

# **Grundfreiheitliche Schutzpflichten der Mitgliedstaaten im Europäischen Gemeinschaftsrecht**

## **D I S S E R T A T I O N**

zur Erlangung des akademischen Grades eines  
Doktors der Rechte durch die  
Juristische Fakultät der  
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

vorgelegt von  
Dirk André Stoppel  
aus Gelsenkirchen  
2002

Erstgutachter: Prof. Dr. Michael Sachs  
Zweitgutachter: Prof. Dr. Martin Morlok

Jahr der mündlichen Prüfung: 2002

## Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	9
<b><i>Einführung</i></b>	12
A. Der Fall französische Agrarblockaden	12
B. Die neue rechtliche Problematik	14
<b><i>1. Teil: Die Zurechnung von privaten Handlungen zum Mitgliedstaat und die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten</i></b>	16
A. Die Zurechnung von privaten Handlungen zum Mitgliedstaat	16
I. Das EuGH-Urteil „Buy Irish“	17
II. Das EuGH-Urteil französische Agrarblockaden	18
B. Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten	21
I. Die Rechtsprechung des EuGH	21
1. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit	22
a) Das Urteil Walrave	22
b) Das Urteil Bosman	24
c) Das Urteil Angonese	24
2. Die Niederlassungsfreiheit	26
3. Die Warenverkehrsfreiheit	27
a) Das Urteil Dansk Supermarked	28
b) Das Urteil Vlaamse Reisebureaus und das Urteil Sülhörer	29
II. Das Urteil französische Agrarblockaden	31
<b><i>2. Teil: Die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates im deutschen Verfassungsrecht</i></b>	35
A. Die Rechtsprechung des BVerfG	37
I. Die dem ersten Abtreibungsurteil zeitlich vorausgehenden Entscheidungen des BVerfG	37
II. Das erste Abtreibungsurteil des BVerfG	39
1. Der Schutz der Menschenwürde in Art. 1 I 2 GG	40
2. Der objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte	41
III. Die dem ersten Abtreibungsurteil zeitlich nachfolgenden Entscheidungen des BVerfG	44
IV. Zusammenfassung	46
B. Von der Rechtsprechung des BVerfG abweichende dogmatische Begründungsansätze in der Literatur	48

I. Der staatsrechtliche Begründungsansatz: die Staatsaufgabe Sicherheit als außergrundrechtliche dogmatische Basis	49
1. Die primäre Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflicht als objektive Staatsaufgabe	49
2. Die Ableitung subjektiver Schutzrechte aus der objektiven Staatsaufgabe	50
II. Der abwehrrechtliche Begründungsansatz: die Gleichsetzung von unterlassenen staatlichen Schutzmaßnahmen mit aktiven staatlichen Eingriffen	52
C. Die Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG	56
<b>3. Teil: Die grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten im Europäischen Gemeinschaftsrecht</b>	<b>58</b>
A. Die Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes	60
I. Die Grundfreiheiten als dogmatische Grundlage der Rechtsfigur staatlicher Schutzpflichten	60
II. Die Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes	60
1. Die Grundfreiheiten als konstituierende Elemente des Binnenmarktes	63
a) Art. 3 I lit. c EG	63
b) Art. 14 II EG	64
2. Die Wirkungsgleichheit zwischen staatlichem Handeln und staatlicher Untätigkeit gegenüber privaten Ausschreitungen	65
III. Der Binnenmarkt als tragender Grundsatz und zentrales Ziel des EG-Vertrages	66
1. Der entstehungsgeschichtliche Hintergrund	67
2. Der Binnenmarkt als tragender Grundsatz und zentrales Ziel des Vertrages	68
B. Das Effektivitätsprinzip	71
I. Die dogmatische Einordnung des Effektivitätsprinzips	73
II. Der Anwendungsbereich des Effektivitätsprinzips	74
1. Die Ausweitung der Vertragskompetenzen	75
2. Die wesentlichen Fallgruppen	76
a) Die unmittelbare Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts	77
b) Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien und staatengerichteten Entscheidungen	79
aa) Richtlinien	79
(1) Die vertikale Direktwirkung von Richtlinien	79
(2) Die horizontale Direktwirkung von Richtlinien	81
bb) Entscheidungen	83
c) Das gemeinschaftsrechtlich begründete Staatshaftungsrecht	85
d) Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für den Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten	89
aa) Die unmittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung	90
bb) Die mittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung	92

cc) Der vorläufige gerichtliche Rechtsschutz	92
e) Die staatliche Schutzpflicht	94
C. Art. 10 I EG	95
I. Allgemeines	96
1. Art. 10 EG	96
2. Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue bzw. der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit	97
3. Die wesentlichen Fallgruppen	98
II. Art. 10 EG als dogmatische Grundlage der grundfreiheitlichen Schutzpflichten	101
1. Die frühere Rechtsprechung des EuGH	101
2. Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz im Fall der französischen Agrarblockaden	103
a) Die wettbewerbsrechtliche Judikatur des EuGH zu den Art. 81, 82 EG i. V. m. Art. 10 EG	103
b) Das EuGH-Urteil Dubois und Cargo gegen Garonor	106
aa) Die Argumentation des EuGH	107
bb) Die Argumentation von Generalanwalt La Pergola	108
3. Das Schrifttum	118
D. Zusammenfassung	112
<b>4. Teil: Die dogmatischen Strukturen der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten im Europäischen Gemeinschaftsrecht</b>	114
A. Die schutzfähigen Rechtsgüter	115
I. Die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs	115
II. Die anderen Grundfreiheiten	115
1. Die Konvergenz der Grundfreiheiten	115
2. Die zentrale dogmatische Grundlage staatlicher Schutzpflichten: die Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes	116
B. Die Beeinträchtigung der schutzfähigen Rechtsgüter	117
I. Der Urheber der Beeinträchtigung	117
II. Die Art der Beeinträchtigung	118
1. Jede Beeinträchtigung	119
a) Ansatz	119
b) Beurteilung	121
2. Spürbare Beeinträchtigungen	124
a) Ansatz	124
b) Beurteilung	127
3. Verbotene Beeinträchtigungen	128
a) Ansatz	128

b) Beurteilung	129
4. Privatautonom grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit verhindernde oder erschwerende Beeinträchtigungen	131
a) Ansatz	131
b) Beurteilung	132
5. Beeinträchtigungen nach Art. 1 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98	133
a) Der entstehungsgeschichtliche Hintergrund der Verordnung (EG) Nr. 2679/98	134
aa) Die Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs durch Handlungen von Privatpersonen	134
bb) Die Vorschläge auf der Regierungskonferenz zum Vertrag von Amsterdam	134
cc) Der Verordnungsvorschlag der Kommission	135
(1) Die Interventionsvoraussetzungen	136
(2) Das Interventionsverfahren	137
(a) Die erste Stufe: das Verwaltungsverfahren	137
(b) Die zweite Stufe: das Gerichtsverfahren	138
(3) Die Gründe für die ausgebliebene Realisierung	138
b) Die Verordnung (EG) Nr. 2679/98	139
aa) Der Begriff der Behinderung	140
bb) Die einheitlichen Informations- und Handlungspflichten der Mitgliedstaaten	142
cc) Die Handlungsbefugnisse der Kommission	143
6. Stellungnahme	144
C. Die Adressaten der grundfreiheitlichen Schutzpflichten	148
I. Die Adressaten der grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen Verfassungsrecht	148
II. Die jeweilige Kompetenzverteilung als entscheidendes Kriterium im Hinblick auf den richtigen Schutzpflichtadressaten	150
III. Die mitgliedstaatliche Kompetenz für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	152
D. Die Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten	153
I. Präventiv- und Strafverfolgungsmaßnahmen nach dem nationalen Polizei- und Strafrecht als wichtigste Instrumente bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten	154
II. Der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten	154
1. Der Begriff des Ermessens im Europäischen Gemeinschaftsrecht	155
a) Das deutsche Verwaltungsrecht	156
b) Das Europäische Gemeinschaftsrecht	157
2. Die Anerkennung von Ermessensspielräumen im Europäischen Gemeinschaftsrecht	158
a) Allgemeines	158
aa) Ermessen wegen des politisch-prognostischen Charakters einer Entscheidung	159
bb) Ermessen wegen besonderer sachverhaltlicher Komplexität wirtschaftlicher Art	160
(1) Art. 33 I 2 EGKSV als ausdrückliche primärrechtliche Statuierung eines Ermessensspielraums der Kommission	160

(2) Art. 33 I 2 EGKSV als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens	161
cc) Die Begründung von Ermessensspielräumen anhand sonstiger sachgebietspezifischer Kriterien	162
b) Grundfreiheitliche Schutzpflichten der Mitgliedstaaten	163
aa) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997	165
bb) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden	165
cc) Zusammenfassung	166
dd) Der Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum bei den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates im deutschen Verfassungsrecht	169
III. Die eingeschränkte gerichtliche Kontrolle des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten	172
1. Allgemeines	172
a) Die offensichtliche Überschreitung der Grenzen des Ermessens	174
b) Der gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	175
aa) Die drei Teilgebote der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit	175
bb) Die Evidenzkontrolle	179
2. Grundfreiheitliche Schutzpflichten der Mitgliedstaaten	185
a) Das Untermaßverbot oder das Übermaßverbot als Ermessensgrenze?	185
aa) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997	185
(a) Das Untermaßverbot bei den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates im deutschen Verfassungsrecht	188
(aa) Die Inhaltlichen Aussagen des Untermaßverbots	189
(I) Canaris	190
(II) Götz	191
(III) Isensee	191
(IV) BVerfG	192
(bb) Die Kritik am Untermaßverbot	193
(b) Zusammenfassung	196
bb) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden	198
b) Die Evidenzkontrolle durch den EuGH	199
aa) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997	199
bb) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden	201
cc) Zusammenfassung	201
dd) Die Evidenzkontrolle bei den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates im deutschen Verfassungsrecht	202
E. Die Rechtfertigung der Nichterfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten	205

I. Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe	206
1. Wirtschaftliche Schwierigkeiten	208
a) Die Argumentation Frankreichs im Fall französische Agrarblockaden	208
b) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997	209
c) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden	210
d) Die Beschränkung des Art. 30 EG auf „Tatbestände nichtwirtschaftlicher Art“	211
e) Ausnahme bei Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als Folge wirtschaftlicher Schwierigkeiten?	214
aa) Die Rechtsprechung des EuGH	215
bb) Das Schrifttum	216
(1) Die bejahende Ansicht	216
(2) Die ablehnende Ansicht	217
2. Einseitige Abwehrmaßnahmen als Reaktion auf die Missachtung des Gemeinschaftsrechts durch einen anderen Mitgliedstaat	218
a) Die Argumentation Frankreichs im Fall französische Agrarblockaden	219
b) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997	220
c) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden	221
aa) Die Zuständigkeit der Gemeinschaft auf dem Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik	221
bb) Das Bananenmarkt-Urteil des EuGH	221
cc) Das Schaffleisch-Urteil des EuGH	222
dd) Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft	224
d) Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft	224
e) Die frühere Rechtsprechung des EuGH	226
3. Interne Schwierigkeiten	230
a) Die Argumentation Frankreichs im Fall französische Agrarblockaden	230
b) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997	231
aa) Der Grundsatz	231
bb) Die Ausnahme	231
(1) Die nicht zu bewältigenden internen Schwierigkeiten	231
(2) Die prozessuale Beweislastverteilung	232
cc) Das EuGH-Urteil Cullet	232
II. Die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe	235
1. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls und diskriminierungsfreie Maßnahmen	236
2. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls und diskriminierende Maßnahmen?	237
a) Die verneinende Judikatur des EuGH	238
b) Die bejahende Judikatur des EuGH	239
c) Die einheitliche Rechtfertigungsdogmatik	242
d) Zusammenfassung	244

3. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls und staatliche Untätigkeit?	245
<b>Ausblick</b>	247
A. Die Kritik an der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten	248
I. Allgemeines	248
II. Die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages	250
B. Grundfreiheitliche Schutzpflichten statt unmittelbarer Drittwirkung der Grundfreiheiten	253
I. Grundfreiheitsbeeinträchtigende privatrechtliche Normen	254
II. Grundfreiheitsbeeinträchtigendes privatautonomes Handeln	256
1. Die grundfreiheitlichen Schutzpflichten zur dogmatischen Lösung der Drittwirkungsproblematik	257
2. Die Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten im Privatrecht	259
<b>Literaturverzeichnis</b>	262

**Abkürzungsverzeichnis:**

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (C = Communicationes, L = Leges)
Abs.	Absatz
AK-GG	Alternativkommentar-Grundgesetz (s. Literaturverzeichnis)
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Aufl.	Aufl.
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
Bull.EG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaft
CDE	Cahier de Droit Européen
CMLRev.	Common Market Law Review
d. h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Einl.	Einleitung
ELRev.	European Law Review
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f. (ff.)	folgend(e)
Fn.	Fußnote
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber

i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR n. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
lit.	Buchstabe
Lit.	Literatur
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
RMC	Revue du Marché Commun
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
Slg.	Amtliche Sammlung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannte/er/es
str.	strittig
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (der Bundesrepublik Deutschland)
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

ZIP

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Hinsichtlich der weiteren Abkürzungen wird auf Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl., Berlin-New York 1993, verwiesen.

## **Einführung**

### **A. Der Fall französische Agrarblockaden**

Über einen Zeitraum von mehr als einem Jahrzehnt stand die Haltung der Französischen Republik, EU-Mitgliedstaat, zu einem bedeutenden konstituierenden Pfeiler des europäischen Binnenmarktes, der Garantie des freien Warenverkehrs gem. Art. 23 ff. EG, unter ständiger und darüber hinaus besonders kritischer Beobachtung durch die Europäische Kommission. Während des genannten Zeitabschnitts wurde Frankreich von Protest- und Gewaltaktionen französischer Landwirte überzogen, die sich gegen die Einfuhr landwirtschaftlicher Erzeugnisse, Gemüse und Obst, aus anderen günstiger produzierenden EU-Mitgliedstaaten richteten, vor allem aus Spanien, Italien und Dänemark. Die französischen Protestler verfolgten dabei das Ziel, die billigeren Importprodukte vom einheimischen Markt fernzuhalten, um auf diese Weise den eigenen Absatz fördern zu können. Was den Organisationsgrad solchen Widerstandes anbelangt, musste die Kommission eine doch deutliche und nicht zu unterschätzende Charakteränderung registrieren, von anfänglich punktuellen und impulsiven Maßnahmen zu später feststellbaren systematischen Aktionen. Neben den weiterhin vorkommenden vereinzelt Maßnahmen unorganisierter Privatpersonen trat damit mit Hilfe einiger organisierter Protestbewegungen eine neue Dimension von Protest und Gewalt in den Vordergrund kritischer Betrachtungen, die durch ein mehr oder weniger beträchtliches Maß an Organisation und Planung gekennzeichnet war. Die vom unorganisierten und organisierten Widerstand französischer Landwirte ausgehenden gewaltreichen Protestaktionen zeichnete sich dabei im negativen Sinne durch eine beachtliche Vielfalt aus. Das Protestspektrum reichte von der Plünderung ausländischer Transportfahrzeuge und der Vernichtung ihrer Warenladungen über Angriffe auf Lastwagenfahrer bis hin zu Übergriffen gegen französische Einzelhändler, welche schließlich in die Beschädigung und Zerstörung ausländischer Waren mündeten, die in ihren Geschäften angeboten wurden. Die organisierten Protestbewegungen unternahmen darüber hinaus die ebenso weitreichende wie erfolgreiche Anstrengung, einen ausgefeilten Plan zur Kontrolle des Angebots ausländischer Waren auf dem französischen Markt für landwirtschaftliche

Erzeugnisse zu etablieren, um die einheimischen landwirtschaftlichen Produkte zu protektionieren. Der angesprochene Kontrollplan beinhaltete dabei die an die französischen Groß- und Einzelhändler gerichteten Forderungen, die man in Anbetracht einer massiven Einschüchterungskampagne nicht leicht ignorieren konnte, zum einen ihren laufenden Geschäftsbedarf an landwirtschaftlichen Erzeugnissen ausschließlich mit einheimischen Produkten abzudecken, sowie zum anderen einen Mindestverkaufspreis einzuführen. Angesichts dieser schwerwiegenden Störungen des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs mit landwirtschaftlichen Produkten konnte sich die Europäische Kommission nicht auf eine rein passive Beobachterrolle beschränken. Sie sah sich vielmehr genötigt, bei der Französischen Republik im Sinne der Herstellung und Aufrechterhaltung des freien Warenverkehrs zu intervenieren, was sich konkret in der Forderung nach aktiven präventiven und repressiven Schutztätigkeiten der zuständigen nationalen Behörden niederschlug. Den Versprechungen Frankreichs, die eingeforderten Schutzmaßnahmen zu ergreifen und denen man anfangs gewillt war zu glauben, sollten indes keine konsequenten Taten folgen; im Gegenteil kennzeichnete staatliche Untätigkeit weiterhin die französische Haltung zu den berechtigten Sorgen der Europäischen Kommission. Die Enttäuschung über nicht eingehaltene französische Zusagen mündete schließlich unausweichlich und konsequent in ein von der Kommission gegen Frankreich angestregtes Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 ff. EG. Mit Urteil vom 9. 12. 1997<sup>1</sup> stellte der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) eine Verletzung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 28 EG i. V. m. Art. 10 EG und aus den gemeinsamen Marktorganisationen für landwirtschaftliche Erzeugnisse<sup>2</sup> durch die Französische Republik fest, womit letztlich die juristische Auffassung der Kommission von einer französischen Vertragsverletzung ihre richterliche Bestätigung fand:

„Folglich ist festzustellen, dass die Französische Republik dadurch gegen die Verpflichtungen aus Artikel 30 (jetzt: Art. 28 EG) in Verbindung mit Artikel 5 EG-

<sup>1</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 ff. = ZIP 1997, S. 2211 ff. = EuR 1998, S. 47 ff. = EuZW 1998, S. 84 ff. = EWS 1998, S. 212 ff. = DVBl. 1998, S. 228 ff. = NJW 1998, S. 1931 ff. = BayVBl. 1999, S. 336 ff.

<sup>2</sup> Siehe zu den aus den gemeinsamen Marktorganisationen für landwirtschaftliche Produkte folgenden Verpflichtungen EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7000 Rn. 36; 7005 Rn. 66); GA Lenz, Schlussanträge, ebd., S. I-6968 f. Rn. 10.

Vertrag (jetzt: Art. 10 EG) und aus den gemeinsamen Marktorganisationen für landwirtschaftliche Erzeugnisse verstoßen hat, dass sie nicht alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergriffen hat, damit der freie Warenverkehr mit Obst und Gemüse nicht durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird.“<sup>3</sup>

## **B. Die neue rechtliche Problematik**

Die Rechtssache französische Agrarblockaden wirft eine neue rechtliche Problematik auf; gerade diese neue Problemstellung erregt die juristische Aufmerksamkeit. Die Beeinträchtigungen der Ausübung der Warenverkehrsfreiheit durch die Marktbürger beruhen im Falle der französischen Agrarproteste nicht auf Handlungen des Mitgliedstaates, sondern auf Handlungen von Privatpersonen. Gehen die Beeinträchtigungen der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs aber nicht von staatlicher, sondern von privater Seite aus, muss die klassische abwehrrechtliche Funktion der Grundfreiheiten als an die Mitgliedstaaten gerichtete und für deren eigene Handlungen geltende Verbote als Lösungsmodell versagen. Um welche Art von privaten Beeinträchtigungshandlungen es sich dabei konkret handeln kann, förderten die obigen Ausführungen zum Sachverhalt der Rechtssache französische Bauernproteste deutlich zutage. Es geht um Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Privatpersonen, die sich nicht innerhalb, sondern außerhalb einer privatrechtlichen Rechtsbeziehung abspielen, denn zwischen den am Konflikt beteiligten Privaten besteht überhaupt kein rechtsgeschäftlicher oder sonstiger privatrechtlicher Kontakt. Charakteristisches Merkmal der grundfreiheitlichen Störungshandlungen im Fall französische Agrarblockaden ist damit das Fehlen einer privatrechtlichen Verbundenheit zwischen den privaten Kontrahenten.

Die Besonderheit des Falles französische Agrarblockaden liegt aber nicht allein darin begründet, dass die Warenverkehrsfreiheit durch aktive Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird, denn der betroffene Mitgliedstaat, auf dessen Territorium sich die privaten Übergriffe auf die Ausübung der Grundfreiheiten abspielen, darf aus der juristischen Betrachtung der hier interessierenden Problematik nicht vollends ausgeblendet werden. Zwar beeinträchtigt der

---

<sup>3</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7005 Rn. 66).

Mitgliedstaat die Grundfreiheiten nicht durch eigenes positives Handeln, aber er verfällt in Untätigkeit gegenüber den privaten Störungshandlungen. Mit einer ein wenig zu einseitig erscheinenden Bezugnahme auf den betroffenen Mitgliedstaat, die sich freilich aus der prozessualen Situation des Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 ff. EG erklären dürfte, weil nur ein Vertragsverstoß durch einen Mitgliedstaat Gegenstand der Klage nach Art. 226 ff. EG sein kann (vgl. Art. 226 I EG: „Hat ... ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus diesem Vertrag verstoßen, ...“), stellte Generalanwalt Lenz gleich zu Beginn seiner Schlussanträge zur Rechtssache französische Bauernproteste die eigentliche Problematik des Falles deutlich heraus:

„... es (geht) im vorliegenden Fall um eine ungewöhnliche Form der Vertragsverletzung. Dem beklagten Mitgliedstaat wird nämlich nicht vorgehalten, durch eigene Maßnahmen die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts verletzt zu haben. Vielmehr geht es um die Frage, ob ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus dem EG-Vertrag verstoßen kann, indem er keine oder ungenügende Maßnahmen gegen ein Verhalten von Privatpersonen ergreift, das die Durchführung bestimmter Vorschriften des Vertrages gefährdet.“<sup>4</sup>

Dem Fall der französischen Bauernproteste liegt also eine Dreieckskonstellation zugrunde, bestehend aus dem Mitgliedstaat und zwei privatrechtlich nicht miteinander verbundenen Privatpersonen, die infolge widerstreitender Interessen auch unterschiedliche Rollen einnehmen, nämlich zum einen die des Störers und zum anderen die des Opfers. Die Ausübung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten durch die Marktbürger (die Opfer) wird durch Handlungen von Privatpersonen (die Störer) beeinträchtigt. Der betreffende Mitgliedstaat ergreift entweder unzureichende oder gar überhaupt keine Maßnahmen gegen die privaten Übergriffe auf die wirtschaftlichen Betätigungen Privater, die durch die Grundfreiheiten geschützt sind. Da die rechtliche Problematik, die der Fall französische Agrarblockaden aufwirft, als neu erscheint, liegt es nahe, dass die bisher auf europäischer Ebene entwickelten Lösungsmodelle, die einen Bezug zur hier interessierenden Problematik aufweisen, versagen. Der EuGH zieht die beiden im folgenden dargestellten dogmatischen Figuren im Urteil vom 9. 12. 1997 überhaupt nicht heran; er scheint insoweit von der Untauglichkeit dieser beiden von ihm entwickelten dogmatischen Konstruktionen zur

---

<sup>4</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6967 Rn. 5).

Lösung des Falles französische Agrarblockaden auszugehen. Ob sich diese richterliche Bewertung, die aus dem Schweigen des EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 geschlussfolgert werden kann, als berechtigt erweist, wird sich im folgenden zeigen. Dabei handelt es sich um die dogmatischen Figuren der Zurechnung von privaten Handlungen zum Mitgliedstaat einerseits und der so genannten unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten andererseits.

## ***1. Teil: Die Zurechnung von privaten Handlungen zum Mitgliedstaat und die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten***

### **A. Die Zurechnung von privaten Handlungen zum Mitgliedstaat**

Im Fall der französischen Bauernproteste schreitet der betreffende Mitgliedstaat gegen die Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Handlungen von Privatpersonen entweder in unzureichender Weise ein oder er bleibt gar völlig untätig. Die Beeinträchtigungen der Ausübung der Grundfreiheiten durch die einzelnen Marktbürger beruhen also auf privaten Verhaltensweisen, nicht jedoch auf aktiven mitgliedstaatlichen Handlungen. Damit fehlt es an einer unmittelbaren grundfreiheitsbeeinträchtigenden Maßnahme des betreffenden Mitgliedstaates, so dass sich als zweiter konsequenter Schritt die hier zu untersuchende Zurechnungsfrage stellt, die Frage also, ob die privaten Beeinträchtigungshandlungen, die der Rechtssache französische Agrarblockaden zugrunde liegen, dem konkret betroffenen Mitgliedstaat als eigene Störungshandlungen zugerechnet werden können. Im folgenden wird daher der Frage nachgegangen, ob sich die dargestellte neue rechtliche Problematik, die der Fall französische Bauernproteste aufwirft, mit Hilfe der dogmatischen Figur der Zurechnung von privaten Handlungen zum Mitgliedstaat lösen lässt, die der EuGH erstmals in dem grundlegenden Urteil „Buy Irish“ aus dem Jahre 1982 entwickelt hat.

#### **I. Das EuGH-Urteil „Buy Irish“**

In der Rechtssache 249/82 (Kommission/Irland, „Buy Irish“)<sup>5</sup> ging es um eine groß angelegte Werbekampagne zugunsten irischer Erzeugnisse, mit der die Verbraucher in Irland aufgefordert wurden, nur inländische Waren zu kaufen. Auf diese Weise sollte der Verkauf der einheimischen Erzeugnisse zu Lasten der ausländischen Konkurrenzprodukte gefördert werden. Die Reklamekampagne „Kauft irisch“ wurde dabei von einer privatrechtlichen Gesellschaft durchgeführt, dem so genannten Irish Goods Council, dessen zehn Vorstandsmitglieder aber von der irischen Regierung ernannt wurden und der zudem von der irischen Regierung durch öffentliche Gelder, die den größeren Teil seiner Ausgaben deckten, finanziell unterstützt wurde. Darüber hinaus wurde die vom Irish Goods Council ausgeführte Werbekampagne von der irischen Regierung selbst angestoßen, die ein umfangreiches Regierungsprogramm zur Förderung des Absatzes und des Kaufs inländischer Waren aufgestellt hatte, das eine Reihe von sorgfältig durchdachten Initiativen umfasste, darunter eben auch die Durchführung der Kampagne „Kauft Irish“ durch den Irish Goods Council, so dass die Reklamekampagne zur Förderung des Verkaufs irischer Erzeugnisse Teil des Regierungsprogramms war.

In Anbetracht dieser personellen, finanziellen und inhaltlichen Einflussnahme des Mitgliedstaates Irland auf den Irish Goods Council schlussfolgerte der EuGH im Urteil vom 24. 11. 1982, dass „sich die irische Regierung nicht darauf berufen (kann), dass die Kampagne von einer privatrechtlichen Gesellschaft durchgeführt worden sei, um sich so jeglicher Verantwortung zu entledigen, die ihr nach den Vorschriften des Vertrages auferlegt sein könnte.“<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> EuGH, Rs. 249/81 (Kommission/Irland, „Buy Irish“), Slg. 1982, S. 4005 ff.; dazu Anm. von Rabe, EuR 1983, S. 341 ff.

<sup>6</sup> EuGH, Rs. 249/81 (Kommission/Irland, „Buy Irish“), Slg. 1982, S. 4005 (4020). Auf das Urteil „Buy Irish“ nimmt der EuGH Bezug im Urteil Apple and Pear Development Council/Lewis, Rs. 222/82, Slg. 1983, S. 4083 (4119): „Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 24. November 1982 in der Rechtssache 249/81 (Kommission/Irland, Slg. 1982, 4005) entschieden hat, kann eine Werbekampagne, die den Absatz und Kauf einheimischer Erzeugnisse fördern soll, unter bestimmten Umständen unter das Verbot des Artikels 30 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 28 EG) fallen, wenn sie von amtlichen Stellen unterstützt wird.“ In der Rs. Apple and Pear Development Council/Lewis ging es wiederum um Werbungstätigkeiten. Der Apple and Pear Development Council, dessen Mitglieder von der britischen Regierung ernannt wurden, führte auf dem britischen Markt neben der Werbung für Äpfel und Birnen im allgemeinen auch Kampagnen speziell für Äpfel und Birnen aus England und Wales durch. Die Finanzierung der Tätigkeit des Council erfolgte durch eine jährliche Pflichtabgabe, zu deren Erhebung der Apple and Pear Development Council durch Verordnung ermächtigt und die den Apfel- und Birnenerzeugern in England und Wales auferlegt wurde. Bei dem Apple and Pear Development Council handelte es sich aber nicht um eine privatrechtliche Gesellschaft wie im Fall „Buy Irish“, der Irish Goods Council stellte konkret eine Gesellschaft mit beschränkter

Die Zurechnung von privaten Handlungen, die eine Grundfreiheitsbeeinträchtigung darstellen, zum betreffenden Mitgliedstaat setzt also eine mitgliedstaatliche Beherrschung dieser privatrechtlichen Verhaltensweisen voraus, die im Fall „Buy Irish“ sowohl in personeller und finanzieller als auch in inhaltlicher Hinsicht gegeben ist. Der Mitgliedstaat muss sich jedenfalls dann ein privatrechtlich organisiertes Verhalten zurechnen lassen und hat damit die Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu beachten, wenn er dieses private Handeln personell, finanziell und inhaltlich zu beeinflussen vermag. Der Mitgliedstaat soll sich nämlich durch die Wahl privatrechtlicher Handlungs- und Organisationsformen nicht seiner Bindung an die Verpflichtungen aus den Grundfreiheiten entziehen können, die er im Falle der alleinigen Verwendung von öffentlich-rechtlichen Gestaltungsformen unstreitig zu berücksichtigen hat.<sup>7</sup>

## II. Das EuGH-Urteil französische Agrarblockaden

1. Mit keinem Wort geht der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 auf die von ihm in früheren Jahren entwickelte dogmatische Figur der Zurechnung privater Handlungen zum Mitgliedstaat ein. Die besondere rechtliche Problematik des Falles französische Agrarblockaden lässt sich seiner Auffassung nach, dies wird man dem diesbezüglichen Schweigen des EuGH in den Entscheidungsgründen entnehmen können, nicht mit Hilfe der im grundlegenden Urteil „Buy Irish“ aufgestellten Zurechnungsgrundsätze lösen, die dort nicht abstrakt, sondern eindeutig sachverhaltsbezogen niedergelegt wurden.

2. Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz zur Rechtssache französische Bauernproteste erweisen sich teilweise als unglücklich formuliert, was die hier interessierende Zurechnungsproblematik anbelangt. So spricht der Generalanwalt mit der folgenden Passage zwar ausdrücklich die Zurechnungsfrage an:

---

Nachschusspflicht und ohne Kapitaleinlage dar, die entsprechend dem irischen Gesetz über die Kapitalgesellschaften (Companies Act 1963) registriert wurde (siehe zum Rechtscharakter des Irish Goods Council EuGH, Rs. 249/81 (Kommission/Irland, „Buy Irish“), Slg. 1982, S. 4005 (4019)), sondern um eine Körperschaft, die von der britischen Regierung durch Verordnung errichtet wurde.  
<sup>7</sup> Siehe auch Koenig/Haratsch, Rn. 502 f.

„Für die Erörterung der von der Kommission erhobenen Klage bedeutet dies, dass zwei Voraussetzungen zu prüfen sind: Zunächst ist zu untersuchen, ob ein Sachverhalt vorliegt, der - wenn er der Beklagten zuzurechnen wäre - eine Verletzung der Freiheit des Warenverkehrs darstellen würde. Sodann ist zu prüfen, ob dieser Sachverhalt der Französischen Republik zugerechnet werden und diese für diesen Sachverhalt zur Verantwortung gezogen werden kann.“<sup>8</sup>

Dass es im Fall französische Agrarblockaden aber nicht um die dogmatische Figur der Zurechnung privaten Handelns zum Mitgliedstaat geht, sondern um dessen originäre Verantwortung, stellt Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen an anderer Stelle deutlich heraus. Zunächst rückt er mit der folgenden Passage der Schlussanträge, die bereits im Rahmen der Einführung zitiert wurde, die eigentliche Problematik der Rechtssache französische Bauernproteste in den Vordergrund, nämlich die Frage nach einer mitgliedstaatlichen Vertragsverletzung durch Unterlassen:

„Vielmehr geht es um die Frage, ob ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus dem EG-Vertrag verstoßen kann, indem er keine oder ungenügende Maßnahmen gegen ein Verhalten von Privatpersonen ergreift, das die Durchführung bestimmter Vorschriften des Vertrages gefährdet.“<sup>9</sup>

Darüber hinaus stellt der Generalanwalt fest, dass der Fall französische Agrarblockaden keine sachverhaltlichen Gemeinsamkeiten mit der Rechtssache „Buy Irish“ aufweist, so dass die dort vom EuGH erstmals aufgestellten Zurechnungsgrundsätze als Lösungsmodell für die besondere Problematik der Rechtssache C-265/95 (Kommission/Frankreich) nicht in Betracht kommen können:

„Es spricht nichts dafür, dass im vorliegenden Fall (etwa im Hinblick auf die „Coordination rurale“) ein vergleichbarer Sachverhalt gegeben sein könnte. Die

---

<sup>8</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6969 Rn. 12).

<sup>9</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6967 Rn. 5).

Kommission hat diese Möglichkeit in ihren Ausführungen denn auch überhaupt nicht angesprochen.“<sup>10</sup>

3. Die Zurechnung von privaten Verhaltensweisen, welche die Ausübung der Grundfreiheiten durch die Marktbürger beeinträchtigen, zum Mitgliedstaat, auf dessen Territorium sich diese Handlungen Privater abspielen, setzt die mitgliedstaatliche Kontrolle des privaten Verhaltens voraus. Diese Einflussnahme des Mitgliedstaates auf das private Verhalten stellt also den maßgeblichen Zurechnungsgrund dar. Durch die von staatlicher Seite ausgehende Beherrschung wird eine völlig privatautonome Entscheidungsfindung des Privaten erschwert, wenn nicht gar verhindert. Wie groß der Einfluss des Mitgliedstaates auf das private Verhalten sein muss, um die Zurechnung zu begründen, lässt sich nicht in abstrakter Weise für alle denkbaren Fälle im Voraus beantworten, sondern nur durch eine Beurteilung der konkreten Umstände in jedem Einzelfall. In der Rechtssache „Buy Irish“ konnte der EuGH die mitgliedstaatliche Einflussnahme sogleich unter mehreren Gesichtspunkten aufzeigen, was die Bejahung der Zurechnung im konkret zu entscheidenden Fall vereinfacht haben dürfte. Ob es jedoch stets einer so umfangreichen Beherrschung für die Zurechnung privaten Handelns zum Mitgliedstaat bedarf, erscheint fraglich; der EuGH hat sich im Urteil „Buy Irish“ insoweit keineswegs abschließend festgelegt.

