – Rs. 32/75, Slg 1975, 1085, Rn. 10, 13 – Cristini; EuGH 29.10.1998 – C-185/96, Slg 1998, I-6601, Rn. 21 – Kommission/Griechenland.

215 EuGH 12.5.1998 – C-85/96, Slg 1998, I-2691, Rn. 26 – Sala; EuGH 18.7.2007 – C-212/05, Slg 2007, I-6303, Rn. 22 – Hartmann; EuGH 18.7.2007 – C-213/05, Slg 2007, I-6347, Rn. 13 – Geven.

216 EuGH 14.1.1982 – Rs. 65/81, Slg 1982, 33, Rn. 18 – Reina.

217 EuGH 10.3.1993 – C-111/91, Slg 1993, I-817, Rn. 6, 22 – Kommission/Luxemburg.

218 EuGH 12.6.1997 – C-266/95, Slg 1997, I-3279, Rn. 32 ff. – Garcia.

219 EuGH 21.6.1988 – Rs. 39/86, Slg 1988, 3161, Rn. 23 – Lair; EuGH 21.6.1988 – Rs. 197/86, Slg 1988, 3205, Rn. 12 – Brown; EuGH 27.9.1988 – Rs. 235/87, Slg 1988, 5589, Rn. 11 – Matteucci; EuGH 26.2.1992 – C-3/90, Slg 1992, I-1071, Rn. 23 – Bernini.

220 EuGH 27.11.1997 – C-57/96, Slg 1997, I-6689, Rn. 42 – Meints.

221 EuGH 16.12.1976 – Rs. 63/76, Slg 1976, 2057 – Inzirillo; EuGH 27.5.1993 – C-310/91, Slg 1993, I-3011, Rn. 26 – Schmid; EuGH 8.7.1992 – C-243/91, Slg 1992, I-4401, Rn. 11 – Taghavi; EuGH 11.9.2007 – C-287/05, Slg 2007, I-6909, Rn. 49 – Hendrix.

222 EuGH 23.5.1996 – C-237/94, Slg 1996, I-2617, Rn. 14 – O’Flynn.

223 S. hierzu auch EuArbR/Steinmeyer VO 492/2011/EU Art. 7 Rn. 23.

224 EuGH 18.7.2007 – C-213/05, Slg 2007, I-6347, Rn. 14 ff. – Geven; EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811, Rn. 61 – Kommission/Deutschland.

225 EuGH 20.6.2013 – C-20/12, ECLI:EU:C:2013:411 Rn. 79 – Giersch.

Teil des Jahres im anderen Mitgliedstaat ansässig sind;²²⁶ weil Ehegatten ihren Wohnsitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten haben;²²⁷ bei der steuerlichen Absetzbarkeit von Geldbeträgen, die nicht an inländische Personen oder Institutionen gezahlt wurden²²⁸ sowie vor allem bei Grenzgängern.²²⁹ Bei Letzteren besteht die Gefahr, dass weder der Wohnsitzstaat noch der Beschäftigungsstaat die besonderen persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers steuerlich berücksichtigt. Hierin läge eine unzulässige Diskriminierung, die der Europäische Gerichtshof mit folgender Regelung beseitigt: Grenzgänger genießen die gleichen steuerlichen Vergünstigungen wie gebietsansässige Arbeitnehmer im Beschäftigungsstaat, wenn sie ihre gesamten oder nahezu ihre gesamten Einkünfte aus einer beruflichen Tätigkeit und praktisch die Gesamtheit ihrer Familieneinkünfte im Beschäftigungsstaat erzielen.²³⁰

3. Koordinierung der mitgliedstaatlichen Systeme der sozialen Sicherheit

a) Allgemeines

Arbeitnehmerfreizügigkeit wäre undenkbar, wenn sie nicht sozialrechtlich flankiert wäre. 64 Das Unionsrecht hat sich von Anbeginn an gegen ein harmonisiertes europarechtliches materielles Sozialrecht und vielmehr – heute in Art. 48 AEUV verankert – für eine **Koordinierung der mitgliedstaatlichen Sozialrechte** entschieden.²³¹ Dieses System wurde erstmals 1958 eingeführt.²³² Zu Beginn der 1970er-Jahre wurden die rechtlichen Grundlagen durch die VO (EWG) Nr. 1408/71²³³ und die VO (EWG) Nr. 574/72²³⁴ ersetzt. Seit dem 1.5.2010 sind maßgeblich die VO (EG) Nr. 883/2004²³⁵ sowie die VO (EG) Nr. 987/2009.²³⁶ Die VO (EG) Nr. 883/2004 ist Grundlage des einheitlichen, koordinierenden Kollisionsrechts. Die VO (EG) Nr. 987/2009 enthält die Durchführungsbestimmungen.

226 EuGH 8.5.1990 – C-175/88, Slg 1990, I-1779, Rn. 12 ff. – Biehl (Einbehalten zu viel bezahlter Steuern von Arbeitnehmern, die nur einen Teil des Jahres im Inland beschäftigt sind); EuGH 26.10.1995 – C-151/94, Slg 1996, I-3685, Rn. 15 – Kommission/Luxemburg (Lohnsteuerjahresausgleich nur für Arbeitnehmer, die ununterbrochen mindestens 9 Monate im Inland beschäftigt waren).

227 EuGH 16.5.2000 – C-87/99, Slg 2000, I-3337, Rn. 20 – Zurstrassen (keine steuerliche Zusammenveranlagung von in unterschiedlichen Mitgliedstaaten wohnhaften Ehegatten).

228 EuGH 28.1.1992 – C-204/90, Slg 1992, I-249, Rn. 9 ff. – Bachmann (steuerliche Absetzbarkeit im Ausland bezahlter Beiträge zu Kranken- und Invaliditäts- oder Alters- und Todesfallversicherungen); EuGH 28.1.1992 – C-300/90, Slg 1992, I-305, Rn. 7 ff. – Kommission/Belgien (steuerliche Abzugsfähigkeit von im Ausland geleisteten Beiträgen zur Zusatzversicherung für den Fall des Alters oder des vorzeitigen Todes); EuGH 19.11.2009 – C-314/08, Slg 2009, I-11049, Rn. 74 – Filipiak (steuerliche Absetzbarkeit im Ausland geleisteter Sozialversicherungsbeiträge).

229 Vgl. Schwarze/Schneider/Wunderlich EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 76; EuArbR/Steinmeyer VO 492/2011/EU Art. 7 Rn. 26.

230 EuGH 14.2.1995 – C-279/93, Slg 1995, I-225, Rn. 36 ff. – Schumacker; EuGH 11.8.1995 – C-80/94, Slg 1996, I-2493, Rn. 21 f. – Wielockx; EuGH 27.6.1996 – C-107/94, Slg 1996, I-3089, Rn. 62 – Asscher; EuGH 16.9.2004 – C-400/02, Slg 2004, I-8471, Rn. 25 ff. – Merida; EuGH 9.11.2006 – C-520/04, Slg 2006, I-10685, Rn. 24 ff. – Turpeinen; EuGH 11.7.2019 – C-716/17 ECLI:EU:C:2019:598 – A.

231 Fuchs/Fuchs Europäisches Sozialrecht Art. 45–48 AEUV Rn. 1, 14.

232 S. Fn. 25.

233 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates v. 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1971 L 149/2.

234 Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates v. 21.3.1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1972 L 74/1.

235 S. Fn. 17.

236 S. Fn. 18.

- 65 Das System der Verordnung wird teilweise durch **Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs** zu Grundfreiheiten überlagert. Auch ohne dass die Voraussetzungen der Koordinierungsverordnungen vorlägen, kann es nach der Entscheidung in der Rechtssache Decker die Warenverkehrsfreiheit gestatten, dass ein medizinisches Hilfsmittel in einem anderen Mitgliedstaat gekauft wird und die Erstattung nach dem aufgrund der VO (EG) Nr. 883/2004 eigentlich anwendbaren Sozialrecht beansprucht wird.²³⁷ Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtssache Kohll den nicht stationären Arztbesuch in entsprechender Weise durch die Dienstleistungsfreiheit gedeckt gesehen.²³⁸ Ausschließlich maßgeblich ist das sozialrechtliche Koordinierungsrecht aber bei stationärer Behandlung.²³⁹

b) Anwendungsbereich

- 66 Persönlich ist die VO (EG) Nr. 883/2004 gem. Art. 2 Abs. 1 auf Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat sowie auf ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen anwendbar. Die Angehörigen von Drittstaaten werden auf der Grundlage der VO (EU) Nr. 1231/2010²⁴⁰ in den Koordinierungsmechanismus miteinbezogen. Anders als noch in Art. 2 der VO (EWG) Nr. 1408/71²⁴¹ ist nicht mehr Voraussetzung, dass eine Person zusätzlich entweder Arbeitnehmer, Selbstständiger oder Studierender ist.
- 67 Damit ist die VO (EG) Nr. 883/2004 auf sämtliche in Art. 2 Abs. 1 genannte Personen anwendbar, soweit diese zusätzlich in einem der nach Art. 3 VO (EG) Nr. 883/2004 sachlich erfassten Zweige der sozialen Sicherheit versichert sind.²⁴² Diese Zweige, die den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung abgrenzen, sind: Leistungen für Krankheit, Mutterschaft, Invalidität, Alter, Hinterbliebene, Arbeitsunfall und Berufskrankheiten, Sterbegeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Vorruhestands- und Familienleistungen.

c) Grundprinzipien

- 68 Eines der primären Ziele der VO (EG) Nr. 883/2004 ist, dass eine Person dem **Sozialversicherungssystem nur eines Mitgliedstaats** unterworfen ist.²⁴³ Welcher Mitgliedstaat dies ist, bestimmen die Kollisionsnormen der Art. 11 bis 16 VO (EG) Nr. 883/2004. Wesentlicher Anknüpfungspunkt ist der **Arbeitsort**, Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a) VO (EG) Nr. 883/2004. Für entsandte Arbeitnehmer greift Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004. Weil das Sozialrecht eines jeden Mitgliedstaats in seiner Wirkung territorial begrenzt ist, sind in der VO (EG) Nr. 883/2004 für die unterschiedlichen Risiken jeweils Äquivalenzregeln vorgesehen, die die Zuständigkeit nur eines Mitgliedstaats in bestimmten Konstellationen ergänzen. Zur Krankheit s. insbes. die Art. 17 ff. VO (EG) Nr. 883/2004. Durch Leistungsaushilfe, Leistungsausfuhr sowie die Berücksichtigung von Versicherungszeiten in anderen Mitgliedstaaten verbindet die VO (EG) Nr. 883/2004 die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit.

237 EuGH 28.4.1998 – C-120/95, Slg 1998, I-1831 – Decker.

238 EuGH 28.4.1998 – C-158/96, Slg 1998, I-1931, Rn. 35 ff. – Kohll.

239 EuGH 13.5.2003 – C-385/99, Slg 2003, I-4509, Rn. 76 ff. – Müller-Fauré und van Riet.

240 Verordnung (EU) Nr. 1231/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 zur Ausdehnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Verordnung fallen, ABl. 2010 L 344/1.

241 S. Fn. 233.

242 Erfasst sind nunmehr alle Versicherten, die die Voraussetzungen von Art. 2 VO (EG) 883/2004 erfüllen, vgl. nur *Otting* in von Maydell/Ruland/Becker/Axer SRH § 36 Rn. 20; *Pennings* in Spavental/Dougan, S. 241, 244; *Barnard*, *Catherine*, EC Employment Law, 3. Aufl., Oxford 2006, S. 219; Fuchs/*Spiegel* Europäisches Sozialrecht Art. 2 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 2.

243 Fuchs/*Steinmeyer* Europäisches Sozialrecht Art. 11 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 1.

d) *Private und betriebliche Altersvorsorge*

Die VO (EG) Nr. 883/2004 umfasst in ihrem Art. 3 Abs. 2 die **gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit**. Ergänzende private Vorsorge ist nicht erfasst. Dies ist insbesondere im Bereich der Altersvorsorge, bei der es um ein Anhäufen von Ansprüchen über einen langen Zeitraum hinweg geht, von Bedeutung. Auch eine private Krankenversicherung kann Probleme aufwerfen, wenn ein Wechsel erforderlich ist. Eine staatliche Förderung bei den beiden anderen Säulen der Altersvorsorge muss unionsrechtskonform ausgestaltet sein.²⁴⁴ Eine mitgliedstaatliche Förderung stößt jedoch dann an Grenzen, wenn der Arbeitnehmer eine Arbeit in einem anderen Mitgliedstaat aufnimmt. Der vorherige Mitgliedstaat kann seine Förderung einstellen,²⁴⁵ während der Mitgliedstaat, in dem der neue Arbeitsort gelegen ist, möglicherweise keine Förderung oder eine andere, nicht kompatible Förderung kennt.²⁴⁶

Besonders problematisch ist die **betriebliche Altersvorsorge**,²⁴⁷ weil es vielfach schon innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen so ist, dass ein Arbeitnehmer Ansprüche der betrieblichen Altersvorsorge bei einem Arbeitgeberwechsel verliert.²⁴⁸ Sind Ansprüche innerhalb mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen bei Arbeitgeberwechsel nicht übertragbar, ist der Versuch, eine sogenannte Portabilität auf europäischer Ebene anzuordnen, von vornherein problematisch. Die betriebliche Altersvorsorge ist unionsrechtlich nur rudimentär geregelt.²⁴⁹ Die **Richtlinie 98/49/EG**²⁵⁰ schreibt unionsweit einen Mindestschutz vor, der die Gleichbehandlung, die Möglichkeit grenzüberschreitender Zahlungen, die Möglichkeit einer Beitragsentrichtung durch entsandte Arbeitnehmer sowie Unterrichtungspflichten etabliert. **Richtlinie 2003/41/EG**²⁵¹ ging die Problematik der grenzüberschreitenden betrieblichen Altersvorsorge dadurch an, dass sie eine unionsrechtliche Regulierung des Marktes von Anbietern im Bereich der betrieblichen Altersvorsorge vornahm. Diese Richtlinie wurde durch Richtlinie 2016/2341/EU²⁵² ersetzt und gem. deren Art. 65 mit Wirkung vom 13.1.2019 aufgehoben. **Richtlinie 2014/50/EU** ergänzt Richtlinie 98/49/EG und sieht insbesondere vor, dass ausscheidende Arbeitnehmer ihre unverfallbaren Rentenanswartschaften in dem Zusatzrentensystem, in dem sie erworben wurden, belassen können.²⁵³ Durch die VO (EU) 2019/1238 wurden einheitliche Vorschriften für ein europaweites Altersvorsorgeprodukt eingeführt.²⁵⁴

244 EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811 – Kommission/Deutschland.

245 EuGH 10.9.2009 – C-269/07, Slg 2009, I-7811 – Kommission/Deutschland.

246 Zu alledem auch *Krebber* EuR 2010, 822 (830 ff.).

247 S. hierzu vor allem *Rolfs* EuZA 2018, 283 (283 ff.) und ferner *EuArbR/Steinmeyer* AEUV Art. 48 Rn. 24.

248 *Steinmeyer* BetrAV 2004, 111 (111 ff.).

249 S. vor allem auch *Bittner*, S. 29 ff.

250 Richtlinie 98/49/EG des Rates v. 29.6.1998 zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbstständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1998 L 209/46. Dazu *Rolfs* EuZA 2018, 283 (293 f.).

251 Richtlinie 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.6.2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge, ABl. 2003 L 235/10.

252 Richtlinie (EU) 2016/2341 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.12.2016 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge (EbAV), ABl. 2016 L 354/37.

253 Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2014/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über Mindestvorschriften zur Erhöhung der Mobilität von Arbeitnehmern zwischen den Mitgliedstaaten durch Verbesserung des Erwerbs und der Wahrung von Zusatzrentenansprüchen, ABl. 2014 L 128/1. Dazu *Rolfs* EuZA 2018, 283 (294 f.).

254 Verordnung (EU) 2019/1238 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 über ein Pan-europäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP), ABl. 2019 L198/1; *Rolfs* EuZA 2018, 283 (302 f.).

- 71 Arbeitnehmer, die aufgrund ihres Berufs einen häufigen Wechsel des Arbeitsorts in verschiedenen Mitgliedstaaten voraussehen können, können insofern entgegensteuern, dass sie auf das private Ansparen setzen. Arbeitgeber, die aufgrund ihrer rechtlichen Strukturierung etwa als Teil eines Konzerns ein Interesse daran haben, dass ihre Arbeitnehmer innerhalb des Konzerns auch grenzüberschreitend den Arbeitsort wechseln, könnten daran interessiert sein, eine konzernweite einheitliche betriebliche Altersversorgung zu schaffen.

4. Freizügigkeitsrechte

- 72 Einreise-, Aufenthalts- und Verbleiberecht des Arbeitnehmers finden ihre Grundlage unmittelbar in Art. 45 Abs. 3 lit. b, c und d AEUV. Die **Richtlinie 2004/38/EG**²⁵⁵ stellt ein **einheitliches Freizügigkeitsrecht** innerhalb der Union für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen auf, welches in seinen Grundlagen **unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft** besteht. Das rechtliche Regime dieser Richtlinie umfasst: das Recht auf Ausreise, Art. 4; das Recht auf Einreise, Art. 5; das Aufenthaltsrecht, Art. 6 f. mit den Regelungen zu den Verwaltungsformalitäten in den Art. 8 bis 11; Verbleiberechte für Familienangehörige bei Tod oder Wegzug des Unionsbürgers, Art. 12; Verbleiberecht der Familienangehörigen bei Scheidung, Art. 13; allgemeine Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts in Art. 14 f. sowie das Recht auf Daueraufenthalt in den Art. 16 f. (hierzu auch *Terhechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 56 ff.).²⁵⁶

5. Vorbehalte

a) Öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit

- 73 Die in **Art. 45 Abs. 3 AEUV** gewährten Rechte stehen unter dem Vorbehalt der **öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit**. Der Europäische Gerichtshof hat diese **Begriffe autonom ausgelegt**.²⁵⁷ Weil es um Ausnahmen vom Geltungsbereich einer Grundfreiheit geht, ist das vom Europäischen Gerichtshof zugrunde gelegte **Verständnis zudem eng**.²⁵⁸

255 S. Fn. 14.

256 Zu Einzelheiten s. *Groß* ZAR 2006, 61; *Frenz/Kühl* ZESAR 2007, 315; *Schwarze/Schneider/Wunderlich* EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 49 ff., 91 ff.; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Kreuschitz* EUV/AEUV Bd. 1 AEUV Art. 45 Rn. 35 ff.