Im Fall der französischen Bauernproteste bleibt der Mitgliedstaat gegenüber den Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Handlungen Privater aber schlicht untätig. Diese mitgliedstaatliche Untätigkeit allein stellt natürlich keine Beherrschung des privaten Verhaltens im oben geschilderten Sinne dar, denn die für die Zurechnung notwendige Einflussnahme umschreibt einen aktiven Vorgang, der im Falle staatlichen Unterlassens ersichtlich nicht erfüllt ist. Die Rechtssache französische Agrarblockaden zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sich die privaten Störungshandlungen völlig unbeeinflusst von staatlicher Seite, insbesondere frei von staatlicher Veranlassung, abspielen, so dass es sich bei diesen unkontrollierten Beeinträchtigungshandlungen Privater also stets um privatautonome Verhaltensweisen handelt.

---

<sup>10</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6968 Rn. 9).

## **B. Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten**

Wie bereits dargelegt, liegt dem Fall französische Agrarblockaden eine Dreieckskonstellation zugrunde, bestehend aus den beiden Privatpersonen, die widerstreitende Interessen verfolgen und damit die unterschiedlichen Rollen des Störers und des Opfers einnehmen, und dem untätigbleibenden Mitgliedstaat. Strukturell begrenzt auf die konflikträchtige Beziehungsebene der Privatpersonen untereinander, wo es um die Beeinträchtigung der Ausübung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten durch Handlungen von Privatpersonen geht, hat der EuGH die dogmatische Figur der so genannten unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten entwickelt. So greift der EuGH in ständiger Rechtsprechung, aber nur in ganz bestimmten Konstellationen, auf die noch zurückzukommen sein wird, letztere Einschränkung darf nicht unbeachtet bleiben, auf die These von der unmittelbaren Drittwirkung zurück, wenn es um die Frage geht, ob die Grundfreiheiten auch im Rechtsverkehr der Privatrechtssubjekte untereinander Wirkungen entfalten. Die dogmatische Verarbeitung der Drittwirkungsproblematik durch den EuGH erfolgt also über eine direkte Bindung Privater an die Grundfreiheiten im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen, mit der Folge, dass Privatpersonen anderen Privatpersonen gegenüber geltend machen können, deren privatrechtliches Handeln verletze die ihnen vom EG-Vertrag verbürgten Grundfreiheiten. Im folgenden soll zunächst ein Überblick über den differenzierten Umgang des EuGH mit der dogmatischen Figur der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten vorangestellt werden, bevor der Frage nachgegangen wird, warum der Gerichtshof den Fall französische Agrarblockaden, wo es doch zu besonders schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit durch Handlungen von Privatpersonen kam, nicht über diese jahrzehntelang erprobte Rechtsfigur zu lösen vermochte.

### **I. Die Rechtsprechung des EuGH**

Aus Gründen der Systematisierung wird im folgenden die Judikatur des EuGH zur Thematik der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten getrennt nach den

einzelnen Grundfreiheiten dargestellt, wobei die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit aber zusammengefasst werden.

### 1. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit

Für den Bereich der Arbeitnehmer- und der Dienstleistungsfreiheit<sup>11</sup> finden sich die ersten deutlichen Ausführungen zur Problematik der Drittwirkung der Grundfreiheiten in dem EuGH-Urteil Walrave<sup>12</sup> aus dem Jahre 1974. Dabei verzichtet der EuGH in der Entscheidung Walrave bewusst auf eine strikte Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten, weil sich die Dienstleistungsfreiheit ihrer Natur nach von der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht wesentlich unterscheidet, der einzige Unterschied sei vielmehr darin zu erblicken, dass die Dienstleistungen außerhalb eines Arbeitsvertrages erbracht würden.<sup>13</sup> Die im Urteil Walrave gemachten Aussagen des EuGH zur Drittwirkungsproblematik beanspruchen deshalb Gültigkeit für beide Grundfreiheiten.

#### a) Das Urteil Walrave

In der Rechtssache Walrave wurde dem EuGH eine Klausel im Reglement des Internationalen Radsportverbandes zur juristischen Beurteilung unterbreitet, nach der die Schrittmacher, die den Radfahrern auf Motorrädern zwecks Erzeugung eines Windschattens vorausfahren, die gleiche Nationalität besitzen müssen wie die Radrennfahrer. Zwei niederländische Staatsangehörige, die regelmäßig als Schrittmacher an Radrennen dieser Art teilnahmen, hielten diese Bestimmung für diskriminierend. Der EuGH setzte mit der folgenden Urteils Passage den Grundstein für eine ständige Rechtsprechung, wonach die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote auch auf kollektive Regelungen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich Anwendung finden, die von privatrechtlichen Vereinigungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie erlassen werden:

---

<sup>11</sup> Überblick über die einschlägige Rspr. des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung für den Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit bei Ganten, S. 45 ff.; Jaensch, S. 34 ff.; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1237 ff.); Schaefer, S. 123 ff.; Steindorff, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 575 (577 f.); ders., S. 280 ff.; siehe auch U. Forsthoff, EWS 2000, S. 389 (391 Fn. 20) m. w. N. aus der Rspr. des EuGH.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. 36/74 (Walrave), Slg. 1974, S. 1405 ff.

<sup>13</sup> EuGH, Rs. 36/74 (Walrave), Slg. 1974, S. 1405 (1420).

„Das Verbot der unterschiedlichen Behandlung gilt nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern erstreckt sich auch auf sonstige Maßnahmen, die eine *kollektive* Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten.“<sup>14</sup>

Zur Begründung des gefundenen Ergebnisses einer begrenzten Drittwirkung der beiden Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote, begrenzt auf den Bereich der kollektiven Setzung von Arbeits- und Dienstleistungsbedingungen,<sup>15</sup> zieht der EuGH im wesentlichen zwei Argumente heran, nämlich zum einen die Sicherung des „*effet utile*“ und zum anderen die Wahrung der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts:

„Denn die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr ... wäre gefährdet, wenn die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichten. Da im übrigen die Arbeitsbedingungen je nach Mitgliedstaat einer Regelung durch Gesetze und Verordnungen oder durch Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte, die von Privatpersonen geschlossen oder vorgenommen werden, unterliegen, bestünde bei einer Beschränkung auf staatliche Maßnahmen die Gefahr, dass das fragliche Verbot nicht einheitlich angewandt würde.“<sup>16</sup>

<sup>14</sup> EuGH, Rs. 36/74 (Walrave), Slg. 1974, S. 1405 (1419); Hervorhebung durch den Verf.; ebenso, mit Verweis auf das Urteil Walrave, EuGH, Rs. 13/76 (Donà), Slg. 1976, S. 1333 (1340 f.): Das Diskriminierungsverbot der Art. 39, 49 EG „erstreckt sich auch auf sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten.“

<sup>15</sup> Zu den Grenzen Reichold, ZEuP 1998, S. 434 (443). In einem obiter dictum heißt es im Urteil Walrave, EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, S. 1405 (1420), mit Bezug auf Einzelverträge aber auch: „Im übrigen steht außer Frage, dass Artikel 48 (jetzt: Art. 39 EG), der für unselbständige Erwerbstätigkeiten die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung vorschreibt, gleichermaßen *Verträge* und sonstige Vereinbarungen erfasst, die nicht von staatlichen Stellen herrühren.“; Hervorhebung durch den Verf. Dieses Auslegungsergebnis werde letztlich auch durch den in Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 1612/68 enthaltenen Gleichbehandlungsgrundsatz bestätigt, der sich nicht nur auf Kollektivvereinbarungen bezieht, sondern auch Einzelverträge erfasst, EuGH, ebd., S. 1420; siehe zu diesem obiter dictum ferner Ganten, S. 46; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1238); Steindorff, S. 281; U. Forsthoff, EWS 2000, S. 389 (392).

<sup>16</sup> EuGH, Rs. 36/74 (Walrave), Slg. 1974, S. 1405 (1419 f.); zur doppelten Begründung Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1238). Siehe auch die Entscheidung des EuGH im Fall Haug, Rs. 251/83, Slg. 1984, S. 4277 ff., in welcher der EuGH die in den allgemeinen Versicherungsbedingungen eines Kfz-Haftpflichtversicherers enthaltene Schadensfreiheitsrabattklausel im Hinblick auf das in den Art. 12, 39, 49 EG enthaltene Diskriminierungsverbot überprüfte; dazu Steindorff, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 575 (578); ders., S. 281 f. Dabei stellt sich auch die Frage, ob die AVB des Versicherers eine kollektive Regelung darstellen; so Jaensch, S. 43; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1238 f.); Michaelis, NJW 2001, S. 1841; anders Ganten, S. 47.

## b) Das Urteil Bosman

Mit dem Urteil des EuGH im Fall Bosman<sup>17</sup> im Jahre 1995, in dem der EuGH zu den Ausländerklauseln und Transferregeln des belgischen Fußballverbandes und des Europäischen Fußballverbandes UEFA Stellung zu beziehen hatte, wurde die Diskussion um die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten dann um eine einzelne neue Erkenntnis bereichert.

Zunächst betonte der EuGH noch einmal unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Urteil Walrave, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 39 EG auch horizontal anwendbar ist, wenn es um kollektive Regelungen unselbständiger Arbeit geht, die von privaten Vereinigungen gesetzt werden.<sup>18</sup> Über seine bisherige ständige Rechtsprechung ging der EuGH im Urteil Bosman jedoch dadurch hinaus, dass er auch dem in Art. 39 EG enthaltenen allgemeinen Beschränkungsverbot eine unmittelbare Drittwirkung zuschrieb. Der EuGH erklärte nämlich nicht nur die diskriminierenden Ausländersperrklauseln, sondern auch das diskriminierungsfreie Transfersystem, das bei einem Wechsel eines Fußballspielers auch nach Ablauf der Vertragszeit eine so genannte Ablösesumme vorsieht, bei grenzüberschreitenden Sachverhalten für gemeinschaftsrechtswidrig, weil es die Freizügigkeit behindert.<sup>19</sup>

## c) Das Urteil Angonese

Das jüngste Urteil des EuGH im Fall Angonese<sup>20</sup> aus dem Jahre 2000 knüpft an die bisherige Judikatur des EuGH zur Drittwirkungsproblematik im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit an,<sup>21</sup> fördert zugleich aber auch eine neue Erkenntnis

<sup>17</sup> EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, S. I-4921 ff.; siehe dazu die Bespr. von Gramlich, DÖV 1996, S. 801 ff.; Hilf/Pache, NJW 1996, S. 1169 ff.; Hobe/Tietje, JuS 1996, S. 486 ff.; Palme, JZ 1996, S. 238 ff. Imping, EWS 1996, S. 193 ff.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, S. I-4921(5065 f.).

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, S. I-4921(5065 f., 5071); zu diesem neuen Aspekt des Bosman-Urteils Kluth, AöR 122 (1997), S. 557 (566 f.); Reichold, ZEuP 1998, S. 434 (444 ff.); Burgi, EWS 1999, S. 327 (328); Ganten, S. 49.

<sup>20</sup> EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), EWS 2000, S. 402 ff. = EuZW 2000, S. 468 ff. = NZA-RR 2001, S. 20 ff.

<sup>21</sup> Bestätigung der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit bei kollektiven Regelungen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich, EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), EWS 2000, S. 402 (404 Rn. 31); ebenso die zeitlich vorher ergangenen neueren Urteile des EuGH Deliège, verb. Rs. C-51/96 u. 191/97, EWS 2000, S. 405 (407 Rn. 47), und Lehtonen, Rs. C-176/96, EWS 2000, S. 257 (260 Rn. 35); dazu Anm. Röthel, EuZW 2000, S. 379 f.

zutage. Die Entscheidung Angonese stellt das bislang wohl eindeutigste Bekenntnis des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung des in Art. 39 EG enthaltenen Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit dar:

„Das in Art. 48 des Vertrages (jetzt: Art. 39 EG) ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gilt somit auch für Privatpersonen.“<sup>22</sup>

Dieses klare Votum des EuGH besticht durch die Abstraktheit der Formulierung. Dem in Art. 39 EG normierten Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit kommt eine uneingeschränkte unmittelbare Drittwirkung zu, womit die bisherige inhaltliche Beschränkung der Drittwirkung der Grundfreiheit auf den Bereich kollektiver Regelungen aufgegeben wird. Damit müssen sich künftig auch privatautonome Individualverträge und sonstige private Vereinbarungen an dem gemeinschaftsrechtlichen Maßstab der Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 39 EG messen lassen. Bereits der zitierte abstrakt umschriebene Kernsatz des Urteils Angonese legt diese juristische Einschätzung recht deutlich nahe; die entscheidende Bestätigung liefern die folgenden Sachverhaltsangaben zur Rechtssache Angonese:

Der Kläger des italienischen Ausgangsverfahrens ist ein in der Provinz Bozen wohnender italienischer Staatsangehöriger deutscher Muttersprache, der sein in Italien begonnenes Studium in den Jahren 1993 bis 1997 in Österreich fortsetzte. Im Anschluss daran bewarb er sich um eine Stelle bei der Beklagten, einer privaten Bankgesellschaft in Bozen, die von allen Bewerbern eine ganz bestimmte amtliche Bescheinigung („patentino“) verlangt, mit der sie die Zweisprachigkeit Italienisch/Deutsch nachweisen. Die geforderte spezielle Bescheinigung wird allein von der öffentlichen Verwaltung der Provinz Bozen nach einer Prüfung von nicht unerheblicher Dauer ausgestellt, die nur in dieser Provinz stattfindet. Damit bezieht sich die von privater Seite aufgestellte fragliche Verpflichtung auf einen Nachweis über örtliche Sprachkenntnisse, der ausschließlich von einer einzigen öffentlichen Verwaltung eines einzigen Mitgliedstaates bei einem einzigen Prüfungsamt erlangt

---

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), EWS 2000, S. 402 (404 Rn. 36); siehe zur dogmatischen Begründung der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, ebd., S. 404 Rn. 30 ff.; nähere Analyse der richterlichen Argumente bei Michaelis, NJW 2001, S. 1841 f.; Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (460 ff.), die zudem das Vorliegen einer Diskriminierung im Fall Angonese verneinen, ebd., S. 463; insoweit ebenfalls zweifelnd U. Forsthoff, EWS 2000, S. 389 (390).

werden kann, so dass die Beibringung jedes anderen gleichwertigen Sprachdiploms versagt. Da der Kläger es unterließ, die strittige Bescheinigung beizubringen, die seiner Meinung nach von ihm nicht verlangt werden durfte, weil eine solche Forderung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, wurde seine Bewerbung abgewiesen, obwohl er vollkommen zweisprachig ist.<sup>23</sup>

## 2. Die Niederlassungsfreiheit

Die Rechtsprechung des EuGH zur Frage einer möglichen Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit erweist sich als äußerst dürftig. Allein das Urteil des EuGH im Fall van Ameyde<sup>24</sup> aus dem Jahre 1977 kann als richterlicher Beleg dienen, dass die Niederlassungsfreiheit auch im Verkehr zwischen Privaten Wirkungen entfaltet.

Dabei ging es im Urteil des EuGH in der Rechtssache van Ameyde, dem ein Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EG zugrunde lag, um folgenden Sachverhalt: Das italienische nationale Büro der Haftpflichtversicherer, Beklagte des Ausgangsverfahrens, stellt einen Zusammenschluss der in Italien tätigen Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherer dar. Im Rahmen des Systems der so genannten grünen Karte war dieses italienische Versicherungsbüro bei Schadensfällen im Inland, die von im EG-Ausland versicherten Kraftfahrzeugen verursacht wurden, nun aufgrund von Abkommen zwischen den nationalen Büros der dem System angeschlossenen Länder für die Entschädigung verantwortlich. Die Bearbeitung und Regulierung von in Italien verursachten Schadensfällen durch im Ausland versicherte Kraftfahrzeuge erfolgte damit allein durch die Mitglieder des italienischen nationalen Büros. Ein unabhängiges als „loss-adjuster“ tätiges Unternehmen, Kläger des Ausgangsverfahrens, erblickte in dieser vereinbarten Verfahrensweise der nationalen Versicherungsbüros eine Verletzung ihrer Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.

---

<sup>23</sup> Zu den sachverhältnlichen Besonderheiten des Falles Angonese Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (460), insb. auch zur Frage, ob es sich hier überhaupt um einen unter das Gemeinschaftsrecht fallenden Sachverhalt handelt oder nicht vielmehr um einen rein internen Sachverhalt. GA Fennelly, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Rn. 9 ff., 14 ff., 44, verneinte jedenfalls den gemeinschaftsrechtlichen Bezug des konkreten Falles.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. 90/76 (van Ameyde), Slg. 1977, S. 1091 ff.

Der EuGH unterwarf die privaten Vereinbarungen zwischen den nationalen Versicherungsbüros einer gemeinschaftsrechtlichen Überprüfung anhand der Grundfreiheiten der Art. 43 und 49 EG, womit der Gerichtshof zugleich auch die unmittelbare Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit bejahte. Um von dem in den Art. 43 und 49 EG enthaltenen Diskriminierungsverbot erfasst zu werden, genügt es, so stellte der EuGH fest:

„ dass sich die Diskriminierung aus einer Regelung gleich welcher Art ergibt, durch die die Ausübung der betreffenden Tätigkeit in allgemeiner Weise geregelt werden soll. In diesem Fall ist es unerheblich, ob die Diskriminierung ihren Ursprung in hoheitlichen Maßnahmen oder aber in Handlungen hat, welche den nationalen Versicherungsbüros ... zuzurechnen sind.“<sup>25</sup>

### 3. Die Warenverkehrsfreiheit

Die oben aufgedeckten Erkenntnisse zur Drittwirkungsproblematik bei den Grundfreiheiten der Arbeitnehmer-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit lassen sich für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit aus der Judikatur des EuGH nicht erneut gewinnen.<sup>26</sup> Vielmehr verlief die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur Problematik der unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit in auffälligem Kontrast zu den anderen Grundfreiheiten. Gerade ein vereinzeltes Urteil des EuGH aus dem Jahre 1981 scheint, das Schrifttum ist sich in der Interpretation der Aussagen des EuGH uneins, die richterliche Botschaft zu enthalten, auch Art. 28 EG wirke unmittelbar zwischen Privaten. In den Folgeentscheidungen kehrt der EuGH jedenfalls nie wieder zu diesem mehrdeutigen Ausgangspunkt zurück, sondern stellt die juristischen Weichen in Richtung einer Ablehnung der unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit.

<sup>25</sup> EuGH, Rs. 90/76 (van Ameyde), Slg. 1977, S. 1091 (1128); zur Frage, ob das nationale Versicherungsbüro wirklich einen „Privaten“ darstellt, Ganten, S. 50; für eine unmittelbare Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit im Fall van Ameyde ders., S. 50 f.; Jaensch, S. 41; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1238); Schaefer, S. 136; Schroeder, S. 132; Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459; zögernd Kingreen, S. 193 Fn. 26; generell für eine unmittelbare Drittwirkung im Bereich der Niederlassungsfreiheit, soweit es um Kollektivregelungen geht, Arndt, S. 99; Ganten, S. 193 f.; Geiger, Art. 43 Rn. 9.

<sup>26</sup> Überblick über die einschlägige Rspr. zu Art. 28 EG bei Ganten, S. 34 ff.; Jaensch, S. 45 ff.; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1233 ff.); Schaefer, S. 76.; Steindorff, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 575 (578 f.); ders., S. 282 ff.; siehe auch U. Forsthoff, EWS 2000, S. 389 (391 f.) m. w. N. aus der Rspr. des EuGH in Fn. 21, 22.

### a) Das Urteil Dansk Supermarked

Was die Problematik einer unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit anbelangt, bezieht der EuGH erstmals im Urteil Dansk Supermarked<sup>27</sup> aus dem Jahre 1981 mit besonders deutlicher Diktion Stellung. Dabei bezog sich die Rechtssache Dansk Supermarked interessanterweise nicht auf eine Kollektivvereinbarung, sondern auf einen Einzelvertrag, wie der folgende Sachverhalt zeigt:

Das dänische Unternehmen Imerco ließ bei einer englischen Steingutfabrik ein Steingutservice herstellen. Dabei wurde zwischen dem dänischen Auftraggeber und dem englischen Hersteller die Vereinbarung getroffen, dass die als „zweite Wahl“ ausgesonderten Service, welche die Qualitätsanforderungen nicht erfüllten, von dem englischen Unternehmen grundsätzlich verkauft werden durften, der Vertrieb nach Dänemark oder in andere skandinavische Länder aber strikt untersagt war. Trotz der Einhaltung der abgeschlossenen Vereinbarung durch den englischen Hersteller einschließlich der Weitergabe der Vertriebsbeschränkung an seine Abnehmer konnte sich die Firma Dansk Supermarked einige dieser Service unter Nichtbeachtung der Abrede beschaffen und nach Dänemark einführen, wo die Service schließlich zu sehr niedrigen Preisen verkauft wurden. Da der schlichte Protest gegen den Verkauf dieser Service nicht fruchtete, berief sich das dänische Unternehmen Imerco auf Vorschriften des dänischen Unlauterkeitsrechts, wonach im Falle eines Verstoßes gegen die lautere Handelspraxis der Vertrieb von Waren untersagt werden kann.

Der EuGH formulierte dem Wortlaut nach ein klares Bekenntnis zur unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit, wie die folgenden Ausführungen belegen:

„Überdies ist darauf hinzuweisen, dass *Vereinbarungen zwischen Privaten* in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr abweichen dürfen. Daraus folgt, dass eine Vereinbarung, mit der die Einfuhr einer Ware in einen Mitgliedstaat verboten wird, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist, nicht geltend gemacht

---

<sup>27</sup> EuGH, Rs. 58/80 (Dansk Supermarked), Slg. 1981, S. 181 ff.

oder berücksichtigt werden kann, um den Absatz dieser Ware als eine unzulässige oder unlautere Handelspraxis zu qualifizieren.“<sup>28</sup>

Wenngleich die zitierte Urteils Passage damit ein deutliches Votum des EuGH zugunsten der unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit darstellen dürfte,<sup>29</sup> werden in der Literatur dennoch zuweilen auch Zweifel formuliert, ob der EuGH im Urteil Dansk Supermarked die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 EG wirklich als unmittelbaren Prüfungsmaßstab für privatautonomes Handeln versteht.<sup>30</sup> Ohne diesen Streit zu entscheiden, kann jedenfalls festgehalten werden, dass sich die zeitlich nachfolgende Judikatur des EuGH den gemachten Aussagen im Urteil Dansk Supermarked nie wieder annäherte, vielmehr mit ebenso deutlichen Worten wie in der Entscheidung Dansk Supermarked in die genau entgegengesetzte Richtung voranschritt, wie vor allem die beiden folgenden Urteile mit besonders klarer Diktion zeigen werden.

#### b) Das Urteil Vlaamse Reisebureaus und das Urteil Süllhöfer

So führte der EuGH zunächst im Urteil Vlaamse Reisebureaus<sup>31</sup> von 1987 in unverkennbarem Widerspruch zu seinen im Urteil Dansk Supermarked getätigten Ausführungen aus, dass „sich die Artikel 30 und 34 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 28, 29 EG) nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen beziehen,“ weshalb allein „zu prüfen (ist), ob nationale Bestimmungen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden mit diesen Artikeln vereinbar sind.“<sup>32</sup>

<sup>28</sup> EuGH, Rs. 58/80 (Dansk Supermarked), Slg. 1981, S. 181 (195); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>29</sup> So Moench, NJW 1982, S. 2689 (2690); Schödermeier, GRUR Int. 1987, S. 85 (87); Hauschka, DB 1990, S. 873; Kingreen, S. 194; Oliver, 2. Aufl. 1988, S. 53; Schroeder, S. 128; Steindorff, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 575 (578 f.); ders., S. 282 f.; einschränkend Schaefer, S. 103 f., demzufolge der EuGH im Urteil Dansk Supermarked die horizontale unmittelbare Wirkung des Art. 28 EG nur für den Bereich des privaten Geschäftsverkehrs anerkannt habe.

<sup>30</sup> Dem EuGH gehe es in seinem Urteil in erster Linie um eine warenverkehrskonforme Auslegung und Ausübung des dänischen Unlauterkeitsrechts und nicht primär um die Zulässigkeit der abgeschlossenen privaten Vereinbarung. „Dansk Supermarked“ sei auch nur eine Kammerentscheidung; zu den Bedenken Ganten, S. 35 f.; Jaensch, S. 59 f.; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1235 f.) m. w. N.; Schaefer, S. 102; Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (460).

<sup>31</sup> EuGH, Rs. 311/85 (Vlaamse Reisebureaus), Slg. 1987, S. 3801 ff.

<sup>32</sup> EuGH, Rs. 311/85 (Vlaamse Reisebureaus), Slg. 1987, S. 3801 (3830); tendenziell bereits vorher das EuGH-Urteil van de Haar, verb. Rs. 177 u. 178/82, Slg. 1984, S. 1797 (1813), wo der Gerichtshof bei der Abgrenzung von Art. 81 EG zu Art. 28 EG feststellt, dass die Warenverkehrsfreiheit „auf die Beseitigung der *nationalen Maßnahmen*“ abzielt; Hervorhebung durch den Verf.; für Ablehnung der

Die klare Absage an eine unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit durch die Entscheidung *Vlaamse Reisebureaus* wiederholte der EuGH schließlich in unmissverständlicher Weise mit dem Urteil *Süllhöfer*<sup>33</sup> aus dem Jahre 1988, in dem der Gerichtshof zu einer Nichtangriffsabrede in einem Patentlizenzvertrag, die den freien Warenverkehr potentiell behinderte, feststellte, dass die Art. 28 ff. EG „zu den Vorschriften gehören, durch die der freie Warenverkehr gesichert werden soll und durch die zu diesem Zweck die Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die den freien Warenverkehr in irgendeiner Weise behindern könnten, beseitigt werden sollen. Dagegen gelten für Vereinbarungen zwischen Unternehmen die durch die Artikel 85 ff. EWG-Vertrag (jetzt: Art. 81 ff. EG) aufgestellten Wettbewerbsregeln, die die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken.“<sup>34</sup>

Die beiden angeführten Urteile stellen besonders deutliche Belege für eine nun ständige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Warenverkehrsfreiheit dar, wonach nicht die privatautonomen Verhaltensweisen an der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs zu messen sind, sondern allein die zugrunde liegenden staatlichen

---

unmittelbaren Drittwirkung des Art. 28 EG durch das Urteil *van de Haar Roth*, in: *Festschrift für Everling*, Bd. II, 1995, S. 1231 (1236); *Steindorff*, S. 284; *U. Forsthoff*, *EWS* 2000, S. 389 (392); *dagegen Ganten*, S. 36 f.

<sup>33</sup> EuGH, Rs. 65/86 (*Süllhöfer*), Slg. 1988, S. 5249 ff.

<sup>34</sup> EuGH, Rs. 65/86 (*Süllhöfer*), Slg. 1988, S. 5249 (5285); dazu kritisch vor allem *Steindorff*, in: *Festschrift für Lerche*, 1993, S. 575 (579 f.). Die im Urteil *Süllhöfer* deutlich werdende Unterscheidung zwischen staatsgerichteten Grundfreiheiten und unternehmensbezogenen Wettbewerbsregeln lag bereits den Schlussanträgen von *GA Capotorti* in *EuGH, Rs. 58/80 (Dansk Supermarked)*, Slg. 1981, S. 181 (201 f.), zugrunde; demgegenüber hielt der EuGH, *ibd.*, S. 192, die Wettbewerbsvorschriften im Urteil *Dansk Supermarked* für nicht einschlägig.

Rechtsnormen,<sup>35</sup> so dass die Frage nach einer unmittelbaren Drittwirkung des Art. 28 EG im negativen Sinne als richterlich geklärt erscheint.<sup>36</sup>

## II. Das Urteil französische Agrarblockaden

In der Entscheidung des EuGH vom 9. 12. 1997 in der Rechtssache französische Agrarblockaden findet sich keine einzige Urteils Passage, die sich mit der dogmatischen Figur der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten beschäftigt. Besonders schwerwiegende Beeinträchtigungen der Ausübung der Warenverkehrsfreiheit durch Handlungen von Privatpersonen prägten das Bild der französischen Bauernproteste, also ein rein privater Konflikt, der von den französischen Landwirte in besonders aggressiver Form ausgetragen wurde. Obwohl es damit um die Problematik der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch Privatpersonen geht, wird das eigentlich doch naheliegende Lösungsmodell der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 überhaupt nicht angedacht. Damit stellt sich die entscheidende Frage, warum der EuGH für den Fall französische Agrarblockaden keine Lösung über die jahrzehntelang erprobte Rechtsfigur der unmittelbaren Drittwirkung der Freiheiten erzielen konnte.

1. Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997 könnte möglicherweise als konsequente Bestätigung der bisherigen Judikatur des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten aufgefasst werden. Diese Judikatur wird durch einen differenzierten

---

<sup>35</sup> Die aufgezeigte Differenzierung offenbart sich besonders deutlich in der neueren Rspr. des EuGH zu den gewerblichen Schutzrechten, wo nicht mehr die private Ausübung dieser Schutzrechte durch den Inhaber, sondern die staatliche Ausgestaltung dieser Rechte, also die privatrechtsgestaltende Rechtsnorm, an der Grundfreiheit des Art. 28 EG gemessen wird; siehe nur EuGH, Rs. 10/89 (HAG II), Slg. 1990, S. I-3711 (3759 f.): „... die Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 28, 30 EG) (stehen) nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegen, die es einem Unternehmen ... gestatten, sich der Einfuhr gleichartiger Waren aus einem anderen Mitgliedstaat zu widersetzen ...“. Demgegenüber stellt der EuGH z. B. in Rs. 119/75 (Terrapin/Terranova), Slg. 1976, S. 1039 (1061), noch auf „die Berufung eines Unternehmens auf die Gleichartigkeit von Waren“ und auf „die Ausübung der gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechte“ ab; dazu U. Forsthoﬀ, EWS 2000, S. 389 (392 Fn. 22) m. w. N. aus der Rspr.; Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (465 f.) m. w. N.; Ganten, S. 41 f.; Jaensch, S. 48 f.; Kingreen, S. 194; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1233 f.); Steindorff, S. 287 ff.

<sup>36</sup> Ebenso Ganten, S. 39, 45; Herdegen, Rn. 285; Kingreen, S. 195; U. Becker, JA 1997, S. 65 (70); Muylle, ELRev. 1998, S. 467 (469); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (460); Michaelis, NJW 2001, S. 1841; unzutreffend Röthel, EuZW 2000, S. 379 f., die der Meinung ist, der EuGH neige einer umfassenden Drittwirkung sämtlicher Grundfreiheiten, also unter Einschluss der Warenverkehrsfreiheit, auf kollektiv gesetzte Regelungen zu.

Umgang des EuGH mit der Rechtsfigur der unmittelbaren Drittwirkung geprägt. Der EuGH hat keine alle Grundfreiheiten übergreifende einheitliche Konzeption der unmittelbaren Drittwirkung entwickelt, so dass sich insoweit Verallgemeinerungen im Hinblick auf alle Grundfreiheiten verbieten. Eine deutliche Trennungslinie durchzieht die Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkungsproblematik. Der EuGH erkennt zwar für die Bereiche Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit die dogmatische Figur der unmittelbaren Drittwirkung an, die in den einzelnen Urteilen sehr differenziert angewendet wird. Was die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs anbelangt, so lehnt der EuGH die unmittelbare Drittwirkung aber nunmehr in ständiger Rechtsprechung ab. Das Urteil des EuGH im Fall französische Bauernproteste, in dem es ausschließlich um von privater Seite errichtete Handelshemmnisse für den freien Warenverkehr und damit allein um die Warenverkehrsfreiheit ging, scheint sich folglich in die bisher ergangenen Entscheidungen des EuGH zur Drittwirkungsproblematik der Warenverkehrsfreiheit einzureihen und somit einen weiteren Beleg dafür darzustellen, dass die Grundfreiheit des Art. 28 EG gerade keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet.<sup>37</sup>

2. Aber der erste Anschein trügt. Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997 knüpft mitnichten an die bisherige Judikatur des EuGH zur Drittwirkungsproblematik der Warenverkehrsfreiheit an und kann infolgedessen auch nicht als Bestätigung dieser Rechtsprechung bewertet werden. Der Fall der französischen Bauernproteste offenbart eine besondere Problematik, die man mit der dogmatischen Figur der unmittelbaren Drittwirkung überhaupt nicht zu lösen vermag, selbst wenn der EuGH der Warenverkehrsfreiheit ebenso wie den anderen Grundfreiheiten der Arbeitnehmer-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit eine unmittelbare Drittwirkung zugestehen würde. Der Fall französische Agrarproteste weist keine wirklichen Berührungspunkte zur Rechtsfigur der unmittelbaren Drittwirkung auf; allein der Umstand, dass die Warenverkehrsfreiheit durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird, kann den notwendigen inhaltlichen Zusammenhang zum Lösungsmodell der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten nicht herstellen, denn dafür bedarf es einer zusätzlichen Voraussetzung, die in der Rechtssache französische Bauernproteste gerade nicht gegeben ist.

---

<sup>37</sup> Siehe Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 Rn. 48.

Die unmittelbaren Drittwirkung der Freiheiten stellt ein Lösungskonzept für die Problematik der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch Privatpersonen *im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen* dar. Zwischen den widerstreitenden Interessen verfolgenden Privatpersonen besteht also eine privatrechtliche Rechtsbeziehung, es kommt zur rechtsgeschäftlichen oder sonstigen privatrechtlichen Kontaktaufnahme zwischen den Privatrechtssubjekten. Im Rahmen dieser privatrechtlichen Verbundenheit der Privatpersonen vollzieht sich dann die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten, die vom privaten Störer ausgeht und sich gegen das private Opfer richtet. Die These von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten findet ihr juristisches Anwendungsfeld also im Privatrecht, wo sich Privatpersonen zur eigenen Interessenwahrnehmung rechtsgeschäftlich oder sonst privatrechtlich begegnen und vielfach binden. Damit tritt deutlich in Erscheinung, dass mit der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten nur ein ganz bestimmter Teilbereich aus der Gesamtheit der möglichen Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Privatpersonen abgedeckt werden kann, nämlich allein diejenigen, die sich im Rahmen einer privatrechtlich geordneten Rechtsbeziehung zwischen den privaten Kontrahenten vollziehen, womit sich zugleich die begrenzte Leistungsfähigkeit dieses dogmatischen Lösungsmodells offenbart.

Erst die zwischen den Privatrechtssubjekten bestehende privatrechtliche Beziehung verhilft dem dogmatischen Denkmodell der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten auch zur praktischen Durchsetzung, denn die direkte Bindung Privater an die Grundfreiheiten setzt rein tatsächlich voraus, dass man der Privatperson, die die Grundfreiheiten beeinträchtigt und die deshalb gebunden werden soll, habhaft werden kann. Im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen, die sowohl den Individualvertrag zwischen zwei Privatrechtssubjekten als auch die kollektive Rechtsetzung von Verbänden gegenüber Individuen umfasst, lässt sich dieser praktische Durchgriff auf den privaten Urheber der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten problemlos realisieren.

In der Rechtssache französische Agrarproteste vollzieht sich die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch Handlungen von Privatpersonen aber nicht im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen, sondern gerade außerhalb einer privatrechtlichen

Kontaktaufnahme. Der Fall der französischen Bauernproteste, in dem es um private Übergriffe, bevorstehende oder bereits durchgeführte, auf die Ausübung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten durch die Marktbürger geht, wird auf nationaler Ebene nicht nach den Regeln des Privatrechts beurteilt, sondern nach den Vorschriften des Polizei- und Strafrechts. Vermag man dem privaten Störer im Rahmen privatrechtlicher Rechtsbeziehungen habhaft zu werden, so versucht der Urheber der grundfreiheitlichen Beeinträchtigungen im außerprivatrechtlichen Bereich doch gerade dem polizei- und strafrechtlichen Instrumentarium zu entgehen.

Die unterschiedliche nationale Rechtsmaterie, kein Privatrecht, sondern Polizei- und Strafrecht, und die besondere Schwierigkeit, dem privaten Störer habhaft zu werden, verdeutlichen die bestehende Distanz des Falles französische Agrarblockaden zum juristischen Anwendungsfeld der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten. Diese beiden Gesichtspunkte stellte die Französische Republik in ihrem Beklagtenvortrag deutlich heraus, der von Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen wiedergegeben wird, und zwar zunächst im Hinblick auf die präventiven Polizeimaßnahmen und dann im Hinblick auf die repressiven Strafverfolgungsmaßnahmen:

„Die Beklagte weist insbesondere auf die Schwierigkeiten hin, denen der Einsatz der *Ordnungskräfte* begegne. So mache die von den Demonstranten angewandte Taktik, überraschend und schnell zuzuschlagen, ein Eingreifen äußerst *schwierig*. So habe der am 3. Juni 1995 erfolgte Angriff in Salon de Provence zehn Minuten gedauert; die Angreifer hätten im Anschluss daran sogleich die Flucht ergriffen. Außerdem zeige dieser Vorfall, dass die Demonstranten außergewöhnlich beweglich seien. Beides zusammen und das starke Ungleichgewicht der Kräfte zwischen Demonstranten und Polizeikräften habe diesen ein Eingreifen unmöglich gemacht und auch keine Zeit gelassen, Verstärkungen heranzuführen.“<sup>38</sup>

„Die Beklagte wendet zu ihrer Verteidigung ein, dass die *Strafverfolgung schwierig* sei. In der Duplik hat sie ausgeführt, dass die entsprechenden Vorfälle systematisch untersucht worden seien. Wenn gleichwohl nur wenige Strafverfahren zu einer Verurteilung geführt hätten, läge dies an bestimmten Schwierigkeiten der Sache

<sup>38</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6982 Rn. 53); Hervorhebung durch den Verf.

selbst. Es sei nämlich schwierig, die genaue Identität der Beteiligten festzustellen oder ihre Beteiligung an den Straftaten nachzuweisen. Insoweit sei zu beachten, dass in Frankreich die Unschuldsvermutung gelte und jeweils die individuelle Verantwortung einer Person für eine bestimmte Tat festgestellt werden müsse.<sup>39</sup>

Den Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Handlungen von Privatpersonen, die dem Fall französische Bauernproteste zugrunde liegen, gilt es also mit präventiven und repressiven Maßnahmen der Mitgliedstaaten nach den nationalen Vorschriften des Polizei- und Strafrechts zu begegnen. Ersichtlich geht es damit nicht um die eigentliche Drittwirkungsproblematik, die der EuGH mit der von ihm entwickelten dogmatischen Figur der unmittelbaren Drittwirkung löst, sondern um eine Schutzpflichtenproblematik, nämlich um den Schutz der Grundfreiheiten vor Übergriffen Privater durch aktive Schutzmaßnahmen des betreffenden Mitgliedstaates, auf dessen Territorium sich die privaten Störungshandlungen abspielen. Diese hier sichtbar werdende Schutzpflichtenproblematik wird im deutschen Verfassungsrecht schon seit langem unter dem Begriff der grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates diskutiert.

## ***2. Teil: Die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates im deutschen Verfassungsrecht***

Im Fall der französischen Agrarblockaden wird die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten durch die einzelnen Marktbürger durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt. Der betreffende Mitgliedstaat trifft entweder ungenügende oder gar überhaupt keine Maßnahmen gegen die privaten Übergriffe auf die wirtschaftlichen Betätigungen Privater, die durch die Grundfreiheiten geschützt sind. Der Rechtssache französische Bauernproteste liegt damit eine Dreiecksbeziehung zugrunde. Das bipolare Verhältnis zwischen den beiden Privatpersonen, die gegenläufige Interessen verfolgen, wird um den untätigbleibenden Mitgliedstaat zum Dreiecksverhältnis ausgeweitet. Um insbesondere<sup>40</sup> die hier deutlich in Erscheinung tretende Dreiecksproblematik

<sup>39</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6987 Rn. 71); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>40</sup> Entgegen einigen Stimmen in der Lit. beschränken sich die deutschen grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates aber keineswegs allein auf den Bereich der privaten Übergriffe auf die

juristisch zu erfassen und damit zu lösen, ist im deutschen Verfassungsrecht die dogmatische Figur der grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates entwickelt worden.<sup>41</sup> Charakteristisches Merkmal dieser dogmatischen Figur ist dabei gerade das von Isensee<sup>42</sup> so genannte Rechts-Dreieck, das sich aus dem schutzpflichtigen Staat und zwei Privatpersonen zusammensetzt, denen jeweils unterschiedliche Rollen zugedacht sind. In der Rolle des Störers findet sich die Privatperson wieder, die das grundrechtlich geschützte Rechtsgut durch aktives Handeln beeinträchtigt, wohingegen dem anderen Privaten die unglücklichere Rolle des Opfers anheimfällt, der sich um sein gefährdetes Rechtsgut sorgt. In dieser konflikträchtigen Beziehung zwischen dem Urheber der Beeinträchtigung und dem Schutzbedürftigen ist der Staat als Vermittler aufgerufen, Schutz zugunsten des privaten Opfers und gegen den privaten Störer zu gewähren.<sup>43</sup> Wenngleich das Bestehen grundrechtlicher Schutzpflichten im deutschen Verfassungsrecht heute im Ergebnis nicht mehr

---

grundrechtlich geschützten Rechtsgüter anderer Privatpersonen, mag diese Konstellation auch die wohl wichtigste Fallgruppe der grundrechtlichen Schutzpflichten darstellen; siehe dazu unten 2. Teil B. I. 2.

<sup>41</sup> Auch in anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen hat der grundrechtliche Schutzpflichtgedanke Anerkennung erfahren; siehe Hilf/Staebe, in: E. Klein, S. 211 (225 f.); R. Hofmann, in: ders./Marko/Merli/Wiederin, S. 3 (13); anders aber der auf der state action-Doktrin beruhende restriktive Ansatz in der Judikatur des US-amerikanischen Supreme Court; dazu ausführlich Giegerich, S. 106 ff., 185 ff., 218 ff., 244 ff.; ferner Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1521 f. m. w. N. In der Transsexuellen-Entscheidung des EuGH vom 30. 4. 1996, in der es um den Schutz von Transsexuellen vor einer Kündigung wegen einer Geschlechtsumwandlung geht, finden sich erstmals deutliche Hinweise für eine richterliche Anerkennung von gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzpflichten, EuGH, Rs. C-13/94 (P./S.), Slg. 1996, S. I-2143 (2165): „Würde eine solche Diskriminierung toleriert, so liefe das darauf hinaus, dass gegenüber einer solchen Person gegen die Achtung der Würde und der Freiheit verstoßen würde, auf die sie Anspruch hat und die der Gerichtshof schützen muss.“; zum Urteil Jaeckel, S. 213; Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 (222); Burgi, EWS 1999, S. 327 (329 Fn. 38); Hilf/Staebe, in: E. Klein, S. 211 (224); ausführlich zur gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzfunktion Jaeckel, S. 194 ff.; ferner Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 6 EU Rn. 46 ff.; Geiger, Art. 220 Rn. 35; Beutler, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. F Rn. 86, 89; Bleckmann, in: Festschrift für Bernhardt, 1995, S. 309 (321); Furrer, S. 83 ff., 86; Holoubek, S. 70 f.; Kugelmann, S. 45; Rengeling, Grundrechtsschutz, S. 112 f., 206 ff.; Szczekalla, in: Rengeling, Umweltrecht, § 12 Rn. 20 ff.; Tonne, S. 276 ff.; Wielsch, S. 35 ff.; Gersdorf, AöR 119 (1994), S. 400 (402 ff.); Pitschas, NVwZ 1994, S. 625 (628); Nettesheim, EuZW 1995, S. 106 (108); Roßnagel, DVBl. 1996, S. 1181 (1186, 1188); Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 (221 f.); kritisch Ruffert, S. 59 ff.; Steinberger, VVDStRL 50 (1991), S. 9 (28 f.); Gegenüberstellung von Pro- und Gegenargumenten bei Hilf/Staebe, in: E. Klein, S. 211 (224 ff.). Im Gegensatz zum EuGH hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EuGHMR) bereits wiederholt positive Handlungspflichten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention hergeleitet; siehe vor allem die Urteile Marcks, EuGRZ 1979, S. 454 (455); Airey, EuGRZ 1979, S. 626 (629); Artico, EuGRZ 1980, S. 662 (665 f.); López Ostra, EuGRZ 1995, S. 530; dazu Kley-Struller, EuGRZ 1995, S. 507 (512 ff.); wiederum ausführlich Jaeckel, S. 103 ff.; ferner Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 (221) m. w. N. aus der Rspr. des EuGHMR in Fn. 28.

<sup>42</sup> Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 34.

<sup>43</sup> Siehe zur grundrechtlichen Schutzpflicht im deutschen Verfassungsrecht etwa Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 116; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 945 f., mit Hinweis auf den „entscheidenden Rollenwechsel“ des Staates: „Er wird vom potentiellen Grundrechtsgegner zum Grundrechtsschützer. Es ist das Verblüffendste an der Schutzpflichtenargumentation, dass die Staatsgewalten plötzlich in die Position eines „Grundrechtsfreundes“ einrücken.“

bestritten wird, so darf doch nicht unbeachtet bleiben, dass sich die ausdrückliche Normierung von grundrechtlichen Schutzpflichten im Grundgesetz selbst in überschaubaren Grenzen hält, so dass sich die ausdrücklich im Verfassungstext verankerten Schutzpflichten auf ganz bestimmte Einzelfälle beschränken.<sup>44</sup> Die darüber hinausgehende allgemeine Anerkennung von grundrechtlichen Schutzpflichten bedarf somit einer überzeugenden dogmatischen Begründung. Im folgenden soll deshalb der dogmatischen Herleitung von grundrechtlichen Schutzpflichten, die die wohl umstrittenste Problematik der grundrechtlichen Schutzpflichtenlehre darstellt,<sup>45</sup> näher nachgegangen werden.

## **A. Die Rechtsprechung des BVerfG**

Außerhalb des Bereichs der verfassungsrechtlich ausdrücklich niedergelegten staatlichen Schutzpflichten erfuhr die Rechtsfigur der grundrechtlichen Schutzpflichten als eigenständige Regelungsdimension der Grundrechte in der Rechtsprechung des BVerfG zum ersten Mal eine ausführliche Erwähnung und Anerkennung im ersten Abtreibungsurteil vom 25. 2. 1975<sup>46</sup>, mag auch der Schutzpflichtgedanke, die Herleitung von staatlichen Schutzpflichten aus einzelnen Grundrechtsbestimmungen, bereits in zeitlich vorangehenden Entscheidungen des BVerfG angeklungen sein, nur eben nicht mit vergleichbarer dogmatischer Ausgiebigkeit.<sup>47</sup>

### **I. Die dem ersten Abtreibungsurteil zeitlich vorausgehenden Entscheidungen des BVerfG**

---

<sup>44</sup> Dazu Überblick bei Dietlein, S. 28 ff.; J. Ipsen, Rn. 91; Jaeckel, S. 30 ff.; Starck, S. 56 f.; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 934 ff.; Unruh, S. 26 ff.

<sup>45</sup> So zu Recht Unruh, S. 26.

<sup>46</sup> BVerfGE 39, S. 1 ff.

<sup>47</sup> Überblick über die früheren Entscheidungen des BVerfG, den Schutzpflichtgedanken mit Zurückhaltung aufgreifend, bei Robbers, S. 130 ff.; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 938 f.; Unruh, S. 29 f.

1. Zu diesen früheren Entscheidungen zur Thematik grundrechtlicher Schutzpflichten kann man bereits den Beschluss des BVerfG vom 19. 12. 1951<sup>48</sup> zählen, der sich indes allein auf die ausdrücklich in Art. 1 I 2 GG verankerte Pflicht des Staates zum Schutz der Menschenwürde bezog. So führte das BVerfG in der Fürsorge-Entscheidung aus:

„Wenn Art. 1 Abs. 1 GG sagt: „Die Würde des Menschen ist unantastbar“, so will er sie nur negativ gegen Angriffe abschirmen. Der zweite Satz: „... Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtungen aller staatlichen Gewalt“ verpflichtet den Staat zwar zu dem positiven Tun des „Schützens“, doch ist dabei nicht Schutz vor materieller Not, sondern Schutz gegen Angriffe auf die Menschenwürde durch andere, wie Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung usw. gemeint.“<sup>49</sup>

Diese frühzeitigen Aussagen des BVerfG im Hinblick auf Art. 1 I 2 GG, die den Schutzpflichtgedanken mit dogmatischer Zurückhaltung aufgriffen, gerieten dann aber über einen Zeitraum von mehr als zwanzig Jahren in Vergessenheit; die Judikatur des BVerfG enthielt sich weiteren diesbezüglichen Stellungnahmen. Erst das Hochschulurteil des BVerfG vom 29. 5. 1973<sup>50</sup> rückte die Problematik der grundrechtlichen Schutzpflichten wieder in den Vordergrund.

2. Mit klarer Diktion stellte das BVerfG im Hochschulurteil von 1973, in dem es konkret um organisationsrechtliche Regeln des Gesetzgebers ging,<sup>51</sup> den staatlichen Schutzpflichtgedanken im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 III 1 GG heraus:

„Eine solche Wertentscheidung enthält auch Art. 5 Abs. 3 GG. ... Diese Wertentscheidung bedeutet nicht nur die Absage an staatliche Eingriffe in den zuvor gekennzeichneten Eigenbereich der Wissenschaft; sie schließt vielmehr das Einsteigen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien

---

<sup>48</sup> BVerfGE 1, S. 97 ff.

<sup>49</sup> BVerfGE 1, S. 97 (104).

<sup>50</sup> BVerfGE 35, S. 79 ff.

<sup>51</sup> Obwohl es im Hochschulurteil konkret allein um organisationsrechtliche Regeln des Gesetzgebers ging, dürften die Ausführungen des BVerfG auch den Schutzpflichtgedanken, verstanden im Sinne einer Schutzpflicht gegenüber Übergriffen durch private Dritte, betreffen, weil die fraglichen Regelungen eben auch auf die Abgrenzung von Rechtssphären zielen; so Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 939.

Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten, d. h. *schützend und fördernd* einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen.<sup>52</sup>

3. Im so genannten Lebach-Urteil<sup>53</sup> leitete das BVerfG dann die staatliche Schutzpflicht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG ab:

„Vielmehr gebietet der hohe Rang des Rechts auf freie Entfaltung und Achtung der Persönlichkeit, der sich aus der engen Beziehung zum höchsten Wert der Verfassung, der Menschenwürde, ergibt, dass dem aus einem (öffentlichen) Interesse erforderlich erscheinenden Eingriff ständig das *Schutzgebot* des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG als Korrektiv entgegengehalten wird.“<sup>54</sup>

4. Auf der gleichen Argumentationslinie wie im bereits angeführten Hochschulurteil bewegten sich schließlich die Ausführungen des BVerfG zur Kunstfreiheit gem. Art. 5 III GG, wie die folgende Passage belegt:

„Als objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst stellt sie dem modernen Staat, der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung auch als Kulturstaat versteht, zugleich die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben *zu erhalten und zu fördern*.“<sup>55</sup>

## II. Das erste Abtreibungsurteil des BVerfG

Mit dem ersten Abtreibungsurteil vom 25. 2. 1975<sup>56</sup>, dessen Bedeutung für die Rechtsfigur grundrechtlicher Schutzpflichten höchst unterschiedlich beurteilt wird,<sup>57</sup> gab das BVerfG dann seine dogmatische Zurückhaltung im Umgang mit den

<sup>52</sup> BVerfGE 35, S. 79 (114); Hervorhebung durch den Verf.; siehe auch die abweichende Meinung der Richter Rupp-v. Brünneck und Simon, BVerfGE 35, S. 79 (148 ff., 154 f.).

<sup>53</sup> BVerfGE 35, S. 202 ff.

<sup>54</sup> BVerfGE 35, S. 202 (221); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>55</sup> BVerfGE 36, S. 321 (331); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>56</sup> BVerfGE 39, S. 1 ff.

<sup>57</sup> Siehe einerseits Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 27: „juristischer Paukenschlag“; dazu kritisch Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 939; Unruh, S. 29; relativierend dann Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 78: „bahnbrechend“; E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1634): „An erster Stelle steht das (Abtreibungs-)Urteil des *BVerfG* von 1975, ...“; andererseits Robbers, S. 130: Einreihung „in eine feststehende Rechtsprechungstradition“.

grundrechtlichen Schutzpflichten auf, die in den früheren Entscheidungen des Gerichts doch noch unverkennbar verankert war. Die gründliche<sup>58</sup> Beantwortung dogmatischer Fragen, die sich im Zusammenhang mit den grundrechtlichen Schutzpflichten stellten, trat nun in den Vordergrund. Als dogmatische Begründungsansätze für diese neuartige, keineswegs klassische Staats- und Grundrechtsfunktion dienten dem BVerfG in der Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung zwei zentrale Gesichtspunkte, die indes schon zum damaligen Zeitpunkt nicht gleichberechtigt nebeneinander positioniert wurden:

„Die Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, lässt sich ... *bereits* unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ableiten. Sie ergibt sich *darüber hinaus* auch aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; denn das sich entwickelnde Leben nimmt auch an dem Schutz teil, den Art. 1 Abs. 1 GG der Menschenwürde gewährt.“<sup>59</sup>

#### 1. Der Schutz der Menschenwürde in Art. 1 I 2 GG

Als einen der tragenden dogmatischen Pfeiler der staatliche Schutzpflicht, die das BVerfG in der ersten Abtreibungsentscheidung für das ungeborene Leben einforderte, zog es also die in Art. 1 I 2 GG explizit festgeschriebene Verpflichtung aller staatlichen Gewalt zum Schutz der Menschenwürde heran.<sup>60</sup> Damit bewegte sich der angeführte normative Begründungsansatz ganz auf der im Schrifttum teilweise anzutreffenden Argumentationslinie, einzelnen Grundrechtsnormen die Bedeutung von partiellen Ausformungen des Gewährleistungsgehalts der Garantie der Menschenwürde beizulegen, mit der Folge, dass bestimmte, sich als Ausfluss des Schutzes der Menschenwürde darstellende Einzelgrundrechte stets im Lichte dieses tragenden Verfassungsprinzips zu interpretieren seien.<sup>61</sup> Dabei darf indes

<sup>58</sup> Die „Gründlichkeit“ (Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 939 f.) bzw. „Klarheit“ (Unruh, S. 30) der Ausführungen des BVerfG zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten begründet die herausragende Stellung des ersten Abtreibungsurteils in der Entwicklung der Schutzpflichtenlehre durch das BVerfG.

<sup>59</sup> BVerfGE 39, S. 1 (41); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>60</sup> BVerfGE 39, S. 1 (41); siehe ferner die zumindest ergänzende Heranziehung von Art. 1 I 2 GG in BVerfGE 46, S. 160 (164); 49, S. 89 (142); kritisch Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 81, mit dem Hinweis, dass sich die Schlussfolgerung keineswegs als zwingend erweist, die dem Staat auferlegte Schutzverpflichtung für die Menschenwürde gem. Art. 1 I 2 GG auf andere Grundrechte zu erstrecken, insb. auf solche, die als Abwehrrechte ausgestaltet sind.

<sup>61</sup> Zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte und zum Verhältnis von Art. 1 I, 19 II, 79 III GG: Dürig, AöR 81 (1956), S. 117 (121 ff.); Rupp, AöR 101 (1976), S. 161 (166); Verdross, EuGRZ 1977, S. 207

nicht verkannt werden, dass dem dogmatischen Argument der Garantie der Menschenwürde bei der normativen Rechtfertigung staatlicher Schutzpflichten eine eher untergeordnete, mehr flankierende Bedeutung zukam. Als entscheidendes normatives Fundament der grundrechtlichen Schutzpflicht hob das BVerfG in der ersten Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung vielmehr den objektiv-rechtlichen Gehalt des Art. 2 II 1 GG hervor.

## 2. Der objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte

a) In ihrer klassischen negatorischen Funktion, ausgerichtet auf die Gewährleistung der grundrechtlich geschützten Freiheiten gegenüber staatlichen Eingriffen, das BVerfG spricht insoweit von der Sicherung der „Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt“<sup>62</sup>, stellen die einzelnen Grundrechte subjektiv-öffentliche Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat dar, wobei anzumerken bleibt, dass der so genannte status negativus<sup>63</sup> auch im Zuge der Herausbildung weiterer Grundrechtsdimensionen nichts an seinem zentralen Stellenwert im Gefüge der grundrechtlichen Bedeutungsgehalte verloren hat.<sup>64</sup> Dieser subjektiv-rechtlichen Funktion fügte die Rechtsprechung des BVerfG dann zwecks prinzipieller Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte<sup>65</sup> eine objektiv-rechtliche Komponente zusätzlich hinzu.<sup>66</sup> Diese Unterscheidung zwischen dem subjektiv-

---

f.; Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 (226); Brenner, Der Staat 32 (1993), S. 493 (499 ff.); Höfling, JuS 1995, S. 857 (861) m. w. N.; Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Rn. 6 ff., 13; Manssen, Staatsrecht I, Rn. 281 ff.; Pieroth/Schlink, Rn. 306; Stern, in: Festschrift für Scupin, 1983, S. 632 ff.; Windthorst, § 2 Rn. 48; sehr weitgehend Bleckmann, DVBl. 1988, S. 938 (942), der die Einzelgrundrechte als „Ausfluss“ der Menschenwürde einstuft; kritisch zum Verständnis der Einzelgrundrechte als bloße Ausschnitte aus der Garantie der Menschenwürde Alexy, S. 413; Starck, S. 71; Unruh, S. 36; Stern, JuS 1985, S. 329 (337); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (86); siehe ferner BVerfGE 6, S. 32 (36); 30, S. 170 ff.; 35, S. 203 (225).

<sup>62</sup> Siehe etwa BVerfGE 7, S. 198 (204); 50, S. 290 (336 f.); 68, S. 193 (205).

<sup>63</sup> Grundlegend die Statuslehre von Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 81 ff., insb. Übersicht auf S. 86 ff., mit der Gliederung der subjektiven öffentlichen Rechte nach der Status-Zugehörigkeit; dazu aber kritisch z. B. Grabitz, S. 3 ff.; Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 426 ff., mit der abschließenden Bewertung auf S. 430: „Die **Statuslehre** kann danach unbeschadet ihres sonstigen Wertes **für die Einteilung der Rechte** der Sache nach **nicht als entscheidender Fortschritt** bewertet werden.“; Hervorhebung im Original.

<sup>64</sup> Siehe Katz, Rn. 573; Manssen, Staatsrecht I, Rn. 32 f.; Pieroth/Schlink, Rn. 58 f.; Krebs, Jura 1988, S. 617 (619); Dreier, Jura 1994, S. 505 ff.; Jarass, AöR 120 (1995), S. 345 (347 f.).

<sup>65</sup> Siehe dazu die auf Richard Thoma zurückgehende Maxime, wonach von mehreren mit Wortlaut, Dogmen- und Entstehungsgeschichte zu vereinbarenden Interpretationen derjenige der Vorrang einzuräumen ist, die zur stärksten Entfaltung der juristischen Wirkkraft der Norm führt; Thoma, in: Nipperdey, S. 1 (9).

<sup>66</sup> Siehe Hesse, Rn. 350; ders., Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (544 f.), demzufolge die ausweitende Fortentwicklung vom grundrechtlich gewährleisteten Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates zur grundrechtlichen Gewährleistung staatlichen Schutzes keine überflüssige, wenn nicht

rechtlichen und dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte darf indes nicht als trennscharfer Gegensatz missverstanden werden, weil zum einen die Grundrechte auch in ihrer subjektiv-rechtlichen Funktion natürlich objektives Recht darstellen, besteht jedes subjektive Recht rechtslogisch doch nur als Ausfluss einer Norm des objektiven Rechts, die dieses Recht als ihren Inhalt hat,<sup>67</sup> und weil zum anderen die Judikatur des BVerfG aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte subjektive Ansprüche herleitet.<sup>68</sup>

b) Einer wertneutralen Grundrechtsordnung eine klare Absage erteilend, sieht das BVerfG nicht nur im Gesamtsystem der Grundrechtsnormen, also im Grundrechtsabschnitt insgesamt, eine objektive Wertordnung aufgerichtet, sondern auch in den einzelnen Grundrechten objektive Wertentscheidungen verkörpert.<sup>69</sup> Jeder einzelnen Grundrechtsnorm haftet damit ein objektiver Wertcharakter an, d. h. jedem Einzelgrundrecht kommt der Charakter als objektive Norm und Wertentscheidung zu. Der Begriff vom objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte umschreibt dabei diese doppelte Qualität der Grundrechte als objektive Normen und Wertentscheidungen, die verkürzt mit dem zusammenfassenden Terminus vom objektiven Wertcharakter der Grundrechte zum Ausdruck gebracht wird.<sup>70</sup> Was den objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte anbelangt, erweist sich indes die

---

gefährliche Frucht deutscher Grundrechtseuphorie darstellt, sondern einen folgerichtigen Versuch, den geschichtlichen Wandel zu bewältigen, der zu tiefgreifenden Veränderungen der Voraussetzungen der Sicherung menschlicher Freiheit geführt hat; für Reduktion der Grundrechte auf die Abwehrdimension aber Böckenförde, Grundrechtsdogmatik, S. 66 ff., mit Kritik an der Annahme objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte, ebd., S. 54 ff., 63 ff.; dazu Gegenkritik bei Dreier, S. 50 ff.; Heun, S. 44 ff.

<sup>67</sup> Dazu Böckenförde, Grundrechtsdogmatik, S. 27 Fn. 42 m. w. N.

<sup>68</sup> Das BVerfG hat zum ersten Mal in der C-Waffen-Entscheidung, BVerfGE 77, S. 170 (214), den subjektiv-rechtlichen Charakter der grundrechtlichen Schutzpflichten im Grundsatz anerkannt: „Werden diese Schutzpflichten verletzt, so liegt darin zugleich eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, gegen die sich der Betroffene mit Hilfe der Verfassungsbeschwerde zur Wehr setzen kann.“; skeptisch hingegen frühere Urteile des BVerfG, siehe etwa BVerfGE 39, S. 1 (41 ff.); 49, S. 89 (140); 53, S. 30 (57); 56, S. 54 (73); ausführlich zu dieser Thematik Böckenförde, Grundrechtsdogmatik, S. 44 ff.; Dietlein, S. 133 ff.; Robbers, S. 131 ff., der die Rspr. des BVerfG zur Frage subjektiver Rechte auf Schutz als ambivalent beurteilt. Die h. M. in der Lit. bejaht die Subjektivierung der staatlichen Schutzpflicht; siehe etwa Alexy, S. 414 f.; Hermes, S. 208 ff.; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 183 ff.; Pieroth/Schlink, Rn. 84; Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 742 ff.; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 991 ff.; Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 24; Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 (227); E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1637); Alexy, AöR 1990, S. 57 (61 f.); Hermes, NJW 1990, S. 1764 (1767); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (493); Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1032 f.); Groß, JZ 1999, S. 326 (331); kritisch Steinberg, NJW 1989, S. 457 (461); Schenke, VerwArch 82 (1991), S. 307 (325); J. Ipsen, Rn. 97.

<sup>69</sup> Eingehend zu den zwei Phasen der Entdeckung des objektiven Wertcharakters der Grundrechte in der Rspr. des BVerfG, zum einen im Hinblick auf den Grundrechtsabschnitt als solchem, zum anderen im Hinblick auf die Einzelgrundrechte Böckenförde, Grundrechtsdogmatik, S. 24 ff.; näher zur neuen Qualität der Grundrechte ders., ebd., S. 30 f.

<sup>70</sup> Dazu ausführlich Böckenförde, Grundrechtsdogmatik, S. 24 ff.

verwendete Terminologie des BVerfG als wenig einheitlich, wie die in der Rechtsprechung ebenfalls anzutreffenden Formulierungen von der „Wertordnung“, vom „Wertsystem“, von den „Wertmaßstäben“, von den „wertentscheidenden Grundsatznormen“ oder schlicht von den „objektiven Grundsatznormen“ und von den „objektiven Prinzipien“ deutlich belegen.<sup>71</sup>

c) In der folgenden Urteils Passage rückt das BVerfG bei der Herleitung der staatlichen Schutzpflicht unmittelbar aus Art. 2 II 1 GG<sup>72</sup> den objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte in den Vordergrund. Dabei bewegt sich das Gericht mit der im ersten Abtreibungsurteil betonten objektiven Wertordnung,<sup>73</sup> die von der Gesamtheit der Grundrechte verkörpert wird, im Einklang mit älteren Urteilen,<sup>74</sup> die den Grundrechten bereits einen objektiv-rechtlichen Gehalt zuschrieben.

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthalten die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern sie verkörpern zugleich eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt ... . Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Staat zu rechtlichem Schutz des werdenden Lebens von Verfassungen wegen verpflichtet ist, kann deshalb schon aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der grundrechtlichen Normen erschlossen werden. Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie ... gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren.“<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Siehe die Nachweise zur unterschiedlichen Terminologie des BVerfG bei Jarass, AöR 110 (1985), S. 363 (367 ff.); Alexy, Der Staat 1990, S. 49 (51), der insoweit von einem „terminologischen Wirrwarr“ spricht; Jaeckel, S. 52 f.; ferner Pieroth/Schlink, Rn. 76; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 918 ff.

<sup>72</sup> BVerfGE 39, S. 1 (41): „Die Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, lässt sich ... bereits unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ableiten.“

<sup>73</sup> Allgemeiner Überblick über die Wertordnungsjudikatur des BVerfG und die daran geübte Kritik bei Dreier, S. 10 ff.; Unruh, S. 50 ff.; siehe zur Kritik am Rekurs des BVerfG auf ein Wertesystem auch unten 2. Teil C.

<sup>74</sup> Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Grundrechte um objektive Elemente findet ihren Ursprung in der Entscheidung des BVerfG zur Ehegattenbesteuerung, BVerfGE 6, S. 55 (72), und im so genannten Lüth-Urteil, BVerfGE 7, S. 198 (205), in dem sich das BVerfG erstmals besonders ausführlich mit der Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht auseinandersetzt.

<sup>75</sup> BVerfGE 39, S. 1 (41 f.). Als schutzpflichtrelevante Gefahrenquelle kommt indes die unmittelbar abwehrrechtlich erfasste Störung durch den Staat selbst nicht in Betracht; deshalb irreführend, so die kritische Anmerkung von Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 733 Fn. 136, BVerfGE 39, S. 1 (42): „Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur - selbstverständlich - unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, ... .“

Dabei gilt es aber auch zu beachten, dass der richterliche Rückgriff auf den objektiv-rechtlichen Gehalt des Art. 2 II 1 GG in engem Zusammenhang mit der schwer zu beantwortenden Frage steht, ob der nasciturus schon selbst Grundrechtsträger ist oder nicht,<sup>76</sup> eine Frage, die das BVerfG im ersten Abtreibungsurteil letztlich offen lassen konnte, weil es sich prozessual nicht um eine Verfassungsbeschwerde handelte, wo im Rahmen der Prüfung der Beteiligtenfähigkeit die Grundrechtsträgerschaft zu erörtern ist.<sup>77</sup>

### III. Die dem ersten Abtreibungsurteil zeitlich nachfolgenden Entscheidungen des BVerfG

Zwar vermochte die Rechtsprechung des BVerfG in der Folgezeit nach dem ersten Abtreibungsurteil aus dem Jahre 1975 nicht immer ein einheitliches Bild zu bieten, was die dogmatische Grundlagen staatlicher Schutzpflichten anbelangt, dennoch lässt sich die richterliche Favorisierung des objektiv-rechtlichen Gehalts einzelner Grundrechte als maßgeblicher Begründungsansatz kaum übersehen.<sup>78</sup>

1. Ähnlich wie im ersten Abtreibungsurteil stellte das BVerfG im Fall Schleyer<sup>79</sup>, in dem es abermals um den Schutz des menschlichen Lebens ging, nämlich konkret um das Leben des von Terroristen im Herbst 1977 entführten Präsidenten der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Hanns-Martin Schleyer, erneut die Art. 2 II 1 GG, Art. 1 I 2 GG als dogmatische Begründungsansätze der staatlichen Schutzpflicht heraus. Darüber hinaus bezog das BVerfG im Beschluss

<sup>76</sup> Dafür Kunig, Jura 1991, S. 415 (417 f.); ders., in: von Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 47; dagegen Manssen, Staatsrecht I, Rn. 115; allgemein zur Problematik Pieroth/Schlink, Rn. 122; Windthorst, § 6 Rn. 8.