257 *EuArbR/Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 105; *Streinz/Franzen* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 126; *Kocher* in *Pechstein/Nowak/Häde* Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV Art. 45 Rn. 83.

258 *EuGH* 4.12.1974 – Rs. 41/74, *Slg* 1974, 1337, Rn. 18/19 – van Duyn (Rechtfertigung einer Beschränkung aufgrund der öffentlichen Ordnung wegen Mitgliedschaft in einer Organisation, die von einem Mitgliedstaat als Gefahr für die Gesellschaft angesehen wird, ohne verboten zu sein); *EuGH* 28.10.1975 – Rs. 36/75, *Slg* 1975, 1219, Rn. 26/28 – *Rutili/Ministre de l'intérieur*; *EuGH* 27.10.1977 – Rs. 30/77, *Slg* 1977, 1999, Rn. 33/35 – *Regina/Bouchereau* (keine Rechtfertigung einer Beschränkung durch Ausweisung aufgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wenn die Ausweisung auf früherer strafrechtlicher Verurteilung beruht, ohne dass eine gegenwärtige Gefährdung durch den Ausgewiesenen erkennbar ist); *EuGH* 28.10.1998 – C-114/97, *Slg* 1998, I-6717, Rn. 41 ff. – *Kommission/Spanien* (keine Rechtfertigung einer Beschränkung durch ein Erfordernis der Staatsangehörigkeit aufgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wenn das Erfordernis die Kontrolle von Bediensteten privater Sicherheitsunternehmen erleichtern soll); *EuGH* 19.1.1999 – C-348/96, *Slg* 1999, I-11, Rn. 23 – *Calfa* (keine Rechtfertigung einer Beschränkung durch Ausweisung auf Lebenszeit aufgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wenn die Ausweisung auf schlichtem Verstoß gegen ein Betäubungsmittelgesetz beruht, ohne dass das persönliche Verhalten des Ausgewiesenen darüber hinaus eine tatsächliche und hinreichende Gefährdung darstellt); *EuGH* 9.3.2000 – C-355/98, *Slg* 2000, I-1221, Rn. 28 ff. – *Kommission/Belgien* (keine Rechtfertigung einer Beschränkung durch ein Wohnsitzerfordernis aufgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wenn das Wohnsitzerfordernis die Kontrolle von Führungskräften und Bediensteten privater Sicherheitsunternehmen erleichtern soll); *EuGH* 27.4.2006 – C-441/02, *Slg* 2006, I-3449, Rn. 34 – *Kommission/Deutschland* (Rechtfertigung einer Beschränkung durch Ausweisung aufgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wenn die Ausweisung zusätzlich zu einer strafrechtlichen Verurteilung auf persönlichem Verhalten des Ausge-

Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit wird in den Art. 27–33 RL 2004/38/EG²⁵⁹ in inhaltlicher Sicht konkretisiert und mit Verfahrensgarantien versehen.²⁶⁰ Wirtschaftliche Gründe rechtfertigen nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 RL 2004/38/EG die Einschränkung eines der Rechte des Art. 45 Abs. 3 AEUV nicht.²⁶¹ Art. 27 Abs. 1 Satz 2 RL 2004/38/EG setzt eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs um.²⁶² Damit ist insbesondere klaggestellt, dass arbeitsmarktpolitische Ziele nicht Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit sein können. Die Art. 27 ff. RL 2004/38/EG verdeutlichen, dass der Vorbehalt allenfalls in Einzelfällen gravierender Art greifen kann.

b) Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung

Gem. Art. 45 Abs. 4 AEUV findet dieser Artikel **keine Anwendung** auf die **Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung**. Nicht anders als bei dem Vorbehalt des Art. 45 Abs. 3 AEUV hat der Europäische Gerichtshof auch hier ein **autonomes und enges Verständnis** dieses Vorbehaltes entwickelt.²⁶³ 74

Eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung ist nur gegeben, wenn die Stelle eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der **Ausübung hoheitlicher Befugnisse** und eine Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringt, die auf die Wahrung der **allgemeinen Belange des Staates** und anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind.²⁶⁴ Der Europäische Gerichtshof bindet den Vorbehalt des Art. 45 Abs. 4 AEUV damit an die Aufgaben und Befugnisse der entsprechenden konkreten Beschäftigung. Den Vorbehalt löst folglich nicht allein eine Beschäftigung beim Staat oder bei einer staatlichen Stelle aus. Es reicht auch nicht aus, dass der Arbeitnehmer in einer Institution beschäftigt ist, die typischerweise oder überwiegend hoheitliche Befugnisse wahrnimmt.²⁶⁵ Die Mitgliedstaaten haben zudem zu prüfen, ob Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt werden könnten, wenn sie von bestimmten Tätigkeiten ausgeschlossen werden.²⁶⁶ Unerheblich ist ferner, wie die Beschäftigung rechtlich ausgestaltet ist (privatrechtlich, öffentlich-rechtlich).²⁶⁷ 75

Eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung iSv Art. 45 Abs. 4 AEUV liegt **typischerweise nicht** vor bei einer Beschäftigung in: **Gesundheitswesen**;²⁶⁸ **Post- und Fernmel-** 76

wiesenen beruht, welches eine tatsächliche und hinreichende Gefährdung darstellt); Schwarze/Schneider/Wunderlich EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 121.

259 S. Fn. 14.

260 Streinz/Franzen EUV/AEUV Art. 45 Rn. 128 ff.

261 S. hierzu auch von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschütz EUV/AEUV Bd. 1 AEUV Art. 45 Rn. 136.

262 EuGH 5.6.1997 – C-398/95, Slg 1997, I-3091, Rn. 23 – Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxi-diotikon Grafeion/Ypourgos Ergasias.

263 EuArbR/Steinmeyer AEUV Art. 45 Rn. 126; Schwarze/Schneider/Wunderlich EU-Kommentar Art. 45 Rn. 134 f.; Callies/Ruffert/Brechmann EUV/AEUV Art. 45 Rn. 107. Zu einem Überblick über die Rechtsprechung des EuGH Hantel ZESAR 2018, 61 ff.

264 EuGH 3.7.1986 – C-66/85, Slg 1986, 2121, Rn. 27 – Lawrie-Blum.

265 EuGH 2.7.1996 – C-473/93, Slg 1996, I-3207, Rn. 25 f. – Kommission/Luxemburg.

266 EuGH 8.5.2003 – C-171/01, Slg 2003, I-4301, Rn. 92 – Gemeinsame Wählergruppe; EuGH 16.9.2004 – C-465/01, Slg 2004, I-8291, Rn. 39 – Kommission/Österreich.

267 EuGH 12.2.1974 – Rs. 152/73, Slg 1974, 153, Rn. 4 – Sotgiu; EuGH 2.7.1996 – C-473/93, Slg 1996, I-3207, Rn. 31, 50 – Kommission/Luxemburg; EuGH 26.4.2007 – C-392/05, Slg 2007, I-3505, Rn. 68 – Alevizos.

268 EuGH 26.5.1982 – C-149/79, Slg 1980, 3881, Rn. 9 – Kommission/Belgien; EuGH 3.6.1986 – C-307/84, Slg 1986, 1725, Rn. 13 – Kommission/Frankreich; EuGH 2.7.1996 – C-473/93, Slg 1996, I-3207, Rn. 31, 50 – Kommission/Luxemburg; EuGH 2.7.1996 – C-290/94, Slg 1996, I-3285, Rn. 34 – Kommission/Griechenland; EuGH 15.1.1998 – C-15/96, ECLI:EU:C:1998:3 Rn. 13 – Kougebetopoulou.

dewesen;²⁶⁹ Unternehmen der Versorgung mit Elektrizität, Wasser, Gas;²⁷⁰ Bildungswesen einschließlich der Forschung²⁷¹ – die Forschung auf zivile Forschung zu beschränken, überzeugt angesichts der zahlreichen militärischen Kooperationen zwischen EU-Mitgliedstaaten nicht –; See-, Luft-, Straßen- und Schienenverkehr;²⁷² Bewachungs- oder Sicherheitsunternehmen.²⁷³ Hingegen liegt eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung iSv Art. 45 Abs. 4 AEUV typischerweise vor²⁷⁴ bei einer Beschäftigung bei: Streitkräften; Rechtspflege;²⁷⁵ Polizei;²⁷⁶ Steuerverwaltung; Auswärtigem Dienst.²⁷⁷

- 77 Auch wenn der Vorbehalt seinem Wortlaut nach den Art. 45 AEUV in seiner Gesamtheit erfasst, ist er vom Europäischen Gerichtshof so ausgelegt worden, dass er lediglich den Zugang zur Beschäftigung betrifft. Verzichtet ein Mitgliedstaat also auf den Vorbehalt und lässt einen Arbeitnehmer eines anderen Mitgliedstaats zur Beschäftigung in einem von Art. 45 Abs. 4 AEUV erfassten Bereich zu, darf diese Person im bestehenden Beschäftigungsverhältnis nicht diskriminiert werden.²⁷⁸ Offen ist, ob hiervon auch eine Kündigung erfasst wäre, die nur deshalb erfolgt, weil sich im Nachhinein herausstellt, dass der Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat seinen Aufgaben wegen seiner anderweitigen Staatsangehörigkeit nicht gerecht wird.
- 78 Soweit Mitgliedstaaten auf die Ausübung des Vorbehaltes verzichten, ist dies zunächst ihre autonome Entscheidung, die für die Auslegung des Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht unmittelbare Folgen hat. Mittelbar jedoch führt eine Praxis in einer Mehrzahl von Mitgliedstaa-

269 EuGH 2.7.1996 – C-473/93, Slg 1996, I-3207, Rn. 31, 50 – Kommission/Luxemburg; EuGH 2.7.1996 – C-290/94, Slg 1996, I-3285, Rn. 34 – Kommission/Griechenland.

270 EuGH 2.7.1996 – C-473/93, Slg 1996, I-3207, Rn. 31, 50 – Kommission/Luxemburg; EuGH 2.7.1996 – C-290/94, Slg 1996, I-3285, Rn. 34 – Kommission/ Griechenland; EuGH 2.7.1996 – C-173/94, Slg 1996, I-3265, Rn. 24 – Kommission/Belgien.

271 EuGH 2.7.1996 – C-473/93, Slg 1996, I-3207, Rn. 31, 50 – Kommission/Luxemburg; EuGH 3.7.1986 – C-66/85, Slg 1986, 2424, Rn. 28 – Lawrie-Blum; EuGH 30.5.1989 – C-33/88, Slg 1989, 1591, Rn. 9 – Allué ua; EuGH 27.11.1991 – C-4/91, Slg 1991, I-5627, Rn. 7 – Bleis; EuGH 30.11.2000 – C-195/98, Slg 2000, I-10497, Rn. 36 – Österreichischer Gewerkschaftsbund; EuGH 9.9.2003 – C-285/01, Slg 2003, I-8219, Rn. 40 – Burbaud; EuGH 16.6.1987 – 225/85, ECLI:EU:C:1987:284 Rn. 9 – Kommission/Italien; EuGH 10.3.2005 – C-178/04, ECLI:EU:C:2005:164 Rn. 19 ff. – Marhold.

272 EuGH 26.5.1982 – C-149/79, Slg 1980, 3881, Rn. 5 – Kommission/Belgien; EuGH 2.7.1996 – C-290/94, Slg 1996, I-3285, Rn. 34 – Kommission/Griechenland; EuGH 10.9.2014 – C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185 Rn. 42 ff. – Haralambidis. Der EuGH lässt Vorbehalt ausnahmsweise bei Kapitänen sowie Ersten Offizieren der Handelsschiffe zu, wenn diese die ihnen zugewiesenen hoheitlichen Befugnisse tatsächlich regelmäßig ausüben und diese nicht nur einen sehr geringen Teil ihrer Tätigkeit ausmachen; EuGH 30.9.2003 – C-405/01, ECLI:EU:C:2003:515 Rn. 50 – Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola; EuGH 30.9.2003 – C-47/02, ECLI:EU:C:2003:516 Rn. 69 – Anker ua; EuGH 11.3.2008 – C-89/07, ECLI:EU:C:2008:154 Rn. 15 – Kommission/Frankreich; EuGH 11.11.2008 – C-447/07, ECLI:EU:C:2008:502 Rn. 14 ff. – Kommission/Italien; EuGH 10.12.2009 – C-460/08, ECLI:EU:C:2009:774 Rn. 30 ff. – Kommission/Griechenland.

273 EuGH 29.10.1998 – C-114/97, ECLI:EU:C:1998:519 Rn. 33 – Kommission/Spainien; EuGH 31.5.2001 – C-283/99, ECLI:EU:C:2001:307 Rn. 20 f. – Kommission/Italien; EuGH 9.3.2000 – C-355/98, ECLI:EU:C:2000:113 Rn. 25 f. – Kommission/Belgien.

274 S. hierzu auch von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschitz EUV/AEUV Bd. 1 AEUV Art. 45 Rn. 161.

275 Indirekt EuGH, 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg 1974, 631, Rn. 51/53 – Reyners/Belgien.

276 EuArbR/Steinmeyer AEUV Art. 45 Rn. 135.

277 So die Kommission: „Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Zugang zur Beschäftigung im öffentlichen Dienst der Mitgliedstaaten – Aktion der Kommission zur Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag“, ABl. C 72/2; KOM(2002) 694 endg., 21 f., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0694:FIN:de:PDF>.

278 EuGH 12.2.1974 – Rs. 152/73, Slg 1974, 153, Rn. 4 – Sotgiu; EuGH 30.11.2000 – C-195/98, Slg 2000, I-10497, Rn. 37 – Österreichischer Gewerkschaftsbund; EuGH 26.4.2007 – C-392/05, Slg 2007, I-3505, Rn. 70 – Alevizos; EuArbR/Steinmeyer AEUV Art. 45 Rn. 127; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff AEUV Art. 45 Rn. 444.

ten dazu, dass dies als Beleg gewertet werden kann, dass diese Aufgaben auch iSv Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht mehr eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden können.

III. Arbeitnehmerfreizügigkeit von Drittstaatsangehörigen

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV besteht nur für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats. Soweit einzelne Mitgliedstaaten **Drittstaatsangehörigen** Zutritt zu ihrem Staatsgebiet, häufig aufgrund historisch gewachsener Verbindungen, gewähren, hat dies keine Folgen für die unionsrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit. Diese Drittstaatsangehörigen können sich also nicht auf Art. 45 ff. AEUV berufen, um eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat aufzunehmen. Jedoch kann die EU selbst in sogenannten **Assoziierungsabkommen** mit einzelnen Staaten oder in Abkommen mit mehreren Staaten den Staatsangehörigen dieser Staaten Arbeitnehmerfreizügigkeit gewähren. Diese muss freilich nicht zwingend alle Rechte der Art. 45 ff. AEUV erfassen.

Zu nennen sind insbesondere: das **Assoziationsabkommen EWG – Türkei** vom 12.9.1963;²⁷⁹ das **Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum** vom 1.1.1994,²⁸⁰ welches im Verhältnis zu Island, Liechtenstein und Norwegen gilt; das **Abkommen zwischen der EG und der schweizerischen Eidgenossenschaft** vom 21.6.1999,²⁸¹ das erforderlich wurde, weil die Schweiz, die das EWR-Abkommen mitverhandelt hat, diesem am Ende nicht beigetreten ist (vgl. *Terhechte* in Schlachter/Heinig (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht* (EnzEuR Bd. 7) → Bd. 7 § 1 Rn. 41 f.).

Weitere Abkommen,²⁸² die Facetten der Arbeitnehmerfreizügigkeit betreffen, werden vielfach auch im Vorfeld des Unionsbeitritts beschlossen;²⁸³ sie bestehen noch zu verschiedenen Mittelmeer-²⁸⁴ und osteuropäischen Staaten.²⁸⁵ Die zuletzt genannten Abkommen gewähren typischerweise jedoch nicht die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit und insbesondere kein Recht zum Zugang zur Beschäftigung in den Mitgliedstaaten. Sie schließen lediglich

279 Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei, ABl. 1964 L 217/3687; näher dazu *Donath* EuGRZ 2017, 497 ff.; *Streinz/Franzen* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 54 ff.; *Calliess/Ruffert/Brechmann* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 34 f., 114; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff* AEUV Art. 45 Rn. 36 ff.; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschitz EUV/AEUV Bd. 1 Vorbem. Art. 45–48 AEUV Rn. 75 ff.; *Schwarze/Schneider/Wunderlich* EU-Kommentar AEUV Art. 45 Rn. 24 ff.; *MHdB-ArBr/Wißmann* Bd. 1 4. Aufl. München 2018 § 30 Rn. 32; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 1565 ff.

280 ABl. 1994 L 1/3; BGBl. 1993 II 266 und BGBl. 1993 I 2436; *Calliess/Ruffert/Brechmann* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 37; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 1598.

281 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl. 2002 L 114/6; *Calliess/Ruffert/Brechmann* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 38; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschitz EUV/AEUV Bd. 1 Vorbem. Art. 45–48 AEUV Rn. 71 ff.; *Streinz/Franzen* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 50 ff.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 1600; *Kabil-Wolff/Mosters* EuZW 2001, 5; *Fehrenbacher* ZAR 2002, 278.