<sup>77</sup> BVerfGE 39, S. 1 (41): „Hingegen braucht die im vorliegenden Verfahren wie auch in der Rechtsprechung und im wissenschaftlichen Schrifttum umstrittene Frage nicht entschieden zu werden, ob der nasciturus selbst Grundrechtsträger ist oder aber wegen mangelnder Rechts- und Grundrechtsfähigkeit „nur“ von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt wird.“ Im zweiten Abtreibungsurteil, BVerfGE 88, S. 203 ff., in dem diese Zweifelsfrage nicht mehr aufgeworfen wird, spricht das BVerfG dann von den rechtlichen Voraussetzungen der Entfaltung des Lebens „im Sinne eines eigenen Lebensrechts des Ungeborenen“, ebd., S. 252, womit das Gericht den nasciturus selbst in Bezug auf das Grundrecht auf Leben als Grundrechtsträger anzusehen scheint.

<sup>78</sup> Überblick über die hier interessierende Judikatur des BVerfG bei Hermes, S. 45; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 942 f.; Unruh, S. 30 f.

<sup>79</sup> BVerfGE 46, S. 160 ff.

vom 16. 10. 1977 aber auch Stellung zum Verhältnis der beiden angeführten Grundrechtsnormen, ohne jedoch der getroffenen Feststellung eine nähere Erläuterung zur Seite zu stellen.

„Art. 2 Abs. 2 Satz 1 *in Verbindung mit* Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Staat, jedes menschliche Leben zu schützen.“<sup>80</sup>

2. Mit den beiden atomrechtlichen Urteilen Kalkar und Mülheim-Kärlich, in denen das BVerfG staatliche Schutzpflichten im Zusammenhang mit potentiell gefährlichen Anlagen zur Nutzung der Kernenergie anerkannt hat, geht dann aber der Bedeutungsverlust des Art. 1 I GG als dogmatische Grundlage staatlicher Schutzpflichten einher, während zugleich der allgemeine Begründungsansatz des objektiv-rechtlichen Gehalts der Grundrechte an entscheidender Bedeutung gewinnt.

So steht im Vordergrund der Ausführungen des BVerfG im Kalkar-Beschluss vom 8. 8. 1978<sup>81</sup> zu den „verfassungsrechtlichen Schutzpflichten“, wie es dort allgemein heißt, der einleitende Hinweis auf den Charakter der grundrechtlichen Verbürgungen als „objektiv-rechtliche Wertentscheidungen der Verfassung“, „die für alle Bereiche der Rechtsordnung gelten und Richtlinien für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung geben“.<sup>82</sup> Demgegenüber versteht das Gericht die ausdrücklich normierte Verpflichtung des Staates gem. Art. 1 I 2 GG, die Menschenwürde zu schützen, nur noch als beispielhafte Verdeutlichung<sup>83</sup> der objektiv-rechtlichen Schutzpflicht.<sup>84</sup>

Im Mülheim-Kärlich-Beschluss<sup>85</sup> des BVerfG, man spricht darin schon von „anerkannter Rechtsprechung“<sup>86</sup>, geht der richterliche Hinweis auf Art. 1 I 2 GG dann vollends verloren. Allein der „objektiv-rechtliche Gehalt“ des Art. 2 II 1 GG dient nun

<sup>80</sup> BVerfGE 46, S. 160 (164); Hervorhebung durch den Verf.; ebenso der Beschluss des BVerfG zum sog. Kontaktsperregesetz mit dem vorangestellten Zusatz, BVerfGE 49, S. 24 (53): „Das menschliche Leben stellt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar.“

<sup>81</sup> BVerfGE 49, S. 89 ff.

<sup>82</sup> BVerfGE 49, S. 89 (141 f.).

<sup>83</sup> BVerfGE 49, S. 89 (142): „dies wird am deutlichsten in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ausgesprochen, ...“

<sup>84</sup> Siehe Hermes, S. 45; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 80; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 942 f.

<sup>85</sup> BVerfGE 53, S. 30 ff.

<sup>86</sup> BVerfGE 53, S. 30 (57).

als dogmatische Grundlage für „die Pflicht des staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die darin genannten Rechtsgüter zu stellen.“<sup>87</sup>

3. Diese zentralen Ausführungen aus dem Mülheim-Kärlich-Beschluss findet man schließlich in der Fluglärm-Entscheidung<sup>88</sup> des BVerfG wörtlich wieder, welche die staatliche Pflicht zur Bekämpfung von gesundheitsgefährdenden Auswirkungen des Fluglärms für Flughafenanlieger zum Gegenstand hatte:

„Nach *anerkannter Rechtsprechung* schützt dieses Grundrecht (das durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit) den Staatsbürger nicht nur als subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Vielmehr folgt darüber hinaus aus seinem *objektiv-rechtlichen Gehalt* die Pflicht der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren.“<sup>89</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Die späteren Entscheidungen des BVerfG nach dem ersten Fristenlösungsurteil weisen also die deutlichen Tendenz auf, unter Aussparung der Ableitung aus Art. 1 I 2 GG eine argumentative Konzentration auf den objektiv-rechtlichen Charakter der Grundrechte herbeizuführen. Der Rückgriff auf den in Art. 1 I 2 GG ausdrücklich normierten Schutz der Menschenwürde unterbleibt, wohingegen der objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte zum entscheidenden Argument avanciert. Dieser diagnostizierte Bedeutungsverlust der Garantie der Menschenwürde gem. Art. 1 I GG als allgemeine Grundlage staatlicher Schutzpflichten darf aber nicht losgelöst von den konkreten Sachverhaltskonstellationen beurteilt werden, über die das BVerfG jeweils zu entscheiden hatte. Bei der höchst umstrittenen Abtreibungsproblematik, in der es um den staatlichen Schutz des ungeborenen Lebens vor Vernichtung ging, lag die Berufung auf die geschriebene Verpflichtung des Staates zum Schutz der

---

<sup>87</sup> BVerfGE 53, S. 30 (57).

<sup>88</sup> BVerfGE 56, S. 54 ff.

<sup>89</sup> BVerfGE 56, S. 54 (73); Hervorhebung durch den Verf.; ebenso die C-Waffen-Entscheidung, BVerfGE 77, S. 170 (214).

Menschenwürde gem. Art. 1 I 2 GG noch mehr als nahe, wohingegen der inhaltliche Zusammenhang zu Art. 1 I 2 GG in den übrigen dargestellten Sachverhaltskonstellationen merklich dahin schwindet, man denke insoweit vor allem an die von Atomkraftwerken und Flughäfen ausgehenden Risiken für die Gesundheit des Menschen.<sup>90</sup> Fällt es also bereits schwer, einen inneren Zusammenhang zur Garantie der Menschenwürde gem. Art. 1 I 2 GG für den Bereich der körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG als grundrechtliches Schutzgut zu konstruieren, der das zweite Hauptanwendungsfeld der Schutzpflichtenlehre des BVerfG neben dem zentralen Bereich des Lebens gem. Art. 2 II 1 GG darstellt, so wird die angesprochene Konstruktion doch umso schwieriger, je weiter man sich mit dem Schutzgut der grundrechtlichen Schutzpflichten von Art. 1 I 2 GG entfernt. Gerade bei der Anerkennung von staatlichen Schutzpflichten außerhalb der Bereiche Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG, die Judikatur des BVerfG verfährt insoweit deutlich zurückhaltend,<sup>91</sup> wohingegen der überwiegenden Literatur zufolge grundsätzlich jedes Freiheitsgrundrecht als schutzfähiges Rechtsgut der staatlichen Schutzpflichten in Betracht kommen kann,<sup>92</sup> erscheint es deshalb als dogmatisch wenig nachvollziehbar, die Garantie der Menschenwürde gem. Art. 1 I 2 GG als dogmatische Grundlage des Schutzpflichtgedanken zusätzlich zum objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte heranzuziehen. Richterliche Bestätigung erfahren diese Ausführungen mit dem zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG von 1993<sup>93</sup>, welches zugleich deutlich zutage fördert, dass von einem generellen Bedeutungsverlust des Art. 1 I 2 GG als dogmatischer Begründungsansatz für staatliche Schutzpflichten keine Rede sein kann.<sup>94</sup> Vermochte man noch aus dem ersten Schwangerschaftsabbruch-Urteil des BVerfG, was die dogmatische Herleitung der staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene Leben anbelangt, einen Vorrang des objektiv-rechtlichen Gehalts von Art. 2 II 1 GG gegenüber der nur „darüber hinaus“ herangezogenen Garantie der Menschenwürde gem. Art. 1 I 2 GG

<sup>90</sup> Siehe auch Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 80.

<sup>91</sup> Soweit ersichtlich hat das BVerfG staatliche Schutzpflichten außerhalb der Freiheitsgrundrechte Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG allein im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG *ausdrücklich* anerkannt; siehe dazu die Zweitregister-Entscheidung, BVerfGE 92, S. 26 (46 f.), und das Handelsvertreter-Urteil, BVerfGE 81, S. 242 (255).

<sup>92</sup> Siehe Jarass, AöR 110 (1985), S. 363 (380); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (86 f.); Ehlers, in: Festschrift für Lukes, 1989, S. 337 (339); Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 86, 89, 93; Robbers, S. 187; Sachs, A 4 Rn. 29; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 944; zurückhaltender Hermes, S. 2; ausführlicher Überblick über die grundrechtlichen Schutzgüter bei Dietlein, S. 74 ff.

<sup>93</sup> BVerfGE 88, S. 203 ff.

<sup>94</sup> So aber Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 80: „Das Argument aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG leistete zunächst Geburtshelferdienste, hat aber jetzt seine Schuldigkeit getan.“

herauszulesen, so scheint sich das Verhältnis dieser beiden Grundrechtsbestimmungen im zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG doch ins genaue Gegenteil verkehrt zu haben.<sup>95</sup> Ohne ein Wort über den objektiv-rechtlichen Gehalt des Art. 2 II 1 GG zu verlieren, rückt das BVerfG die nun für maßgeblich erachtete dogmatische Grundlage staatlicher Schutzpflichten im Hinblick auf das ungeborene Leben in den Vordergrund:

„Die Verfassung untersagt nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das ungeborene Leben, sie gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, d. h. vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren ... . Ihren Grund hat diese *Schutzpflicht* in Art. 1 Abs. 1 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet; ... .“<sup>96</sup>

## **B. Von der Rechtsprechung des BVerfG abweichende dogmatische Begründungsansätze in der Literatur**

Was die dogmatische Herleitung von staatlichen Schutzpflichten aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte anbelangt, gelegentlich auch in Verbindung mit der Garantie der Menschenwürde gem. Art. 1 I 2 GG, hat die mittlerweile als gefestigt anzusehende Judikatur des BVerfG im Grundsatz breite Zustimmung der Literatur erfahren.<sup>97</sup> In der Literatur finden sich aber auch dogmatische Begründungen der grundrechtlichen Schutzpflichten, die sich deutlich von der dargestellten dogmatischen Herleitung durch das BVerfG unterscheiden. Wie bereits erwähnt, wirft die dogmatische Rechtfertigung der grundrechtlichen Schutzpflichten die wohl

<sup>95</sup> Ebenso Hesse, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (551); Unruh, S. 32.

<sup>96</sup> BVerfGE 88, S. 203 (251); Hervorhebung im Original.

<sup>97</sup> Siehe etwa Grimm, JBl. 1976, S. 74 (78); Hanning/Schmieder, DB Beilage 14/1977, S. 9; E. Klein, DÖV 1977, S. 704 (706); ders., NJW 1989, S. 1633 (1636); Rauschning, VVDStRL 38 (1980), S. 167 (183); Marburger, WiVerw 1981, S. 241 (245); Steinberg, NJW 1984, S. 457 (458 f.); Jarass, AöR 110 (1985), S. 363 (378 ff.); Wahl/Masing, JZ 1990, S. 553 (556); Kunig, Jura 1991, S. 415 (419); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (492 f.); Pietrzak, JuS 1994, S. 748 (749); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (86); Alexy, S. 410 ff., mit der von ihm entwickelten Prinzipientheorie; Badura, in: Festschrift für Eichenberger, 1982, S. 481 (482 ff.); ders., in: Festschrift für Herschel, 1982, S. 21 (34 ff.); Dietlein, S. 64 ff.; Dolderer, S. 196 ff.; Ehlers, in: Festschrift für Lukes, 1989, S. 337 ff.; Hesse, Rn. 290 ff., 349 f.; H. Hofmann, S. 309; Lepa, S. 17; Starck, S. 70 ff.; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 948 f., mit dem Hinweis auf Art. 1 III GG; Unruh, S. 50, 56 f.; siehe insoweit auch Hermes, S. 61 f. Fn. 124-127 mit umfangreichen Nachweisen zur Kommentar-, Lehrbuch-, Aufsatz- und monographischen Lit.

umstrittenste Problematik der Schutzpflichtenlehre auf, im Schrifttum besteht insoweit eine beachtliche Meinungsvielfalt.<sup>98</sup> Im folgenden sollen zwei von der Judikatur des BVerfG abweichende dogmatische Begründungen der Literatur dargestellt werden, die von besonderem Interesse sind. So darf schon aus quantitativer Sicht der staatstheoretische Begründungsansatz (I) nicht unerwähnt bleiben, weil er im Schrifttum mittlerweile weit verbreitet ist. Und der abwehrrechtliche Begründungsansatz (II) bricht mit dem doch so vertrauten „Konsens des kleinsten gemeinsamen Nenners“<sup>99</sup>, dass die grundrechtliche Abwehrfunktion einerseits und die grundrechtliche Schutzfunktion andererseits zwei streng voneinander zu scheidende Grundrechtsdimensionen darstellen.

## I. Der staatstheoretische Begründungsansatz: Die Staatsaufgabe Sicherheit als außergrundrechtliche dogmatische Basis

### 1. Die primäre Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflicht als objektive Staatsaufgabe

Isensee<sup>100</sup> erblickt die entscheidende dogmatische Grundlage staatlicher Schutzpflichten in einer außergrundrechtlichen Basis, nämlich in der Staatsaufgabe Sicherheit, die einen wesentlichen Bestandteil der materiellen Verfassung bilde, sei sie darin ausdrücklich niedergelegt oder nicht.<sup>101</sup> Infolgedessen bedeute die grundrechtliche Schutzpflicht zunächst allein eine rein objektivrechtliche Staatsaufgabe. Dabei stelle die Sicherheit den fundamentalen Zweck dar, um dessentwillen der moderne Staat existiere, der als Friedensordnung konstruiert sei, ausgestattet einerseits mit dem Gewaltmonopol des Staates, andererseits mit der

<sup>98</sup> Siehe zum weit gefächerten Meinungsspektrum in der Lit., was die dogmatische Herleitung der grundrechtlichen Schutzpflichten anbelangt, die ausführlichen Überblicke etwa bei Dietlein, S. 21 ff., 34 ff.; Jaeckel, S. 35 ff.; Hermes, S. 58 ff., 77 ff.; Unruh, S. 37 ff.

<sup>99</sup> So Unruh, S. 44.

<sup>100</sup> Der hier dargestellte staatstheoretische Begründungsansatz wurde maßgeblich von Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 21 ff.; ders., Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 83 f., entwickelt und hat mittlerweile in der Lit. breite Zustimmung erfahren: siehe etwa Bleckmann, DVBl. 1988, S. 938 (941 f.); E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1635 f.); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (492 f.); Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 932 ff.; siehe auch Hermes, S. 64 f. m. w. N.; Lerche, in: Festschrift für Odersky, 1996, S. 215 (227).

<sup>101</sup> Zur Sicherheit als Staatszweck und Staatsaufgabe grundlegend Eichenberger, in: ders., S. 73 ff. m. w. N.; ferner G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 246; Robbers, S. 121 ff.; Starck, in: Festschrift für Carstens, Bd. 2, 1984, S. 867 (868, 871 ff.); Link, VVDStRL 48 (1990), S. 7 (27 ff.); Ress, VVDStRL 48 (1990), S. 56 (90 f.).

den einzelnen Bürgern als Korrelat auferlegten Gehorsamspflicht, die das grundsätzliche Verbot privater Gegenwehr umfasse.<sup>102</sup> Damit erhebt sich die staatslegitimierende Aufgabe der staatlichen Friedenssicherung, ein historisch u. a. auf Thomas Hobbes und John Locke zurückgehender Rechtfertigungsgrund für Staatlichkeit, zur entscheidenden dogmatischen Erklärung für die Notwendigkeit staatlicher Schutzpflichten, die Aufgabe also, „den anarchischen Zustand allseitiger Gefährdetheit der Individuen abzulösen durch allgemeine Sicherheit, den Antagonismus der Menschen in die Bahnen der Zivilität, der Friedlichkeit und Gesittung zu leiten und Eigenmacht wie Selbstjustiz zu ersetzen durch faire Verfahren des staatlichen Rechtsschutzes.“<sup>103</sup> Die allgemein umrissene Staatsaufgabe der Gewährleistung von Sicherheit schließe es insbesondere ein, soll sich der Rechtsstaat wirklich bewähren, für die Unversehrtheit der Rechtsgüter seiner Staatsbürger Sorge zu tragen, den Grundsatz des *neminem laedere* effektiv durchzusetzen, privater Eigenmacht standhaft entgegenzutreten und das Gewaltmonopol unter keinen Umständen preiszugeben.<sup>104</sup> Darf der einzelne Bürger den Schutz seiner Rechtsgüter, personelle und materielle, nicht selbst in die Hand nehmen, wird ihm also von staatlicher Seite der Verzicht auferlegt, seine Rechtsgüter selbst zu verteidigen, muss er auf den Staat vertrauen können und dürfen, dem die Aufgabe zufällt, dort Sicherheit zu gewährleisten, wo der einzelne daran gehindert wird, sie selbst herbeizuführen. Damit erweist sich die Gewährleistung der Sicherheit als Voraussetzung der Unterwerfung; nur der von staatlicher Seite sichergestellte Schutz legitimiert sein Beharren auf Verzicht privater Gewaltanwendung: *protectio trahit subiectionem - subiectio trahit protectionem*.<sup>105</sup>

## 2. Die Ableitung subjektiver Schutzrechte aus der objektiven Staatsaufgabe

Will man der grundrechtlichen Ableitung der Schutzpflichten, wie sie vom BVerfG offenkundig befürwortet wird, angemessen Rechnung tragen, bedarf es schließlich noch der Verknüpfung der klassischen Staatsaufgabe Sicherheit, die ihre

<sup>102</sup> Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 21 ff.; ders., in: Festschrift für Eichenberger, 1982, S. 23 ff.; ders., in: Festschrift für Sendler, 1991, S. 39 (46 ff.); ferner Hilf/Staebe, in: E. Klein, S. 211 (225). Anerkennung erfährt die Staatsaufgabe Sicherheit auch in der Rspr. des BVerfG, wenn es die „Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung“ im Rahmen seiner Argumentation hervorhebt; so BVerfGE 49, S. 24 (56 f.).

<sup>103</sup> Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 83 m. w. N.

<sup>104</sup> Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 83.

<sup>105</sup> E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1636).

herkömmliche Ausrichtung in den objektiven Normen und Institutionen der Rechtsordnung findet, mit den einzelnen Grundrechtsbestimmungen, die in der Weise bewirkt wird, dass der Staatsaufgabe Sicherheit die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter als verfassungsrechtliches Substrat, als Schutzgegenstand, zugewiesen werden, mit der Folge, dass die vom Staat zu garantierende Sicherheit als Unversehrtheit dieser Rechtsgüter im Verhältnis der Bürger untereinander zu verstehen ist, oder anders ausgedrückt, mit Bezug auf das Abwehrrecht, als Freiheit des einen Grundrechtsträgers vom privaten Übergriff des anderen.<sup>106</sup> Damit fällt den Grundrechtsnormen die Funktion zu, die Staatsaufgabe Sicherheit im Hinblick auf bestimmte hochstehende Rechtsgüter zu konkretisieren, die sich in einer konkreten staatlichen Ordnung um der Aufrechterhaltung ihrer auf dem Gewaltverbot beruhenden Friedensordnung willen als unabdingbar erweisen.<sup>107</sup>

Die hier<sup>108</sup> deutlich in Erscheinung tretende Beschränkung der staatlichen Schutzpflichten, was die möglichen Gefahrenquellen anbelangt, ausschließlich auf den Bereich der privaten Über- bzw. Angriffe, also das alleinige Abstellen auf das Verhältnis der Rechtssubjekte untereinander, erscheint indes als zu eng. Auf diese Weise würde man wesentliche Bereiche der individuellen Schutzbedürfnisse dem Anwendungsbereich der staatlichen Schutzpflichten entziehen, man denke insoweit nur an Naturkatastrophen (z. B. Sturmfluten, Waldbrände, Seuchen)<sup>109</sup>, aber auch an Selbstgefährdungen bzw. -schädigungen, ohne dass sich für eine solchermaßen praktizierte Ausgrenzung ein wirklich triftiger Grund anführen ließe.<sup>110</sup> So erscheint es doch schwer vermittelbar, zwar im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht rein schicksalhafte Naturereignisse als selbstverständliche Gefahrenquelle für die öffentliche Sicherheit einzustufen und infolgedessen eine zumindest objektive Schutzpflicht anzuerkennen,<sup>111</sup> aber im Bereich der grundrechtlichen Schutzpflichten die Gefahrenquellen, die natürlichen Ursprungs und deshalb Personen nicht zurechenbar sind, als insoweit schutzpflichtirrelevant auszuscheiden. Damit wird

<sup>106</sup> Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 84.

<sup>107</sup> Zur Konkretisierungsfunktion der Grundrechte E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1636); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (493); Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 948.

<sup>108</sup> Noch eindeutiger Rn. 89, 112 ff. bei Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111.

<sup>109</sup> Siehe die beispielhafte Aufzählung von Naturereignissen bei Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 222.

<sup>110</sup> So vor allem Robbers, S. 124, 127, 192 und zur Selbstgefährdung S. 220 ff.; Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 733 ff. und zur Selbstgefährdung S. 736; ebenso Dietlein, S. 87 ff., 103 f.; Sass, S. 403; H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (490); Koch, Die Verwaltung 30 (1997), S. 1 (14, 18, 26); Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 (220 Fn. 9).

<sup>111</sup> Siehe nur Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 222.

zugleich sichtbar, dass der dogmatische Bauplan der grundrechtlichen Schutzpflichten keineswegs uneingeschränkt ein „Rechts-Dreieck“<sup>112</sup> aufzuweisen braucht, bestehend aus dem Staat einerseits und den beiden Grundrechtsträgern andererseits, die sich die noch zu vergebenden Rollen des Opfers und des Störers untereinander aufteilen.

## II. Der abwehrrrechtliche Begründungsansatz: Die Gleichsetzung von unterlassenen staatlichen Schutzmaßnahmen mit aktiven staatlichen Eingriffen

Als dogmatische Rechtfertigung der Rechtsfigur grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates wird zuweilen in der Literatur<sup>113</sup> eine Gleichsetzung von unterlassenen staatlichen Schutzmaßnahmen mit aktiven staatlichen Eingriffen befürwortet, womit also der Versuch unternommen wird, staatliche Schutzpflichten aus der Abwehrfunktion der Grundrechte abzuleiten:

„Die Schutzpflichten sind mit der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtskonzeption voll kompatibel. Sie sind über die negatorischen Grundrechte gerade in ihrer abwehrrrechtlichen Funktion vollziehbar.“<sup>114</sup>

Ersichtlich büßt die grundrechtliche Schutzpflicht, wie sie in der Judikatur des BVerfG kontinuierlich entwickelt wurde, damit ihre dogmatische Eigenständigkeit ein, weil sich die im Zusammenhang mit den staatlichen Schutzpflichten stehenden Probleme dogmatisch bereits durch einen Rückgriff auf die klassische negatorische Grundrechtsfunktion lösen lassen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass dieser hier als Oberbegriff fungierende dogmatische Begründungsansatz der Gleichsetzung von Schutz und Abwehr, den man auch als etatistische Konvergenztheorie bezeichnen könnte,<sup>115</sup> im Schrifttum je nach Autor mehr oder weniger weitreichend ausdifferenziert wird, so dass mit Bezug auf die allgemein vertretene Argumentationslinie noch Übereinstimmung zu verzeichnen sein mag, im Detail, wie

<sup>112</sup> Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 34.

<sup>113</sup> Vor allem Murswiek, S. 88 ff.; Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 213 ff.; ferner aus österreichischer Sicht Holoubek, S. 251 ff.

<sup>114</sup> Murswiek, S. 123.

<sup>115</sup> So Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 118.

auch sonst, jedoch keineswegs.<sup>116</sup> Die folgenden Ausführungen zielen auf den allgemeinen dogmatischen Rechtfertigungsansatz unter bewusster Aussparung von Detailfragen, die in der Literatur durchaus unterschiedlich gelöst werden.

Bei der klassischen negatorischen Funktion der Grundrechte geht es um die Abschirmung von grundrechtlich verbürgten Freiheiten gegenüber staatlichen Eingriffen, also um die Gewährleistung von Freiheit „vom Staat“. Dieser Abwehrcharakter der Grundrechte, der so genannte *status negativus*, ist dabei weit zu verstehen; die Abwehr umfasst sowohl die Beseitigung bereits bestehender als auch die Unterlassung noch bevorstehender Eingriffe.<sup>117</sup> Der im Schrifttum teilweise anzutreffende Ansatz der Gleichsetzung von Schutz und Abwehr versucht nun, dass für die Abwehrfunktion der Grundrechte charakteristische und entscheidende Merkmal des staatlichen Eingriffs auf das mit Hilfe der Koordinaten von Staat, privatem Störer und gefährdetem Dritten konstruierte Dreiecksverhältnis zu übertragen, das der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten zugrunde liegt. Damit stellt sich aber zwangsläufig die Frage, wie ein staatlicher Eingriff in einer Sachverhaltskonstellation begründet werden soll, der es doch eigentlich an einem solchen staatlichen Eingriff gerade mangelt, weil die Gefährdung oder Störung der schutzwürdigen Grundrechte aus dem privaten, also nichtstaatlichen Bereich herrührt.

Als diesbezüglich einschlägiger Lösungsansatz fungiert dabei eine Zurechnung. Die Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter durch private Dritte wird dem Staat als eigener Eingriff zugerechnet, wodurch das Kriterium des staatlichen Eingriffs erfüllt wird. Die solchermaßen befürwortete Zurechnung zum Staat kann auf verschiedenen Gründen beruhen, wobei allen Gründen die zentrale Überlegung zugrunde liegt, der Staat sei in die grundrechtsbeeinträchtigenden Verhaltensweisen Privater involviert. Die damit zum Ausdruck gebrachte Verantwortlichkeit des Staates kommt vornehmlich dann in Betracht, wenn der Staat die von privater Seite ausgehenden Störungen in der Vergangenheit erlaubte, mit der zwingenden Folge, dass dem gestörten Dritten eine der Erlaubnis korrespondierende Duldungspflicht

---

<sup>116</sup> Überblick bei Hermes, S. 79 ff.

<sup>117</sup> Ausführlich zu den Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen als negatorische Ansprüche Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 671 ff.; ferner Pieroth/Schlink, Rn. 58.

obliegt,<sup>118</sup> oder wenn der Staat dem in seinen Grundrechten beeinträchtigten Dritten unmittelbar die Pflicht auferlegt, Gefährdungen bzw. Störungen durch Privatpersonen zu dulden.<sup>119</sup>

Zum entscheidenden Kriterium im Rahmen der Zurechnung, der Umdeutung privater Eingriffe als solche staatlicher Art, erhebt sich damit die staatlich herbeigeführte Duldungs- bzw. Gehorsamspflicht des Bürgers. Sie folgt aus dem allgemeinen Verbot privater Gewalt, dem die Pflicht des Staates zum Schutz der grundrechtlichen Rechtsgüter komplementär entspricht. Das allgemeine Gewaltverbot untersagt dem gefährdeten Dritten von vornherein jegliche Gegenwehr gegen die vom privaten Störer erlaubtermaßen, also gerade nicht verboten, herbeigeführten Beeinträchtigungen seiner individuellen grundrechtlich geschützten Rechtssphäre.<sup>120</sup> Die Folgen des Nichtverbietens dieser privaten Gefährdungen oder Störungen muss sich der Staat dann als eigenen Eingriff in die Grundrechte des Dritten zurechnen lassen, weil sich das fehlende Verbot solcher Beeinträchtigungshandlungen für den nachteilig Betroffenen als Duldungspflicht auswirkt.<sup>121</sup> Die letzten Ausführungen fördern deutlich zutage, dass der zuvor bereits dargestellte staatstheoretische Begründungsansatz von Isensee auch für das abwehrrechtliche Lösungskonstrukt eine bedeutende Rolle spielt, also die Deutung des Staates als Friedensordnung, dem das Gewalt- und Konfliktlösungsmonopol zukommt.

---

<sup>118</sup> So vor allem Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, S. 26 ff., 62 ff., 140, 145, 149, 154; ders., AöR 100 (1975), S. 442 ff.; ders., Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 213 ff.; ders., NVwZ 1983, S. 523 (525 f., 527); mit vergleichbarer Argumentation Baltes, BB 1978, S. 130 (131); Schmidt-Aßmann, AöR 106 (1981), S. 205 (215); Klopfer, DVBl. 1984, S. 245 (249); Steiger, in: Salzwedel, S. 21 (42).

<sup>119</sup> So insb. Murswiek, S. 62 ff., 91 ff., 102 ff., 108; zusammenfassend ders., WiVerw 1986, S. 179 ff.; ders., NVwZ 1986, S. 611 (612 ff.); ders., NVwZ 1987, S. 481.

<sup>120</sup> Mit der Bezugnahme auf die nicht verbotenen Beeinträchtigungen durch Privatpersonen wird aber die eigentliche Bedeutung des allgemeinen Gewaltverbots verkannt; so die Kritik von Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 731: Denn „diese liegt gerade im Ausschluss von Gewalt gegen *verbotene* Eingriffe im Rahmen (sonst) rechtmäßiger Rechtsverteidigung und für die Rechtsverfolgung überhaupt. Das Gewaltverbot als besondere Rechtsfigur setzt das Eingriffsverbot für den Kontrahenten tatbestandlich schon voraus.“; Hervorhebung im Original.

<sup>121</sup> Kritisch zur Duldungspflicht als Basis der abwehrrechtlichen Konstruktion wiederum Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 730: „Das Fehlen eines Eingriffsverbots für Dritte impliziert weder isoliert noch bei Geltung des Selbstverteidigungsverbots eine Pflicht zur Duldung.“; siehe ferner Alexy, S. 417; Hermes, S. 96 f.; Robbers, S. 128 ff.; Starck, S. 73; Unruh, S. 47; E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1639).

Die dargestellte abwehrrechtliche Konstruktion sieht sich kritischen Einwänden aus der Literatur ausgesetzt.<sup>122</sup> Dabei stellt der erhobene Vorwurf der methodischen Inkonsistenz den wohl schwerwiegendsten Einwand dar. Die von privater Seite ausgehenden Gefährdungen oder Störungen der grundrechtlich geschützten Rechtsgüter stellen keine Handlungen des Staates dar. Die befürwortete Zurechnung des Beeinträchtigungserfolges kann deshalb nicht über ein staatliches Handeln begründet werden, sondern ausschließlich über eine staatliche Untätigkeit, nämlich konkret über das Ausbleiben staatlicher Schutzmaßnahmen, also die Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht selbst. Damit wird aber im Rahmen der Zurechnung der privaten Beeinträchtigungshandlungen zum Staat, mit der Folge, dass ein staatlicher Eingriff angenommen werden kann, bereits das Bestehen einer staatlichen Schutzpflicht logisch vorausgesetzt, die es doch in einem ersten Schritt zunächst einmal nachzuweisen gilt. Der Zurechnungsfrage, warum sich der Staat das Verhalten des störenden Privaten als eigenen Eingriff zurechnen lassen muss, ist deshalb die Frage nach einer Pflicht des Staates zu aktivem Handeln zwingend logisch vorgeschaltet. Mit besonders klarer Diktion rückt Starck die angesprochene Schwachstelle in der abwehrrechtlichen Konstruktion in den Vordergrund, indem er ausführt:

„Die Gleichsetzung von Gestattung bzw. Nichtabwehr privater Eingriffe und staatlichem Eingriff setzt das Zubeweisende voraus. Die Antwort auf die Frage, ob sich der Staat das Verhalten des Privaten als eigenen, grundrechtlich abwehrbaren Eingriff zurechnen lassen muss, setzt logisch ... eine Pflicht des Staates zu aktivem Handeln voraus, ...“<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Siehe zur Kritik Alexy, S. 415 ff.; ders., DÖV 1984, S. 953 (958); Dietlein, S. 38 ff.; Höfling, S. 50 ff.; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 119; Jaeckel, S. 37 ff.; Lübke-Wolff, S. 173 f., 187 f.; Robbers, S. 125 ff., 190 f.; Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 730 ff.; Sass, S. 406, 407 ff., 412 ff.; Starck, S. 73 f.; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 947; Unruh, S. 46 f.; Rauschning, VVDStRL 38 (1980), S. 167 (184 f.); Schmidt-Aßmann, AöR 106 (1981), S. 205 (215); Fluck, UPR 1990, S. 81 (83); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (496); Pietrzak, JuS 1994, S. 748 (749); Brüning, JuS 2000, S. 955 (956); Pietzcker, in: Festschrift für Dürig, 1990, S. 345 (349 ff.), deckt die Schwachstellen dieses Ansatzes auf, erblickt aber auch Vorzüge in der Konstruktion.