282 Näher *Calliess/Ruffert/Brechmann* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 39 f.; *Streinz/Franzen* EUV/AEUV AEUV Art. 45 Rn. 68 ff.

283 Sog. Europa-Abkommen mit: Bulgarien, ABl. 1994 L 358/3; Estland, ABl. 1998 L 68/3; Lettland, ABl. 1998 L 26/3; Litauen, ABl. 1998 L 51/3; Polen, ABl. 1993 L 348/2; Rumänien, ABl. 1994 L 357/2; Slowenien, ABl. 1999 L 51/3; Slowakei, ABl. 1994 L 359/2; Tschechische Republik, ABl. 1994 L 360/2; Ungarn, ABl. 1993 L 347/2.

284 Kooperationsabkommen mit: Algerien, ABl. 1978 L 263/2, ersetzt durch ABl. 2005 L 265/2; Marokko, ABl. 1978 L 264/2, ersetzt durch ABl. 2000 L 70/2; Tunesien, ABl. 1978 L 265/1, ersetzt durch ABl. 1998 L 97/2.

285 Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen mit: Kroatien, ABl. 2005 L 26/3 (beendet mit Unionsbeitritt 2013); Montenegro, ABl. 2010 L 108/3; Albanien, ABl. 2009 L 107/166; ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien, ABl. 2004 L 84/13.

die arbeitsrechtliche Diskriminierung aus, wenn der Zugang aus anderen rechtlichen Gründen gestattet worden ist.²⁸⁶

- 82 2009 wurde die sog. Blue-Card Richtlinie für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung verabschiedet.²⁸⁷ Richtlinie 2011/98/EU regelt ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten.²⁸⁸ Konzerninterne Entsendungen von Drittstaatsangehörigen betrifft RL 2014/66/EU über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines **unternehmensinternen Transfers**.²⁸⁹ Richtlinie 2014/36/EU regelt Bedingungen für Einreise und Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeiter.²⁹⁰

C. Ausblick

- 83 Die erforderlichen **rechtlichen** Grundlagen für eine Arbeitnehmerfreizügigkeit bestehen seit langem. Lücken existieren teilweise für die private und betriebliche Altersvorsorge. Bei weiterer Zurückdrängung der Bedeutung gesetzlicher Sozialversicherungssysteme, etwa im Bereich der Krankenversicherung, könnten sich zusätzliche Lücken auftun, weil schon innerhalb eines Mitgliedstaats der Wechsel des privaten Krankenversicherers ab einem bestimmten Lebensalter kaum mehr möglich ist. Diese Problematik stellt sich auch bei Zusatzversicherungen.
- 84 Im Übrigen aber hängt die Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Wesentlichen von der **tatsächlichen** Bereitschaft der EU-Staatsangehörigen ab, Arbeit in einem anderen Mitgliedstaat aufzunehmen. Als besonderes Hindernis wird dauerhaft die Sprachbarriere bleiben. Auf absehbare Zeit wird die politische Auseinandersetzung um Ansprüche auf soziale Vergünstigungen iSv Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 in wohlhabenderen Mitgliedstaaten nicht abklingen. Es ist bislang aber nicht erkennbar, dass sich die Rechtslage über erwähnte Entwicklungen hinaus ändern wird.

286 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff AEUV Art. 45 Rn. 33; s. auch Art. 38 Abs. 1 1. Spiegelstr. des Slowenien-Abkommens v. 10.6.1996, BGBl. 1997 II 1855; EuGH 29.1.2002 – C-162/00, Slg 2002, I-1049, Rn. 41 – Pokrzepowicz-Meyer; EuGH 16.9.2004 – C-465/01, Slg 2004, I-8291, Rn. 44 – Kommission/Österreich.

287 Richtlinie 2009/50/EG des Rates v. 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, ABl. 2009 L 155/17; dazu *Tewocht* Drittstaatsangehörige im europäischen Migrationsrecht S. 366 ff.; zu Reformüberlegungen *Langenfeld/Kolb* EuZW 2016, 527 ff.

288 Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeiter, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABl. 2011 L 343/1; vgl. *Tewocht*, S. 376 ff.

289 Richtlinie 2014/66/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers, ABl. 2014 L 157/1; dazu *EuArbR/Rebhahn/Krebbler* RL 96/71/EG Art. 2 Rn. 17; *Tewocht*, S. 400 ff.

290 Richtlinie 2014/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeiter, ABl. 2014 L 94/375; dazu *Tewocht*, S. 391 ff.; *Zoetewij-Turhan* ELLJ 2017, 28 ff.

Verzeichnis wichtiger Entscheidungen

85

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	13.12.1972	C-44/72	Slg 1972, 1243	Marsman/Ross- kamp	DB 1973, 1180 = JR 1974, 503
EuGH	12.2.1974	C-152/73	Slg 1974, 153	Sotgiu	AP Nr. 6 zu Art. 177 EWG-Vertrag = EAS Teil C EG-Ver- trag Art. 48 Nr. 8
EuGH	26.5.1982	C-149/79	Slg 1980, 3881	Kommission/ Belgien	NJW 1981, 2635 = EuGRZ 1981, 129
EuGH	12.7.1984	C-261/83	Slg 1984, 3199	Castelli	SozR 6048 Art. 7 Nr. 2 = EAS Teil C VO (EWG) 1612/68 Art. 7 Nr. 10
EuGH	27.3.1985	C-249/83	Slg 1985, 973	Hoeckx	EAS Teil C VO (EWG) 1408/71 Art. 4 Nr. 11 = SozR 6050 Art. 4 Nr. 17
EuGH	6.6.1985	C-157/84	Slg 1985, 1739	Frascogna	SozR 6050 Art. 7 Nr. 2 = BeckRS 2004, 71813
EuGH	3.7.1986	C-66/85	Slg 1986, 2121	Lawrie-Blum/ Land Baden- Württemberg	NJW 1987, 1138 = NVwZ 1987, 41
EuGH	16.6.1987	C-225/85	ECLI:EU:C: 1987:284 = Slg 1987 02625	Kommission/Itali- en	
EuGH	21.6.1988	C-197/86	Slg 1988, 3205	Brown	ZAR 1989, 40 = EAS Teil C EG-Ver- trag Art. 6 Nr. 11
EuGH	21.6.1988	C-39/86	Slg 1988, 3161	Lair	NJW 1988, 2165 = NVwZ 1988, 817
EuGH	30.5.1989	C-33/88	Slg 1989, 1591	Allué ua	NJW 1990, 3069 = EuZW 1990, 360
EuGH	28.11.1989	C-379/87	Slg 1989, I-3967	Groener	EAS Teil C VO (EWG) 1612/68 Art. 3 Nr. 1 = EuGH-Tä- tigk 1989, Nr. 26, 8- 10
EuGH	27.3.1990	C-113/89	Slg 1990, I-1417	Rush Portuguesa	NZA 1990, 653 = EuZW 1990, 256
EuGH	29.1.1992	C-204/90	Slg 1992, I-249	Bachmann	NJW 1992, 1874 = BB 1993, 955
EuGH	23.2.1992	C-419/92	Slg 1994, I-505	Scholz	NJW 1995, 39 = NVwZ 1994, 989

2 § 2 Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	26.2.1992	C-357/89	Slg 1992, I-1027	Raulin	NJW 1992, 1493 = EuZW 1992, 315– 318
EuGH	26.2.1992	C-3/90	Slg 1992, I-1071	Bernini	NZA 1992, 736 = NVwZ 1992, 657
EuGH	7.7.1992	C-369/90	Slg 1992, I-4239	Micheletti	BB 1995, 71 = RIW 1992, 768
EuGH	10.3.1993	C-111/91	Slg 1993, I-817	Kommission/ Luxemburg	EAS Teil C VO (EWG) 1612/68 Art. 7 Nr. 24 = ABl EG 1993, Nr. C 92, 4
EuGH	31.3.1993	C-19/92	Slg 1993, I-1663	Kraus	NJW 1994, 1465 = NVwZ 1993, 661
EuGH	27.5.1993	C-310/91	Slg 1993, I-3011	Schmid	InfAuslR 1993, 317 = EAS Teil C VO (EWG) 1408/71 Art. 2 Nr. 6
EuGH	20.10.1993	C-272/92	Slg 1993, I-5185	Spotti	NJW 1994, 1718 = NZA 1994, 115
EuGH	24.11.1993	C-267/91 und C-268/91	Slg 1993, I-6097	Keck und Mit- houard	NJW 1994, 121 = EuZW 1993, 770– 771
EuGH	9.8.1994	C-43/93	Slg 1994, I-3803	Raymond Vander Elst/Office des migrations inter- nationales	EuZW 1994, 600 = AP Nr. 1 zu Art. 59 EWG-Vertrag
EuGH	15.12.1995	C-415/93	Slg 1995, I-4921	Bosman	NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191
EuGH	30.4.1996	C-214/94	Slg 1996, I-2253	Boukhalfa	NZA 1996, 971 = EuZW 1996, 634– 635
EuGH	23.5.1996	C-237/94	Slg 1996, I-2617	O'Flynn	ZAR 1997, 41 = EAS Teil C VO (EWG) 1612/68 Art. 7 Nr. 26
EuGH	2.7.1996	C-473/93	Slg 1996, I-3207	Kommission/ Luxemburg	NJW 1996, 3199 = EuZW 1996, 539
EuGH	2.7.1996	C-290/94	Slg 1996, I-3285	Kommission/Grie- chenland	EuZW 1997, 128 = ZBR 1996, 394
EuGH	12.9.1996	C-278/94	Slg 1996, I-4307	Kommission/ Belgien	SGb 1997, 117 = EAS Teil C EG-Ver- trag Art. 48 Nr. 84
EuGH	27.11.1997	C-57/96	Slg 1997, I-6689	Meints	NZA 1998, 91 = EuZW 1999, 512
EuGH	15.1.1998	C-15/96	Slg 1998, I-47	Schöning-Kouge- betopoulou	NZA 1998, 205 = EuZW 1998, 118

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	12.3.1998	C-187/96	Slg 1998, I-1095	Kommission/Griechenland	ArbuR 1998, 204 = EAS Teil C EG-Vertrag Art. 48 Nr. 95
EuGH	28.4.1998	C-120/95	Slg 1998, I-1831	Decker	NJW 1998, 1769 = NZA 1998, 616
EuGH	28.4.1998	C-158/96	Slg 1198, I-1931	Kohll	NJW 1998, 1771 = NZA 1998, 614
EuGH	12.5.1998	C-85/96	Slg 1998, I-2691	Martínez Sala	BB 1998, 1901 = EuZW 1998, 372
EuGH	24.9.1998	C-35/97	Slg 1998, I-5325	Kommission/ Frankreich	EWS 1999, 120 = EAS Teil C VO (EWG) 1612/68 Art. 7 Nr. 29
EuGH	8.6.1999	C-337/97	Slg 1999, I-3289	Meeusen	EAS Teil C EG-Vertrag Art. 48 Nr. 105 = ZFSH/SGB 1999, 562–563
EuGH	27.1.2000	C-190/98	Slg 2000, I-493	Graf	NJW 2000, 1175 = NZA 2000, 413
EuGH	9.3.2000	C-355/98	Slg 2000, I-1221	Kommission/ Belgien	NZA-RR 2000, 431 = EuZW 2000, 344
EuGH	13.4.2000	C-176/96	Slg 2000, I-2681	Lehtonen	NJW 2000, 2015 = EuZW 2000, 375
EuGH	20.6.2000	C-281/98	Slg 2000, I-4139	Angonese	NJW 2000, 3634 = EuZW 2000, 468
EuGH	30.11.2000	C-195/98	Slg 2000, I-10 497	Österreichischer Gewerkschafts- bund	NJW 2001, 2704 = EuZW 2001, 413
EuGH	18.1.2001	C-162/99	Slg 2001, I-541	Kommission/Italien	NJW 2002, 813 = EuZW 2001, 187
EuGH	11.7.2002	C-224/98	Slg 2002, I-6191	d'Hoop	NJW 2003, 575 = EuZW 2002, 635
EuGH	9.9.2003	C-285/01	Slg 2003, I-8219	Burbaud	EzAR 811 Nr. 47 = EuLF 2003, 225–232
EuGH	30.9.2003	C-405/01	ECLI:EU:C: 2003:515	Colegio de Oficiales de la Marínea Mercante Española	EzAR 811 Nr. 49 = EAS Teil C EG-Vertrag (1999), Art. 39 Nr. 2
EuGH	30.9.2003	C-224/01	Slg 2003, I-10239	Köbler	NJW 2003, 3539 = EuZW 2003, 718
EuGH	2.10.2003	C-232/01	Slg 2003, I-11525	van Lent	DVBl 2004, 198 = EWS 2004, 327–328
EuGH	13.1.2004	C-256/01	Slg 2004, I-873	Allonby	NZA 2004, 201 = EuZW 2004, 210
EuGH	16.9.2004	C-400/02	Slg 2004, I-8471	Merida	ISr 2004, 830 = EAS Teil C EG-Ver-

2 § 2 Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
					trag (1999) Art. 39 Nr. 8
EuGH	16.9.2004	C-465/01	Slg 2004, I-8291	Kommission/ Österreich	ZAR 2004, 370 = EAS Teil C EG-Vertrag (1999) Art. 39 Nr. 11
EuGH	17.3.2005	C-109/04	Slg 2005, I-2421	Kranemann	NJW 2005, 1481 = NZA 2005, 1053
EuGH	15.9.2005	C-258/04	Slg 2005, I-8275	Ioannidis	EuZW 2005, 663 = ZAR 2005, 416
EuGH	16.2.2006	C-185/04	Slg 2006, I-1453	Öberg	ABI EU 2006, Nr. C 131, 11 = BeckRS 2006, 70138
EuGH	26.2.2006	C-345/05	Slg 2006, I-10633	Kommission/ Portugal	BB 2007, 147 = RIW 2007, 147
EuGH	30.3.2006	C-10/05	Slg 2006, I-3145	Mattern	EuZW 2006, 437 = NZA 2006, 649
EuGH	11.1.2007	C-40/05	Slg 2007, I-99	Lyyski	EuZW 2007, 254 = NVwZ 2007, 559
EuGH	11.1.2007	C-208/05	Slg 2007, I-181	ITC	JW 2007, 1865 = NZA-RR 2007, 267
EuGH	26.4.2007	C-392/05	Slg 2007, I-3505	Alevizos	IStR 2007, 371-375 = ZfZ 2008, 27
EuGH	18.7.2007	C-212/05	Slg 2007, I-6303	Hartmann	EuZW 2007, 549 = FamRZ 2007, 1715
EuGH	18.7.2007	C-213/05	Slg 2007, I-6347	Geven	NZA 2007, 887 = EuZW 2007, 576
EuGH	11.9.2007	C-287/05	Slg 2007, I-6909	Hendrix	ZAR 2007, 415 = EAS EG-Vertrag (1999 Art. 39 Nr. 34
EuGH	20.9.2007	C-116/06	Slg 2007, I-7643	Kiiski	NZA 2007, 1274 = EuZW 2007, 741
EuGH	17.1.2008	C-152/05	Slg 2008, I-39	Kommission/ Deutschland	NJW 2008, 569 = EuZW 2008, 127
EuGH	11.9.2008	C-228/07	Slg 2008, I-6989	Petersen	EAS Teil C VO (EWG) 1408/71 Art. 10 Nr. 5 = SozR 4-6035 Art. 39 Nr. 4
EuGH	4.6.2009	C-22,23/08	Slg 2009, I-4585	Athanasios Vatsouras und Josif Koupatantze/ Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900	DVBl 2009, 972 = EuZW 2009, 702
EuGH	10.9.2009	C-269/07	Slg 2009, I-7811	Kommission/ Deutschland	NJW 2010, 431 = EuZW 2009, 743

Gericht	Datum	Az.	Sammlung	Benennung	Fundstellen
EuGH	10.12.2009	C-460/08	ECLI:EU:C:2009:774 = Slg 2009 I-00216	Kommission/Griechenland	
EuGH	16.3.2010	C-325/08	Slg 2010, I-2177	Olympique Lyonnais	NJW 2010, 1733 NJW 2010, 1733
EuGH	14.10.2010	C-428/09	Slg 2010, I-9961	Union syndicale Solidaires Isère	GewArch 2011, 95 = ArbuR 2010, 531
EuGH	11.11.2010	C-232/09	Slg 2010, I-11405	Dita Danosa/LKB Lizings SIA	NJW 2011, 2343 = NZA 2011, 143 = EuZW 2011, 74
EuGH	7.4.2011	C-519/09	Slg 2011, I-2761	May	ArbuR 2011, 311 = ABl EU 2011, Nr. C 211, 6–7
EuGH	10.9.2014	C-270/13	ECLI:EU:C:2014:2185	Haralambidis	NVwZ 2014, 1508 = EuZW 2014, 946
EuGH	13.7.2016	C-187/15	ECLI:EU:C:2016:550	Pöpperl	NVwZ 2016, 1465 = ZESAR 2017, 128 = DÖV 2017, 383
EuGH	18.7.2017	C-566/15	ECLI:EU:C:2017:562	Erzberger	NJW 2017, 2603 = NZA 2017, 1000 = EuZW 2017, 684
EuGH	13.3.2019	C-437/17	ECLI:EU:C:2019:193	Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort	EuZV 2019, 304 = NZA 2019, 608
EuGH	10.7.2019	C-410/18	ECLI:EU:C:2019:582	Aubriet	
EuGH	11.7.2019	C-716/17	ECLI:EU:C:2019:598	A	NJW 2019, 3369 =ZIP 2019, 2319 = EuZW 2019, 703 = NZA 2019, 1093 = NZI 2019, 767

§ 3 Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen

Hendrik M. Wendland

A. Einführung	1	3. Wegzugsbehinderungen	80
B. Sachgegenständlicher Bereich	7	4. Beispiele	81
I. Begriff der Niederlassung	7	III. Rechtfertigung	82
1. Erwerbstätigkeit	9	1. Rechtfertigungsgrund	84
2. Selbstständigkeit	11	a) Öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit	89
3. Feste Einrichtung	15	b) Zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls	96
4. Dauerhaftigkeit	18	2. Geeignetheit	100
5. Grenzüberschreitung	19	3. Erforderlichkeit	102
6. Formen der Niederlassung	24	IV. Spezialbereich direkte Besteuerung	105
a) Primäre Niederlassungsfreiheit	25	D. Rechtsfolgen	107
b) Sekundäre Niederlassungsfreiheit	26	I. Materielle Wirkung	107
II. Persönlicher Anwendungsbereich	27	II. Prozessuale Geltendmachung	114
1. Primäre Niederlassungsfreiheit	28	E. Verhältnis zu anderen Vertragsvorschriften	119
a) Einzelpersonen	29	I. Abgrenzung zu den übrigen Grundfreiheiten	119
b) Gesellschaften	32	1. Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 ff. AEUV	119
2. Sekundäre Niederlassungsfreiheit	33	2. Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 ff. AEUV	122
a) Einzelpersonen	34	3. Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 ff. AEUV	123
b) Gesellschaften (Art. 54)	35	4. Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV	128
III. Verpflichtete	36	II. Verhältnis zu weiteren Vorschriften	133
1. Mitgliedstaaten	37	1. Art. 18 AEUV	133
2. Unionsorgane	41	2. Art. 21 AEUV	134
3. Private	42	3. Art. 90 ff. AEUV	135
IV. Räumlicher Anwendungsbereich	46	4. Art. 15 Abs. 2 und Art. 16 GRC	136
V. Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt, Art. 51 Abs. 1 AEUV	47	5. Art. 345 AEUV	137
1. Zweck der Ausnahmenvorschrift	47	F. Sekundärrechtliche Ausprägungen der Niederlassungsfreiheit	138
2. Mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeit	48	I. Rechtsgrundlagen	139
3. Beispiele	50	1. Art. 50 AEUV	139
C. Gewährleistungsumfang	53	2. Art. 53 AEUV	143
I. Diskriminierungsverbot	53	II. Dienstleistungsrichtlinie	148
1. Offene Diskriminierung	57	III. Berufsanerkennungsrichtlinie	150
2. Verdeckte Diskriminierung	59	G. Zusammenfassung und Ausblick	153
3. Willkürliche Diskriminierung	66	Verzeichnis wichtiger Entscheidungen	157
4. Diskriminierung bei Kapitalbeteiligungen	67		
5. Umgekehrte Diskriminierung	68		
II. Allgemeines Beschränkungsverbot	70		
1. Grundsatz	70		
2. Einschränkungen des Beschränkungsverbots	73		

Literatur: Bayer, *Walter/Schmidt, Jessica, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung*, ZIP 2017, 2225; *Beuthin, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas* (Hrsg.), *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts*, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, 1. Aufl., Köln, 2009; *Braun, Vera*, *Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit*, 1. Aufl., Frankfurt am Main, 2010; *Cordewener, Axel*, *Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht*, 1. Aufl., Köln, 2002; *Dietz, Sara/Streinz, Thomas*, *Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten*, EuR 2015, 50; *Drexel, Claudia*, *Der Beweis in der jüngeren EuGH-Judikatur zu den Grundfreiheiten*, EuZW 2019, 533; *Epinney, Astrid*, *Umgekehrte Diskriminierungen*, 1. Aufl., Köln, 1995; *dies.*, *Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2015*, NVwZ 2016, 503; *Europäische Kommission*, 2.10.2013, *Commission Staff Working Document on the outcome of the peer review on legal form, shareholding and tariff requirements under the Services Directive*, SWD(2013) 402 final; *Eyles, Uwe*, *Das*

Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union: die Überlagerung des deutschen Gesellschaftsrechts und Unternehmenssteuerrechts durch europäisches Gemeinschaftsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden, 1990; *Feiden, Sonja*, Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten, 1. Aufl., Berlin, 2003; *Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band 1: Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, 2012; *Frind, Frank*, „Hasta la vista babe“ – zur Verwaltungslisierung ausländischer juristischer Personen im Lichte der Entscheidung des BVerfG v. 12.1.2016 – Diaspora beim AG Mannheim?, ZinsO 2016, 672; *Gabriel, Marc/Voll, Maximilian*, Das Ende der Inländerdiskriminierung im Vergabe(primär)recht, NZBau 2014, 155; *Gehrlein, Markus*, Zulassung von Gesellschaften als Insolvenzverwalter kraft Dienstleistungsrichtlinie?, NJW 2013, 3756; *Geimer, Reinhold*, Trotz Niederlassungsfreiheit kein „Wandernotariat“ in Europa, NJW 2013, 2625; *Germelmann, Claas Friedrich*, Konkurrenz von Grundfreiheiten und Missbrauch von Gemeinschaftsrecht – Zum Verhältnis von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit in der neueren Rechtsprechung, EuZW 2008, 596; *Glabe, Moritz*, Anmerkung zu EuGH 3.10.2013 – Rs. C-282/12 (Itelcar), Slg. 2013, n.n.v., IStR 2013, 871; *Gutenberg, Erich*, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Band I: Die Produktion, 24. Aufl., Berlin, Heidelberg, 1983; *Hailbronner, Kay*, Prüfungspflicht der Mitgliedstaaten zur Vergleichbarkeit ausländischer Diplome und Prüfungszeugnisse, JuS 1991, 91; *Hammerl, Christoph*, Inländerdiskriminierung, 1. Aufl., Berlin, 1997; *Jarass, Hans D.*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, 705; *ders.*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, 202; *ders.*, Die Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft – Ein Kernelement der Freiheit selbständiger wirtschaftlicher Betätigung, RIW 1993, 1; *ders.*, Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und damit verbundene Nachweispflichten, NVwZ 2018, 1665; *Kahler, Björn*, Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit von der Kapitalverkehrsfreiheit: abstrakt (BFH), abstrakt-konkret (BMF) oder konkret-abstrakt (EuGH)?, ISR 2013, 57; *Kainer, Friedemann*, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht, Zugleich ein Beitrag zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten, 1. Aufl., Baden-Baden, 2004; *ders./Herzog, Lucina*, Der Marktaustritt im Konzept der Grundfreiheiten, EuR 2018, 405; *Kieninger, Eva-Maria*, Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl, NJW 2017, 3624; *Kindler, Peter*, Insolvenzrecht als Tätigkeitsausübungsregel, EuZW 2016, 136; *ders.*, Unternehmensmobilität nach „Polbud“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik, NZG 2018, 1; *Kleine-Cosack, Michael*, Europarechts- und verfassungswidriger Ausschluss juristischer Personen von der Insolvenzverwaltung, NZI 2011, 791; *Kluth, Winfried/Rieger, Frank*, Die neue EU-Berufsanerkennungsrichtlinie – Regelungsgehalt und Auswirkungen für Berufsangehörige und Berufsorganisationen, EuZW 2005, 486; *Körper, Torben*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 1. Aufl., Tübingen, 2004; *Korte, Stefan*, Mitgliedstaatliche Verwaltungskooperation und private Eigenverantwortung beim Vollzug des europäischen Dienstleistungsrechts, NVwZ 2007, 501; *Krausnick, Daniel*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 1. Aufl., Tübingen, 2012; *Kröck, Alexander P.*, Der Einfluß der europäischen Grundfreiheiten am Beispiel der Ärzte und Arzneimittel: über die Auswirkungen des Europarechts an der Schnittstelle zwischen mitgliedstaatlichen Kompetenzen im Sozialrecht und den Anforderungen des europäischen Binnenmarktes; zugleich ein Beitrag zu einer einheitlichen Dogmatik der europäischen Grundfreiheiten, 1. Aufl., Konstanz, 1998; *Lackhoff, Klaus*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsgrundrecht?, 1. Aufl., Berlin, 2000; *Laskowski, Silke R.*, Das Urteil des EuGH vom 20. November 2001 (Rs. C-268/99) und seine Auswirkungen auf das deutsche Recht – Prostitution als „selbständige Erwerbstätigkeit“ und „Teil des gemeinschaftlichen Wirtschaftsleben“, EuR 2003, 458 (473); *Lippert, André*, Die begrenzte Anerkennung – der EuGH sichert seine Kompetenz – Zugleich ein Beitrag zur Diskussion um gegenseitige Anerkennung und Herkunftslandprinzip, EuR 2007, 631; *Lorz, Ralph Alexander*, Verfassungs- und Europafestigkeit der deutschen Notariatsverfassung, NJW 2012, 3406; *Ludwigs, Markus*, Anmerkung zu EuGH 1.7.2014 – Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft AB/Energimyndigheten), EuZW 2014, 620 (627); *Mangoldt, Hans Karl Emil von*, Die Lehre vom Unternehmergewinn: ein Beitrag zur Volkswirtschaftslehre, Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1855, Frankfurt a.M., 1966; *Mayer, Franz C.*, Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht, EuR 2003, 793; *Mitschke, Wolfgang*, Direktes Europäisches

Steuerrecht auf Schlingerkurs? Eine Bestandsaufnahme zum Jahreswechsel 2013/2014, *IStR* 2014, 37; *Mörsdorf, Oliver*, Nun also doch! – Die Überraschende Umdeutung der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit durch den EuGH im Urteil Polbud, *ZIP* 2017, 2381; *Mojzesowicz, Karolina*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, 1. Aufl., Baden-Baden, 2001; *Müller-Graff, Peter-Christian*, Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, *EuR* 2014, 3; *ders.*, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung, *EuR* Beiheft 1/2002, 7; *Müller, Stefan*, Portugiesische Regelungen zur (Drittstaaten-)Gesellschafterfremdfinanzierung trotz Mindestbeteiligungsschwelle von 10 % unionsrechtswidrig, Besprechung von EuGH 3.10.2013 – Rs. C-282/12 (Iteclcar), *Slg.* 2013, n.n.v., *ISR* 2013, 376; *Nachbaur, Andreas*, Niederlassungsfreiheit: Geltungsbereich und Reichweite des Art. 52 EGV im Binnenmarkt, 1. Aufl., Baden-Baden, 1999; *Neuhäuser, Gert Armin*, Die „Kohärenz des Rechts“ in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, *DÖV* 2017, 925; *Nicolaysen, Gert*, Europarecht II – Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, 1. Aufl., Baden-Baden, 1996; *Oechsler, Jürgen*, Die Polbud-Entscheidung und die Sitzverlegung der SE, *ZIP* 2018, 1269; *Pache, Eckhard/Knauff, Matthias* (Hrsg.), Fallhandbuch Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Stuttgart, 2010; *Paefgen, Walter*, „Polbud“: Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit, *WM* 2018, 981; *Plötscher, Stefan*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1. Aufl., Berlin, 2003; *Piekenbrock, Andreas*, Beschränkung des Insolvenzverwalteramts auf natürliche Personen, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 19.9.2013 – IX AR(VZ) 1/12, *LMK* 2013, 353032; *ders./Bluhm, Alexander*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 12.1.2016 – 1 BvR 3102/13, *NJW* 2016, 930 (935); *Potacs, Michael*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, *EuR* 2009, 465; *Repasi, René*, Anmerkung zu EuGH, 7.4.2011, Rs. C-291/09 (Guarnieri), *Slg.* 2011, I-2685, *EuZW* 2011, 429; *Reyes y Ráfales, Joel*, Die integrationsdynamische Auslegungsmethode am Beispiel der europäischen Grundfreiheiten, *EuR* 2018, 498; *Riegel, Reinhard*, Zur Bedeutung der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, *NJW* 1986, 2999; *Rixen, Stephan*, Versandapotheken und Warenverkehrsfreiheit: Beweisrechtliche Profilierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung, *EuR* 2017, 744; *Rosenfeldt, Herbert/Würdemann, Aike*, Schöpfer des Binnenmarktes im Käfig der Verträge – Die grundfreiheitliche Bindung des EU-Gesetzgebers, *EuR* 2016, 453; *Say, Jean Baptiste*, *Traité d'économie politique*, ou, Simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent, et se consomment les richesses, 1. Aufl., Paris, 1803; *Schäfer, Cornelia*, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Steuerrecht durch Maßnahmen der Harmonisierung und die Rechtsprechung des EuGH, 1. Aufl., Konstanz, 2004; *Scheuing, Dieter H.*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, *EuR* 2003, 744; *Schiff, Alexander*, Sekundär- vor Primärrecht, *EuZW* 2015, 899; *Schmidt-Heß, Ole*, Die Fortentwicklung der Schumacker-Rechtsprechung durch das Urteil des EuGH v. 9.2.2017 in der Rechtssache X, C-283/15, *IStR* 2017, 549; *Schmoller, Gustav von*, Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, Band I, Leipzig, 3. Aufl., 1900; *Schulte Westenberg, Hendrik*, Zur Bedeutung der Keck-Rechtsprechung für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, 1. Aufl., Tübingen, 2009; *Schwenke, Michael*, Replik auf Müller in *ISR* 2013, 376, Das Merkmal der Kontrollbeteiligung zur Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit von der Kapitalverkehrsfreiheit, *ISR* 2013, 376; *Smith, Adam*, An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations, 1. Aufl., Edinburgh, 1837; *Sombart, Werner*, Der kapitalistische Unternehmer, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 1909, XXIX, 689, 698; *Steindorff, Ernst*, Unvollkommener Binnenmarkt, *ZHR* 158 (1994), 149; *Steinke, Kirsa*, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, Frankfurt am Main, 2009; *Stelmaszczyk, Peter*, Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes, *EuZW* 2017, 890; *Stiegler, Sascha*, Grenzüberschreitender Formwechsel: Zulässigkeit eines Herausformwechsels, *AG* 2017, 846; *Stöbener, Patricia S./Stöbener, Angela R./Wendel, Mattias*, Rechtsprechungswegweiser Europarecht 2012, *Jura* 2012, 671; *Sydow, Sabine/Franke, Yvonne*, Überraschendes EuGH-Urteil zur Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatenverhalten und zu Missbrauchsregelungen, Anm. zum EUGH-Urteil vom 3.10.2013 – Rs. C-282/12, *Iteclcar*, *DB* 2013, 2642; *Thomas, Stefan*, Die Relevanzregel in der europäischen Grundfreiheitsdogmatik, *NVwZ* 2009, 1202; *Thünen, Johann Heinrich von*, Der isolierte Staat in Beziehung auf Landwirtschaft und Nationalökonomie, Nachdruck der Ausgabe Ros-

tock 1842, Jena, 1910; *Unzicker, Ferdinand*, Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union nach der Centros- und der Überseering-Entscheidung des EuGH, 1. Aufl., Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2004; *Wachter, Thomas*, Anmerkung zu EuGH, 25.10.2016, Rs. C-106/16 (Polbud), NZG 2017, 1308; *Weißborn, Annette*, Europäische Initiativen und deren Auswirkungen auf das Berufsrecht, DStR 2014, 612; *Wendland, Hendrik M.*, Die europäische Sammelklage – Kompetenzen und Grundrechte auf dem Altar kollektiver Rechtsdurchsetzung, ZEuS 2012, 161; *ders.*, Auch (selektive) Steuervergünstigungen sind Beihilfen – Immer! Oder doch nicht?, StudZR 2015, 21; *ders.*, When good is not good enough: A comparative analysis of underinclusiveness and the principle of coherence under proportionality review, Maastricht Journal of European and Comparative Law [MJ] 2018, 332; *Wolf, Peter*, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa, MittBayNot 2018, 510.

Vorschriften Sekundärrecht:

Verordnung (EU) Nr. 1724/2018 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2.10.2018 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors zu Informationen, Verfahren, Hilfs- und Problemlösungsdiensten, ABl. 21.11.2018 L 295/1.

Verordnung (EU) Nr. 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren, ABl. 2015 L 141/19.

Verordnung (EU) Nr. 345/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2013 über Europäische Risikokapitalfonds, ABl. 25.4.2013 L 115/1.

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 30.4.2004 L 166/1.

Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 5.7.1971 L 149/2.

Richtlinie 2016/943/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. 15.6.2016 L 157/1.

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.11.2013 zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), ABl. 28.12.2013 L 354/132.

Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 27.12.2006 L 376/36.

Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 30.9.2005 L 255/22.

Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 30.4.2004 L 158/77. Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde

Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. 1989 L 19/16.

Sonstige Maßnahmen der Union:

Europäische Kommission, 22.11.2016, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maß-

nahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, COM(2016) 723 final.

Europäische Kommission, 3.5.2016, Online Consultation on proposal to introduce a Services Passport and address regulatory barriers in the construction and business services sectors.

Europäische Kommission, 6.5.2015, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final.

Europäische Kommission, 12.3.2014, Empfehlung der Kommission für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen, C(2014) 1500 final.

Europäische Kommission, 23.10.2013, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem in Bezug auf eine Standard-Mehrwertsteuererklärung, COM(2013) 721 final.

Europäisches Parlaments, 9.10.2013, Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 9. Oktober 2013 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2013/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), EP-PE_TC1-COD(2011) 0435.

Europäische Kommission, 9.10.2013, Modernisation of the Professional Qualifications Directive – frequently asked questions, MEMO/13/867.

Europäische Kommission, 2.10.2013, Commission Staff Working Document on the outcome of the peer review on legal form, shareholding and tariff requirements under the Services Directive, SWD(2013) 402 final.

Europäische Kommission, 3.10.2012, Binnenmarktakte II – Gemeinsam für neues Wachstum, COM(2012) 573 final.

Europäische Kommission, 19.12.2011, Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung über die Verwaltungszusammenarbeit mithilfe des Binnenmarktinformationssystems, KOM(2011) 883 endg.

Europäische Kommission, 13.4.2011, Binnenmarktakte – Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen „Gemeinsam für neues Wachstum“, KOM(2011)206 endg., S. 8.

Europäische Kommission, 19.12.2011, Pressemitteilung über die Modernisierung der Richtlinie über Berufsqualifikationen, IP/11/1562.