<sup>123</sup> Starck, S. 74. Auf der gleichen kritischen Argumentationslinie wie Starck bewegt sich Unruh, S. 47, der die einschlägige Kritik kurz und knapp wie folgt zusammenfasst: „Die Pflicht zu einem aktiven Handeln des Staates ist eine logische Prämisse dafür, dass der Staat sich die Nicht-Abwehr privater Eingriffe zurechnen lassen muss.“; zur methodischen und logischen Inkonsistenz ferner Alexy, S. 417 ff.; Dietlein, S. 39 ff.; Hellermann, S. 210; deutlich Hermes, S. 97 f.: „... die Gleichsetzung von unterlassenem schützenden Tätigwerden und aktivem Eingriff des Staates ... stellt allenfalls die *Folge* seines aus einer Schutzpflicht folgenden Wächteramtes, nicht aber die *Ursache* dar; Hervorhebung im Original; Jaeckel, S. 39 f.; Robbers, S. 125 f.; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 947 f.; Schmidt-Aßmann,

### C. Die Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG

Die maßgeblich<sup>124</sup> vom BVerfG entwickelte Grundrechtsfunktion der staatlichen Schutzpflichten, dogmatisch vor allem aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte abgeleitet, wird jedoch vereinzelt auch kritisch hinterfragt. Dabei geht es aber nicht um einem von der Judikatur des BVerfG abweichenden dogmatischen Begründungsansatz für grundrechtliche Schutzpflichten, wie dies oben bereits dargestellt wurde, sondern um die Berechtigung der grundrechtlichen Schutzfunktion überhaupt und damit um die Existenz staatlicher Schutzpflichten, die grundsätzlich in Frage gestellt wird.<sup>125</sup>

So wird beispielsweise der Vorwurf der fehlenden dogmatischen Stringenz erhoben<sup>126</sup> sowie die Befürchtung geäußert, dass die Grundrechte durch die neue Schutzfunktion in zusätzliche Eingriffskompetenzen des Staates verkehrt würden<sup>127</sup> oder dass angesichts der inhaltlichen Unbestimmtheit der „objektiven Wertordnung“ bzw. des „objektiv-rechtlichen Gehalts“ ein reiner Wertungssubjektivismus die juristische Analyse ersetzen könnte, wenn es um die Bestimmung der Grundrechtsinhalte geht.<sup>128</sup>

---

AöR 106 (1981), S. 205 (215); E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1639); Jarass, AöR 120 (1995), S. 345 (351); Pietrzak, JuS 1994, S. 748 (749).

<sup>124</sup> Unruh, S. 18, 29, sieht im BVerfG den „Motor der Schutzpflichtenlehre“: „Der Motor von Genese und Entwicklung dieser Grundrechtsfunktion war jedoch von Anfang an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.“

<sup>125</sup> Allgemeiner Überblick über die Kritik an der Schutzpflichtenlehre des BVerfG bei Dreier, S. 12 ff.; Jaeckel, S. 50 f.; Unruh, S. 50 ff.

<sup>126</sup> Murswiek, S. 101 f.; Witte, S. 40.

<sup>127</sup> Goerlich, NJW 1981, S. 2616; ders., DÖV 1982, S. 631 (633); Windel, Der Staat 1998, S. 385 (392); ebenso das Sondervotum der Richter Simon und Rupp-v. Brünneck im ersten Schwangerschaftsabbruch-Urteil, BVerfGE 39, S. 1 (73): „Wenn die in einer Grundrechtsnorm enthaltene objektive Wertentscheidung zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes genügen soll, um daraus die Pflicht zum Strafen herzuleiten, so könnten die Grundrechte unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden. Dies verkehrt die Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil.“

<sup>128</sup> E. Forsthoff, Der Staat 2 (1963), S. 385 (393); ders., in: Festgabe für Schmitt, Bd. 1, 1968, S. 185 (209 f.); ders., S. 147 ff.; Denninger, JZ 1975, S. 545 ff.; Gusy, JA 1980, S. 78 (82); Schlink, EuGRZ 1984, S. 457 (463); Böckenförde, Grundrechtsdogmatik, S. 22 ff.; ders., Recht, Staat, Freiheit, S. 67 ff.; ders., NJW 1974, S. 1529 (1534); Goerlich, S. 64, 131 ff., insb. S. 140 ff.; Grabitz, S. 216 ff.; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 81; Müller, S. 60 f.; Murswiek, S. 101 f.; Schmitt, in: Säkularisation und Utopie, S. 37 ff., insb. S. 57 ff.; Kratzmann, S. 114 f.; Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 286, 295 f.; Witte, S. 42; Enders, in: Friauf/Höfling, vor Art. 1 Rn. 135 ff. Die Kritik an der objektiven Werteordnung beruht dabei aber letztlich zu einem nicht unerheblichen Teil auf einem Missverständnis des in diesem Zusammenhang verwendeten

Das wohl bedeutendste Argument, das gegen die grundrechtliche Schutzpflichtenlehre des BVerfG und damit gegen die objektiv-rechtlichen Grundrechtsinhalte insgesamt angeführt wird, beinhaltet aber den kritischen Einwand, dass die Entwicklung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen über den klassischen Bereich der Abwehrfunktion der Grundrechte hinaus zu einer Veränderung des Verhältnisses zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit führt, womit das grundgesetzliche System der Gewaltenteilung in Frage gestellt wird.<sup>129</sup> So vollzieht sich den Worten Böckenfördes zufolge „auf dem Weg über die Entfaltung der Grundrechte als objektive Grundsatznormen und die Kompetenz des Verfassungsgerichts zu deren Konkretisierung ... ein gleitender Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“.<sup>130</sup> Wer einen solchen „fortschreitenden Umbau des Verfassungsgefüges“ vermeiden und „die maßgebliche Funktion des vom Volk gewählten Parlaments für die Rechtsbildung festhalten will, muss auch daran festhalten, dass die - gerichtlich einforderbaren - Grundrechte „nur“ subjektive Freiheitsrechte gegenüber der staatlichen Gewalt und nicht zugleich (verbindliche) objektive Grundsatznormen für alle Bereiche des Rechts sind.“<sup>131</sup>

In diesem Sinne formulieren auch die dissentierenden Richter Simon und Rupp-v. Brünneck in einem Sondervotum<sup>132</sup> zum ersten Abtreibungsurteil des BVerfG ihre Bedenken im Hinblick auf eine Ausweitung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle im Falle der Annahme staatlicher Schutzpflichten wie folgt:

„... die Gefahr (droht), dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle sich nicht auf die Nachprüfung der vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung beschränkt, sondern diese durch eine andere, vom Gericht für besser gehaltene ersetzt. ... Der Gedanke

---

Wertbegriffs; dazu Jarass, AöR 110 (1985), S. 363 (367 ff.); Erichsen, Jura 1996, S. 527 (531); Jaeckel, S. 53; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 919 f.

<sup>129</sup> Böckenförde, Der Staat 29 (1990), S. 1 (24 f.); ders., Grundrechtsdogmatik, S. 60 ff.; siehe auch die Zusammenfassung der Kritik Böckenfördes bei Dreier, S. 51 ff.

<sup>130</sup> Böckenförde, Der Staat 29 (1990), S. 1 (25); ders., Grundrechtsdogmatik, S. 61 f.; siehe ferner Enders, in: Friauf/Höfling, vor Art. 1 Rn. 135 ff., 139; ders., Der Staat 35 (1996), S. 351 ff.; Höffe, Der Staat 38 (1999), S. 171 (185); zurückhaltender Hesse, in: Benda/Maihofer/Vogel, § 5 Rn. 23 Fn. 27, Rn. 81 f.

<sup>131</sup> Böckenförde, Der Staat 29 (1990), S. 1 (28); ders., Grundrechtsdogmatik, S. 66 f.

<sup>132</sup> BVerfGE 39, S. 1 (68 ff.).

der objektiven Wertentscheidung darf aber nicht zum Vehikel werden, um spezifisch gesetzgeberische Funktionen in der Gestaltung der Sozialordnung auf das Bundesverfassungsgerichts zu verlagern. Sonst würde das Gericht in eine Rolle gedrängt, für die es weder kompetent noch ausgerüstet ist.<sup>133</sup>

### ***3. Teil: Die grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten im Europäischen Gemeinschaftsrecht***

Wie bereits ausführlich dargelegt, lässt sich die neue rechtliche Problematik der Rechtssache französische Agrarblockaden, wo die Ausübung der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs durch die einzelnen Marktbürger durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird und der betreffende Mitgliedstaat insoweit untätig bleibt, also entweder unzureichende oder gar überhaupt keine Maßnahmen gegen die privaten Übergriffe ergreift, weder mit Hilfe der dogmatischen Konstruktion der Zurechnung von privaten Handlungen zum Mitgliedstaat noch mit Hilfe der dogmatischen Figur der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten lösen, die beide vom EuGH in seiner bisherigen Judikatur entwickelt wurden. Da sich diese beiden dogmatischen Modelle zur Lösung der den Fall französische Bauernproteste charakterisierenden Dreieckskonstellation, die sich aus dem untätigbleibenden Mitgliedstaat und den zwei Privatpersonen zusammensetzt, die infolge ihrer gegenläufigen Interessen die unterschiedlichen Rollen des Störers und des Opfers einnehmen und dabei privatrechtlich nicht miteinander verbunden sind, als untauglich erweisen, greift der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 nun auf eine neue dogmatische Rechtsfigur zurück, die im deutschen Verfassungsrecht unter dem Begriff der grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates schon seit langem anerkannt ist. Der EuGH führt mit dem Urteil französische Agrarproteste den Schutzpflichtgedanken im Hinblick auf die wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages in das Europäische Gemeinschaftsrecht ein, womit die Grundfreiheiten über ihre klassische abwehrrrechtliche Funktion hinaus um eine neue Dimension erweitert werden. Ohne den ausdrücklichen Terminus der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten zu verwenden, fördert der EuGH vor allem mit der folgenden, die

---

<sup>133</sup> BVerfGE 39, S. 1 (72).

Entscheidung vom 9. 12. 1997 abschließenden Urteilspassage der Sache nach unverkennbar die neue schützende Funktion der Grundfreiheiten zutage:

„Folglich ist festzustellen, dass die Französische Republik dadurch gegen die Verpflichtungen aus Artikel 30 (jetzt: Art. 28 EG) in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt: Art. 10 EG) und aus den gemeinsamen Marktorganisationen für landwirtschaftliche Erzeugnisse verstoßen hat, dass sie nicht alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergriffen hat, damit der freie Warenverkehr mit Obst und Gemüse nicht durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird.“<sup>134</sup>

Die Lösung der besonderen Problematik des Falles französische Agrarblockaden, also der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch Handlungen Privater, erblickt der EuGH somit in der dem betreffenden Mitgliedstaat auferlegten Schutz- bzw. Handlungspflicht zugunsten der konkret beeinträchtigten Grundfreiheiten. Der betroffene Mitgliedstaat, auf dessen Territorium sich die privaten Übergriffe auf die Ausübung der Grundfreiheiten abspielen, muss den privaten Beeinträchtigungshandlungen durch aktive Schutzmaßnahmen entgegentreten, um den ungestörten Gebrauch der Grundfreiheiten durch die dadurch begünstigten Marktbürger zu ermöglichen.

Bereits die soeben zitierte abschließende Passage des EuGH-Urteils vom 9. 12. 1997, in der erstmals eine mitgliedstaatliche Vertragsverletzung durch Unterlassen gerichtlich festgestellt wird, offenbart dem Wortlaut nach zwei dogmatische Grundlagen der neuen Rechtsfigur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten, nämlich zum einen die konkret betroffene Grundfreiheit selbst und zum anderen die primärrechtliche Bestimmung des Art. 10 EG. Damit wird die zentrale Frage nach der dogmatischen Begründung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten aufgeworfen, der im folgenden näher nachgegangen werden soll. Wenngleich die einzelnen Begründungselemente der dogmatischen Figur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten, isoliert betrachtet, aus der bisherigen Judikatur des EuGH durchaus bekannt sind, wie noch zu zeigen sein wird, so vollkommen neu ist doch für das Europäische Gemeinschaftsrecht die aus der Kombination dieser

---

<sup>134</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7005 Rn. 66); ebenso deutlich EuGH, ebd., S. I-6999 Rn. 32.

bekannten dogmatischen Begründungselemente gewonnene Figur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten insgesamt.

## **A. Die Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes**

### **I. Die Grundfreiheiten als dogmatische Grundlage der Rechtsfigur staatlicher Schutzpflichten**

Die neue Rechtsfigur der staatlichen Schutzpflicht folgt der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 aus der Grundfreiheit selbst, konkret aus der Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 EG, ging es in der Rechtssache französische Agrarblockaden doch ausschließlich um die von privater Seite errichteten Hemmnisse für den freien gemeinschaftsweiten Warenverkehr. Die vom EuGH befürwortete dogmatische Verankerung der neuen Dimension staatlicher Schutzpflichten in der Grundfreiheit selbst kann in Anbetracht der folgenden eindeutigen Urteils Passage jedenfalls auch schwerlich in Zweifel gezogen werden.<sup>135</sup>

„Artikel 30 (jetzt: 28 EG) verbietet den Mitgliedstaaten somit nicht nur eigene Handlungen oder Verhaltensweisen, die zu einem Handelshemmnis führen könnten, sondern verpflichtet sie in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt: Art. 10 EG) auch dazu, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung dieser Grundfreiheit sicherzustellen.“<sup>136</sup>

### **II. Die Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes**

---

<sup>135</sup> Es ist aber umstritten, ob der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 die staatliche Schutzpflicht in erster Linie aus der Grundfreiheit selbst herleitet oder aber aus der ebenfalls herangezogenen Vorschrift des Art. 10 I EG. Damit wird die Frage nach dem Verhältnis dieser beiden im EuGH-Urteil genannten dogmatischen Grundlagen aufgeworfen, auf die noch unten 3. Teil D. zurückzukommen sein wird. Unstreitig ist jedenfalls und dies soll an dieser Stelle genügen, dass die Grundfreiheit selbst dem EuGH zufolge eine dogmatische Grundlage der neuen Rechtsfigur staatlicher Schutzpflichten darstellt.

<sup>136</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 32).

Die Ausführungen des EuGH im Urteil französische Agrarblockaden erschöpfen sich aber keineswegs in der richterlichen Feststellung, dass sich die neue Qualität staatlicher Schutzpflichten unmittelbar aus der Grundfreiheit selbst ergibt. Vielmehr nimmt der Gerichtshof noch ausführlich Stellung zum rechtlichen Charakter der Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes. Dabei lässt sich zwischen den beiden genannten rechtlichen Qualifizierungen der Grundfreiheiten kein nennenswerter inhaltlicher Unterschied auszumachen, denn die Grundfreiheiten offenbaren sich als tragende Grundsätze des EG-Vertrages doch vor allem deshalb, weil ihnen eine konstitutive Wirkung für den Binnenmarkt zukommt. Wie die nachfolgende Passage des EuGH-Urteils vom 9. 12. 1997 zu belegen vermag, lehnt sich der EuGH bei der angesprochenen rechtlichen Charakterisierung der Grundfreiheiten eng an die primärrechtlichen Aussagen des EG-Vertrages an, mit der Folge, dass sich seine rechtlichen Qualifizierungen im Hinblick auf die Grundfreiheiten insoweit ausschließlich auf geschriebene EG-vertragliche Vorgaben stützen:

„Der freie Warenverkehr stellt einen der tragenden Grundsätze des EG-Vertrags dar; das ist bei der Beurteilung der Begründetheit der Klage der Kommission zu berücksichtigen.

Nach Artikel 3 Buchstabe c EG-Vertrag (jetzt: Art. 3 I lit. c EG) umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 (jetzt: Art. 2 EG) einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse u. a. für den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist.

Nach Artikel 7 a Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt: Art. 14 II EG) umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren gemäß den Bestimmungen des EG-Vertrages gewährleistet ist.

Dieser tragende Grundsatz wird durch die Artikel 30 ff. EG-Vertrag (jetzt: Art. 28 ff. EG) umgesetzt.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6998 Rn. 24 ff.).

Die beiden vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 herangezogenen Art. 3 I lit. c und 14 II EG, in welchen sich der Begriff des Binnenmarktes vertraglich niedergelegt findet, weisen den wirtschaftlichen Grundfreiheiten, also nicht nur der Warenverkehrsfreiheit, in unzweifelhafter Weise eine konstituierende Funktion im Hinblick auf den Binnenmarkt zu. Lässt sich damit schon allein unter Heranziehung dieser beiden primärrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrages die rechtliche Qualifizierung der Grundfreiheiten als tragende Säulen des Binnenmarktes unproblematisch bestimmen, hebt die folgende vom EuGH in den Entscheidungsgründen gewählte Formulierung noch einmal zusätzlich verdeutlichend die rechtliche Einordnung der Grundfreiheiten als konstitutive Elemente des Binnenmarktes am Beispiel der Warenverkehrsfreiheit hervor:

„Artikel 30 (jetzt: 28 EG) ist für die Verwirklichung des Marktes ohne Binnengrenzen unabdingbar.“<sup>138</sup>

Ersichtlich begnügt sich der Gerichtshof keineswegs damit, den wirtschaftlichen Grundfreiheiten ohne nähere Begründung zu einem neuen Gewährleistungsgehalt zu verhelfen. Vielmehr stützt der EuGH die neue grundfreiheitliche Dimension der staatlichen Schutzpflichten mit eingehenden Ausführungen zum rechtlichen Charakter der Grundfreiheiten ab. Die rechtliche Qualität der Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes berechtigt dem EuGH zufolge zu einer Erweiterung des grundfreiheitlichen Gewährleistungsgehalts um die neue Komponente staatlicher Schutzpflichten. Wird die Ausübung der wirtschaftlichen Grundfreiheit durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt, stellt dies nicht nur die betroffene Grundfreiheit ernsthaft in Frage, vielmehr gerät zwangsläufig auch der Binnenmarkt ins Wanken, weil die beeinträchtigte Grundfreiheit eben konstituierend für den Binnenmarkt wirkt. Damit erscheint die dogmatische Berechtigung, eine grundfreiheitliche staatliche Schutzpflicht zu etablieren, also dem betroffenen Mitgliedstaat eine Pflicht zum Schutz der konkret betroffenen Grundfreiheit gegen private Störungshandlungen aufzuerlegen, als deutlich gesteigert, geht es doch gerade nicht begrenzt allein um die Grundfreiheit, sondern darüber hinaus auch um

---

<sup>138</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6998 Rn. 30).

den Binnenmarkt, ein Vertragsziel, das in weit stärkerem Maße als jedes andere das Integrationsprogramm des EG-Vertrages in Kurzform umschreibt.

## 1. Die Grundfreiheiten als konstituierende Elemente des Binnenmarktes

Die besondere Betonung des konstituierenden Charakters der Grundfreiheiten für den Binnenmarkt im Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997 gibt Anlass, sich ein wenig ausführlicher mit der solchermaßen umschriebenen rechtlichen Qualität der Grundfreiheiten zu beschäftigen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die konstitutive Bedeutung der Grundfreiheiten für den Binnenmarkt keineswegs losgelöst von den primärrechtlichen Vorschriften des EG-Vertrages<sup>139</sup> erschlossen zu werden braucht, denn der EG-Vertrag weist insoweit vor allem zwei eindeutige Belege auf, die in unverkennbarer Weise den konstituierenden Charakter der Grundfreiheiten für den Binnenmarkt zum Ausdruck bringen und die auch der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 herangezogen hat.

### a) Art. 3 I lit. c EG

Zunächst verdient insoweit Art. 3 I lit. c EG Erwähnung, demzufolge der Binnenmarkt durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist, wobei die Freiheit des Personenverkehrs gleichermaßen die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit umfasst.<sup>140</sup> Damit erhebt die Bestimmung die *Grundfreiheiten* des Binnenmarktes zu verbindlichen Vertragszielen der Gemeinschaft mit der Folge, dass die Gemeinschaftsorgane dazu

<sup>139</sup> Siehe auch die Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 7. 12. 1998 über den freien Warenverkehr, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 10, in der, begrenzt auf den Bereich der Warenverkehrsfreiheit, die „grundlegende Bedeutung“ ausdrücklich betont wird, „die in dieser Hinsicht dem freien Warenverkehr für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zukommt.“

<sup>140</sup> Art. 3 I lit. a EG war ursprünglich die Bestimmung für den freien Warenverkehr, wohingegen die anderen Marktfreiheiten in Art. 3 I lit. c EG vertraglich niedergelegt waren. Der EU-Vertrag hat die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs dann in Art. 3 I lit. c EG eingegliedert, mit der Folge, dass Art. 3 I lit. a EG heute nur noch eine ergänzende Vorschrift ohne eigenständigen Bedeutungsgehalt darstellt; dazu Ukrow, in: Calliess/Ruffert, Art. 3 Rn. 3; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 3 Rn. 3.; ders., in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1717 (1718). Ungeachtet der Tatsache, dass der freie Zahlungsverkehr keinen ausdrücklichen vertraglichen Niederschlag in Art. 3 I lit. c EG gefunden hat, zählt er dennoch zu den tragenden Grundlagen des Binnenmarktes; siehe etwa Ukrow, in: Calliess/Ruffert, Art. 3 Rn. 5; Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf, Art. 73 b Rn. 68 ff.

verpflichtet sind, auf die Verwirklichung der Ziele hinzuwirken.<sup>141</sup> Der die einzelnen Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft aufzählende Art. 3 I EG steht dabei in einem engen räumlichen und systematischen Zusammenhang mit der Grundsatznorm des Art. 2 EG, auf die Art. 3 I EG ausdrücklich Bezug nimmt. Bereits die in Art. 3 I EG gewählte Formulierung weist der Vorschrift eine Konkretisierungsfunktion im Hinblick auf die Vertragszielebestimmung des Art. 2 EG zu.<sup>142</sup> Die Rechtsprechung des EuGH trägt dieser offenkundigen engen Verknüpfung beider Bestimmungen regelmäßig in der Weise Rechnung, dass sie sich bei ihren argumentativen Bemühungen der Art. 2 EG, Art. 3 I EG in Kombination bedient, womit sich das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997 im Fall der französischen Agrarblockaden, das beide Bestimmungen gemeinsam heranzieht, als konsequente Fortführung dieser Rechtsprechung darstellt.<sup>143</sup>

#### b) Art. 14 II EG

Als weitere grundlegende Vorschrift, welche die besondere Bedeutung der Grundfreiheiten für die Verwirklichung des Binnenmarktes unterstreicht, erweist sich Art. 14 II EG, der sich nicht allein in der schlichten Betonung des konstitutiven Moments der Grundfreiheiten erschöpft, sondern zugleich durch den gewählten Definitionsansatz, den Binnenmarkt *ausdrücklich* nur über die konstituierenden Grundfreiheiten zu definieren,<sup>144</sup> den zentralen Stellenwert der Grundfreiheiten als tragenden Bestandteil des Binnenmarktes zum Ausdruck bringt:

<sup>141</sup> Siehe EuGH, Rs. 246/80 (Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie), Slg. 1981, S. 2311 (2329), der von „- im System der Gemeinschaft grundlegenden - Freiheiten“ spricht; in EuGH, Rs. 203/80 (Casati), Slg. 1981, S. 2595 (2614), ist im Zusammenhang mit Art. 3 I lit. c EG die Rede von „Grundfreiheiten der Gemeinschaft“; ferner Ukrow, in: Calliess/Ruffert, Art. 3 Rn. 5; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 3 Rn. 9; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 3 Rn. 3.

<sup>142</sup> EuGH, Rs. 32/65 (Italien/Kommission), Slg. 1966, S. 457 (483); Rs. 203/80 (Casati), Slg. 1981, S. 2595 (2613 f.); Rs. 249/81 (Kommission/Irland), Slg. 1982, S. 4005 (4023); Rs. 126/86 (Giménez Zaera), Slg. 1987, S. 3697 (3715 f.); Rs. C-177/94 (Perfili), Slg. 1996, S. I-161 (174); ferner Ukrow, in: Calliess/Ruffert, Art. 3 Rn. 1; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 2 Rn. 9, Art. 3 Rn. 2; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 3 Rn. 1.

<sup>143</sup> Siehe etwa die älteren Urteile des EuGH, verb. Rs. 6/73 u. 7/73 (Commercial Solvents), Slg. 1974, S. 223 (254); Rs. 15/81 (Gaston Schul), Slg. 1982, S. 1409 (1431 f.); Rs. 299/86 (Drexler), Slg. 1988, S. 1213 (1235).

<sup>144</sup> Überblick über die sonstigen Elemente des Binnenmarktes, die nicht *ausdrücklich* in die Legaldefinition des Art. 14 II EG aufgenommen wurden, bei Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 6 ff.; Müller-Graff, in: Dausers, A I Rn. 126 ff., insb. Rn. 141 f.; Herdegen, Rn. 272 ff.; Schweitzer/Hummer, Rn. 1066 ff.; Streinz, Rn. 948 ff.

„Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist.“<sup>145</sup>

Dabei knüpft Art. 14 II EG ersichtlich an die Kennzeichnung des Binnenmarktes durch Art. 3 I lit. c EG an, stellen doch beide Vorschriften in ihrem Bemühen um inhaltliche Bestimmung des Begriffes vom Binnenmarkt den konstitutiven Charakter der wirtschaftlichen Grundfreiheiten deutlich heraus.

## 2. Die Wirkungsgleichheit zwischen staatlichem Handeln und staatlicher Untätigkeit gegenüber privaten Ausschreitungen

Vor dem Hintergrund dieses Vorverständnisses, der konstituierenden Eigenschaft der Grundfreiheiten für den Binnenmarkt, legt der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 seine rechtliche Einschätzung der Beeinträchtigungslage im Hinblick auf den freien Warenverkehr offen, die den Fall der französischen Agrarblockaden seiner Auffassung nach charakterisiert, dass nämlich die Warenverkehrsfreiheit als Grundlage des Binnenmarktes sowohl durch mitgliedstaatliche Maßnahmen als auch durch staatliche Untätigkeit gegenüber den privaten Ausschreitungen, die den freien gemeinschaftsweiten Handelsverkehr erheblich erschweren oder gar gänzlich unterbinden, in gleichem Maße beeinträchtigt werden kann. Die diagnostizierte Wirkungsgleichheit zwischen mitgliedstaatlichen Handlungen und staatlichem Unterlassen gegenüber den privaten Übergriffen zieht dabei eine Gleichheit im Beeinträchtigungspotential für die den Binnenmarkt konstituierenden Grundfreiheiten nach sich. Die wirtschaftlichen Grundfreiheiten, tragende Pfeiler des Binnenmarktes, werden also dem EuGH zufolge durch beide Erscheinungsformen staatlichen Verhaltens, als Oberbegriff verstanden, gleichermaßen in Frage gestellt.<sup>146</sup>

Die Unabdingbarkeit der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs gem. Art. 28 EG für die Verwirklichung des Binnenmarktes deutlich hervorgehoben, geht der EuGH dazu über, die daraus ableitbaren zwingenden Schlussfolgerungen zu ziehen:

<sup>145</sup> Siehe auch Art. 2 I 1. Spstr. EU („Raum ohne Binnengrenzen“); ferner Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 6; zweifelnd am Definitionscharakter des Art. 14 II EG mit Hinweis auf den Wortlaut („umfasst“) Müller-Graff, in: Dausen, A I Rn. 141.

<sup>146</sup> Siehe auch Meurer, EWS 1998, S. 196 (197).

„Er (Art. 28 EG) verbietet *damit* nicht nur Maßnahmen, die auf den Staat zurückzuführen sind und selbst Beschränkungen für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten schaffen, sondern kann auch dann Anwendung finden, wenn ein Mitgliedstaat keine Maßnahmen ergriffen hat, um gegen Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs einzuschreiten, deren Ursachen nicht auf den Staat zurückzuführen sind.

Der innergemeinschaftliche Handelsverkehr kann nämlich ebenso wie durch eine Handlung dadurch beeinträchtigt werden, dass ein Mitgliedstaat untätig bleibt oder es versäumt, ausreichende Maßnahmen zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr zu treffen, die insbesondere durch Handlungen von Privatpersonen in seinem Gebiet geschaffen wurden, die sich gegen Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten richten.“<sup>147</sup>

### III. Der Binnenmarkt als tragender Grundsatz und zentrales Ziel des EG-Vertrages

Die obigen Ausführungen beschränkten sich darauf, von den Grundfreiheiten ausgehend ihre konstituierende Eigenschaft für den Binnenmarkt aufzudecken, wobei der Endpunkt dieser juristischen Betrachtung, der Binnenmarkt, in seinem Bedeutungsgehalt bislang unaufgeklärt blieb. Diese Wissenslücke soll und muss im folgenden geschlossen werden, denn selbstverständlich wirkt sich die Bedeutung des Binnenmarktes auf die ihn konstituierenden Grundfreiheiten aus. Die Grundfreiheiten als tragende Pfeiler des Binnenmarktes nehmen nämlich an der bewertenden Einschätzung des Stellenwerts des Binnenmarktes teil. Die Bedeutung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten muss um so höher eingestuft werden, je gewichtiger der Bedeutungsgehalt des Binnenmarktes im Gesamtgefüge des EG-Vertrages anzusetzen ist; der Binnenmarkt entscheidet also über die Bedeutung der Grundfreiheiten im Rahmen der EG-vertraglichen Normen mit, er nimmt insoweit prägenden Einfluss. Der EuGH scheint im Urteil vom 9. 12. 1997 diesen inneren Zusammenhang durch die unübersehbare Betonung der konstituierenden Funktion

---

<sup>147</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6998 Rn. 39 f.); Hervorhebung durch den Verf.

der Grundfreiheiten für den Binnenmarkt doch recht deutlich in Erinnerung rufen zu wollen. Es geht um die Grundfreiheiten, tragende Grundsätze des EG-Vertrages, wie der EuGH formuliert, die konstituierend für den Binnenmarkt wirken, so dass es also auch um den Binnenmarkt geht, der ebenfalls einen „tragenden Grundsatz“ des EG-Vertrages darstellt, so die ausdrücklich Hervorhebung des EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997,<sup>148</sup> und mit dem besonderen Stellenwert des Binnenmarktes gewinnen auch die ihn konstituierenden Grundfreiheiten an entscheidender Bedeutung. Zusätzlich zur konstituierenden Funktion der Grundfreiheiten für den Binnenmarkt gilt es also auch die besondere Bedeutung des Binnenmarktes aufzuzeigen. Dabei erschließt sich der fundamentale Stellenwert des Binnenmarktes im Rahmen der EG-vertraglichen Bestimmungen in besonders eindringlicher Weise über die rechtliche Qualifizierung des Binnenmarktes als tragender Grundsatz und zentrales Ziel des Vertrages, vor allem wenn man sich die allgemeine rechtliche Bedeutung vergegenwärtigt, die den Vertragszielen im Gesamtgefüge des EG-Vertrages zukommt. Doch bevor im folgenden der damit in Zusammenhang stehenden Thematik nachgegangen wird, soll ein Blick auf den entstehungsgeschichtlichen Hintergrund des Binnenmarktkonzepts geworfen werden, der in deutlichen Zügen die besondere Bedeutung des Binnenmarktes für die europäische Integration aufzuzeigen vermag, also die vom Binnenmarktkonzept ausgehenden Impulse für die europäische Integration.

### 1. Der entstehungsgeschichtliche Hintergrund<sup>149</sup>

Anfang der achtziger Jahre sah sich der europäische Integrationsprozess einer ernsthaften Krise ausgesetzt, welche die europäische Einigung in eine Phase tiefgreifender Stagnation führte. Wollte man den deutlich zutage tretenden Gefahren für die Integration begegnen, bedurfte es einer Belebung der europäischen Integration mittels neuer integrationsfördernder Impulse in wirtschaftlicher und in integrationspolitischer Hinsicht. Den entscheidenden Anstoß, welcher die ins Stocken geratene Integration aus der Sackgasse herausführen sollte, gab dabei die Europäische Kommission. Einem Auftrag des Europäischen Rates von Brüssel (März

<sup>148</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6998 Rn. 27).

<sup>149</sup> Zusammenfassende Darstellungen bei Schweitzer/Hummer, Rn. 1062 ff.; Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 1 ff.; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 14 Rn. 1 f.; Bardenhewer/Pipkorn, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 7 a Rn. 1 ff.; kurz gefasst J. F. Baur, JA 1992, S. 65 (69 f.).

1985) folgend,<sup>150</sup> legte die Kommission am 14. 6. 1985 ein Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes<sup>151</sup> vor, das einen Katalog von 282 Vorschlägen für Harmonisierungsmaßnahmen enthielt, um die der Vollendung eines echten Binnenmarktes in der Gemeinschaft entgegenstehenden wichtigsten materiellen, technischen und steuerlichen Schranken zu beseitigen.<sup>152</sup> Gemäß der Konzeption dieses Weißbuches unterbreitete die Kommission der vom Europäischen Rat in Mailand (Juni 1985) initiierten Regierungskonferenz über die Ausarbeitung der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) im September 1985 ein Arbeitspapier, das den Verhandlungen der Regierungskonferenz über die EEA zugrunde lag.<sup>153</sup> Das von der Kommission präsentierte Arbeitspapier sollte indes in erheblichem Umfang in Vergessenheit geraten, entfernte sich die von der Regierungskonferenz letztlich beschlossene Fassung doch weitgehend von der im Arbeitspapier zum Ausdruck gebrachten Position der Kommission.<sup>154</sup> Das Binnenmarktkonzept wurde schließlich<sup>155</sup> in den Art. 13 bis 15 EEA vom 17/28. 2. 1986<sup>156</sup> niedergelegt, die dann mit Wirkung zum 1. 7. 1987 als Art. 8 a-c EWGV (nach seiner Umbenennung im Rahmen der Vertragsrevision durch den EU-Vertrag: Art. 7 a-c EGV) in das primäre Gemeinschaftsrecht einfließen, wobei Art. 8 a EWGV gemäß einer Formulierung von Oliver „the cornerstone of the Single European Act“ darstellt.<sup>157</sup>

## 2. Der Binnenmarkt als tragender Grundsatz und zentrales Ziel des Vertrages

<sup>150</sup> Bull. EG Nr. 3/1985, S. 13.

<sup>151</sup> KOM (85) 310 endg.; siehe dazu die Beiträge in Bieber u. a., 1992: One European Market?, 1988.