A. Einführung

Unabhängig davon, ob man den „Unternehmer“ hauptsächlich wie *Smith*¹ als Kapitalgeber versteht, ihm wie *Say* die Aufgabe der Kombination der Produktionsfaktoren zuschreibt,² oder seine Funktion als Träger von Risiko in den Vordergrund stellt,³ sicher ist, dass der Unternehmer der **zentrale Faktor jeglichen ökonomischen Handelns**,⁴ die treibende Kraft des Kapitalismus⁵ ist. Die Produkte des unternehmerischen Handelns, deren grenzüberschreitende Verteilung der Binnenmarkt mit der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit schützt, könnten erst gar nicht erzeugt werden, wenn es nicht irgendwo einen unternehmerisch Handelnden gäbe, der wiederum auf eine größtmögliche Mobilität der Faktoren Arbeit und Kapital, innerhalb der Union geschützt durch Art. 45 ff. und 63 ff. AEUV, angewiesen ist.

1 *Smith*, An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations.

2 *Say*, Traité d'économie politique.

3 *Thünen*, S. 481; *von Mangoldt*, S. 36.

4 *Schmoller*, S. 41.

5 *Sombart*, ArchSozWiss XXIX, 689, 698.

3 § 3 Die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen

- 2 Die unternehmerische Tätigkeit ist dabei nur insoweit gewöhnlicher Produktionsfaktor, als der Unternehmer selbst etwa als Freiberufler eine produktive sachbezogene Tätigkeit ausübt (sog. objektbezogene Arbeitsleistung). Soweit die Geschäfts- oder Betriebsleitung des Unternehmens betroffen ist, besteht die Aufgabe gerade darin, die Elementarfaktoren zu einer produktiven Kombination zu vereinigen (sog. **originärer dispositiver Faktor**).⁶
- 3 Während die übrigen genannten Grundfreiheiten somit Input und Output des Produktionsprozesses schützen, sichert Art. 49 AEUV die Freizügigkeit des Unternehmers selbst. Er soll sich grundsätzlich frei entscheiden können, innerhalb welches Mitgliedstaats er seinen **Standort wählen** möchte. Die Niederlassungsfreiheit zielt darauf ab, Unionsbürgern zu ermöglichen, in einem anderen Mitgliedstaat eine Niederlassung zu gründen, um dort ihren Tätigkeiten nachzugehen, und so die gegenseitige wirtschaftliche, soziale⁷ und rechtliche⁸ Durchdringung auf dem Gebiet selbstständiger Erwerbstätigkeit innerhalb der Union zu fördern. Deshalb schafft die Niederlassungsfreiheit für einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats die Möglichkeit „in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen“.⁹ Eine solch dauerhafte und intensive Eingliederung wäre allein auf Grundlage der anderen Grundfreiheiten nicht möglich.¹⁰
- 4 Die Niederlassungsfreiheit ist von zentraler Bedeutung für die Verwirklichung und das Funktionieren des Binnenmarktes. Von Art. 26 Abs. 2 AEUV nicht ausdrücklich erwähnt¹¹ gehört die Niederlassungsfreiheit als Personenverkehrsfreiheit systematisch dennoch zu den Grundfreiheiten.¹² Die Grundfreiheiten sind elementar für das Zusammenwachsen der Union. Sie finden insbesondere Anwendung, wenn mitgliedstaatliche Maßnahmen den innerunionalen Wirtschaftsverkehr behindern.¹³
- 5 Mit dem Ablauf der Übergangszeit für die Schaffung eines gemeinsamen Marktes wurde die Niederlassungsfreiheit zum 31.12.1969 unmittelbar anwendbar. Sie begründet somit subjektive Rechte für die von ihr erfassten natürlichen und juristischen Personen, ohne dass es hierfür eines weiteren Umsetzungsakts bedarf.¹⁴
- 6 In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der letzten sechs Jahre (Januar 2014 bis Dezember 2019) finden sich über 110 Entscheidungen zur primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit.¹⁵ Ein deutlicher Schwerpunkt lag dabei bei der Überprüfung von

6 Gutenberg, S. 3, 6 f.

7 Vgl. idS EuGH 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg 1974, 631, Rn. 16/20 f. – Reyners; EuGH 12.9.2006 – C-196/04, Slg 2006, I-7995, Rn. 53 – Cadbury Schweppes.

8 Die Erweiterung des Schutzzwecks um die Komponente einer rechtlichen Verflechtungsförderung im Vergleich zur Integrationsbestimmung durch den EuGH kann als Folge der Polbud-Rechtsprechung vorgenommen werden und diese sich so ins klassische Binnenmarktkonzept einfügen. Auch der Kontakt mit fremden Rechtsformen fördert die innerunionalen Begegnung. AA Mörsdorf ZIP 2017, 2381 (2384); Oechsler ZIP 2018, 1269 (1271).

9 EuGH 30.11.1995 – C-55/94, Slg 1995, I-4165, Rn. 25 – Gebhard.

10 Pache/Knauff/Krausnick § 5 Rn. 2.

11 Art. 26 AEUV, der die Union auf das Ziel der Verwirklichung und des Funktionierens des Binnenmarktes verpflichtet, definiert den Binnenmarkt in Abs. 2 als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist“.

12 Ehlers/Tietje EU-Grundrechte § 10 Rn. 1; so finden sich die Regelungen zum Niederlassungsrecht in Titel IV „Die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr“.

13 Steinke, S. 27 f.; Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache HdB-EuropaR § 10 Rn. 21 f.; ausführlich zur Konzeption des Normzwecks der Grundfreiheiten in Literatur und Rechtsprechung Kainer, S. 89–124.

14 Vgl. für die unmittelbare Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit erstmals EuGH 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg 1974, 631, 24/28 – Reyners; s. auch EuGH 5.11.2002 – C-208/00, Slg 2002, I-9919, Rn. 60 – Überseering; Braun, S. 105.

15 Aufgrund von Zuordnungsschwierigkeiten kann eine genaue Zahl schwer ermittelt werden. Die Angaben sollen deshalb nur einer groben Orientierung dienen.

steuerlichen Regelungen, die Gesellschaften betreffen (über 30 Entscheidungen), im Vergabeprimärrecht (etwa zehn Entscheidungen, → Rn. 21) sowie im Glücksspielrecht (ebenefalls ca. zehn Entscheidungen)¹⁶.

B. Sachgegenständlicher Bereich

I. Begriff der Niederlassung

Gemäß Art. 49 Abs. 2 AEUV erfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen. Der Begriff der Niederlassung wird in Art. 49 AEUV nicht näher definiert.¹⁷ Aus dem systematischen Kontext der übrigen Grundfreiheiten ergibt sich jedoch, dass die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit mittels einer festen Einrichtung gewährt. Diese muss dauerhaft auf die Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats angelegt sein.¹⁸

Der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ist somit durch vier Merkmale gekennzeichnet: die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die Selbstständigkeit, die feste Einrichtung im Aufnahmestaat und die gewisse Dauerhaftigkeit des Tätigwerdens. Ferner bedarf es eines grenzüberschreitenden Vorgangs.

1. Erwerbstätigkeit

Die Niederlassungsfreiheit erfasst die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten unter den gleichen Bedingungen wie den im Mitgliedstaat der Ansässigkeit für dessen eigene Angehörige festgelegten.¹⁹ Der Begriff der Erwerbstätigkeit ist iSd Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts („*effet utile*“)²⁰ weit auszulegen.²¹ Er erfasst Tätigkeiten, die dem wirtschaftlichen Fortkommen dienen.²² Neben wirtschaftlichen Tätigkeiten in Urproduktion, Handwerk, Handel, Industrie und Tertiärbereich sind auch freiberufliche Tätigkeiten umfasst. Eine Erlöserwirtschaftung, die den Lebensunterhalt deckt, ist nicht erforderlich, sofern die Tätigkeit objektiv einem wirtschaftlichen Zweck dient.²³ Auch muss die Tätigkeit keinem klassischen Berufsbild entsprechen.²⁴ Tä

16 Im Bereich des Glücksspielrechts finden sich zusätzlich über 20 Vorlageverfahren, die vom EuGH durch einfachen Beschluss erledigt wurden, da die Vorlagefragen den Fragen in anderen Verfahren gleichen.

17 Sekundärrechtlich wird der Begriff der Niederlassung in Art. 4 Nr. 5 der Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 2006/123/EG) als „die tatsächliche Ausübung einer von (Art. 49 AEUV) erfassten wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Dienstleistungserbringer auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Infrastruktur, von der aus die Geschäftstätigkeit der Dienstleistungserbringung tatsächlich ausgeübt wird“.

18 EuGH 12.9.2006 – C-196/04, Slg 2006, I-7995, Rn. 54 – Cadbury Schweppes, wonach die Niederlassungsfreiheit „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit“ umfasst.

19 EuGH 26.6.2008 – C-284/06, Slg 2008, I-4571, Rn. 76 – Burda.

20 *Potacs* EuR 2009, 465 (467).

21 Allgemein zur weiten Auslegung des Begriffs der Niederlassung EuGH 12.12.1996 – C-3/95, Slg 1996, I-6511, Rn. 20 – Reisebüro Broede; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 19.

22 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 21.

23 Streinz/*Müller-Graff* EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 12. Vgl. auch das Verständnis des EuGH 12.9.2006 – C-196/04, Slg 2006, I-7995, Rn. 54 – Cadbury Schweppes, wonach die Niederlassungsfreiheit die Ausübung einer „wirklich wirtschaftlichen Tätigkeit“ voraussetzt.

24 Calliess/*Ruffert/Korte* EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 13.

tigkeiten ohne typischen wirtschaftlichen Charakter²⁵ sowie hoheitliches Handeln werden allerdings nur bei tatsächlich erwerbsorientiertem Tätigwerden erfasst.²⁶

- 10 Ob **sozialschädliche Tätigkeiten** von der Niederlassungsfreiheit erfasst sind oder bereits auf Tatbestandsebene ausscheiden, ist umstritten.²⁷ In der Rs. *Jany* hat der EuGH jedenfalls die Prostitution in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit einbezogen.²⁸ Auch in Urteilen zum Glücksspiel oder der Vornahme von Abreibungen suchte der EuGH richtigerweise eine Lösung auf Rechtfertigungsebene.²⁹ Sofern eine Tätigkeit allerdings in allen Mitgliedstaaten untersagt ist, fällt sie nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.³⁰ Für solche Produkte und Tätigkeiten ist schon kein Markt existent, dessen Zugang es zu schützen gilt.

2. Selbstständigkeit

- 11 Das Kriterium der Selbstständigkeit unterscheidet die Niederlassungsfreiheit von der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die Niederlassungsfreiheit schützt nur selbstständig Erwerbstätige.³¹ Demgegenüber können sich Arbeitnehmer als abhängig Beschäftigte auf die Art. 45 ff. AEUV berufen. Der EuGH sieht das wesentliche Merkmal für die Auslegung des Begriffs des Arbeitnehmers darin, dass „jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“.³²
- 12 Richtigerweise ist das entscheidende Merkmal nicht die Weisungsabhängigkeit,³³ sondern das der **unternehmerischen Risikoübernahme**.³⁴ Die Selbstständigkeit ist von dem Gedanken geprägt, die (wirtschaftliche) Verantwortung für das gesamte Unternehmen zu tragen.

25 So zB, wenn ausschließlich religiöse, karitative, politische oder sportliche Zwecke verfolgt werden. Vgl. EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74, Slg 1974, 1405, Rn. 4/10 – Walrave und Koch (Ausübung von Sport); EuGH 5.10.1988 – Rs. 196/87 Slg 1988, 6159, Rn. 9 – Steymann (Tätigkeit im Rahmen einer Religionsvereinigung); EuGH 15.3.1994 – C-45/93, Slg 1994, I-911, Rn. 5 f. – Kommission/Spanien (Museumsbesuch).

26 Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV Art. 49 Rn. 13.

27 Hierzu ausführlich *Frenz* HB Europarecht Kap. 8 Rn. 2211 ff.; dagegen wohl Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV Art. 49 Rn. 12, wonach nur wirtschaftliche Tätigkeiten, die nicht außerhalb der Sozialordnung liegen, erfasst werden. Wesentlich enger Vedder/Heintschel v. Heinegg/Khan/Eisenhut Unionsrecht AEUV Art. 49 Rn. 4, nach deren Ansicht nur solche Tätigkeiten geschützt sind, die nicht von der Sozialordnung des jeweiligen (beschränkenden) Mitgliedstaates missbilligt werden.

28 EuGH 20.11.2001 – C-268/99, Slg 2001, I-8615, Rn. 55 ff. – Jany; Urteilsbesprechung bei *Laskowski* EuR 2003, 458 (473 ff.). Vgl. zur Niederlassungsfreiheit für selbstständige Prostitution auch den Beschluss des LSG Bln-Bbg Beschluss v. 28.1.2013 – L 14 AS 3133/12; EuGH 8.5.2019 – C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383 Rn. 47 – PI; zu damit verbundenen Tätigkeiten bereits EuGH 18.5.1982 – Rs. 115/81, Slg 1982, 1665 – Adoui und Cornuaille.

29 EuGH 24.3.1994 – C-275/92, Slg 1994, I-1039, Rn. 32, 57 ff. – Schindler; EuGH 4.10.1991 – C-159/90, Slg 1991, I-4685, Rn. 18 ff. – Grogan ua.

30 *Frenz* HB Europarecht Kap. 8 Rn. 2215, 2217 ff.; vgl. zur Warenverkehrsfreiheit EuGH 16.12.2010 – C-137/09, Slg 2010, I-13019, Rn. 42 – Josemans.

31 EuGH 11.3.2004 – C-9/02, Slg 2004, I-2409, Rn. 40 – De Lasteyrie du Saillant; EuGH 21.2.2006 – C-152/03, Slg 2006, I-1711, Rn. 19 – Ritter-Coulais; EuGH 4.7.2013 – C-350/11, ECLI:EU:C:2013:447 Rn. 19 – Argenta Spaarbank; Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV Art. 49 Rn. 14.

32 EuGH 3.7.1986 – Rs. 66/85, Slg 1986, 2121, Rn. 17 – Lawrie-Blum; EuGH 7.9.2004 – C-456/02, Slg 2004, I-7573, Rn. 15 – Trojani; EuGH 17.7.2008 – C-94/07, Slg 2008, I-5939, Rn. 33 – Raccanelli; EuGH 28.2.2013 – C-544/11, ECLI:EU:C:2013:124 Rn. 30 – Petersen.

33 So aber Calliess/Ruffert/Bröhmer EUV/AEUV 4. Aufl. 2011 AEUV Art. 49 Rn. 11; Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache HdB-Europar § 10 Rn. 100; Schwarze/Schlag EU-Kommentar AEUV Art. 49 Rn. 24; Vedder/Heintschel v. Heinegg/Khan/Eisenhut Unionsrecht AEUV Art. 49 Rn. 8.

34 Ähnlich von der Groeben/Schwarze/Hatje/Tiedje EUV/AEUV Art. 49 Rn. 55; ähnlich auch *Frenz* HB Europarecht Rn. 2220 f., der für die Beurteilung von „Managern von Gesellschaften“, dann aber auch deren Weisungsbefugnisse abstellt.

In der Arbeitnehmerdefinition des EuGH kommt dies insoweit zum Ausdruck, als dort ein Handeln „für einen anderen“, dh auf dessen Rechnung, erfolgt.³⁵ Freilich ist mit der Risikoübernahme typischerweise auch eine **Weisungsunabhängigkeit** verbunden, während eine Weisungsunabhängigkeit nicht auch gleichzeitig mit einer Übernahme des wirtschaftlichen Risikos einhergehen muss. Besonders deutlich wird dies am Beispiel von Richtern oder Hochschullehrern, deren Tätigkeiten ihrer Natur nach zwar weisungsunabhängig aber gerade nicht unternehmerisch sind.³⁶ Dagegen übernimmt ein unabhängiger Handelsvertreter zwar nicht das wirtschaftliche Risiko für das vermittelte Hauptgeschäft, aber doch für seinen Vermittlungserfolg.³⁷ Ein Franchisee ist typischerweise in seiner Handlungsunabhängigkeit beschränkt, aber trägt das wirtschaftliche Risiko für sein Unternehmen. Beide können sich deshalb auf die Niederlassungsfreiheit berufen.³⁸

Relevant wird die Unterscheidung bei der Einordnung **leitender Angestellter**.³⁹ Zwar umfasst Art. 49 Abs. 2 AEUV dem Wortlaut nach auch die Leitung von Unternehmen, damit ist über die Anforderung an diese Leitungsaufgabe aber noch nichts gesagt. So ist nach hier vertretener Auffassung etwa ein Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund seiner Risikoübernahme selbstständig,⁴⁰ ein Geschäftsführer mit Festgehalt und ohne Gesellschafterstellung jedoch nicht.⁴¹ Anderes ergibt sich für letztere auch nicht aus Art. 50 Abs. 2 lit. f AEUV,⁴² denn die dort angesprochenen Beschränkungen „des Personals“ sind schon als Beschränkungen der Gesellschaft selbst aufzuheben. Schwieriger wird die Einordnung von Führungspersonal mit **erheblichen Entscheidungsbefugnissen**, das aufgrund von Anreizstrukturen wie wesentlichen Gewinnbeteiligungen oder sonstigen flexiblen Gehaltsbestandteilen in eine Position versetzt wird, in der es sich in einer unternehmergleichen Motivationslage findet. Aus der entscheidenden Perspektive des regulierenden Mitgliedstaats⁴³ rechtfertigt die Verschiebung der Handlungsanreize bei einer solchen Risikoübernahme die Einordnung in die Niederlassungsfreiheit.⁴⁴ Besondere Anforderungen an Angestellte jeder Art können zudem eine Beschränkung der Gesellschaft selbst darstellen,⁴⁵ so dass eine Abgrenzung oftmals dahinstehen kann.⁴⁶ Auf diese Weise werden mittelbar auch Ge-

35 Vgl. EuGH 14.12.1989 – Rs. 3/87, Slg 1989, 4459, Rn. 36 – Agegate.

36 AA zu Hochschullehrern vertritt *Krausnick*, S. 246 entgegen EuGH 23.9.2003 – C-224/01, Slg 2003, I-10239, Rn. 84 – Köbler – ohne Begründung.

37 Vgl. zur parallelen wettbewerbsrechtlichen Beurteilung Dausen/Ludwigs/*Hoffmann* EU-WirtschaftsR-HdB H.I Rn. 67; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich* Art. 101 Rn. 22 und dem damit verbundenen Handelsvertreterprivileg EuGH 14.12.2006 – C-217/05, Slg 2006, I-11987, Rn. 50 ff. – Estaciones de Servicio.

38 Vgl. zum Handelsvertreter EuGH 9.11.2000 – C-381/98, Slg 2000, I-9305, Rn. 24 – Ingmar.

39 Ob diese Arbeitnehmer im Sinne arbeitnehmerschützenden Sekundärrechts sind, ist dabei unerheblich; aA wohl EuGH 10.9.2014 – C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185 Rn. 41 – Haralambidis. EuGH 4.9.2014 – C-474/12, ECLI:EU:C:2014:2139 Rn. 23 ff. – Schiebel Aircraft – prüft hier Art. 45 und 49 parallel.

40 EuGH 27.6.1996 – C-107/94, Slg 1996, I-3089, Rn. 26 – Asscher –, allerdings auf ein fehlendes Unterordnungsverhältnis abstellend; EuGH 18.12.2014 – C-87/13, ECLI:EU:C:2014:2459 Rn. 21 – X.

41 AA wohl Streinz/*Müller-Graff* EUV/AEUV Art. 49 Rn. 14.

42 So aber Calliess/Ruffert/*Korte* EUV/AEUV Art. 49 Rn. 18.

43 Dazu bereits *Wendland* MJ 2018, 332 (338).

44 Ähnlich erkennt auch der EuGH die Risikoübernahme zumindest als Teilbestandteil der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung an, EuGH 14.12.1989 – C-3/87, Slg 1989, 4459, Rn. 36 – Agegate.

45 Vgl. EuGH 7.5.1998 – C-350/96, Slg 1998, I-2521, Rn. 30 – Clean Car; EuGH 29.10.1998 – C-114/97, Slg 1998, I-6717, Rn. 44 – Kommission/Spanien; EuGH 14.12.2014 – C-576/13, ECLI:EU:C:2014:2430 Rn. 37 – Kommission/Spanien; BGH, 14.5.2019 – II ZB 25/17, Rn. 50. Zu zurückhaltend ist deshalb die Entscheidung EuGH 10.12.2015 – C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 Rn. 28 – Kornhaas.

46 So auch Pache/Knauff/*Krausnick* § 5 Rn. 11.

schäftsführer einer Gesellschaft mit Unionsbezug geschützt, selbst wenn sie selbst (bspw. als Drittstaatler) nicht in den Schutzbereich fallen.⁴⁷

- 14 Nicht unter eine selbstständige Tätigkeit fallen auch alle **nicht-unternehmerischen Kapitalbeteiligungen** an Unternehmen (→ Rn. 128 ff.)

3. Feste Einrichtung

- 15 Die Niederlassungsfreiheit setzt eine feste Einrichtung in einem Mitgliedstaat voraus. Eine feste Einrichtung liegt vor, wenn in **stabiler und kontinuierlicher Weise** am Wirtschaftsleben des Aufnahmemitgliedstaats teilgenommen werden kann.⁴⁸ Die Form der Einrichtung ist nicht maßgeblich, bauliche Einrichtungen wie bspw. Fabriken, Büro- und Lagerräume sind grundsätzlich ausreichend.⁴⁹ Allein der Erwerb und der Besitz eines Grundstücks genügen hingegen regelmäßig nicht.⁵⁰
- 16 Zumindest in der Rechtsprechung des EuGH geklärt ist nun die Frage, inwieweit die lediglich **förmliche Registrierung** in einem Mitgliedstaat zur Begründung einer Niederlassung ausreicht. In der Rs. *Factortame II*⁵¹ nahm der EuGH noch an, dass die bloße Eintragung eines Schiffes in das staatliche Schiffsregister für eine Niederlassung nicht ausreiche, sondern zusätzlich eine wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Staat, die eine feste Einrichtung dort voraussetzt, zu fordern sei. Dies sei nur dann der Fall, wenn das Schiff vom Staat der Registrierung aus operiert und sein Einsatz von diesem Staat aus geleitet werde.⁵² Demgegenüber verzichtete der EuGH in den Rs. *Centros*⁵³ und *Cadbury Schweppes*⁵⁴ auf eine Erörterung der Frage, ob die Konstellationen des Ausgangsfalls für die Annahme einer Niederlassung im Sinne des Art. 49 AEUV genügen. Beachtung fand lediglich die Frage, ob eine missbräuchliche Berufung auf das Niederlassungsrecht vorliegt⁵⁵ und welche Anforderungen an eine mitgliedstaatliche Maßnahme zu stellen sind, die sich „speziell auf rein künstliche Gestaltungen bezieht, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen“⁵⁶. In der Rs. *Polbud*⁵⁷ entschied der EuGH nun, dass eine Gesellschaft, welche zum Formwechsel lediglich ihren Satzungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, ohne eine realwirtschaftliche Übertra-

47 Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache HdB-EuropaR § 10 Rn. 172.

48 Vgl. EuGH 25.7.1991 – C-221/89, Slg 1991, I-3905, Rn. 20–22 – *Factortame II*; EuGH 12.12.1996 – C-3/95, Slg 1996, I-6511, Rn. 20 – Reisebüro Broede; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 36.

49 Schwarze/*Schlag* EU-Kommentar AEUV Art. 49 Rn. 17; vgl. zB EuGH 4.12.1986 – Rs. 205/84, Slg 1986, 3755, Rn. 21 – Kommission/Deutschland; EuGH 15.9.2011 – C-347/09, Slg 2011, I-8185, Rn. 35 – Dickinger und Ömer.

50 EuGH 14.9.2006 – C-386/04, Slg 2006, I-8203, Rn. 19 – Centro di Musicologia Walter Stauffer, nach dem EuGH ist die Niederlassungsfreiheit im Fall des Erwerbs und des Besitzes von Grundstücken nur anwendbar, wenn deren Verwaltung aktiv erfolgt und eine Präsenz im Aufnahmemitgliedstaat sichergestellt ist; s. auch EuGH 26.10.2010 – C-97/09, Slg 2010, I-10465, Rn. 38 – Schmelz; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* EU 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 36.

51 EuGH 25.7.1991 – C-221/89, Slg 1991, I-3905 – *Factortame II*.

52 EuGH 25.7.1991 – C-221/89, Slg 1991, I-3905, Rn. 21 f. – *Factortame II*, 34; vgl. EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg 2007, I-10779 Rn. 70 ff. – Viking.

53 EuGH 9.3.1999 – C-212/97, Slg 1999, I-1459 – Centros.

54 EuGH 12.9.2006 – C-196/04, Slg 2006, I-7995 – Cadbury Schweppes.

55 EuGH 12.9.2006 – C-196/04, Slg 2006, I-7995, Rn. 34–38 – Cadbury Schweppes; vgl. auch idS EuGH 9.3.1999 – C-212/97, Slg 1999, I-1459, Rn. 24 ff. – Centros.

56 EuGH 12.9.2006 – C-196/04, Slg 2006, I-7995, Rn. 51 ff. – Cadbury Schweppes.

57 EuGH 25.10.2017 – C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud.

gung ihrer Tätigkeit mitzuvollziehen,⁵⁸ auch von der Niederlassungsfreiheit gegen Beschränkungen durch den Herkunftsstaat geschützt wird.⁵⁹

In dieser Rechtsprechungsentwicklung ist jedoch keine grundsätzliche Aufgabe des Erfordernisses einer festen Einrichtung zu sehen. Vielmehr stellt die Sitzaufspaltung einer Gesellschaft einen Sonderfall dar, bei dem die Kriterien an einen ausreichenden Konnex zum Aufnahmestaat aufgrund der **Geschöpftheorie**⁶⁰ nicht unionsrechtlich bestimmt, sondern von diesem selbst durch seine gesellschaftsrechtlichen Anforderungen festgelegt werden. Genügt sich der Aufnahmestaat mit der Registereintragung zur Gesellschaftsgründung, so liegt darin die feste Einrichtung. Da eine solche Trennung von rechtlicher und wirtschaftlicher Persönlichkeit bei natürlichen Personen nicht möglich ist, bleibt es für diese bei den oben genannten Anforderungen. Dies wird auch dadurch deutlich, dass der EuGH auch nach der Entscheidung in der Rs. *Polbud* ausdrücklich an der *Cadbury Schweppes*-Rechtsprechung festhält.⁶¹

4. Dauerhaftigkeit

Art. 49 AEUV setzt eine dauerhafte Teilnahme am Wirtschaftsverkehr eines anderen Mitgliedstaats voraus. Wann eine dauerhafte Tätigkeit vorliegt, kann nicht „quantitativ-mathematisch“⁶² bestimmt werden, da in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen schon einmalig durchgeführte Tätigkeiten unterschiedliche Zeitspannen beanspruchen können. Das Kriterium ist daher in Bezug auf die konkrete Leistung und anhand objektiver Merkmale im Rahmen einer **Gesamtbetrachtung** zu bestimmen. Anzeichen für die Dauerhaftigkeit sind ein zeitlich unbeschränktes Tätigwerden sowie eine gewisse Regelmäßigkeit und Häufigkeit. Ferner haben die Motive der Beteiligten eine widerlegliche Indizwirkung. So wurde unter anderem bei Sitznahme, Anwesenheit in Form einer Zweigniederlassung oder Agentur sowie Gründung eines Tochterunternehmens die Dauerhaftigkeit angenommen.⁶³ Allein von dem Vorliegen einer festen Einrichtung kann hingegen nicht auf die Dauerhaftigkeit geschlossen werden.⁶⁴ Ein Sonderfall gilt auch hier bei der bloßen Satzungsitzverlegung einer Gesellschaft (→ Rn. 16 f.)

5. Grenzüberschreitung

Die Niederlassungsfreiheit gilt nur für grenzüberschreitende Vorgänge (Art. 49 Abs. 1 AEUV).⁶⁵ Eine Grenzüberschreitung ist grundsätzlich dann gegeben, wenn ein Unionsbür-

58 *Stiegler AG* 2017, 846 (840) ist der Auffassung, der EuGH habe lediglich über die begrenztere Frage nach der Verlegung des Satzungssitzes ohne Verlegung des Verwaltungssitzes entschieden. Dies scheint insbesondere bzgl. EuGH 25.10.2017 – C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, Rn. 37 f. – *Polbud* – zu eng.

59 An der Richtigkeit dieser Entscheidung zweifelnd *Kindler NZG* 2018, 1 (3); *Stelmaszczyk EuZW* 2017, 890 (893 f.); *Streinz/Müller-Graff AEUV/EUV AEUV Art. 49 Rn. 16* in Fn. 57; kritisch zur Praxis der Sitzaufspaltung und mit Vorschlägen an den nationalen und den Unionsrechtsgeber *Kieninger NJW* 2017, 3624 (3627); *Wächter NZG* 2017, 1308 (1313); *Wolf MittBayNot* 2018, 510 (515 f.). Eine positive Bewertung findet sich dagegen bei *Bayer/Schmidt ZIP* 2017, 2225; *Paefgen WM* 2018, 981 (988 ff.).

60 EuGH 27.9.1988 – Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 Rn. 23 – *Daily Mail*; EuGH 16.12.2008 – C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 Rn. 110 – *Cartesio*. AA zur Bedeutung der Geschöpftheorie für den Niederlassungsbegriff *Mörsdorf ZIP* 2017, 2381 (2383).

61 EuGH 22.11.2018 – C-625/17, ECLI:EU:C:2018:939, Rn. 35 – *Vorarlberger Landes- und Hypothekbank*.

62 *Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 16*; vgl. auch *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff* 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 31 ff.

63 *Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 16 f. mwN*.

64 *Callies/Ruffert/Korte EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 26*.

65 Vgl. EuGH 21.6.2012 – C-84/11, ECLI:EU:C:2012:374 Rn. 18 – *Susisalo ua*; EuGH 13.2.2014 – C-162/12, ECLI:EU:C:2014:74 Rn. 41 ff. – *Airport Shuttle Express ua*; s. bereits EuGH 8.12.1987 –

ger seinen primären oder sekundären wirtschaftlichen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat nimmt.⁶⁶ Die europäischen Hoheitsgebiete nach Art. 355 Abs. 3 AEUV gelten dabei im Verhältnis zu dem Mitgliedstaat, der ihre auswärtigen Beziehungen wahrnimmt, nicht als ein anderer Mitgliedstaat.⁶⁷

- 20 Auch bei den sog. **Rückkehrerfällen** liegt ein grenzüberschreitendes Element vor. Hier können auf Beschränkungen des Heimatstaats, die sich gegen Personen richten, die bereits von ihrer Freizügigkeit gebraucht gemacht haben (bspw. zur Berufsausübung) und nun in den Heimatstaat zurückkehren, die Vorschriften der Niederlassungsfreiheit angewendet werden.⁶⁸ Wäre dies nicht der Fall, würden diese Personen nämlich möglicherweise schon an ihrem ursprünglichen Wegzug gehindert werden.⁶⁹ Selbiges gilt, wenn eine Person von den Erleichterungen auf dem Gebiet des Verkehrs und der Niederlassung Gebrauch gemacht hat und dank dieser Erleichterungen eine beruflichen Qualifikation in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen erworben hat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt. In diesem Fall kann sie sich unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit auch gegen Beschränkungen ihres Heimatstaats wehren.⁷⁰
- 21 Im Bereich des **Vergabeprimärrechts**, das den Beteiligten ein Recht auf ein transparentes Ausschreibungsverfahren bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen garantiert,⁷¹ liegt ein grenzüberschreitender Bezug bereits dann vor, wenn ein **sicheres grenzüberschreitendes Interesse** an der Konzession besteht.⁷² Ein solches Interesse kann sich aus der wirtschaftlichen Bedeutung der abzuschließenden Vereinbarung,⁷³ aus dem Ort ihrer Durchführung⁷⁴ oder aus technischen Merkmalen ergeben.⁷⁵ Es ist nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass die Konzession keine beträchtlichen Nettoeinnahmen erzeugen würde, da ein Unternehmen im Rahmen einer wirtschaftlichen Strategie, einen Teil seiner Tätigkeiten auf einen anderen Mitgliedstaat auszudehnen, trotz dieser Tatsache die taktische Entscheidung treffen kann, die Erteilung einer Konzession in diesem Staat zu beantragen.⁷⁶ Ob die Bieter im Vergabeverfahren tatsächlich nur Inländer waren, ist unerheblich, da die Verletzung der Transparenzpflicht gerade den Mangel an ausländischen Bietern bewirkt haben

Rs. 20/87, Slg 1987, 4879, Rn. 12 – Gauchard; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff 65. EL 2018 AEUV Art. 45 Rn. 55; aA zB Lackhoff, S. 55–126.

66 Streinz/Müller-Graff AEUV/EUV AEUV Art. 49 Rn. 20.

67 EuGH 12.10.2017 – C-192/16, ECLI:EU:C:2017:762 Rn. 22 ff. – Fisher.

68 EuGH, 27.6.1996 – C-107/94, Slg 1996, I-3089, Rn. 33 – Asscher.

69 EuGH 7.7.1992 – C-370/90, Slg 1992, I-4265, Rn. 19 – Singh.

70 EuGH 7.2.1979 – C-115/78, Slg 1979, 399, Rn. 20 – Knoors; EuGH 31.3.1993 – C-19/92, Slg 1993, I-1663, Rn. 15 – Kraus.

71 EuGH 18.11.1999 – C-275/98, Slg 1999, I-8291, Rn. 31 – Unitron Scandinavia; EuGH, 7.12. 2000, C-324/98, Slg 2000, I-10745, Rn. 61 – Telaustria.

72 EuGH 14.11.2013 – C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 28 – Belgacom; Es ist nicht ausreichend, dass ein solches Interesse lediglich nicht ausgeschlossen ist, EuGH 19.4.2018 – C-65/17, ECLI:EU:C:2018:263, Rn. 38 ff. – Oftalma Hospital; EuGH 6.10.2016 – C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747 Rn. 22 – Tecnoedi Costruzioni.

73 EuGH 21.7.2005 – C-231/03, Slg 2005, I-7287, Rn. 20 – Coname.

74 EuGH 17.7.2008 – C-347/06, Slg 2008, I-5641, Rn. 62 – ASM Brescia; EuGH 14.7.2016 – C-458/14, ECLI:EU:C:2016:558 Rn. 67 – Promoiimpresa.

75 EuGH 15.5.2008 – C-147/06, Slg 2008, I-3565, Rn. 24 – SECAP; EuGH 4.4.2019 – C-699/17, ECLI:EU:C:2019:290 Rn. 51 – Allianz Vorsorgekasse; in EuGH 20.3.2018 – C-187/16, ECLI:EU:C:2018:194 Rn. 107 – Kommission/Österreich – sprach die technische Komplexität gegen ein grenzüberschreitendes Interesse.

76 EuGH 14.11.2013 – C-388/12, ECLI:EU:C:2013:734 Rn. 51 – Comune di Ancona; anders noch bei „geringer wirtschaftlicher Bedeutung“ EuGH 21.7.2005 – C-231/03, Slg 2005, I-7287, Rn. 20 – Coname.

kann.⁷⁷ Die Existenz von ausländischen Unternehmen im Vergabeverfahren belegt ein sicheres grenzüberschreitendes Interesse,⁷⁸ obgleich es in diesem Fall dieser Rechtsfigur nicht bedarf. Die der Behörde obliegende Transparenzpflicht kommt allen potenziellen Bietern zugute, und zwar unabhängig davon, ob sie im selben Mitgliedstaat wie diese Behörde niedergelassen sind.⁷⁹ Nur so kann eine effektive Durchsetzung des Transparenzgebots gesichert werden.