<sup>152</sup> Das Weißbuch der Kommission sah ferner eine insb. auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruhende „neue Konzeption“ bzw. „neue Strategie“ in der Rechtsangleichungspolitik sowie die Verbesserung des rechtlichen Umfeldes für die grenzüberschreitende Tätigkeit von Unternehmen vor. Allgemein zur Beseitigung der drei Schranken Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 16 ff.; Bardenhewer/Pipkorn, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 7 a Rn. 27 ff.; Müller-Graff, EuR 1989, S. 107 (113 ff.); J. F. Baur, JA 1992, S. 65 (69 f.); Schmidhuber, WuW 1992, S. 981 (985 ff.); speziell zum Abbau der materiellen Schranken, d. h. der Kontrollen an den Binnengrenzen der Gemeinschaft, Taschner, Schengen, 1997; zur Beseitigung der technischen Schranken, d. h. zur Angleichung der unterschiedlichen Regelungssysteme der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Qualität von Waren, Dienstleistungen oder Berufsqualifikationen, soweit sie eine Abschottung der nationalen Märkte bewirken, Langner, in Dausen, C VI Rn. 1 ff; Monti, S. 26 ff., 38 ff.; ausführlich Müller-Graff, Technische Regeln im Binnenmarkt, 1991. Beim Abbau der steuerlichen Schranken geht es um die Harmonisierung insb. der indirekten und der direkten Steuern; zur Angleichung der direkten Steuern Ohler, EuZW 1997, S. 370 (371 ff.); De Weerth, RIW 1997, S. 482 ff.

<sup>153</sup> Ausführlich zur EEA H. P. Ipsen, in: Festschrift für Partsch, 1989, S. 327 ff.; Pescatore, EuR 1986, S. 153 ff.

<sup>154</sup> Dazu Ehlermann, CMLRev. 1987, S. 361 (370 f., 399, 403 f.).

<sup>155</sup> Zu den kontroversen Diskussionen De Ruyt, S. 149 f.

<sup>156</sup> ABIEG 1987 Nr. L 169/1.

<sup>157</sup> Oliver, S. 392; ebenso die Einschätzung von Immenga, JA 1993, S. 257.

Die Europäische Gemeinschaft zeichnet sich durch eine besondere Zielbezogenheit und Zielverpflichtetheit aus, sie stellt ein zielorientiertes Handlungssystem dar.<sup>158</sup> Dem Gründungsvertrag zur Europäischen Gemeinschaft liegt damit die rechtliche Konzeption zugrunde, der Gemeinschaft bei ihrem Entstehungsprozess eine Orientierung an bestimmten festgeschriebenen Vertragszielen zur Seite zu stellen. Was die rechtliche Qualität der vertraglich niedergelegten Ziele anbelangt, so handelt es sich um Verfassungsziele im juristisch-normativen Sinne, enthält der EG-Vertrag nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH doch die Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft.<sup>159</sup>

Wie bereits eingangs kurz erwähnt, erschließt sich der besondere Stellenwert des Binnenmarktes im Rahmen des EG-Vertrages über die rechtliche Qualifizierung des Binnenmarktes als tragender Grundsatz und zentrales Ziel des Vertrages, die einer beachtlichen Reihe von grundlegenden Vorschriften des Vertrages zugrunde liegt (vgl. nur Art. 2 EG, Art. 3 I lit. c EG, Art. 4 I EG, Art. 14 EG; vgl. auch Art. 2 I 1. Spstr. EU).<sup>160</sup> Dabei würde die den Vertragszielen der Gemeinschaft zukommende besondere Bedeutung im Gefüge des EG-Vertragswerkes schwerwiegend verkannt, wollte man die Ziele des Vertrages ausschließlich im Sinne bloßer politischer Programmsätze ohne Rechtswirkungen verstehen. Die Vertragsziele umgibt vielmehr eine rechtsverbindlich steuernde Wirkung; den Gemeinschaftsorganen und den

---

<sup>158</sup> Siehe H. P. Ipsen, S. 198 ff., 990, der die Gemeinschaften als „Zweckverbände funktioneller Integration“ und als „zielbedürftig“ bezeichnet; Müller-Graff, in: Dausen, A I Rn. 72 f., spricht von einem „zielbezogenen transnationalen Gemeinwesen eigener Art“; ferner von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 2 Rn. 4.

<sup>159</sup> Siehe nur EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, S. I-6079 (6102): „Dagegen stellt der EWG-Vertrag, obwohl er in der Form einer völkerrechtlichen Übereinkunft geschlossen wurde, nichtsdestoweniger die Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft dar.“; zusammenfassend Zuleeg, BB 1994, S. 581 ff.; ferner Müller-Graff, in: Dausen, A I Rn. 99 ff.; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 2 Rn. 4.

<sup>160</sup> Siehe frühzeitig EuGH, Rs. 9/73 (Schlüter/Hauptzollamt Lörrach), Slg. 1973, S. 1135 (1160); zuletzt das EuGH-Urteil französische Agrarproteste vom 9. 12. 1997, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6998); ferner GA La Pergola, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-271/94 (Parlament/Rat), Slg. 1996, S. I-1689 (1711); Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art. 14 Rn. 4, spricht insoweit von einem „verfassungsrechtlichen Querschnittsziel mit fundamentaler Relevanz für die Identität der EU“; siehe auch die Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 7. 12. 1998 über den freien Warenverkehr, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 10, in der ausdrücklich die „Schlüsselrolle“ betont wird, „die dem Binnenmarkt bei der Gesamtstrategie der Europäischen Union zur Förderung von Wettbewerbsfähigkeit, Wirtschaftswachstum und Beschäftigung zukommt.“

Mitgliedstaaten werden also über die Vertragsziele des EG-Vertrages richtungsweisende Vorgaben für die Integration an die Hand geben.<sup>161</sup>

Bei der Interpretation der anderen Normen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts nehmen die Vertragsziele eine bedeutende Rolle ein. Als Richtschnur für die Interpretation dienen sie als Auslegungshilfe, um den Sinngehalt der übrigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu ermitteln, die zur Verwirklichung dieser Vertragsziele berufen sind. Die Vertragsziele stellen damit eine zentrale Grundlage der das Gemeinschaftsrecht prägenden teleologischen Auslegung dar.<sup>162</sup> Über den eher statischen Bereich der Auslegung hinausreichend fließen die Vertragsziele zudem in die richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH ein, als deren zentrales Instrument die wertende Rechtsvergleichung im Lichte der Vertragsziele fungiert.<sup>163</sup> Ferner erfahren die Vertragsziele bzw. die dafür synonym verwendeten Begriffe der Aufgabe/Aufgaben eine vertragliche Verankerung in einzelnen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in der Gestalt von Tatbestandsmerkmalen, wie beispielsweise die Art. 5 I und III, 7, 10 II, 11 i. V. m. 43 lit. a EU, 70, 98, 105 I, 125, 137, 249 I, 308 I EG zeigen.<sup>164</sup> Steht den Gemeinschaftsorganen ein Entscheidungsspielraum zu, dann sind sie angehalten, sich bei der Ausübung der eingeräumten Entscheidungsfreiheit an den Vertragszielen zu orientieren, also vom Entscheidungsspielraum nach Maßgabe der Gemeinschaftsziele Gebrauch zu machen.<sup>165</sup>

<sup>161</sup> Frühzeitig EuGH, Rs. 24/62 (Deutschland/Kommission), Slg. 1963, S. 140 (154); ferner Ukrow, in: Calliess/Ruffert, Art. 2 Rn. 6; Müller-Graff, in Dausers, A I Rn. 176; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 2 Rn. 3; ders., JöR N.F. 20 (1971), S. 1 (5).

<sup>162</sup> EuGH, Rs. 32/65 (Italien/Kommission), Slg. 1966, S. 457 (473); Rs. 31/74 (Galli), Slg. 1975, S. 47 (61 f.); Rs. 85/76 (Hoffmann-La Roche/Kommission), Slg. 1979, S. 461 (552 f.); Rs. 53/81 (Levin/Staatssecretaris van Justitie), Slg. 1982, S. 1035 (1050); Rs. 15/81 (Gaston Schul), Slg. 1982, S. 1409 (1431 f.); Rs. 2999/86 (Drexler), Slg. 1988, S. 1213 (1235); ferner Ukrow, in: Calliess/Ruffert, Art. 2 Rn. 6; Müller-Graff, in Dausers, A I Rn. 179; Lenz, in: ders., Art. 2 Rn. 6; Geiger, Art. 2 Rn. 4; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 2 Rn. 13 f.; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 2 Rn. 3; H. P. Ipsen, S. 561; ausführlich Börner, in: ders., S. 39 (43 ff.); siehe zur teleologischen Auslegung unten 3. Teil B. I.

<sup>163</sup> EuGH, verb. Rs. C-6 u. 9/90 (Francovich), Slg. 1991, S. I-5357 (5403); die grundsätzliche Kompetenz des EuGH zur Rechtsfortbildung wird anerkannt in BVerfGE 75, S. 223 (242 f.); BVerwG, EuZW 1998, S. 730 (732); ferner Müller-Graff, in Dausers, A I Rn. 179; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 2 Rn. 15; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 2 Rn. 3, mit dem Hinweis, dass die Rechtsfortbildung des EuGH im Urteil Francovich zusätzlich noch auf die Rechtsstaatlichkeit hätte gestützt werden können, die in der Präambel des EU-Vertrages zum Vertragsziel erhoben wurde; ebenso Pieper, NJW 1992, S. 2454 (2457 f.).

<sup>164</sup> Siehe von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 2 Rn. 13; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 2 Rn. 3.

<sup>165</sup> EuGH, Rs. 24/62 (Deutschland/Kommission), Slg. 1963, 140 (153 f.); Rs. 1/69 (Italien/Kommission), 1969, S. 277 (284); ferner Ukrow, in: Calliess/Ruffert, Art. 2 Rn. 6; Müller-Graff,

## B. Das Effektivitätsprinzip

Der EuGH greift im Urteil vom 9. 12. 1997 im Fall der französischen Agrarblockaden auch auf das Effektivitätsprinzip zurück, um die neue Rechtsfigur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten dogmatisch zu begründen. Die Aufdeckung dieses mittragenden dogmatischen Begründungselements in den Entscheidungsgründen des Urteils erweist sich indes als problematisch,<sup>166</sup> sucht man im Urteil doch vergeblich nach dem ausdrücklichen Begriff „effet utile“, der in klassischer Form auf die argumentative Heranziehung des Effektivitätsgrundsatzes hinweist.<sup>167</sup> Auch die in ständiger Rechtsprechung des EuGH für den Terminus „effet utile“ synonym verwendeten Begriffe der „nützlichen Wirkung“ und „praktischen Wirksamkeit“ sind im Urteil unauffindbar.<sup>168</sup> Wenngleich man dem Wortlaut der Entscheidungsgründe des Urteils vom 9. 12. 1997 also keinen ausdrücklichen Hinweis auf die richterliche Heranziehung des Effektivitätsprinzips zu entnehmen vermag, so zieht der EuGH das Effektivitätsprinzip als dogmatische Grundlagen der grundfreiheitlichen Schutzpflichten dennoch heran. Dem EuGH zufolge kann nämlich der innergemeinschaftliche Handelsverkehr ebenso schwerwiegend wie durch eine

---

in Dausen, A I Rn. 178; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 2 Rn. 3; H. P. Ipsen, S. 558.

<sup>166</sup> So macht bemerkenswerterweise allein Kainer, JuS 2000, S. 431 (433), in seiner Bespr. des EuGH-Urteils vom 9. 12. 1997 auf das Effektivitätsprinzip als dogmatische Grundlage der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten aufmerksam, wohingegen die anderen Urteilsbespr. den Effektivitätsgedanken anscheinend übersehen.

<sup>167</sup> Die Argumentationsfigur des „effet utile“ wurde in dieser wörtlichen Fassung zum ersten Mal vom EuGH in der Entscheidung „Leberpfennig“, Rs. 9/70, Slg. 1970, S. 825 (838), aus dem Jahre 1970 eingesetzt, in der es um die dogmatische Rechtfertigung einer unmittelbaren Wirkung von staatterichteten Entscheidungen nach Art. 249 IV EG ging, die der Gerichtshof mit Hilfe des Arguments des „effet utile“ bejahte. Dem Urteil „Leberpfennig“ folgten in unmittelbarer zeitlicher Nähe noch zwei weitere insoweit gleichlautende Urteile: EuGH, Rs. 20/70 (Transports Lesage/Hauptzollamt Freiburg), Slg. 1970, S. 861 (874); Rs. 23/70 (Haselhorst/Finanzamt Düsseldorf-Altstadt), Slg. 1970, S. 881 (893 f.). Hatte sich der EuGH in der Entscheidung „Leberpfennig“ noch mit der Frage der Direktwirkung von an die Mitgliedstaaten gerichteten Entscheidungen zu beschäftigen, stand im Vordergrund des Urteils van Duyn, Rs. 41/74, Slg. 1974, S. 1337 (1348), dann die Problematik der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien nach Art. 249 III EG, die der EuGH wiederum unter Heranziehung des Begriffes „effet utile“ und des dahinter stehenden Rechtsgedankens zugunsten der Direktwirkung löste. Den Schlusspunkt in dieser Reihe von Entscheidungen mit ausdrücklicher Nennung des Begriffes „effet utile“ setzte der EuGH schließlich im Jahre 1976 im Fall Royer, Rs. 48/75, Slg. 1976, S. 497 (517). Die Anzahl der Entscheidungen des EuGH, die den ausdrücklichen Terminus „effet utile“ heranzogen, erweist sich also als durchaus überschaubar.

<sup>168</sup> Ausführlich zum Gebrauch des Begriffes „effet utile“ und der synonymen Begriffe Streinz, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1492 ff.), der die Verwendung dieser Begriffe nicht nur in der Rspr. des EuGH aufdeckt, sondern auch in den Schlussanträgen der GAe.

staatliche Handlung auch durch eine staatliche Untätigkeit gegenüber privaten Behinderungen des freien Warenverkehrs beeinträchtigt werden.<sup>169</sup> Die negativen Auswirkungen dieser beiden Erscheinungsformen staatlichen Verhaltens, als Oberbegriff verstanden, auf den gemeinschaftsweiten Wirtschaftsverkehr werden also vom Gerichtshof als gleich schwerwiegend eingestuft. Das Beeinträchtigungspotential, das diesen beiden Ausdrucksformen staatlichen Verhaltens anhaftet, erscheint dem EuGH ohne Unterschied als gleich hoch, so dass für Differenzierungen, was den Beeinträchtigungsgrad anbelangt, insoweit kein Spielraum besteht.<sup>170</sup> In Anbetracht dieser bewertenden Einschätzung ist die Schlussfolgerung des EuGH nur konsequent, den Mitgliedstaaten nicht nur eigene Handlungen zu verbieten, die ein Handelshemmnis errichten, sondern ihnen auch die Verpflichtung aufzuerlegen, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um den privaten Übergriffen auf den freien Warenverkehr entgegenzuwirken.<sup>171</sup> Der dafür maßgebliche Grund ist in der Wirksamkeit des Art. 28 EG zu erblicken, die es in möglichst umfassender Weise zu gewährleisten gilt. Im Grunde geht es also um die mitgliedstaatliche Pflicht, dem Gemeinschaftsrecht, hier speziell der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs, zu einer umfassenden Wirksamkeit zu verhelfen, womit der allgemeine Rechtsgedanke des Effektivitätsprinzips doch hinreichend deutlich in Erscheinung tritt.<sup>172</sup>

Im Gegensatz zum EuGH weist Generalanwalt Lenz mit deutlicheren Worten auf das Effektivitätsprinzip als dogmatische Grundlage der grundfreiheitlichen Schutzpflicht hin. So greift der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache französische Agrarblockaden in unverkennbarer Weise auf den Schutz der „praktischen Wirksamkeit“ des Art. 28 EG zurück, um die von ihm befürwortete Pflicht der Mitgliedstaaten, privaten Störungshandlungen des freien Warenverkehrs aktiv schützend entgegenzutreten, argumentativ zu belegen:

<sup>169</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Deutschland), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 31).

<sup>170</sup> Siehe Meurer, EWS 1998, S. 196 (197); Kainer, JuS 2000, S. 431 (433).

<sup>171</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Deutschland), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 32).

<sup>172</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch die auf Richard Thoma, in: Nipperdey, S. 1 (9), zurückgehende Maxime, auf die bereits oben 2. Teil A. II. 2. hingewiesen wurde, wonach von mehreren mit Wortlaut, Dogmen- und Entstehungsgeschichte zu vereinbarenden Interpretationen derjeniger der Vorrang einzuräumen ist, die zur stärksten Entfaltung der juristischen Wirkkraft der Norm führt.

„Es ist daher zum Schutz der praktischen Wirksamkeit des Artikels 30 (jetzt: Art. 28 EG) erforderlich, aus dem Vertrag eine Pflicht der Mitgliedstaaten abzuleiten, solchen Handlungen Privater zu begegnen.“<sup>173</sup>

## I. Die dogmatische Einordnung des Effektivitätsprinzips

Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH zum Zwecke der Herausarbeitung des objektiven Sinns einer Regelung vollzieht sich grundsätzlich nach den gleichen Methoden, die in den einzelnen Mitgliedstaaten allgemeine Anerkennung erfahren haben.<sup>174</sup> Um den Besonderheiten der Gemeinschaftsrechtsordnung Rechnung zu tragen, nimmt der EuGH jedoch eine daran ausgerichtete Gewichtung dieser klassischen Interpretationsmethoden vor und entwickelt sie zusätzlich in Richtung gemeinschaftsspezifischer Auslegungsmethoden fort.<sup>175</sup> Die in der Gemeinschaftsverfassung festgeschriebene und zu einem der zentralen Ziele der Gemeinschaft erhobene fortschreitenden Integration<sup>176</sup> bewirkt dabei eine besondere Gewichtung zugunsten der systematischen und teleologischen Methode.<sup>177</sup> Da der teleologischen Auslegung in der Judikatur des EuGH eine zentrale Bedeutung zukommt,<sup>178</sup> liegt die

<sup>173</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Deutschland), Slg. 1997, S. I-6959 (6979 Rn. 43).

<sup>174</sup> Krück, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 164 Rn. 53; Hailbronner, in: ders./Klein/Magiera/Müller-Graff, Art. 164 Rn. 9; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 245; Kutscher, S. I-6; Pieper/Schollmeier/Krimphove, S. 37 f.; Streinz, Rn. 498; allgemein zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts Bleckmann/Pieper, in: Dausen, B I Rn. 5 ff.; Geiger, Art. 220 Rn. 10 ff.; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 23 ff.; Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 13 ff.; Oppermann, Rn. 680 ff.; ausführliche Darstellung bei Potacs, Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1996; Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997; Grundmann, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997; Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998.

<sup>175</sup> Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 13; ferner Nettessheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 4 ff.; Bleckmann, NJW 1982, S. 1177 (1179 f.).

<sup>176</sup> Siehe den ersten Erwägungsgrund der Präambel des EG-Vertrages sowie Art. 1 II EU; ferner oben 3. Teil A. III. 1.

<sup>177</sup> Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 23; Krück, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 164 Rn. 53; Hailbronner, in: ders./Klein/Magiera/Müller-Graff, Art. 164 Rn. 9; Streinz, Rn. 489; Zuleeg, EuR 1969, S. 97 (102 f.); Bleckmann, EuR 1979, S. 239 ff.; ders., NJW 1982, S. 1177 (1178); Kutscher, EuR 1981, S. 392 (400 ff.); ders., S. I-17, 39 ff.; siehe auch Herdegen, Rn. 200.

<sup>178</sup> So die h. M. in der Lit.: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 245; Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 214; ders., Art. 220 Rn. 11; Herdegen, Rn. 200; Jaeckel, S. 191 f.; Schweitzer/Hummer, Rn. 453; Streinz, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1495); P. Meyer, Jura 1994, S. 455 (456); siehe zur Orientierung an den Vertragszwecken etwa EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, S. 1 (24 ff.); verb. Rs. 52 u. 5/65 (Deutschland/Kommission), Slg. 1966, S. 220 (235); weitere Nachweise zur Rspr. des EuGH bei Isaac, S. 147 f.

Schlussfolgerung nahe, der Auslegung nach den Vertragszielen gebühre der Vorrang gegenüber der Systematik der Verträge,<sup>179</sup> was sich jedoch in Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH, die zumeist teleologische und systematische Ansätze nicht in ein Exklusivitätsverhältnis stellt, vielmehr beide Interpretationsmethoden miteinander kumuliert,<sup>180</sup> nicht halten lässt. Als vorzugswürdig erscheint deshalb der Vorrang der beide Ansätze zusammenfassenden systematisch-teleologischen Auslegung.<sup>181</sup> In enger dogmatischer Nähe zur teleologischen Interpretation findet sich die Argumentationsfigur des „effet utile“ angesiedelt, die den Besonderheiten der Gemeinschaftsverträge angemessen Rechnung trägt.<sup>182</sup> Diese dogmatische Verknüpfung ist angesichts der Tatsache, dass diesem allgemeinen Auslegungsgrundsatz zufolge derjenigen Auslegung der Vorzug einzuräumen ist, welche die Verwirklichung der Vertragsziele am besten gewährleistet, somit zur Erreichung der Gemeinschaftsziele möglichst weitgehend beiträgt,<sup>183</sup> unverkennbar.

## II. Der Anwendungsbereich des Effektivitätsprinzips

Bevor der Versuch unternommen wird, die teleologischen Argumentationsfigur des „effet utile“ bestimmten Fallgruppen zuzuordnen, um auf diese Weise eine überschaubare Systematisierung zu erzielen, soll einer kurzer juristischer Blick auf den Einfluss des Effektivitätsprinzips auf dem Gebiet der Ausweitung von Vertragskompetenzen geworfen werden, um den argumentativen Einsatzbereich des Effektivitätsgedankens möglichst weitgehend abzudecken.

<sup>179</sup> Bleckmann, *Europarecht*, Rn. 258 f.; ders., *NJW* 1982, S. 1177 (1178).

<sup>180</sup> Siehe zu dieser Verschränkung von teleologischer und systematischer Auslegung Kutscher, S. I-42 f. m. w. N. zur Rspr. des EuGH; ferner Guégan, S. 505; Schweitzer/Hummer, Rn. 453; Oppermann, Rn. 685.

<sup>181</sup> Kutscher, S. I-17, 31; P. Meyer, *Jura* 1994, S. 455 (456); Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 16; Krück, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 164 Rn. 53; ferner Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 247 f.

<sup>182</sup> Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 16, 18; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 27; Krück, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 164 Rn. 55; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 247; Koenig/Haratsch, Rn. 72; Kutscher, S. I-44; Oppermann, Rn. 686; Pieper/Schollmeier/Krimphove, S. 39; Zuleeg, *EuR* 1969, S. 97 (107); P. Meyer, *Jura* 1994, S. 455 (457); a. A. Bleckmann/Pieper, in: Dausies, B I Rn. 38, die das „effet utile“-Prinzip bei der systematischen Auslegungsmethode einordnen.

<sup>183</sup> Siehe EuGH, Rs. 35/71 (Schleswig-Holsteinische Hauptgenossenschaft/Hauptzollamt Itzehoe), *Slg.* 1971, S. 1083 (1093); EuGH, verb. Rs. C-6 u. C-9/90 (Francovich), *Slg.* 1991, S. I-5357 (5414); Rs. 128/93 (Fisscher), *Slg.* 1994, S. I-4583 (4597); Rs. C-144/93 (Pfanni Werke), *Slg.* 1994, S. I-4605 (4623); Rs. C-381/93 (Kommission/Frankreich), *Slg.* 1994, S. I-5145 (5169); verb. Rs. C-46 u. C-48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), *Slg.* 1996, S. I-1029 (1142 ff.); ferner Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 18; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 27.

## 1. Die Ausweitung der Vertragskompetenzen

Das europäische Gemeinschaftsrecht wird beherrscht vom „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“, vom Europäischen Rat<sup>184</sup> als „Prinzip der Zuweisung von Befugnissen“ („Principe de compétence d`attribution“) bezeichnet.<sup>185</sup> Diesem Grundsatz zufolge sind die europäischen Gemeinschaften nur dann zur Rechtsetzung befugt, wenn die Verträge, also das primäre Gemeinschaftsrecht, eine ausdrückliche oder wenigstens auslegungsmäßig nachweisbare Ermächtigung zum Tätigwerden der Gemeinschaftsorgane aufweisen.<sup>186</sup> In den Gemeinschaftsverträgen wurde damit bewusst auf eine generelle Ermächtigung zum Erlass von Rechtshandlungen zugunsten eines Systems enumerativer Einzelermächtigungen verzichtet, das indes entgegen dem ersten sich aufdrängenden Anschein durchaus flexiblen Möglichkeiten offen steht, die allesamt auf eine Ausdehnung der Reichweite der vertraglich festgelegten Einzelzuständigkeiten ausgerichtet sind. Im Rahmen dieser flexiblen Möglichkeiten zur Ergänzung und Abrundung der vorgegebenen expliziten Gemeinschaftskompetenzen kommt neben dem Vertragslückenschließungsverfahren gem. Art. 308 EG<sup>187</sup> und der so genannten „implied powers“-Lehre<sup>188</sup> vor allem auch der teleologischen Argumentationsfigur des

<sup>184</sup> Europäischer Rat (Edinburgh), Bull EG, 12-1992, S. 13.

<sup>185</sup> Das „Prinzip der begrenzten Kompetenzzuweisung“, so der Terminus bei von Borries, EuR 1994, S. 263 (267); Jarass, AöR 121 (1996), S. 173 (174 f.), ergibt sich aus der Fassung der Gemeinschaftsverträge; siehe etwa Art. 5 I EG („innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse“), Art. 7 I 2 EG („nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse“), Art. 202, 211, 249 I EG („nach Maßgabe dieses Vertrags“), Art. 5 EU; zu weiteren einschlägigen vertraglichen Bestimmungen Schweitzer/Hummer, Rn. 335, 337; ausführlich Kraußner, S. 16 ff., 77 ff.; kritisch Grabitz, in: ders./Hilf, Art. 189 Rn. 4, weil sich die Gemeinschaftsverträge bei der Ausstattung der Organe mit Kompetenzen zwar weitgehend des Enumerationsprinzips bedienen, diese jedoch durch die Generalermächtigung in Art. 308 EG ergänzt werde.

<sup>186</sup> Ahlft, S. 40 f.; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 82; Oppermann, Rn. 513; Schweitzer/Hummer, Rn. 335.

<sup>187</sup> Ausführlich zu Art. 308 EG Schwartz, in: Festschrift für Mestmäcker, 1996, S. 467 ff.; ferner Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 83 f.; Bleckmann, Europarecht, Rn. 787 ff.; H. P. Ipsen, S. 432 f.; Rohde/Lorenzmeier, S. 177; Schweitzer/Hummer, Rn. 339; Jarass, AöR 121 (1996), S. 173 (177 f.); gegen den Begriff der Vertragslücke Grabitz, in: ders./Hilf, Art. 189 Rn. 4, bestehe doch wegen Art. 308 EG in Wahrheit gar keine Vertragslücke.

<sup>188</sup> Gemäß der „implied powers“-Theorie verfügen die europäischen Gemeinschaften über all jene Kompetenzen, die zur wirksamen und sinnvollen Erfüllung der ihnen bereits ausdrücklich zugesprochenen Zuständigkeiten ergänzend erforderlich erscheinen, selbst wenn diese Kompetenzen nicht explizit in den Gründungsverträgen niedergelegt worden sind; grundlegend Nicolaysen, EuR 1966, S. 129 ff.; J. Becker, Die Anwendbarkeit der Theorie von den implied powers im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1976; Köck, in: Festschrift für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 279 ff.; allgemein Zuleeg, in: Bernhardt, S. 312 ff.; ferner Grabitz, in: ders./Hilf, Art. 189 Rn. 6; Bleckmann, Europarecht, Rn. 798 ff.; Rohde/Lorenzmeier, S. 176 f.; Schweitzer/Hummer, Rn. 338. Der Unterschied zu Art. 308 EG besteht darin, dass die mit Hilfe der „implied powers“-Theorie begründete zusätzliche Kompetenz auf dem engen Sachzusammenhang mit einer bereits vorhandenen EG-Zuständigkeit beruht, im Gegensatz zu Art. 308 EG, wo die Zusatzkompetenz aus den allgemeinen

„effet utile“ eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu.<sup>189</sup> Was den Bereich der Ausweitung von Vertragskompetenzen anbelangt, seien es ausdrückliche, aber auch unter Heranziehung der Abrundungsklausel des Art. 308 EG oder der „implied powers“-Lehre begründete, bedient sich die Rechtsprechung des EuGH der teleologische Auslegungsmethode, die dem Ziel voller Sinnentfaltung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts gewidmet ist, d. h. der Erzielung ihrer nützlichen Wirksamkeit („effet utile“) in dem Sinne, dass die in Betracht kommenden Gemeinschaftsbefugnisse wirklich umfassend ausgeschöpft werden sollen.<sup>190</sup> Damit führt der allgemeine Rechtsgedanke des „effet utile“ nicht nur die im EG-Vertrag ausdrücklich verankerten Zuständigkeiten der Gemeinschaften, sondern vor allem auch die Kompetenzabrundungen nach Art. 308 EG und die unter Rückgriff auf die „implied powers“-Lehre begründeten Zusatzkompetenzen zu einem maximalen Wirkungsgrad, womit sich die teleologische Argumentationsfigur des „effet utile“ als instrumentale Auslegungsmaxime offenbart.<sup>191</sup>

## 2. Die wesentlichen Fallgruppen<sup>192</sup>

Der EuGH zieht die Argumentationsfigur des „effet utile“, wie im folgenden noch zu zeigen sein wird, zur dogmatische Begründung einer beachtlichen Vielzahl von bedeutenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts heran. Ein Überblick über diese

---

Vertragszielen hergeleitet werden muss. Damit erweisen sich die „implied powers“-Zuständigkeiten als ein „Art. 308 EG in Kleinformat“ mit begrenzter Bedeutung; so Oppermann, Rn. 527.

<sup>189</sup> Eingehend zur Problematik der Kompetenzausweitungen im Rahmen seiner Untersuchung der „effet utile“-Rspr. des EuGH Streinz, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1502 ff.).

<sup>190</sup> So bereits frühzeitig EuGH, Rs. 20/59 (Italien/Hohe Behörde, „Frachttafel“), Slg. 1960, S. 681 (708); st. Rspr.; siehe dazu vor allem die eindringliche Mahnung des BVerfG im Maastricht-Urteil, BVerfGE 89, S. 155 (210): „Wenn eine dynamische Erweiterung der bestehenden Verträge sich bisher auf eine großzügige Handhabung des Art. 235 EWGV (jetzt: 308 EG) im Sinne einer „Vertragsabrundungskompetenz“, auf den Gedanken der inhärenten Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaften („implied-powers“) und auf eine Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse („effet utile“) gestützt hat ... , so wird in Zukunft bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Einrichtungen und Organe der Gemeinschaften zu beachten sein, dass der Unions-Vertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragsänderung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.“; dazu kritisch Everling, EuR 1994, S. 127 (128 Fn. 12), und Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 27: Der EuGH habe unter dem Grundsatz des „effet utile“ niemals eine „größtmögliche Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse“ verstanden, sondern meine damit die „praktische Wirksamkeit“; erläuternd zum Maastricht-Urteil H. P. Ipsen, EuR 1994, S. 1 ff.; Kirchhof, in: Hommelhoff/Kirchhof, S. 11 ff.; allgemein zur Ausweitung der Vertragskompetenzen mit Hilfe des Arguments „effet utile“ Oppermann, Rn. 528; Schweitzer/Hummer, Rn. 338; Jarass, AöR 121 (1996), S. 173 (180 f.); Scholz, DÖV 1998, S. 261 (263).

<sup>191</sup> So Oppermann, Rn. 529.

<sup>192</sup> Dazu ausführlich Streinz, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1496 ff.); ferner Bleckmann, Europarecht, Rn. 559; Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 18.

gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze, u. a. mit Hilfe des Effektivitätsgedankens vom EuGH kontinuierlich entwickelt, soll der Frage vorangestellt werden, ob sich die vom EuGH mit Urteil vom 9. 12. 1997 neu geschaffene Rechtsfigur der staatlichen Schutzpflichten als konsequente Fortsetzung dieser Judikatur beurteilen lässt oder demgegenüber als Novum aus dem vom EuGH mit Hilfe des Arguments des „effet utile“ abgesteckten Rahmen richterlich herausgearbeiteter Grundsätze ausbricht. Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage in die eine oder andere Richtung wird letztlich auch darüber mitentscheiden, in welchem Maße den grundfreiheitlichen Schutzpflichten dogmatische Überzeugungskraft zugeschrieben werden kann, werden kontinuierlich und konsequent entwickelte richterliche Rechtschöpfungen doch stets von geringeren Bedenken begleitet, mögen sie auch nie gänzlich auszuschließen sein, als richterliche Kreationen, denen es an fortentwicklungsfähigen Anknüpfungspunkten mangelt.

#### a) Die unmittelbare Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts

Das primäre Gemeinschaftsrecht bindet in rechtlich unproblematischer Weise die einzelnen Mitgliedstaaten. Aber die Vertragsvorschriften können auch im innerstaatlichen Bereich Rechtswirkungen entfalten, wenn sie dort unmittelbar anwendbar sind.<sup>193</sup> Für den einzelnen Bürger bedeutet die unmittelbare Anwendbarkeit von vertraglichen Bestimmungen die Begründung von unmittelbaren Rechten, aber auch Pflichten. Um unmittelbar anwendbar zu sein, muss die Norm des primären Gemeinschaftsrechts jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH<sup>194</sup> zum einen hinreichend klar, vollständig und unbedingt sein, zum anderen eine Handlungs- oder Unterlassungspflicht für die Mitgliedstaaten begründen wollen und schließlich geeignet sein, von den nationalen Behörden und Gerichten ohne weitere staatliche Maßnahmen angewandt zu werden.<sup>195</sup>

<sup>193</sup> Die „unmittelbare Anwendbarkeit“ ist von der „unmittelbaren Geltung“ des primären Gemeinschaftsrechts zu unterscheiden. Zwar gilt das gesamte Primärrecht unmittelbar in den Mitgliedstaaten, so die st. Rspr. des EuGH seit dem Urteil van Gend & Loos, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 1 (24 ff.), aber nicht alle Vertragsbestimmungen sind unmittelbar anwendbar. In der Regel wird in der Lit., die zumeist den angesprochenen Unterschied jedenfalls terminologisch vernachlässigt, die unmittelbare Anwendbarkeit mit der „unmittelbaren Wirkung“ gleichgesetzt; ausführlich zur Unterscheidung Emmert, § 15 Rn. 1 ff.; ferner Ganten, S. 22 Fn. 39.