Fraglich ist, ob ein grenzüberschreitendes Element vorliegt, wenn sich eine Gesellschaft, 22 die von Anteilseignern eines anderen Mitgliedstaats beherrscht wird, gegenüber dem Staat, nach dessen Recht sie gegründet wurde und in dessen Gebiet sie tätig ist, auf die Niederlassungsfreiheit beruft. Der EuGH sieht jedenfalls in der Beherrschung durch Anteilseigner anderer Staatszugehörigkeit und der Zugehörigkeit zu einer Firmengruppe mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten ein grenzüberschreitendes Moment.⁸⁰ Dieser Rechtsprechung ist nur insoweit zuzustimmen, als die Beschränkung der Gesellschaft (mittelbar) eine eigenständige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Gesellschafter bewirkt.⁸¹ Jede darüberhinausgehende Öffnung des Anwendungsbereichs würde eine unzulässige Einengung der mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnisse zur Folge haben.⁸²

In Abwesenheit grenzüberschreitender Elemente sieht der EuGH sich im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens trotzdem als zuständig zur Auslegung des Unionsrechts an, so 23 weit eine nationale Vorschrift existiert, die dem inländischen Staatsangehörigen die gleichen Rechte zuerkennt, die einem Bürger eines anderen Mitgliedstaats in der gleichen Lage aufgrund des Unionsrechts zustünden.⁸³ Der EuGH nimmt diese Möglichkeit zur **Auslegungshilfe** jedoch in der Praxis recht willkürlich wahr. In einigen Fällen verweist er ohne eine Prüfung der konkreten Rechtslage auf diese Befugnis,⁸⁴ während er in anderen Fällen auf eine fehlende Vergleichbarkeit des transnationalen Niederlassungsvorgangs mit dem Bestehen einer inländischen Niederlassung abstellt⁸⁵ oder diesen Zuständigkeitsgrund einfach nicht heranzieht.⁸⁶ Die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens ergibt sich

77 EuGH 14.11.2013 – C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 31 – Belgacom. Vgl. aber EuGH 12.12.2013 – C-292/12, ECLI:EU:C:2013:820 Rn. 72 – Ragn-Sells, in dem der EuGH ein grenzüberschreitendes Interesse gerade wegen fehlender ausländischer Interessenten ablehnt.

78 EuGH 5.4.2017 – C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266 Rn. 45 – Borta; anders soll es beim bloßen Vorliegen von Beschwerden durch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten aussehen, EuGH 11.12.2014 – C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 Rn. 49 – Spezzino.

79 EuGH 14.11.2013 – C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 31 – Belgacom.

80 Vgl. EuGH 1.2.2001 – C-108/96, Slg 2001, I-837, Rn. 15 f. – Mac Quen ua; EuGH 17.10.2002 – C-79/01, Slg 2002, I-8923, Rn. 25 – Payroll; EuGH 21.12.2016 – C-201/15 ECLI:EU:C:2016:972 Rn. 46 – AGET Iraklis.

81 Im Fall Mac Quen bspw. wurde die heimische Gesellschaft durch die ausländische Anteilseignerin kontrolliert. Die Anteilseignerin wäre durch die fragliche Regelung von ihrer Einfluss vermittelnden Beteiligung abgehalten worden und so in ihrer eigenen Niederlassungsfreiheit beschränkt. Auf diese Beschränkung kann sich auch die heimische Gesellschaft berufen. So wohl auch EuGH 14.11.2018 – C-215/17, ECLI:EU:C:2018:901, Rn. 42 f. – NKBM.

82 Im Ergebnis ähnlich Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 66.

83 Vgl. EuGH 30.3.2006 – C-451/03, Slg 2006, I-2941, Rn. 29 – Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti; EuGH 1.6.2010 – C-570/07 u. 571/07, Slg 2010, I-4629, Rn. 39 – Pérez und Gómez; EuGH 21.6.2012 – C-84/11, ECLI:EU:C:2012:374 Rn. 20 – Susisalo ua; EuGH 14.11.2018 – C-342/17, ECLI:EU:C:2018:906, Rn. 24 – Memoria und Dall'Antonia.

84 EuGH 5.12.2013 – C-159/12, ECLI:EU:C:2013:791 Rn. 28 – Venturini; EuGH 13.2.2014 – C-367/12, ECLI:EU:C:2014:68 Rn. 12 – Sokoll-Seebacher.

85 EuGH 13.2.2014 – C-162/12, ECLI:EU:C:2014:74 Rn. 46 – Airport Shuttle Express ua; EuGH 13.2.2014 – C-419/12, ECLI:EU:C:2014:81 Rn. 40 – Crono Service.

86 EuGH 12.12.2013 – C-292/12, ECLI:EU:C:2013:820 70 ff. – Ragn-Sells; EuGH 12.5.2016 – C-692/15, ECLI:EU:C:2016:344 Rn. 26 ff. – Security Service, obwohl dem EuGH bekannt sein muss, dass in Italien durch Gesetz Nr. 234 vom 24.12.2012 die „Inländerdiskriminierung“ ausgeschlossen wird.

auch daraus, dass das vorlegende Gericht die Unionsrechtsmäßigkeit einer Norm in einem innerstaatlichen Nichtigkeitsverfahren prüft, das nicht nur für die Inländer, sondern automatisch auch für die Angehörigen der übrigen Mitgliedstaaten Geltung hat,⁸⁷ nicht jedoch bereits aus der Tatsache, dass das Verfahren eine unterschiedslos anwendbare Regelung zum Gegenstand hat,⁸⁸ solange diese nicht der Umsetzung des Unionsrechts dient.⁸⁹ Zu weitgehend ist die Auffassung des EuGH, dass auch (außerhalb des Vergabeprimärrechts) bereits ein konkret dargelegtes grenzüberschreitendes Interesse an der Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit zur Begründung der Zuständigkeit ausreichen soll,⁹⁰ denn aufgrund der begrenzten Wirkung des Anwendungsvorrangs – nicht Geltungsvorrangs – kann die Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit keine Auswirkung auf die Ausgangstreitigkeit haben.⁹¹

6. Formen der Niederlassung

- 24 Art. 49 AEUV unterscheidet zwischen der primären und sekundären Niederlassungsfreiheit.

a) Primäre Niederlassungsfreiheit

- 25 Die primäre Niederlassungsfreiheit erfasst die **Neuaufnahme** einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat oder die **Verlegung des Hauptsitzes** in einen anderen Mitgliedsstaat.⁹² Primäre Niederlassung einer natürlichen Person ist der Ort des wirtschaftlichen Schwerpunkts der Gesamttätigkeit.⁹³

b) Sekundäre Niederlassungsfreiheit

- 26 Zur sekundären Niederlassungsfreiheit zählen Vorgänge, bei denen es nicht zu einer wirtschaftlichen Hauptsitznahme in einem anderen Mitgliedsstaat kommt.⁹⁴ Sekundäre Niederlassungen sind somit Niederlassungen, die von einer primären Niederlassung abhängig sind.⁹⁵ Gemäß Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV gehören hierzu die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften. Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV enthält ferner das Kriterium der Ansässigkeit. In Anbetracht der wirtschaftlichen Funktion des Niederlassungsrechtes ist der Ort der gewerblichen Tätigkeit entscheidend.⁹⁶ Die Form der sekundären Niederlassung hat keinen unterschiedlichen Gewährleistungsgehalt zur Folge (vgl. Art. 49 AEUV).⁹⁷

87 EuGH 8.5.2013 – C-197/11, ECLI:EU:C:2013:288 Rn. 35 – Libert ua; EuGH 21.9.2017 – C-125/16, ECLI:EU:C:2017:707 Rn. 30 – Malta Dental Technologists Association.

88 EuGH 15.11.2016 – C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 Rn. 54 – Ullens de Schooten; EuGH 8.5.2019 – C-53/18, ECLI:EU:C:2019:380 Rn. 36 – Mastromartino.

89 EuGH 14.2.2019 – C-710/17, ECLI:EU:C:2019:116 Rn. 22 ff. – Consorzio Cooperative Costruzioni.

90 So aber EuGH 27.4.2017 – C-595/16, ECLI:EU:C:2017:320 Rn. 18 – Emmea; EuGH 20.9.2018 – C-343/17, ECLI:EU:C:2018:754 Rn. 27 ff. – Fremoluc; EuGH 19.12.2019 – C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125 Rn. 33 – Comune di Bernareggio. Wesentlich weiter die Auffassung in EuGH 15.10.2015 – C-168/14, ECLI:EU:C:2015:685 Rn. 36 – Grupo Itevelesa ua, nach der es ausreicht, das nicht ausgeschlossen werden kann, dass ausländische Unternehmen Interesse an der Tätigkeit haben.

91 Der EuGH übt in diesen Fällen in der Praxis deshalb auch zurecht Zurückhaltung, vgl. EuGH 3.7.2014 – C-92/14, ECLI:EU:C:2014:2051 Rn. 39 ff. – Tudoran; EuGH 31.5.2018 – C-24/18, ECLI:EU:C:2018:376 – Bán.

92 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 52.

93 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 55.

94 Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 23.

95 Lackhoff, S. 172.

96 Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 56.

97 Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 23.

II. Persönlicher Anwendungsbereich

In Bezug auf den Kreis der Berechtigten der Niederlassungsfreiheit ist zwischen primärer 27
und sekundärer Niederlassungsfreiheit zu unterscheiden.⁹⁸

1. Primäre Niederlassungsfreiheit

Auf die primäre Niederlassungsfreiheit können sich natürliche Personen berufen, die 28
Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, also Unionsbürger im Sinne von Art. 20 Abs. 1 S. 2
AEUV sind. Ihnen gleichgestellt sind Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften eines
Mitgliedstaats gegründet oder ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder
ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, Art. 54 Abs. 1 AEUV.

a) Einzelpersonen

Gemäß Art. 49 Abs. 1 AEUV sind nur **Staatsangehörige von Mitgliedstaaten** aus der Nie- 29
derlassungsfreiheit berechtigt.⁹⁹ Erfasst sind nicht nur Staatsangehörige anderer Mitglied-
staaten. Liegt ein grenzüberschreitender Bezug vor, sind entgegen des Wortlauts von
Art. 49 Abs. 1 AEUV vielmehr auch Angehörige des eigenen Mitgliedstaats berechtigt
(→ Rn. 20). Dies folgt aus dem Normzweck von Art. 49 Abs. 1 AEUV.¹⁰⁰ Dieser liegt da-
rin, Selbstständige in den binnenmarktlichen Freiverkehr der eine wirtschaftliche Tätigkeit
ausübenden Personen einzugliedern.¹⁰¹ Dadurch kommen Selbstständige in den Genuss
der freien Standortwahl und es kommt zu einem Standortwettbewerb im Binnenmarkt.¹⁰²
Darüber hinaus gilt die Niederlassungsfreiheit auch für Staatsangehörige der Mitglied-
staaten des Europäischen Wirtschaftsraums.¹⁰³

Begrenzt durch den Grundsatz der Unionstreue in Art. 4 Abs. 3 AEUV, bestimmt sich die 30
Staatsangehörigkeit grundsätzlich nach den nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten.
Hat eine Person mehrere Staatsangehörigkeiten, darunter die eines Mitgliedstaates, so
kann sie sich auch dann auf die Niederlassungsfreiheit berufen, wenn sie außerdem die
Staatsangehörigkeit eines Drittstaates hat.¹⁰⁴ Der Aufenthalt eines Unionsbürgers in einem
Mitgliedstaat oder Drittstaat ist in Bezug auf die primäre Niederlassungsfreiheit nicht von
Bedeutung.¹⁰⁵

Im Gegensatz zur Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit sowie der Warenverkehrsfrei- 31
heit¹⁰⁶ können sich Staatsangehörige von **Drittstaaten** und Staatenlose im Regelfall nicht
auf die Niederlassungsfreiheit berufen.¹⁰⁷ Als Familienangehörige von Personen, die selbst
Träger der Niederlassungsfreiheit sind, können sie jedoch mittelbar von Art. 49 AEUV ge-
schützt sein.¹⁰⁸ Verweigert ein Mitgliedstaat dem Familienangehörigen (dazu gehören

98 Systematisierung nach Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 25; Frenz HB Europarecht Kap. 8 Rn. 2279.

99 Calliess/Ruffert/Korte EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 6.

100 Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 27.

101 Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 5.

102 Dausers/Ludwigs/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB E.I Rn. 2.

103 Vgl. die Art. 31 ff. des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR); Calliess/Ruffert/Korte EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 7.

104 EuGH 7.7.1992 – C-369/90, Slg 1992, I-4239, Rn. 10 f. – Micheletti; Lackhoff, S. 181; Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 27; s. hierzu auch Dausers/Ludwigs/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB E.I Rn. 23.

105 Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 27.

106 Frenz, HB Europarecht Kap. 3 Rn. 230 f.

107 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff 65. EL 2018 AEUV Art. 49 Rn. 12.

108 Dausers/Ludwigs/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB E.I, Rn. 26; Frenz HB Europarecht Kap. 8 Rn. 2276.

auch gleichgeschlechtliche Ehepartner)¹⁰⁹ eines Unionsbürgers die Einreise oder den Aufenthalt, wird nämlich der Unionsbürger potenziell von der Ausübung seines Freizügigkeits- und Niederlassungsrechts abgehalten.¹¹⁰ Dieses aus dem Status des berechtigten Unionsbürgers abgeleitete Recht endet grundsätzlich mit dem Erlöschen der familienrechtlichen Sonderbeziehung.¹¹¹ Einschlägiges Sekundärrecht in Form der Richtlinie 2004/38/EG¹¹² konkretisiert das Einreise- und Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen aus Drittstaaten.¹¹³ Die Richtlinie gesteht den Familienangehörigen keine eigene Rechtsstellung zu,¹¹⁴ ist jedoch hinsichtlich ihres Schutzzumfangs nicht abschließend.¹¹⁵

b) Gesellschaften

- 32 Berechtigte der Niederlassungsfreiheit sind auch **Gesellschaften**, sofern die in Art. 54 Abs. 1 AEUV vorgegebene Unionsbeziehung vorliegt (s. *Kainer*, → § 4). Auf Gesellschaften, die in Drittstaaten gegründet sind, ist Art. 49 AEUV somit nicht anwendbar.¹¹⁶ Es existiert keine einheitliche unionsrechtliche Definition der Gesellschaften, die sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen können. Ob Art. 49 AEUV auf eine Gesellschaft anwendbar ist, stellt daher eine „Vorfrage dar, die beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts nur nach dem anwendbaren nationalen Recht beantwortet werden kann“.¹¹⁷

2. Sekundäre Niederlassungsfreiheit

- 33 Die sekundäre Niederlassungsfreiheit wird in Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV definiert. Hiernach ist die „Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind“, vom Beschränkungsverbot des Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV erfasst. Ihre Träger sind Unionsbürger, die in der Union ansässig sind, sowie Gesellschaften mit Unionsverknüpfung und Ansässigkeit in der Union.¹¹⁸ Durch das zusätzliche Erfordernis der Ansässigkeit unterscheiden sich primäre und sekundäre Niederlassungsfreiheit. Die Unterscheidung ist jedoch, wenn überhaupt, nur mittelbar auf Rechtsfertigungsebene relevant.¹¹⁹

a) Einzelpersonen

- 34 Die sekundäre Niederlassungsfreiheit setzt neben dem Status als Unionsbürger voraus, dass der Staatsangehörige eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates mit

109 EuGH 5.6.2018 – C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 Rn. 33 ff. – *Coman* ua.

110 Vgl. EuGH 7.7.1992 – Rs. 370/90, Slg 1992, I-4265, Rn. 23 – *Singh*.

111 *Schwarze/Schlag* EU-Kommentar AEUV Art. 49 Rn. 30; vgl. zu weitergehenden Rechten aus dem Sekundärrecht Art. 13 Abs. 2 RL 2004/38/EG.

112 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 30.4.2004 L 158/77.

113 *Frenz* HB Europarecht Kap. 8 Rn. 2437 und Kap. 12 Rn. 4185 ff.

114 EuGH 8.12.2012 – C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691 Rn. 66 f. – *Iida*; EuGH 12.3.2014 – C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135 Rn. 36 – *O*.

115 Vgl. zu weitergehenden Rechten gegenüber dem Herkunftsmitgliedstaat aus Art. 21 Abs. 1 AEUV EuGH 12.3.2014 – C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135 Rn. 44 ff. – *O*; EuGH 14.11.2017 – C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862 Rn. 46 – *Lounes*.

116 EuGH 11.9.2014 – C-47/12, ECLI:EU:C:2014:2200 Rn. 46 – *Kronos International*; *Streinz/Müller-Graff* EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 29.

117 EuGH 29.11.2011 – C-371/10, Slg 2011, I-12273, Rn. 26 – *National Grid Indus*; s. auch EuGH 27.9.1988 – Rs. 81/87, Slg 1988, 5483, Rn. 19–23 – *Daily Mail*; EuGH 5.11.2002 – C-208/00, Slg 2002, I-9919, Rn. 70 – *Überseering*; EuGH 16.12.2008 – C-210/06, Slg 2008, I-9641, Rn. 109 – *Cartesio*.

118 *Streinz/Müller-Graff* EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 30.