<sup>194</sup> St. Rspr. des EuGH seit der grundlegenden Entscheidung van Gend & Loos, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 1 (24 ff.), zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 25 EG.

<sup>195</sup> Emmert, § 15 Rn. 3; ferner Arndt, S. 51; Bleckmann, Europarecht, Rn. 1172 ff.; Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 249 f.; ders., Art. 10 Rn. 21 f.; Herdegen, Rn. 167; Schaefer, S. 20 f.; Streinz, Rn. 349. Der EuGH hat einer Vielzahl von Vertragsvorschriften die unmittelbare

Dabei findet die unmittelbare Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts ihre dogmatische Verankerung im Effektivitätsprinzip, wie die folgende Passage des EuGH-Urteils *Simmenthal II*<sup>196</sup> von 1978 zeigt, wo der Gerichtshof auf das Argument der praktischen Wirksamkeit zurückgreift:

„Die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung (Art. 234 EG) würde geschmälert, wenn es dem Gericht verwehrt wäre, das Gemeinschaftsrecht nach Maßgabe der Entscheidung oder der Rechtsprechung des Gerichtshofes unmittelbar anzuwenden.

Aus alledem folgt, dass jeder im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene staatliche Richter verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es einzelnen verleiht, zu schützen, indem er jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig, ob sie früher oder später als die Gemeinschaftsnorm ergangen ist, unangewendet lässt.“<sup>197</sup>

Indem der EuGH damit deutlich zum Ausdruck bringt, dass die Beachtung des Grundsatzes der unmittelbaren Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts nicht nur den gemeinschaftlichen Vollzugsorganen, sondern auch und vor allem den nationalen, mit der Durchführung des Gemeinschaftsrechts betrauten Organen als Verpflichtung auferlegt ist, wobei als solche Organe neben den ausdrücklich genannten nationalen Richtern auch die mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden als Adressaten der Verpflichtung in Betracht kommen,<sup>198</sup> wird die Brücke zum Grundsatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts geschlagen, was der EuGH in der zitierten Passage am Ende auch deutlich herausstellt. Haben die staatlichen Vollzugsorgane die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen, muss nämlich mit dem Gemeinschaftsrecht kollidierendes nationales Recht wegen des Prinzips vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts zwangsläufig unangewendet bleiben.<sup>199</sup>

---

Anwendbarkeit zugestanden, so vor allem auch den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages.

<sup>196</sup> EuGH, Rs. 106/77 (*Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal*, „*Simmenthal II*“), Slg. 1978, S. 629 ff.

<sup>197</sup> EuGH, Rs. 106/77 (*Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal*, „*Simmenthal II*“), Slg. 1978, S. 629 (644).

<sup>198</sup> Siehe dazu EuGH, Rs. 103/88 (*Fratelli Costanzo SpA/Stadt Mailand*), Slg. 1989, S. 1839 (1870 f.).

<sup>199</sup> Die Verknüpfung der unmittelbaren Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts wird deutlich betont von Streinz, in: *Festschrift für Everling*, Bd. II,

## b) Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien und staatengerichteten Entscheidungen

### aa) Richtlinien

Die Unterscheidung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien nach dem Verhältnis Bürger-Staat einerseits und der Beziehung Bürger-Bürger andererseits gibt die im folgenden zugrunde gelegte Begriffsbildung von vertikaler und horizontaler Direktwirkung von Richtlinien vor.

#### (1) Die vertikale Direktwirkung von Richtlinien

Dem klaren Wortlaut des Art. 249 III EG zufolge ist die Richtlinie zwar *für* jeden Mitgliedstaat verbindlich, im Gegensatz zur Verordnung gem. Art. 249 II EG gilt sie aber nicht unmittelbar *in* jedem Mitgliedstaat.<sup>200</sup> Diese vertragliche Konzeption bringt das die Richtlinie charakterisierende zweistufige Rechtsetzungsverfahren zum Ausdruck.<sup>201</sup> Die erste Stufe bildet die Richtlinie selbst, die dann auf der zweiten Stufe noch von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden muss. Die Mitgliedstaaten trifft also eine zeitlich gebundene Durchführungspflicht im Hinblick auf das in der Richtlinie enthaltene Programm („hinsichtlich des zu erreichenden Ziels“), so dass allein die Mitgliedstaaten als Adressaten der Richtlinie in Betracht kommen.<sup>202</sup> Damit entfaltet die Richtlinie Rechtswirkungen ausschließlich für die einzelnen Mitgliedstaaten, den Marktbürgern sollen demgegenüber durch die Richtlinie keine unmittelbaren Rechte und Pflichten vermittelt werden. Die vertragliche Konzeption der Richtlinie gem. Art. 249 III EG steht daher einer vertikalen Direktwirkung von Richtlinien in den einzelnen Mitgliedstaaten ersichtlich entgegen.

---

1995, S. 1491 (1499); ders., Rn. 349; ebenso Everling, DVBl. 1985, S. 1201 (1203 f.); Mögele, BayVBl. 1993, S. 552 (554); siehe auch Herdegen, Rn. 229.

<sup>200</sup> So Emmert, § 15 Rn. 8; ebenso Streinz, Rn. 398.

<sup>201</sup> Geiger, Art. 249 Rn. 8; Grabitz, in: ders./Hilf, Art. 189 Rn. 60; Arndt, S. 53; Fischer/Köck, S. 413; Herdegen, Rn. 177; Koenig/Haratsch, Rn. 256; siehe auch Schmidt-Aßmann, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 513 (526); Streinz, Rn. 384 ff.; Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Einl. Rn. 136 f.

<sup>202</sup> Ahlt, S. 13; Arndt, S. 53; Streinz, Rn. 388; Ehlers, DVBl. 1991, S. 605 (607); Geiger, Art. 249 Rn. 8.

Mit der vertraglichen Konzeption der Richtlinie in klarem Widerspruch stehend, wurde jedoch schon frühzeitig Anfang der siebziger Jahre in der Judikatur des EuGH<sup>203</sup> der Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen eine unmittelbare Wirkung im innerstaatlichen Bereich zugestanden. So kann sich der einzelne Marktbürger seinem Mitgliedstaat gegenüber direkt auf die Richtlinie berufen, wenn diese trotz des Fristablaufs noch nicht in nationales Recht umgesetzt worden ist und die betreffende Richtlinienbestimmung sowohl inhaltlich unbedingt als auch hinreichend genau ist, um im Einzelfall angewendet zu werden.<sup>204</sup> Als einen der tragenden dogmatischen Gründe für die unmittelbaren Wirkung von Richtlinien zieht der EuGH wiederum den allgemeinen Rechtsgedanken des „effet utile“ heran.<sup>205</sup>

Der EuGH lässt sich von der Überlegung leiten, dass es „mit der den Richtlinien durch Art. 189 (jetzt: Art. 249 EG) zuerkannten verbindlichen Wirkung unvereinbar sei, grundsätzlich auszuschließen, dass sich betroffene Personen auf die durch die Richtlinie auferlegte Verpflichtung berufen können“.<sup>206</sup> Die „praktische Wirkung einer Maßnahme würde abgeschwächt, wenn die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten“,<sup>207</sup> wenn es jeder Mitgliedstaat in der Hand hätte, den Eintritt der mit der Richtlinie beabsichtigten

<sup>203</sup> St. Rspr. des EuGH seit Rs. 41/74 (van Duyn/Home Office), Slg. 1974, S. 1337 (1348); ferner EuGH, Rs. 148/78 (Ratti), Slg. 1979, S. 1629 (1642); Rs. 8/81 (Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt), Slg. 1982, S. 53 (70 f.); Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, S. 1651 (1691); inzwischen h. L.; kritisch aber Pagenkopf, NVwZ 1993, S. 216 (222 f.). Das BVerfG beurteilte in seinem Beschluss Kloppenburg vom 8. 4. 1987, BVerfGE 75, S. 223 (235 ff.), die vom EuGH entwickelte Rechtsfigur der direkten Wirkung von Richtlinien als vereinbar mit dem deutschen Vertragsgesetz zum EWG-Vertrag, da die solchermaßen praktizierte Rechtsfortbildung durch den EuGH die Grenzen zulässiger europäischer Rechtsprechungstradition nicht überschreite, somit ein gelungenes Beispiel zulässiger Rechtsfortbildung abgebe. Deshalb korrigierte das BVerfG das eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien verneinende Urteil des deutschen Bundesfinanzhofs, BFHE 143, S. 383 ff. = NJW 1985, S. 2103 ff. = EuR 1985, S. 191 ff.

<sup>204</sup> Siehe Ahlt, S. 16 f.; Arndt, S. 55; Emmert, § 15 Rn. 14; Herdegen, Rn. 183; Koenig/Haratsch, Rn. 260; Schweitzer/Hummer, Rn. 364; Streinz, Rn. 398; Ehlers, DVBl. 1991, S. 605 (607); Geiger, Art. 249 Rn. 15.; Grabitz, in: ders./Hilf, Art. 189 Rn. 61 f.; Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Einl. Rn. 137. Die vertikale Direktwirkung von Richtlinien kommt nach der Rspr. des EuGH allerdings nur dann in Betracht, wenn die Bestimmungen der Richtlinie für den Bürger begünstigend wirken; dies stellt also eine weitere Voraussetzung für die unmittelbare Wirkung von Richtlinien dar. Damit wird der Begründung von Verpflichtungen zu Lasten einzelner im Bürger-Staat-Verhältnis eine deutliche Absage erteilt; dazu EuGH, Rs. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Slg. 1987, S. 3969 (3985 f.); st. Rspr.; ferner Ahlt, S. 17; Oppermann, Rn. 556 a. E.; Ress, in: Gedächtnisschrift für Arens, 1993, S. 351 (361 f.); Schweitzer/Hummer, Rn. 365 f.; Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Einl. Rn. 137; Langenfeld, DÖV 1992, S. 955 (958 f.); Classen, EuZW 1993, S. 83 (84); Papier, DVBl. 1993, S. 809 (810); a. A. Richter, EuR 1988, S. 394 (401 f.); Winter, DVBl. 1991, S. 657 (665).

<sup>205</sup> Näher zu den theoretischen Grundlagen Oldenbourg, S. 218 ff.; Ress, in: Gedächtnisschrift für Arens, 1993, S. 351 (357 ff.); ferner Ahlt, S. 17; Emmert, § 15 Rn. 15; Fischer/Köck, S. 414 f.; Herdegen, Rn. 184; Koenig/Haratsch, Rn. 262; Streinz, Rn. 398; Gassner, JuS 1996, S. 303 (304).

<sup>206</sup> EuGH, Rs. 148/78 (Ratti), Slg. 1979, S. 1629 (1642).

<sup>207</sup> EuGH, Rs. 8/81 (Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt), Slg. 1982, S. 53 (71).

Rechtswirkungen dadurch beliebig hinauszuzögern oder ganz zu vereiteln, dass er einfach mit der Umsetzung der Richtlinie in innerstaatliches Recht zuwartet.<sup>208</sup>

## (2) Die horizontale Direktwirkung von Richtlinien

Deutlich zu scheiden von der dargestellten Thematik der vertikalen Direktwirkung von Richtlinien ist die Frage nach einer möglichen horizontalen Wirkung von Richtlinien, die von Teilen der Literatur mit mehr oder weniger ausführlicher Begründung durchaus bejaht wird.<sup>209</sup> Was die Problematik der horizontalen Direktwirkung von Richtlinien anbelangt, verdient vor allem auch Generalanwalt Lenz besondere Erwähnung, nahm er sich doch in seinen eingehend begründeten Schlussanträgen zur Rechtssache *Faccini Dori*<sup>210</sup> vom Februar 1994, in der sich die Klägerin im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages ihrem Vertragspartner gegenüber auf ein Rücktrittsrecht aus einer unzulässigerweise noch nicht umgesetzten Verbraucherschutzrichtlinie berufen wollte, mit besonderer Akribie der hier interessierenden Thematik an, indem er sowohl die in Betracht kommenden Argumente zugunsten einer Drittwirkung deutlich herausarbeitete als auch die hinreichend bekannten Gegenargumente sorgfältig zu widerlegen versuchte.<sup>211</sup> Dabei konnte sich Generalanwalt Lenz als engagierter Verfechter einer horizontalen Wirkung von Richtlinien bei seinem Bemühen um argumentative Rechtfertigung im Fall *Faccini Dori* auf die Ausführungen zweier Kollegen, des Generalanwalts Van Gerven und des Generalanwalts Jacobs, sowie eines Richters am EuGH, nämlich des Richters Schockweiler, berufen.<sup>212</sup>

Unter den von Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen angeführten Argumenten zugunsten einer Drittwirkung nimmt auch der allgemeine Rechtsgedanke des „*effet utile*“ einen bedeutenden argumentativen Stellenwert ein, wie die folgende Erwähnung im Rahmen der Proargumente zu belegen vermag:

<sup>208</sup> EuGH, Rs. 148/78 (*Ratti*), Slg. 1979, S. 1629 (1642).

<sup>209</sup> Siehe etwa Bach, JZ 1990, S. 1108 (1115); Reich, EuZW 1991, S. 203 (209); Viebrock, JZ 1991, S. 555 (556); Winter, DVBl. 1991, S. 657 (664 f.); Emmert, EWS 1992, S. 56 ff.; Nessler, RIW 1993, S. 206 (208); Dendrinou, S. 197, 201 ff.; E. Klein, S. 25 ff.; Müller-Graff, S. 44; Nicolaysen, Bd. I, S. 165; Schaefer, S. 191 ff.; siehe auch die zahlreichen Nachweise, was die Befürworter und Gegner einer unmittelbaren horizontalen Wirkung von Richtlinien anbelangt, bei Jaensch, S. 184 Fn. 14-16.

<sup>210</sup> GA Lenz, Schlussanträge vom 9. 2. 1994, EuGH, Rs. C-91/92 (*Faccini Dori*), Slg. 1994, S. 3328 ff.

<sup>211</sup> Nähere Darstellung der für und gegen eine Drittwirkung sprechenden Argumente auch bei Gassner, JuS 1996, S. 303 (305 f.), der selbst die Gegenargumente für gewichtiger einstufte.

<sup>212</sup> Siehe die Nachweise bei GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-91/92 (*Faccini Dori*), Slg. 1994, S. 3328 (3339).

„Bei Richtlinien, deren Inhalt darauf angelegt ist, im Verhältnis zwischen Privaten zu wirken und die Vorschriften enthalten, die den Schutz der schwächeren Vertragspartei bezwecken, ist augenfällig, dass die Richtlinie durch Nichtumsetzung ihres „effet utile“ beraubt wird.“<sup>213</sup>

Damit findet der allgemeine Rechtsgedanke des „effet utile“ bei der Begründung einer Drittwirkung von Richtlinien gleichermaßen argumentative Verwendung, wie dies bereits bei der dogmatischen Kategorie der vertikalen Direktwirkung zu verzeichnen war. Die der Richtlinie vorrangig anhaftende Zielsetzung der Rechtsharmonisierung sowie der parallelen Weiterentwicklung des Rechts der Mitgliedstaaten wird durch die bewusste und unbewusste Nichtumsetzung von Richtlinien weitgehend vereitelt, womit zwangsläufig die Frage nach den Möglichkeiten zur Absicherung einer einheitlichen und effizienten Anwendung des Gemeinschaftsrechts aufgeworfen wird, weil die Effektivität des Gemeinschaftsrechts durch die mitgliedstaatliche Vertragsverletzung besonderen Gefahren ausgesetzt wird.<sup>214</sup>

Die von Teilen der Literatur befürwortete unmittelbare horizontale Wirkung von Richtlinien, die zuweilen auch eingehend begründet wird, sieht sich jedoch einer bislang wohl als gefestigt zu bezeichnenden richterlichen Ablehnungsfront ausgesetzt. So lehnt der EuGH in ständiger Rechtsprechung eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien zwischen Privatpersonen ab.<sup>215</sup> Damit kann eine noch nicht

<sup>213</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, S. 3328 (3340); siehe zur Verbesserung der Rechtslage des einzelnen im Sinne des „effet utile“ auch Steindorff, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1455 ff.

<sup>214</sup> Siehe GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, S. 3328 (3341); Emmert, EWS 1992, S. 56 (66 f.); kritisch zum Effektivitätsgedanken Gassner, JuS 1996, S. 303 (305 f.).

<sup>215</sup> Den Ausgangspunkt der st. Rspr. bildet EuGH, Rs. 152/84 (Marshall/Health Authority), Slg. 1986, S. 723 (749); dazu ablehnende Anm. von Nicolaysen, EuR 1986, S. 370 f.; bestätigt durch EuGH, verb. Rs. 372 bis 374/85 (Traen), Slg. 1987, S. 2141 (2159); Rs. 14/86 (Pretore di Salò/X), Slg. 1987, S. 2545 (2570); Rs. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Slg. 1987, S. 3969 (3985); Rs. C-188/89 (Foster u. a.), Slg. 1990, S. I-3313 (3348); Rs. C-106/89 (Marleasing/La Comercial International de Alimentación), Slg. 1990, S. I-4135 (4158); Rs. C-91/92 (Faccini Dori) Slg. 1994, S. I-3325 (3355 ff.); Rs. C-192/94 (El Corte Inglés SA), Slg. 1996, S. I-1281 (1303 f.); verb. Rs C-71/94, C-72/94 u. C-73/94 (Eurim-Pharm), Slg. 1996, S. I-3603 (3617); Rs. C-168/95 (Arcaro), Slg. 1996, S. I-4705 (4729 f.); verb. Rs. C-74/95 u. C-129/95 (Strafverfahren gegen X), Slg. 1996, S. I-6609 (6636); Rs. C-97/96 (Daihatsu), Slg. 1997, S. I-6843 (6865 f.); siehe ferner Geiger, Art. 249 Rn. 15; Hetmeier, in: Lenz, Art. 249 Rn. 12; Arndt, S. 57; Koenig/Haratsch, Rn. 262; Oppermann, Rn. 558 f.; Ress, in: Gedächtnisschrift für Arens, 1993, S. 351 (362); zur indirekten Drittwirkung von Richtlinien im

umgesetzte Richtlinie keine Verpflichtungen für die einzelnen Marktbürger begründen, die Geltendmachung von Richtlinienbestimmungen zu Lasten von Privatpersonen kommt also nicht in Betracht. Andernfalls würde „der Gemeinschaft die Befugnis zuerkannt, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist.“<sup>216</sup> Art. 249 III EG betont nämlich gemäß seiner vertraglichen Konzeption allein das vertikale Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, so dass die Anerkennung einer unmittelbaren Drittwirkung von Richtlinien zu systemwidrigen Verpflichtungen von Privatrechtssubjekten führen würde. Zwar kann sich der einzelne Marktbürger dem vertragsbrüchigen Mitgliedstaat gegenüber unter den bereits dargestellten Voraussetzungen direkt auf eine nicht fristgerecht ins nationale Recht umgesetzte Richtlinie berufen (sog. vertikale Direktwirkung von Richtlinien), denn der Mitgliedstaat soll aus seiner Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts keinen Nutzen ziehen.<sup>217</sup> Dieser Grundsatz des „venire contra factum proprium“, den der EuGH zur Begründung der unmittelbaren vertikalen Wirkung von Richtlinien neben dem Argument des „effet utile“ zusätzlich heranzieht, versagt aber als dogmatische Grundlage in den Fällen der unmittelbaren horizontalen Wirkung von Richtlinien, weil Privatpersonen anders als Mitgliedstaaten selbstverständlich keine Umsetzungsverpflichtung trifft, mit der Folge, dass sie insoweit auch keine Vertragsverletzung begehen können.<sup>218</sup> Eine Berufung des einzelnen Marktbürgers auf Richtlinienbestimmungen gegenüber Privatpersonen scheidet deshalb aus, so dass allein dem Mitgliedstaat gegenüber Rechte aus einer Richtlinie abgeleitet werden können.

## bb) Entscheidungen

---

Privatrechtsverkehr Oppermann, Rn. 560 f.; Schweitzer/Hummer, Rn. 368; Emmert, EWS 1992, S. 56 (67); Gassner, JuS 1996, S. 303 (305).

<sup>216</sup> So vor allem EuGH, Rs. C-91/92 (Faccini Dori) Slg. 1994, S. I-3325 (3356).

<sup>217</sup> EuGH, Rs. 152/84 (Marshall/Health Authority), Slg. 1986, S. 723 (749); besonders deutlich EuGH, Rs. C-91/92 (Faccini Dori) Slg. 1994, S. I-3325 (3356): „Es wäre nicht hinnehmbar, dass der Staat, dem der Gemeinschaftsgesetzgeber den Erlass bestimmter Vorschriften vorschreibt, mit denen seine Beziehungen ... zu den Bürgern geregelt und diesen bestimmte Rechte gewährt werden sollen, sich auf die Nichterfüllung seiner Verpflichtungen berufen könnte, um den Bürgern diese Rechte zu versagen.“

<sup>218</sup> Dazu näher Jaensch, S. 185.

Gem. Art. 249 IV EG ist die Entscheidung in allen ihren Teilen verbindlich wie die Verordnung. Da der Adressat individuell bezeichnet wird, hat die Entscheidung individuelle Geltung.<sup>219</sup> Die Entscheidung kann sich dabei sowohl an die Mitgliedstaaten als auch an die einzelnen Marktbürger richten, so dass die Mitgliedstaaten und die Individuen gleichermaßen Adressaten der Entscheidung sein können. Von der unmittelbaren Rechtsverbindlichkeit der Entscheidung wird selbstverständlich der ausdrücklich in der Entscheidung bezeichnete Adressat erfasst. Entscheidungen, die sich ihrem Inhalt nach ausschließlich an die Mitgliedstaaten richten, können aber, unter ähnlichen Voraussetzungen wie bei der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, über ihren förmlichen Adressat hinaus auch unmittelbar im innerstaatlichen Rechtsraum wirken, d. h. unmittelbare Rechtswirkungen für die Individuen in den Mitgliedstaaten erzeugen.<sup>220</sup> Dieses grundlegende Postulat fällt der EuGH in der Rechtssache „Leberpfennig“<sup>221</sup> im Jahre 1970. Als tragender dogmatischer Pfeiler der unmittelbaren Wirkung von staatsgerichteten Entscheidungen fungierte dabei der Grundsatz des „effet utile“ mit dem ausdrücklich, durch den Klammerzusatz „effet utile“, synonym verwendeten Begriff der „nützlichen Wirkung“:

„Zwar gelten nach Art. 189 (jetzt: 249 EG) Verordnungen unmittelbar und können infolgedessen schon wegen ihrer Rechtsnatur unmittelbare Wirkungen erzeugen. Hieraus folgt indessen nicht, dass andere in diesem Artikel genannte Kategorien von Rechtsakten niemals ähnliche Wirkungen erzeugen könnten. ... Mit der den Entscheidungen durch Art. 189 zuerkannten verbindlichen Wirkung wäre es unvereinbar, grundsätzlich auszuschließen, dass betroffene Personen sich auf die durch die Entscheidung auferlegte Verpflichtung berufen können. Insbesondere in den Fällen, in denen etwa die Gemeinschaftsbehörden einen Mitgliedstaat oder alle Mitgliedstaaten durch Entscheidung zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, würde die nützliche Wirkung („effet utile“) einer solchen Maßnahme abgeschwächt, wenn die Angehörigen dieses Staates sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die

<sup>219</sup> Geiger, Art. 249 Rn. 19; Streinz, Rn. 413.

<sup>220</sup> Siehe Arndt, S. 61 f.; Herdegen, Rn. 186; Streinz, Rn. 417; Hetmeier, in: Lenz, Art. 249 Rn. 17.

<sup>221</sup> EuGH, Rs. 9/70 (Grad/Finanzamt Traunstein, „Leberpfennig“), Slg. 1970, S. 825 (837 ff.); ferner EuGH, Rs. 23/70 (Haselhorst/Finanzamt Düsseldorf-Altstadt), Slg. 1970, S. 881 (893 f.); siehe auch Schweitzer/Hummer, Rn. 379, mit dem Hinweis, dass der Grundsatz der unmittelbaren Wirkung von staatsgerichteten Entscheidungen zwar im Prinzip, aber bloß obiter dictum, schon im „Leberpfennig“-Urteil des EuGH anerkannt wurde, die endgültige Festlegung aber erst im Jahre 1992 in der Rs. C-156/91 (Hansa Fleisch Ernst Mundt), Slg. 1992, S. I-5567 (5593 ff.), erfolgte.

staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten.“<sup>222</sup>

### c) Das gemeinschaftsrechtlich begründete Staatshaftungsrecht

aa) Für den Fall der mitgliedstaatlichen Verletzung von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts hat der EuGH einen Staatshaftungsanspruch zugunsten des geschädigten Marktbürgers entwickelt, der sich gegen den das Gemeinschaftsrecht missachtenden Mitgliedstaat richtet. Der gemeinschaftsrechtliche Entschädigungsanspruch steht dabei im Dienste der besseren Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts bzw. der Sicherung und Durchsetzung der durch das Gemeinschaftsrecht begründeten Rechte des einzelnen, so dass es also letztlich vor allem auch um eine Erweiterung des Individualrechtsschutzes geht.<sup>223</sup> Die durch den mitgliedstaatlichen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hervorgerufene Beeinträchtigung der durch das Gemeinschaftsrecht begründeten Rechte des einzelnen soll mit Hilfe der gemeinschaftsrechtlich begründeten Staatshaftung kompensiert werden, um der vom Gemeinschaftsrecht intendierten Verleihung von Rechten an die einzelnen Marktbürger doch noch zum erfolgreichen Durchbruch zu verhelfen.

Grundlegend für die Entwicklung dieses neuen Rechtsinstituts der gemeinschaftsrechtlich begründeten Staatshaftung in der Judikatur des EuGH ist das im November 1991 ergangene Urteil Francovich<sup>224</sup>, in dem der Gerichtshof zum ersten Mal einen Staatshaftungsanspruch wegen der nicht fristgemäßen Umsetzung einer Richtlinie, die nicht unmittelbar anwendbar war, anerkannte. Im Rahmen der dogmatischen Begründung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung durch den EuGH kommt dem Effektivitätsprinzip eine zentrale Rolle zu. Der gemeinschaftsrechtliche Entschädigungsanspruch beruht damit ganz wesentlich auf

<sup>222</sup> EuGH, Rs. 9/70 (Grad/Finanzamt Traunstein, „Leberpfennig“), Slg. 1970, S. 825 (838).

<sup>223</sup> Siehe EuGH, verb. Rs. C-46 u. C-48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), Slg. 1996, S. I-1029 (1143); ferner Geiger, Art. 10 Rn. 46; Koenig/Haratsch, Rn. 420; Ress, in: Gedächtnisschrift für Arens, 1993, S. 351 (365); Zuleeg, BB 1994, S. 581 (583); Martin-Ehlers, EuR 1996, S. 376 (379 f.); Reich, EuZW 1996, S. 709 ff.; von Danwitz, DVBl. 1997, S. 1 (3); Deckert, EuR 1997, S. 203 (204); Schoch, Die Verwaltung 1999, Beiheft 2, S. 135 (141 f., 146 f.).

<sup>224</sup> EuGH, verb. Rs. C-6 u. C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, S. I-5357 ff.; dazu ausführlich Tomuschat, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1585 ff.

dem Rechtsgedanken des „effet utile“, der größtmöglichen bzw. in der Begriffsbildung des EuGH der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts:

„Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, dass seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist. Diese Möglichkeit einer Entschädigung durch den Mitgliedstaat ist vor allem dann unerlässlich, wenn die volle Wirkung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen davon abhängt, dass der Staat tätig wird, und der einzelne deshalb im Falle einer Untätigkeit des Staates die ihm durch das Gemeinschaftsrecht zuerkannten Rechte vor den nationalen Gerichten nicht geltend machen kann. Der Grundsatz einer Haftung des Staates für Schäden, die dem einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, folgt somit aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung.“<sup>225</sup>

bb) Der sich damit offenbarende Rückgriff des EuGH auf die Argumentationsfigur des „effet utile“ zur dogmatischen Rechtfertigung des neu geschaffenen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs hat nicht nur Zustimmung im Schrifttum erfahren, sondern vereinzelt auch heftige Kritik hervorgerufen.<sup>226</sup> Im folgenden sollen vor allem zwei Stimmen aus der Literatur in den Vordergrund gerückt werden, die sich durch eine besonders kritische Stellungnahme auszeichnen:

Den Anfangspunkt dieser kritischen Bemerkungen setzte Ossenbühl<sup>227</sup>, der die von ihm prognostizierte fehlende methodische Begründungssorgfalt des EuGH, was die

<sup>225</sup> EuGH, verb. Rs. C-6 u. C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, S. I-5357 (5414). Auf die zentrale Bedeutung des „effet utile“ für die dogmatische Begründung des Staatshaftungsanspruchs wies Meier, EuZW 1991, S. 576, bereits vor dem Francovich-Urteil hin.

<sup>226</sup> Eingehende Analyse der kritischen Anmerkungen zum Francovich-Urteil des EuGH bei Streinz, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1507 ff.), der die Kritik am allgemeinen Rechtsgedanken des „effet utile“ in kritische Anmerkungen unterteilt, die einerseits die Methode und andererseits den Umfang der „effet utile“-Rspr. des EuGH betreffen; zustimmend zur Rspr. des EuGH etwa Hailbronner, JZ 1993, S. 284 (286 f., 289); Furrer/Epiney, JZ 1995, S. 1025 (1028 f.); Streinz, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1508 ff.). Anzumerken bleibt, dass die im Schrifttum geübte Kritik zwar besonders heftig das Francovich-Urteil und damit das neu geschaffene gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsrecht betraf, sich darin indes nicht erschöpfte, sondern weiterreichte; dazu Everling, EuR 1994, S. 127 (128 f.) m. w. N.

<sup>227</sup> Ossenbühl, DVBl. 1992, S. 993 ff.

dogmatischen Rechtsgrundlagen des Staatshaftungsanspruchs und damit auch den tragenden normativen Pfeiler des Effektivitätsprinzips angeht, in den Vordergrund einer kritischen Analyse stellte. Nach der Auffassung Ossenbühls bleibt der Ableitungszusammenhang wie gewohnt apodiktisch, thesenhaft, eher dezisionär als deduktiv. Zur Begründung des inhaltsschweren Ergebnisses eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts genügen dem EuGH zwei locker beschriebene Schreibmaschinenseiten. Der durch den üppigen Begründungsaufwand verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen verwöhnte Jurist sieht sich deshalb auf geistige Diät gesetzt. Aber selbst wenn man dem besonderen Ambiente der Rechtsprechung auf europäischer Ebene derart Rechnung trägt, dass die Begründungserwartungen auf ein Minimum heruntergeschraubt werden, ergeben sich schon argumentationsimmanente kritische Einwände gegen die Ableitungen des EuGH.<sup>228 229</sup>

Auf gleicher kritischer Linie bewegen sich die Ausführungen von von Danwitz<sup>230</sup> zur Problematik der Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung. Von

<sup>228</sup> Ossenbühl, DVBl. 1992, S. 993 (994 f.). An dem von Ossenbühl zuletzt angeführten Gesichtspunkt des besonderen Ambiente der Rspr. auf europäischer Ebene setzen Bemühungen an, die geübte Kritik teilweise zu entkräften, handele es sich beim EuGH doch um einen Gerichtshof, zusammengesetzt aus 15 Richtern aus 15 Mitgliedstaaten mit bei aller gemeineuropäischer Rechtskultur unterschiedlichen Rechtsordnungen und Rechtstraditionen, was sich zwangsläufig auf den praktizierten Urteilsstil auswirke; so Streinz, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1508); siehe auch Everling, RabelsZ 50 (1986), S. 193 (208 ff.); ders., EuR 1994, S. 127 (131 ff.); Häberle, 9 ff.

<sup>229</sup> Was den Umfang der „effet utile“-Rspr. des EuGH angeht, erachtet Ossenbühl, DVBl. 1992, S. 993 (995), den eigentlichen grundsätzlichen Ansatzpunkt für Kritik darin, dass der EuGH nicht deutlich zwischen den Polen Vertragsauslegung und vertragsergänzender Neuschöpfung unterscheide und damit die dazwischenliegende Begrenzung überschreite. Das Prinzip der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts habe seinen legitimen Platz im Bereich der Vertragsauslegung (siehe dazu oben 3. Teil B. I.), weshalb es als Grundlage für vertragsergänzende Neuschöpfungen prinzipiell nicht in Betracht komme. Selbst wenn man die Grenzen von Vertragsauslegung und vertragsergänzender Neuschöpfung als fließend auffasse, sei unbestreitbar, dass der Grundsatz der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung nicht als Ergebnis (bloßer) Vertragsauslegung verstanden werden könne. Dem EuGH obliege die Sicherung der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags“ (Art. 220 EG); er sei Interpret, nicht aber „Herr des Vertrags“. Seine vorangehenden Ausführungen resümierend, gelangt Ossenbühl, DVBl. 1992, S. 993 (997), zu der wohl vernichtenden Erkenntnis, dass die Kreation eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs durch den EuGH einen überraschenden dezisionären Kraftakt darstelle, der seine Legitimation und Überzeugungskraft nicht aus dem Scharfsinn und der Plausibilität rechtlicher Deduktion beziehe; ebenso Dänzer-Vanotti, RIW 1992, S. 733 (740 f.): unzulässige „gesetzeskorrigierende Rechtsfortbildung“ bzw. unzulässiges „gesetzesvertretendes Richterrecht“; Schlemmer-Schulte, EuR 1992, S. 82 (90); Nessler, RIW 1993, S. 206 (209 f.); Prieß, NVwZ 1993, S. 118 (125); von Danwitz, JZ 1994, S. 335 (340 f.): kein „Beispiel geglückter richterlicher Rechtsfortbildung“; a. A. Everling, in: Festschrift für Börner, 1992, S. 57 (68); Versuch einer Entkräftung der vorgetragenen Kritik mit drei zentralen Argumenten bei Streinz, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1509).

<sup>230</sup> Von Danwitz, JZ 1994, S. 335 ff.