119 *Calliess/Ruffert/Korte* EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 30.

seinem wirtschaftlichen Schwerpunkt ansässig ist.¹²⁰ Somit kann sich auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit nur berufen, wer sich tatsächlich und dauerhaft in die Wirtschaft eines Mitgliedstaats eingegliedert hat.¹²¹ Unternehmer mit Hauptniederlassung und Hauptverwaltung in einem Drittland können sich daher nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen, wenn sie im Binnenmarkt ein Tochterunternehmen gründen oder eine Zweigniederlassungen betreiben wollen, selbst wenn sie Unionsbürger sind – wohl aber auf die primäre Niederlassungsfreiheit, wenn sie gerade ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt in die EU verlegen wollen.¹²²

b) Gesellschaften (Art. 54)

Auch für Gesellschaften mit Unionsverknüpfung im Sinne des Art. 54 Abs. 1 AEUV gilt für die sekundärrechtliche Niederlassungsfreiheit das Ansässigkeitserfordernis in der Union. Die tatsächliche und dauerhafte Verbindung mit einem Mitgliedstaat soll gewährleisten, dass das Unternehmen ausreichend kontrollierbar ist.¹²³ 35

III. Verpflichtete

Adressaten des Beschränkungsverbots in Art. 49 AEUV sind sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Unionsorgane. Streitig ist die Bindung Privater an die Niederlassungsfreiheit.¹²⁴ 36

1. Mitgliedstaaten

Die Niederlassungsfreiheit bindet zuvörderst die Mitgliedstaaten.¹²⁵ Zwar nennt Art. 49 Abs. 1 AEUV nicht explizit die Verpflichteten. Dies folgt jedoch aus dem Wortlaut des Art. 49 Abs. 2 AEUV,¹²⁶ da Beschränkungen vornehmlich von Maßnahmen der Mitgliedstaaten herrühren.¹²⁷ Gebunden sind **Aufnahme- und Herkunftsstaat**.¹²⁸ 37

Der EuGH fasst das Konzept der mitgliedstaatlichen Maßnahmen in ständiger Rechtsprechung weit. Um als mitgliedstaatliche Maßnahme unter die Grundfreiheiten zu fallen, muss das Handeln einer Person oder einer Einrichtung nicht formal der staatlichen Gewalt zuordenbar sein. Auch muss es sich nicht um eine Maßnahme einer juristischen Person des öffentlichen Rechts handeln.¹²⁹ So hat der EuGH Maßnahmen einer berufsständischen Organisation an den Grundfreiheiten gemessen, wenn dieser Organisation nach nationalem Recht **hoheitsähnliche Befugnisse** zugestanden haben.¹³⁰ Das Handeln privatrechtlich organisierter juristischer Personen kann den Mitgliedstaaten ferner zugerechnet 38

120 Calliess/Ruffert/Korte EUV/AEUV Art. 49 Rn. 30.

121 Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV Art. 49 Rn. 31.

122 Dausers/Ludwigs/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB E.I Rn. 80; Schwarze/Schlag EU-Kommentar AEUV Art. 49 Rn. 29.

123 Schwarze/Schlag EU-Kommentar AEUV Art. 49 Rn. 31; Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV Art. 49 Rn. 32.

124 Dausers/Ludwigs/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB E.I Rn. 27, 31, 33.

125 GA *Trstenjak* Schlussanträge v. 28.3.2012 – C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176 Rn. 29 – Fra.bo.

126 Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV Art. 49 Rn. 34.

127 *Lackhoff*, S. 202.

128 EuGH 14.7.1994 – C-379/92, Slg 1994 I-3453, Rn. 31 – Peralta; EuGH 14.12.2000 – C-141/99, Slg 2000, I-11619, Rn. 21 – AMID.

129 GA *Trstenjak* Schlussanträge v. 28.3.2012 – C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176 Rn. 29 – Fra.bo.

130 Vgl. EuGH 18.5.1989 – Rs. 266/87 und 267/87, Slg 1989, 1295, Rn. 13–16 – Association of Pharmaceutical Importers ua; EuGH 15.12.1993 – C-292/92, Slg 1993, I-6787, Rn. 14–16 – Hünermund ua.

werden, wenn sie direkt oder indirekt von dem jeweiligen Mitgliedstaat kontrolliert werden.¹³¹

- 39 Die mitgliedstaatliche Bindung erfasst nicht nur die staatliche Zentralgewalt, sondern alle Einrichtungen, die mit staatlicher Hoheitsgewalt ausgestattet sind.¹³² Hierzu zählen etwa Gemeinden, öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten, wie auch Beliehene und Unternehmen, die unter staatlicher Aufsicht nach Weisung handeln.¹³³ Gebunden sind alle Staatsgewalten.¹³⁴
- 40 Der EuGH legt den Mitgliedstaaten darüber hinaus unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht auf, die Ausübung der Grundfreiheiten vor verbotenen Behinderungen durch **Private zu schützen**. Hiernach muss der betreffende Mitgliedstaat die erforderlichen Maßnahmen gegen Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Private ergreifen.¹³⁵ Insofern wird der Geltungsbereich der Grundfreiheiten mittelbar auf Maßnahmen Privater erstreckt.¹³⁶

2. Unionsorgane

- 41 Auch die Unionsorgane sind an die Niederlassungsfreiheit gebunden. Dies ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV und Art. 26 AEUV, wonach die Union die Errichtung eines Binnenmarkts zum Ziel hat. Den jeweiligen politischen Organen der Union ist es daher unter anderem verboten, den Mitgliedstaaten in Richtlinien Differenzierungen vorzuschreiben oder zu rechtfertigen, die nicht im Einklang mit Art. 49 AEUV stehen oder solche Differenzierungen in Verordnungen niederzulegen.¹³⁷ Verkehrs- oder Vertriebsverbote werden im Regelfall schon keine geeignete Kompetenzgrundlage im Unionsrecht finden,¹³⁸ sind aber jedenfalls als möglicher Verstoß gegen die Grundfreiheiten zu prüfen.¹³⁹ Liegen zwingende Gründe des Unionsinteresses vor, können Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch unionale Maßnahmen jedoch gerechtfertigt sein.¹⁴⁰

3. Private

- 42 Umstritten ist die Bindung Privater an die Niederlassungsfreiheit.¹⁴¹ Diese Frage ist grundsätzlich wie bei den anderen Grundfreiheiten zu beantworten.¹⁴² Der Wortlaut sowie eine systematische Auslegung führen insoweit zu keinem eindeutigen Ergebnis. Ausschlaggebend sind daher Ziel, Aufgaben und Wirkungsweisen der Grundfreiheiten im Rahmen der

131 Vgl. EuGH 12.12.1990 – C-302/88, Slg 1990, I-4625, Rn. 13–16 – Hennen Olie; EuGH 5.11.2002 – C-325/00, Slg 2002, I-9977, Rn. 17–21 – Kommission/Deutschland.

132 Calliess/Ruffert/*Kingreen* EUV/AEUV AEUV Art. 36 Rn. 105.

133 Dausers/Ludwigs/*Ludwigs* EU-WirtschaftsR-HdB E.I Rn. 27.

134 Streinz/*Müller-Graff* EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 34 f.

135 EuGH 9.12.1997 – C-265/95, Slg 1997, I-6959, Rn. 30–32 – Kommission/Frankreich; EuGH 12.7.2003 – C-112/00, Slg 2003, I-5659, Rn. 57–63 – Schmidberger.

136 GA *Trstenjak* Schlussanträge v. 28.3.2012 – C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176 Rn. 30 f. – Fra.bo.

137 Streinz/*Müller-Graff* EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 37; zur Bindung der Unionsorgane an die Grundfreiheiten auch *Lackhoff*, S. 208.

138 Vgl. etwa zum Tabakwerbverbot EuGH 5.10.2000 – C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544 – Deutschland/Parlament und Rat.

139 Vgl. zum „Snus“-Verbot EuGH 14.12.2004 – C-210/03, ECLI:EU:C:2004:802 Rn. 59 – Swedish Match. Auf diese Rechtfertigungsnotwendigkeit weisen *Rosenfeldt/Würdemann* EuR 2016, 453 auch für andere Beschränkungen hin.

140 Dausers/Ludwigs/*Ludwigs* EU-WirtschaftsR-HdB E.I Rn. 31.

141 Vgl. nur Dausers/Ludwigs/*Ludwigs* EU-WirtschaftsR-HdB E.I Rn. 33 mwN; grundlegend *Müller-Graff* EuR 2014, 3 (3 ff.); ausführlich zur Rechtsprechung des EuGH zur Bindung Privater an die Grundfreiheiten GA *Trstenjak* Schlussanträge v. 28.3.2012 – C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176 Rn. 28 ff. – Fra.bo.

142 Streinz/*Müller-Graff* EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 38.

Verträge. Die Grundfreiheiten dienen der Verwirklichung des Binnenmarktes und haben damit fundamentale Bedeutung für dessen Integrationskonzept.¹⁴³ Das Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes würde aber nicht erreicht, wenn private Akteure aufgrund ihrer privatrechtlichen Autonomie Hindernisse errichten könnten, die solchen staatlichen Ursprungs vergleichbar sind.¹⁴⁴

Es ist daher ständige Rechtsprechung, dass sich die Grundfreiheiten auch „auf Regelwerke anderer Art erstrecken, die die abhängige Erwerbstätigkeit, die selbstständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleistungen **kollektiv regeln** sollen“.¹⁴⁵ Dabei muss das privatautonome Handeln nicht Ausfluss quasilegislativer Befugnisse sein.¹⁴⁶ Dies hat der Gerichtshof nunmehr auch für die Warenverkehrsfreiheit entschieden.¹⁴⁷ In seiner Rechtsprechung zu den Art. 45, 49 und 56 AEUV begründet der EuGH dieses Ergebnis damit, dass andernfalls die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr gefährdet wäre.¹⁴⁸ Auch bestünde die Gefahr einer ungleichmäßigen Anwendung der Grundfreiheiten. So sind Arbeitsbedingungen in bestimmten Mitgliedstaaten nicht ausschließlich gesetzlich, sondern werden auch durch privatautonomes Handeln geregelt.¹⁴⁹ Eine Bindung Privater außerhalb der genannten Fallgruppe bestimmter Arten von kollektiven Regelungen hat der Gerichtshof bislang nur für die Arbeitnehmerfreizügigkeit angenommen.¹⁵⁰

In beiden Fällen stellt sich die Frage, wie Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten durch Private gerechtfertigt werden können. Ungeklärt ist insbesondere, ob kollektive Regelungen nur über die geschriebenen Rechtfertigungsgründe und die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen sind, oder wegen des privatrechtlichen Zusammenhangs besondere Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen.¹⁵¹ In seiner bisherigen Rechtsprechung forderte der EuGH zumeist das Vorliegen eines geschriebenen Rechtferti-

143 Vgl. *Körber*, S. 21.

144 Vgl. EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74, Slg 1974, 1405, Rn. 16/19 – Walrave und Koch; EuGH 6.6.2000 – C-281/98, Slg 2000, I-4139, Rn. 32 – Angonese.

145 EuGH 10.3.2011 – C-379/09, Slg 2011, I-1379, Rn. 19 – Casteels; vgl. ferner EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74, Slg 1974, 1405, Rn. 16/19 – Walrave und Koch; EuGH 14.7.1976 – Rs. 13/76, Slg 1976, 1333, Rn. 17/18 – Donà; EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-9215, Rn. 82 – Bosman; EuGH 11.4.2000 – C-51/96 und C-191/97, Slg 2000, I-2549, Rn. 47 – Delième; EuGH 6.6.2000 – C-281/98, Slg 2000, I-4139, Rn. 31 – Angonese; EuGH 19.2.2002 – C-309/99, Slg 2002, I-1577, Rn. 120 – Wouters; EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg 2007, I-10779, Rn. 33 – Viking; EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg 2007, I-11767, Rn. 98 – Laval un Partneri; EuGH 16.3.2010 – C-325/08, Slg 2010, I-2177, Rn. 30 – Olympique Lyonnais; EFTA-Gerichtshof 19.4.2016 – Rs. E-14/15, BeckRS 2016, 80662 Rn. 112 – Holship. GA *Trstenjak* spricht in ihren Schlussanträgen v. 28.3.2012 – C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176 Rn. 34 – Fra.bo – insoweit von einer „begrenzten horizontalen Drittwirkung“, als Private grundsätzlich nur im Kontext einer wohldefinierten Regelungstätigkeit an die Grundfreiheiten gebunden seien. Kritik an dem Begriff der Drittwirkung erhebt *Müller-Graff* in EuR 2014, 3 (3 ff.), der für die Problematik der Bindung Privater an die Grundfreiheiten den Begriff der horizontalen Direktwirkung verwendet.

146 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* 65. EL 2018 AEUV Art. 45 Rn. 163.

147 EuGH 12.7.2012 – C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453 Rn. 32 – Fra.bo.

148 Vgl. nur EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74, Slg 1974, 1405, Rn. 16/19 – Walrave und Koch; EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-9215, Rn. 83 – Bosman; EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg 2007, I-10779, Rn. 57 – Viking; EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg 2007, I-11767, Rn. 98 – Laval un Partneri. S. auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* 65. EL 2018 AEUV Art. 45 Rn. 160.

149 Vgl. EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-9215, Rn. 84 – Bosman; EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg 2007, I-10779, Rn. 34 – Viking; EuGH 16.3.2010 – C-325/08, Slg 2010, I-2177, Rn. 31 – Olympique Lyonnais.

150 EuGH 6.6.2000 – C-281/98, Slg 2000, I-4139, Rn. 30–36 – Angonese; der EuGH entschied, dass das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auch Private bindet. Das Urteil wurde bestätigt in EuGH 17.7.2008 – C-94/07, Slg 2008, I-5939, Rn. 46 – Raccanelli.

151 Zum Ganzen ausführlich GA *Trstenjak* Schlussanträge v. 28.3.2012 – C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176 Rn. 37–39 – Fra.bo.

gungsgrundes oder eines anerkannten zwingenden Grundes des Allgemeininteresses.¹⁵² Jedoch existieren auch Fälle, in denen der EuGH eine Rechtfertigung aus besonderen Gründen von privatem Interesse erörtert.¹⁵³ Eine Rechtfertigung aus **sachlichen Erwägungen**, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen und in Bezug auf das berechtigterweise verfolgte Ziel verhältnismäßig sind, hielt der EuGH in der Rs. *Angonese* für möglich.¹⁵⁴

- 45 Eine gleichzeitig vorliegende unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten, für die Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit gegen Maßnahmen Privater Sorge zu tragen, lässt einen Verstoß (durch den Privaten) nicht entfallen.¹⁵⁵

IV. Räumlicher Anwendungsbereich

- 46 Der räumliche Geltungs- und Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ergibt sich aus den Art. 349, 355 AEUV und 52 EUV.¹⁵⁶ Neben dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ist auch das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten des EWR erfasst. Aufgrund des Abkommens über die Freizügigkeit vom 21.6.1999 haben EU-Bürger ferner das Recht, sich in der Schweiz niederzulassen.¹⁵⁷

V. Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt, Art. 51 Abs. 1 AEUV

1. Zweck der Ausnahmevorschrift

- 47 Art. 51 Abs. 1 AEUV dient dem Interesse der mitgliedstaatlichen Hoheitsgewalt¹⁵⁸ und grenzt den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ein. Ist eine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat dauerhaft oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, wird diese nicht von der Niederlassungsfreiheit erfasst.¹⁵⁹ Solche Tätigkeiten können ausschließlich der Ausübung durch eigene Staatsangehörigen vorbehalten werden. Dadurch sollen Spannungen vermieden werden können, die bei Ausübung von Hoheitsbefugnissen durch Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten gegenüber Inländern in deren Heimatstaat eintreten können. Angesichts der Bedeutung der Grundfreiheiten für die Verwirklichung des Binnenmarktes handelt es sich um eine **eng auszulegende** Ausnah-

152 Vgl. GA *Trstenjak* Schlussanträge v. 28.3.2012 – C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176 Rn. 38 – Fra.bo – mit Verweis auf EuGH 10.3.2011 – C-379/09, Slg 2011, I-1379, Rn. 30 ff. – Casteels; EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg 2007, I-10779, Rn. 75 ff. – Viking.

153 Vgl. EuGH 16.3.2010 – C-325/08, Slg 2010, I-2177, Rn. 38 ff. – Olympique Lyonnais. In dem Urteil hielt der EuGH die Rechtfertigung einer die Arbeitnehmerfreizügigkeit beeinträchtigende Regel einer Berufsfußball-Charta grds. durch deren Zweck, die Anwerbung und Ausbildung junger Spieler zu fördern, für möglich, die Verhältnismäßigkeit der Regelung vorausgesetzt. Ähnlich EuGH 15.12.1995 – C-415/93, Slg 1995, I-9215, Rn. 106 ff. – Bosman, in dem der EuGH eine Rechtfertigung von Transferregeln der Fußballverbände wegen deren Zweck, die Aufrechterhaltung des Gleichgewichts zwischen den Vereinen zu gewährleisten sowie die Einstellung und Ausbildung der jungen Spieler zu fördern, erörterte.

154 EuGH 6.6.2000 – C-281/98, Slg 2000, I-4139, Rn. 42 – Angonese; ob das Konzept der Rechtfertigung aus „sachlichen Erwägungen“ auf die Rechtfertigung kollektive Regelungen übertragbar ist, bleibt abzuwarten; vgl. GA *Trstenjak* Schlussanträge v. 28.3.2012 – C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176 Rn. 39 – Fra.bo.

155 Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 38.

156 Calliess/Ruffert/Korte EUV/AEUV AEUV Art. 49 Rn. 38.

157 Schwarze/Schlag EU-Kommentar 3. Aufl. AEUV Art. 49 Rn. 32.

158 Ausführlich zum Ausgleich zwischen Erfordernissen der europäischen Integration und mitgliedstaatlichen Interessen in der Rechtsprechung des EuGH *Schwarze* EuR 2013, 253 (253 ff.).

159 *Lackhoff*, S. 152; *Ehlers/Ehlers* EU-Grundrechte § 7 VII 1 Rn. 68 ff.; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff* 65. EL 2018 AEUV Art. 51 Rn. 6. Nach aA handelt es sich um eine Rechtfertigungsnorm, vgl. *Jarass* EuR 2000, 705 (717 f.).