Danwitz sieht sich zu der Feststellung veranlasst, den Konstitutionsprinzipien der Gemeinschaftsrechtsordnung, worunter Eigenständigkeit, Vorrang und Direktwirkung zugunsten einzelner zu verstehen sind, eine weitgehende Maßstabslosigkeit und Direktionsschwäche zu attestieren. Selbst die vom EuGH praktizierte Verknüpfung des „effet-utile“ dieser Wesensmerkmale des Gemeinschaftsrechts mit den weiteren Kriterien der Garantie effektiven Rechtsschutzes sowie des in Art. 10 EG verankerten Grundsatzes der Gemeinschaftstreue erlaubt keine Ergebniskontrolle, welche die vom EuGH statuierte Staatshaftung als folgerichtig oder gar als zwingendes Ableitungsergebnis erscheinen lässt. Deshalb kommt von Danwitz zu der Schlussfolgerung, dass diese vom EuGH herangezogenen Kriterien insgesamt zu unbestimmt sind, um das Fehlen von Anhaltspunkten für eine grammatikalische oder teleologische Auslegung kompensieren und der vom EuGH kreierten Staatshaftung das Odium bloßer Dezision überzeugend nehmen zu können. Insbesondere in Anbetracht der nicht zu unterschätzenden Bedeutung dieser Rechtsprechung ist die apodiktische Begründung des Urteils zu Recht Anlass methodenkritischer Auseinandersetzungen gewesen.<sup>231</sup> Schließlich merkt von Danwitz nochmals kritisch an, dass dem „effet utile“ aus sich heraus keine normative Bedeutung zukommt und er dementsprechend auch keine legitimierende Kraft entfalten kann; als Auslegungsregel kann er eben nur einer konkreten Bestimmung des Gemeinschaftsrechts zu ihrer jeweils vollen Wirksamkeit verhelfen.<sup>232</sup>

cc) Ging es im Urteil des EuGH in der Rechtssache Francovich noch um die nicht fristgemäße Umsetzung einer Richtlinie, so zeigen doch neuere Urteile des Gerichtshofs zur Problematik des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts, dass sich das neu geschaffene Rechtsinstitut keineswegs auf den Fall der nicht rechtzeitigen Richtlinienumsetzung beschränkt. Der EuGH hat sich mit seiner jüngeren Rechtsprechung nämlich deutlich von der ursprünglichen Problematik der Rechtssache Francovich entfernt und den neu geschaffenen Entschädigungsanspruchs auf alle Fälle der Verletzung von primärem und sekundärem Gemeinschaftsrechts ausgedehnt, was im Ergebnis die Statuierung

<sup>231</sup> Von Danwitz, JZ 1994, S. 335 (338), mit Verweis in Fn. 52 auf den in methodologischer Hinsicht interessanten Vergleich zu dem Begründungsaufwand, den der Große Senat des BGH, BGHZ 6, S. 270 (273 ff.), bei der Entwicklung des enteignungsgleichen Eingriffs für erforderlich erachtet hatte.

<sup>232</sup> Von Danwitz, JZ 1994, S. 335 (339); siehe auch ders., DVBl. 1997, S. 1 (2 f.); weitere kritische Stimmen in der Lit.: Karl, RIW 1992, S. 440 (444 ff.); Pieper, NJW 1992, S. 2454 (2457); Triantafyllou, DÖV 1992, S. 564 (566); Geiger, DVBl. 1993, S. 465 (467 mit Fn. 21); Prieß, NVwZ 1993, S. 118 (120, 121).

einer dem deutschen Recht fremden<sup>233</sup> Staatshaftung für legislatives Unrecht miteinschließt.<sup>234</sup>

d) Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für den Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten

Das Effektivitätsprinzip stellt den entscheidenden dogmatischen Begründungsansatz dar, mit dessen Hilfe die Rechtsprechung des EuGH gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den mitgliedstaatlichen Vollzug von Gemeinschaftsrecht entwickelt hat, die im Dienste der Gewährleistung einer einheitlichen und effektiven Anwendung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten stehen. Die Durchführung des Gemeinschaftsrechts muss im Ergebnis die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen vollständig erfüllen, womit der Rechtsgedanke des „effet utile“ in dem Sinne zum Ausdruck gebracht wird, dass die Mitgliedstaaten dem Gemeinschaftsrecht zu einer umfassenden („perfekten“) Wirksamkeit zu verhelfen haben.<sup>235</sup> Auf diese Weise nimmt das Gemeinschaftsrecht im Interesse seiner effizienten Anwendung Einfluss auf das nationale Recht.<sup>236</sup> Diesen vom EuGH mit der Argumentationsfigur des „effet utile“ herausgearbeiteten gemeinschaftsrechtlichen Forderungen verdienen in umfassender Art und Weise Beachtung durch die nationalen Vollzugsbehörden, soll

---

<sup>233</sup> Eine Amtshaftung für legislatives Unrecht nach deutschem Recht gem. Art. 34 GG, § 839 BGB scheidet in der Regel an dem fehlenden Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit der Amtspflichten, da die bestehenden Amtspflichten wegen des abstrakt-generellen Charakters von Rechtsnormen nicht gegenüber Dritten bestehen, sich somit als nicht individualschützend erweisen. Bei dem Erlass von Rechtsvorschriften handeln die zuständigen Stellen grundsätzlich ausschließlich im öffentlichen Interesse; sie nehmen Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit wahr, nicht jedoch gegenüber bestimmten dritten Personen oder Personengruppen; siehe dazu aus der Rspr. BGHZ 56, S. 40 (46) m. w. N. zur früheren Rspr.; 84, S. 292 (300); 102, S. 350 (367 f.); BGH, EuZW 1993, S. 226 ff.; BGH, NJW 1997, S. 123 (124); OLG München, NVwZ 1986, S. 691 (693); OLG Köln, VersR 1991, S. 1001 (1002); aus der Lit. Bender, Rn. 652 ff.; Boujong, in: Festschrift für Geiger, 1989, S. 430 (431 ff.) m. w. N.; Dagdoglu, S. 39; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 104 ff.; Schwerdtfeger, Öffentliches Recht, Rn. 322; Steinberg/Lubberger, S. 301 ff.; Langer, NVwZ 1987, S. 195 ff.; Schoch, Jura 1988, S. 585 (591 f.); Wurm, JA 1992, S. 1 (4); kritisch Maurer, § 25 Rn. 51; Scheuing, in: Festschrift für Bachof, 1984, S. 343 (356 ff.); Schenke, DVBl. 1975, S. 121 (124 ff.); Oldiges, Der Staat 15 (1976), S. 381 (389 f.); Schenke, NJW 1988, S. 857 (862); Dohnold, DÖV 1991, S. 152 ff.; Schenke/Guttenberg, DÖV 1991, S. 945 (949).

<sup>234</sup> Zur unbewussten Falschumsetzung von Richtlinien EuGH, Rs. C-392/93 (British Telecommunications), Slg. 1996, S. I-1631 (1667), und verb. Rs. C-283, 291 u. 292/94 (Denkavit), Slg. 1996, S. I-5063 (5100 f.); zu unbewussten Verstößen gegen primäres Gemeinschaftsrecht aufgrund der Nichtanpassung bestehender nationaler Regelungen bzw. der Schaffung gemeinschaftsrechtswidriger neuer Gesetze EuGH, verb. Rs. C-46 u. C-48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), Slg. 1996, S. I-1029 (1142 ff.); schließlich zum administrativen Unrecht EuGH, Rs. C-5/94 (Hedley Lomas), Slg. 1996, S. I-2553 (2612).

<sup>235</sup> Oppermann, Rn. 643.

<sup>236</sup> Dazu Geiger, Art. 10 Rn. 44 f.

das Gemeinschaftsrecht nicht Schaden an seiner Wirksamkeit im innerstaatlichen Bereich nehmen.<sup>237</sup>

#### aa) Die unmittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung

Im Bereich der Europäischen Gemeinschaften lassen sich verschiedene Arten der Vollziehung unterscheiden,<sup>238</sup> wobei die unmittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung, d. h. der Vollzug von unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht durch nationale Behörden und Gerichte, den Regelfall der Vollziehung von Gemeinschaftsrecht darstellt. Bei dieser Vollziehungsart, die auch als indirekter Vollzug oder dezentrale Verwaltung bezeichnet wird, richten sich Verwaltungsverfahren und Verwaltungshandeln grundsätzlich nach nationalem Recht.<sup>239</sup> Um die bereits angesprochene einheitliche und effektive Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten sicherzustellen, müssen den nationalen Vollzugsorganen im Dienste der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts stehende Schranken auferlegt werden. Das Bestehen oder Nichtbestehen einer besonderen gemeinschaftsrechtlichen Regelung gibt die folgende Differenzierung bei den Grenzen der Anwendung nationalen Rechts zwecks Durchführung von Gemeinschaftsrecht vor:

Zum einen bewirken vorhandene, den nationalen Vollzug betreffende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts eine Bindung der mitgliedstaatlichen Vollzugsorgane. Solche

<sup>237</sup> Für die Einwirkung des Gemeinschaftsrechts in den nationalen Rechtsraum verwendet Oppermann, Rn. 644, den Begriff der „Europäisierung“ des nationalen (deutschen) Verwaltungsrechts im Interesse seines gleichmäßigen Vollzugs in allen Mitgliedstaaten.

<sup>238</sup> Überblick über die einzelnen Vollziehungsarten bei Koenig/Haratsch, Rn. 123 ff.; Schweitzer/Hummer, Rn. 424 ff., 433 ff.; Streinz, Rn. 477 ff.; Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Einl. Rn. 129 f.; Rengeling, EuR 1984, S. 331 (332 f.); Ehlers, DVBl. 1991, S. 605 (609 ff.); Gornig/Trüe, JZ 1993, S. 884 f.; dies, JZ 1993, S. 934 (936 f.); Schmidt-Aßmann, DVBl. 1993, S. 924 (925 f.); Rengeling, VVDStRL 53 (1994), S. 202 (205 f.); Schoch, JZ 1995, S. 109 (113). Ausgeklammert bleibt hier der behördliche Bereich der sofortigen Vollziehung von Verwaltungsakten (im deutschen Recht gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO), die auf gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen beruhen; siehe dazu EuGH, Rs. C-217/88 (Kommission/Deutschland), Slg. 1990, S. I-2879 (2905 f.).

<sup>239</sup> Zur Frage der Anwendbarkeit nationalen Rechts im Verwaltungsvollzug von Gemeinschaftsrecht EuGH, verb. Rs. 205 u. 215/82 (Deutsche Milchkontor), Slg. 1983, S. 2633 (2665): „Im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen, auf denen das institutionelle System der Gemeinschaft beruht und die die Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten beherrschen, ist es gemäß Art. 5 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 10 EG) Sache der Mitgliedstaaten, in ihrem Hoheitsgebiet für die Durchführung der Gemeinschaftsregelungen ... zu sorgen. Soweit das Gemeinschaftsrecht einschließlich der allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze hierfür keine gemeinsamen Vorschriften enthält, gehen die nationalen Behörden bei dieser Durchführung der Gemeinschaftsregelungen nach den formellen und materiellen Bestimmungen ihres nationalen Rechts vor.“; ferner Everling, DVBl. 1983, S. 649 ff.

verfahrensrechtlichen Vorgaben können sowohl dem sekundären Gemeinschaftsrecht, das Verfahrensfragen indes nur höchst selten einer ausdrücklichen Regelung unterzieht, als auch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts, man denke insoweit vor allem an den Vertrauensschutz, entnommen werden.<sup>240</sup>

Zum anderen hat die Rechtsprechung des EuGH zusätzliche Schranken etabliert, um einer möglichen inhaltlichen Beeinträchtigung einer einheitlichen und effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch nationale Vollzugsbehörden wirksam entgegenzuwirken. Unter diesen der Anwendung nationalen Rechts gesetzten Schranken spielen zwei grundlegende Rechtsinstitute des europäischen Verwaltungsrechts eine herausragende Rolle: das Diskriminierungsverbot und das Vereitelungsverbot bzw. Effizienzgebot (sog. Doppelschranke).<sup>241</sup>

(1) Das Verbot der Diskriminierung (im Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu nationalem Recht, nicht bezüglich der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten) besagt, dass das nationale Recht im Vergleich zu Verfahren, in denen über gleichartige, rein nationale Streitigkeiten entschieden wird, ohne Diskriminierung auf EG-rechtlich geregelte Sachverhalte angewendet werden muss.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> Schweitzer/Hummer, Rn. 437. Siehe auch die Anm. von Streinz, Rn. 485; ders., in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1500 f.), dass der EuGH als vorrangige gemeinschaftsrechtliche Regelungen nur eindeutige Vorgaben des Sekundärrechts gelten lasse, wobei der EuGH weder eine extensive Auslegung solcher Vorschriften befürworte noch eine von ihm zu schließende Lücke erblicke, vielmehr Differenzen in den einzelnen mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtssystemen bewusst in Kauf nehme, die zu schließen Aufgabe der rechtsetzenden Gemeinschaftsorgane sei (Verweis auf EuGH, Rs. 130/79 (Express Dairy Foods/Intervention Board for Agricultural Produce), Slg. 1980, S. 1887 (1900): „Es ist nicht Aufgabe des Gerichtshofes, allgemeine materiell- und verfahrensrechtliche Bestimmungen aufzustellen, die nur von den zuständigen Instanzen erlassen werden können.“). Dies sei Ausdruck richterlicher Selbstbeschränkung, da dem Rechtsgedanken des „effet utile“ auch die Forderung nach Vereinheitlichung der konstatierten Unterschiede beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts hätte entnommen werden können.

<sup>241</sup> Siehe auch die synonym verwendeten Begriffe: „Beeinträchtigungsverbot“, Scheuing, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, S. 289 (307); „Verbot praktischer Undurchführbarkeit“, Schwarze, S. 1060; ferner zu den gemeinschaftsrechtlichen Schranken Kasten, DÖV 1985, S. 570 (573); Götz, EuR 1986, S. 29 (45 ff.); Rengeling, DVBl. 1986, S. 306 (309); Weber, EuR 1986, S. 1 (13, 18); Engel, Die Verwaltung 25 (1992), S. 437 (465 ff.); von Danwitz, DVBl. 1998, S. 421 (422); Koenig/Haratsch, Rn. 129; Schweitzer/Hummer, Rn. 438; Streinz, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, § 182 Rn. 26; ders., Rn. 483 f.; Geiger, Art. 10 Rn. 44; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 1 Rn. 36, Art. 5 Rn. 45 f.; Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Einl. Rn. 133 a.

<sup>242</sup> EuGH, verb. Rs. 119 u. 126/79 (Lippische Hauptgenossenschaft), Slg. 1980, S. 1863 (1879); Rs. 54/81 (Fromme), Slg. 1982, S. 1449 (1463 f.); verb. Rs. 205 u. 215/82 (Deutsche Milchkontor), Slg. 1983, S. 2633 (2665 f.).

(2) Das Vereitelungsverbot verbietet es, die Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts durch die Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts praktisch unmöglich zu machen oder wesentlich zu erschweren.<sup>243</sup>

#### bb) Die mittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung

Die mittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung, die auch gemeinschaftsmittelbarer Vollzug genannt wird, zeichnet sich durch das Fehlen unmittelbar anwendbaren primären oder sekundären Gemeinschaftsrechts aus; stattdessen setzt der nationale Gesetz- oder Ordnungsgeber das Gemeinschaftsrecht mittels Durchführungsvorschriften um, womit unverkennbar die auf nationale Umsetzung angewiesene Konzeption der Richtlinie angesprochen wird. Da es somit beim mittelbaren nationalen Vollzug von Gemeinschaftsrecht um die Vollziehung von deutschem Ausführungsrecht geht, stellt sich die umstrittene Frage, ob sich die vom EuGH für den Bereich des unmittelbaren mitgliedstaatlichen Vollzugs mit Hilfe der Argumentationsfigur des „effet utile“ entwickelten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf die Fallgruppe der mittelbaren nationalen Vollziehung schlicht übertragen lassen oder ob sich Verwaltungsverfahren und Verwaltungshandeln hier ausschließlich nach nationalem Recht richten, was angesichts der Tatsache, dass die nationalen Vollzugsorgane inhaltlich nicht unmittelbar Gemeinschaftsrecht, sondern eben nationales Recht anwenden, welches dieses Gemeinschaftsrecht erst umsetzt, durchaus als naheliegend erscheinen mag.<sup>244</sup> Der EuGH jedenfalls sieht keine durchgreifenden Bedenken bei der Erstreckung der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen auf den hier interessierenden Bereich der Anwendung rein nationalen Rechts.<sup>245</sup>

#### cc) Der vorläufige gerichtliche Rechtsschutz

<sup>243</sup> EuGH, verb. Rs. 205 u. 215 (Deutsche Milchkontor), Slg. 1983, S. 2633 (2666).

<sup>244</sup> Nach Streinz, Rn. 489; ders., in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1501), muss den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auch im Bereich des mittelbaren mitgliedstaatlichen Vollzugs Rechnung getragen werden; anders Schweitzer/Hummer, Rn. 440, die der Auffassung sind, dass der ausschließlichen Anwendung nationaler Verfahrensvorschriften so lange keine Bedenken entgegenstehen, wie dadurch die verbindliche Zielvorgabe des gemeinschaftlichen Rechtsaktes, z. B. einer Richtlinie, nicht in Frage gestellt wird.

<sup>245</sup> EuGH, Rs. C-5/89 (Kommission/Deutschland), Slg. 1990, S. I-3437 (3456 f.).

Auch der Bereich des vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes in den einzelnen Mitgliedstaaten erweist sich als durchdrungen von richterlich festgeschriebenen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bei der Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht, die allesamt dem Ziel gewidmet sind, die umfassende Wirksamkeit des Gemeinschaftsrecht im innerstaatlichen Bereich möglichst weitgehend zu gewährleisten.

(1) So hat der EuGH entschieden, dass ein mitgliedstaatliches Gericht die Vollziehung eines auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden nationalen Verwaltungsakts zwar vom Grundsatz her aussetzen darf, wie im nationalen Recht ausdrücklich vorgesehen, dabei aber strengen gemeinschaftsrechtlichen Schranken unterliegt. Neben der von vornherein einzuhaltenden Grenze, dass die Aussetzung der Vollziehung stets eine vorläufige bleiben muss,<sup>246</sup> haben die nationalen Gerichte weitere einschränkende Voraussetzungen bei der Frage der Aussetzung der Vollziehung zu prüfen und sicherzustellen. Danach erweist sich die gerichtliche Aussetzungsentscheidung nur bei Beachtung folgender Schranken als gemeinschaftsrechtskonform: 1. nur bei erheblichen Zweifeln an der Gültigkeit der Gemeinschaftsverordnung, was eine Vorlagepflicht an den EuGH hinsichtlich der Gültigkeitsfrage nach sich zieht; 2. nur bei Dringlichkeit der Entscheidung, d. h. dem Antragsteller muss ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden drohen; 3. nur bei angemessener Berücksichtigung der Interessen der Gemeinschaft.<sup>247</sup>

(2) Die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts kann auch dadurch beeinträchtigt werden, dass einem mitgliedstaatlichen Gericht, das mit einer nach Gemeinschaftsrecht zu entscheidenden Rechtsstreitigkeit betraut ist, durch eine nationale Vorschrift die Möglichkeit versagt wird, eine einstweilige Anordnung zu erlassen, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung in der Hauptsache über das Bestehen von im Gemeinschaftsrecht begründeten Rechten sicherzustellen.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> EuGH, verb. Rs. C-143/88 u. C-92/89 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen u. a.), Slg. 1991, S. I-415 (542).

<sup>247</sup> EuGH, verb. Rs. C-143/88 u. C-92/89 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen u. a.), Slg. 1991, S. I-415 (542 ff., 544).

<sup>248</sup> EuGH, Rs. C-213/89 (The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. u. a.), Slg. 1990, S. I-2433 (2474).

### e) Die staatliche Schutzpflicht

Damit stellt sich nun die eingangs aufgeworfenen Frage, ob sich die vom EuGH mit Urteil vom 9. 12. 1997 statuierte staatliche Schutzpflicht, gestützt u. a. auf den Effektivitätsgedanken, gerichtet gegen private Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs, als konsequente Fortführung der richterlich entwickelten Reihe von bedeutenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts darstellt oder als richterliche Neuschöpfung jeglicher Anknüpfungspunkte in der Rechtsprechung des EuGH entbehrt. Entscheidende Bedeutung bei der Beantwortung dieser Frage kommt der vom EuGH verfolgten allgemeinen und vorrangigen Zielsetzung zu, die allen angeführten Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, begründet mit Hilfe der Argumentationsfigur des „*effet utile*“, gemein ist. Die unmittelbare Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts, die unmittelbare Wirkung von Richtlinien und staatengerichteten Entscheidungen, der gemeinschaftsrechtlich begründete Staatshaftungsanspruch sowie schließlich die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bei der Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht nach nationalem Verwaltungsrecht werden allesamt geprägt durch eine einheitliche Zielsetzung, die sich auf die folgende zusammenfassende Formel bringen lässt: die Sicherung des bestehenden Gemeinschaftsrechts bzw. der durch das Gemeinschaftsrecht begründeten Rechte des einzelnen gegen den bewusst oder unbewusst vertragsbrüchigen Mitgliedstaat.<sup>249</sup> In Anbetracht dieses allgemeinen Rechtsgedankens, der den dargestellten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen einheitlich zugrunde liegt, lässt sich die Schlussfolgerung mit guten Gründen ziehen, die grundfreiheitliche Schutzpflicht als konsequente und mit Bezug auf die dogmatische Argumentationsfigur des „*effet utile*“ unbedenkliche Fortschreibung der bisher ergangenen Judikatur des EuGH zum Effektivitätsprinzip zu beurteilen. Denn auch die vom EuGH in der Rechtssache französische Bauernproteste vorgenommene Konstruktion einer grundfreiheitlichen Schutzpflicht der Mitgliedstaaten verfolgt die wirksame Absicherung der im primären Gemeinschaftsrecht vertraglich niedergelegten Rechte der einzelnen Marktbürger, nämlich der wirtschaftlichen Grundfreiheiten, gegen Gefährdungen, die sich in Gefolge mitgliedstaatlicher

---

<sup>249</sup> Siehe dazu Streinz, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1491 (1506); zu eng erscheint aber bei Streinz, ebd., S. 1506, das alleinige Abstellen auf „die Sicherung bestehenden Gemeinschaftsrechts gegen Gefährdungen durch *nachlässigen* Vollzug seitens der Mitgliedstaaten“; Hervorhebung durch den Verf.

Untätigkeit gegenüber den privaten Übergriffen auf die Ausübung der Grundfreiheiten durch die Marktbürger unausweichlich einstellen. Damit beherrscht auch die Rechtsfigur der staatlichen Schutzpflicht die allgemeine Zielsetzung, der bewussten oder unbewussten Missachtung des Gemeinschaftsrechts durch den vertragsbrüchigen Mitgliedstaat (hier in der Gestalt staatlichen Unterlassens) um des Gemeinschaftsrechts willen und damit auch um des Marktbürgers willen, der durch dieses Gemeinschaftsrecht begünstigt wird, wirksam zu begegnen.

### **C. Art. 10 I EG**

Wenn der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 formuliert, Art. 28 EG in Verbindung mit Art. 10 EG verpflichte die Mitgliedstaaten dazu, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, damit der freie gemeinschaftsweite Warenverkehr nicht durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird,<sup>250</sup> deutet dies darauf hin, dass der EuGH in der Vorschrift des Art. 10 EG eine der tragenden dogmatischen Grundlagen der staatlicher Schutzpflichten erblickt. Ersichtlich verfährt der Gerichtshof im Hinblick auf den herangezogenen Art. 10 EG in seiner ihm zugedachten Funktion als normativer Pfeiler der grundfreiheitlichen Schutzpflichten aber wenig konkret, bleibt der im Fall der französischen Agrarproteste einschlägige Absatz bzw. Satz doch ungenannt. Aber auch in anderen Urteilen des EuGH, die auf den Art. 10 EG zurückgreifen, findet sich dieser undifferenzierte Umgang mit der primärrechtlichen Bestimmung. Der EuGH legt seinen Urteilen den Art. 10 EG nur höchst selten in nach Absatz und Satz konkretisierter Form zugrunde. Allenfalls die Unterscheidung nach den einzelnen Absätzen kann zuweilen angetroffen werden. Regelmäßig jedoch stützt der EuGH die in seinen Entscheidungen herausgearbeiteten Pflichten auf den Art. 10 EG in seiner Gesamtheit. Mitunter kommt es sogar vor, dass der EuGH bei der dogmatischen Begründung von Pflichten den eigentlich einschlägigen Art. 10 EG schlicht unterschlägt, obwohl seine Anführung der dogmatischen Klarheit dienen würde.<sup>251</sup>

<sup>250</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 32, 7005 Rn. 66).

<sup>251</sup> Ebenso von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 25.

Bevor der Frage nachgegangen wird, ob es sich als berechtigt erweist, die neue Rechtsfigur der staatlichen Schutzpflichten mit Hilfe des Art. 10 EG normativ zu rechtfertigen, wie im Urteil vom 9. 12. 1997 geschehen, sollen eingangs einige allgemeine Informationen zu Art. 10 EG vorangestellt werden, um die sich daran anschließenden Ausführungen im Hinblick auf die hier eigentlich interessierende Frage in einen inhaltlichen Zusammenhang zu stellen.

## I. Allgemeines

### 1. Art. 10 EG

Art. 10 EG enthält drei verschiedene umfassende Aufgaben der Mitgliedstaaten: in Abs. 1 zwei Formen von aktiven Handlungspflichten und in Abs. 2 eine allgemeine Unterlassungspflicht.

a) Nach Art. 10 I 1 EG haben die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der sich aus dem primären und sekundärem Gemeinschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen zu ergreifen.<sup>252</sup> Darüber hinausgehend legt Art. 10 I 2 EG den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auf, der Gemeinschaft die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern.<sup>253</sup> Damit knüpft Art. 10 I 1 EG, dem im Vergleich zu Art. 10 I 2 EG in der Rechtsprechung des EuGH die größere Bedeutung zukommt,<sup>254</sup> die darin statuierte positive Handlungspflicht ausschließlich an die zentrale Entstehungsvoraussetzung einer primär- oder sekundärrechtlichen Verpflichtung, weitere einschränkende Tatbestandsmerkmale werden dagegen nicht aufgestellt, wie der Wortlaut des Art. 10 I 1 EG zu belegen vermag. Die beiden genannten Verpflichtungen des Art. 10 EG, die Vertragserfüllungspflicht nach Satz 1 und die

<sup>252</sup> Siehe Bleckmann, Europarecht, Rn. 678, mit dem Hinweis, dass sich die Einhaltung dieser Verpflichtungen durch den Staat bereits aus dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ für das Vertragsrecht sowie aus Art. 249 EG für das Sekundärrecht ergibt, so dass Art. 10 I 1 EG nach seiner Zielsetzung über eine solche Interpretation hinausgehen will; ebenso Due, S. 1 f.; siehe auch unten 3. Teil C. I. 4. die eingehenden Ausführungen zur konstitutiven Bedeutung des Art. 10 EG.

<sup>253</sup> Der Rspr. des EuGH kann in den meisten Fällen eine eindeutige Unterscheidung zwischen Satz 1 und Satz 2 des Art. 10 I EG nicht entnommen werden; siehe nur EuGH, Rs. 804/79 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 1981, S. 1045 (1075 f.), betreffend die Seefischerei.

<sup>254</sup> Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rn. 8, erblickt in der Verpflichtung nach Satz 2 lediglich eine Steigerung der Handlungspflicht aus Satz 1 des Art. 10 I EG.

damit in Zusammenhang stehende Unterstützungspflicht gemäß Satz 2,<sup>255</sup> fasst die Judikatur des EuGH auch in dem einheitlichen Grundsatz der mitgliedstaatlichen Mitwirkungspflicht zusammen.<sup>256</sup>

b) Was den Umfang der statuierten Tatbestandsvoraussetzungen betrifft, geht Art. 10 II EG nur geringfügig über das von Art. 10 I EG geforderte Maß hinaus, wenn er die Gefährdung der Verwirklichung der Vertragsziele zur entscheidenden Voraussetzung für das Entstehen einer mitgliedstaatlichen Unterlassungspflicht erhebt.<sup>257</sup> Auf diese Weise bestimmt Art. 10 II EG zusätzlich zu den ausdrücklich normierten Verpflichtungen des Vertrages eine weitere Pflicht, die einer eigenständigen Verletzung zugänglich ist, wenn nationale Maßnahmen solche ausdrücklich genannten Vertragsziele einer konkreten Gefahr aussetzen.<sup>258</sup>

## 2. Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue bzw. der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit

In der Rechtsprechung des EuGH fungiert Art. 10 EG als Ausdruck der allgemeinen Regel, dass den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen gegenseitige Pflichten zur loyalen Zusammenarbeit obliegen.<sup>259</sup> Für diesen Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit wird vielfach auch der Begriff der Gemeinschaftstreue verwendet.<sup>260</sup> Dieser Terminus der Gemeinschaftstreue umfasst damit zunächst die inhaltlichen Aussagen des Art. 10 EG, die sich auf das darin ausdrücklich geregelte Verhalten der Mitgliedstaaten gegenüber der Gemeinschaft beschränken. Der

<sup>255</sup> Geiger, Art. 10 Rn. 4.

<sup>256</sup> EuGH, Rs. 45/76 (Comet), Slg. 1976, S. 2043 (2053).

<sup>257</sup> Bleckmann, Europarecht, Rn. 691, mit Beispielen zur Gefährdung der Vertragsziele.

<sup>258</sup> Von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 10; H. P. Ipsen, S. 216 f.

<sup>259</sup> EuGH, Rs. 54/81 (Fromme), Slg. 1982, S. 1449 (1463); Rs. 230/81 (Luxemburg/Parlament), Slg. 1983, S. 255 (287); Rs. 44/84 (Hurd/Jones), Slg. 1986, S. 29 (81); dazu Wuermeling, EuR 1987, S. 237 (242 f.); Rs. 52/84 (Kommission/Belgien), Slg. 1986, S. 89 (105); verb. Rs. 358/85 u. 51/86 (Frankreich/Parlament), Slg. 1988, S. 4821 (4855); Rs. 14/88 (Italien/Kommission), Slg. 1989, S. 3677 (3706); Rs. C 2/88 (Zwartveld), Slg. 1990, S. I-3365 (3372); Rs. C-350/93 (Kommission/Italien), Slg. 1995, S. I-699 (715); ferner Due, S. 13 ff.; Geiger, Art. 10 Rn. 5.

<sup>260</sup> Siehe Bleckmann, Europarecht, Rn. 697 ff; ders., DVBl. 1976, S. 483 (486), zur Frage, ob es den Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Bundestreue) in den Europäischen Gemeinschaften überhaupt gibt und ob er in Art. 10 EG enthalten ist oder als ungeschriebener Grundsatz des Gemeinschaftsrechts neben Art. 10 EG steht. Bleckmann, Europarecht, Rn. 685; ders., DVBl. 1976, S. 483; ders., RIW/AWD 1981, S. 653, interpretiert die Rspr. des EuGH dahingehend, dass sie Art. 10 EG als eine pars pro toto-Regelung der Gemeinschaftstreue versteht; ferner Due, S. 18, demzufolge Art. 10 EG in der Rspr. des EuGH eine Bedeutung erlangt hat, die der der „Bundestreue“ ähnlich ist; ablehnend gegenüber dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue aber Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 89.

Grundsatz der loyalen gegenseitigen Zusammenarbeit erschöpft sich indes in dieser vertraglich explizit angesprochenen Beziehungsebene keineswegs, sondern ergreift weitergehend auch die Ebene der Gemeinschaft zu den einzelnen Mitgliedstaaten.<sup>261</sup>

Was die Beziehungsebenen anbelangt, geht der Begriff der Gemeinschaftstreue also über die in Art. 10 EG ausdrücklich beschriebene Ebene deutlich hinaus, so dass dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit insoweit eine eigenständige Bedeutung zugeschrieben werden kann.<sup>262</sup>

### 3. Die wesentlichen Fallgruppen

Zusätzlich zu den aus anderen speziellen Bestimmungen des EG-Vertrages ableitbaren Rechtspflichten ermöglicht die Vorschrift des Art. 10 EG die Begründung einer Vielzahl von weiteren, im Primär- und Sekundärrecht nicht ausdrücklich normierten Pflichten der Mitgliedstaaten.<sup>263</sup> Diese mitgliedstaatlichen Verpflichtungen

<sup>261</sup> Zu den Rechtspflichten im Verhältnis der Gemeinschaft gegenüber den Mitgliedstaaten Bleckmann, Europarecht, Rn. 709 ff.; ders., DVBl. 1976, S. 483 (487); Schweitzer/Hummer, Rn. 1047 ff.; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rn. 12.; siehe auch Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Einl. Rn. 133 a.

<sup>262</sup> Obwohl das Verständnis des Art. 10 EG in der Rspr. des EuGH als Ausdruck gegenseitiger Loyalitätspflichten zwischen den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen die Beziehungsebene der Mitgliedstaaten untereinander völlig unerwähnt lässt, wird auch letztere vom Prinzip der Gemeinschaftstreue beherrscht; dazu EuGH, Rs. 141/78 (Frankreich/Vereinigtes Königreich), Slg. 1979, S. 2923 (2942); Rs. 42/82 (Kommission/Frankreich), Slg. 1983, S. 1013 (1044); Rs. 235/87 (Matteucci), Slg. 1988, S. 5589 (5611 f.); Rs. C-251/89 (Athanasopoulos u. a.), Slg. 1991, S. I-2797 (2848); Rs. C-186/91 (Kommission/Belgien), Slg. 1993, S. I-851 (856-862); ferner von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 51 f.; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rn. 12; Bleckmann, Europarecht, Rn. 707; ders., DVBl. 1976, S. 483 (486); Due, S. 16 f. Siehe zu den drei Beziehungsebenen von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 9; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rn. 1; ausführliche Übersicht über die einschlägige Rspr. des EuGH bei Lück, S. 25 ff.; unzutreffend Söllner, S. 28, das Gebot der Gemeinschaftstreue sei auf die inhaltlichen Aussagen des Art. 10 EG begrenzt, weshalb die für Gemeinschaftsorgane geltenden Pflichten in ihrer Analyse der Rspr. des EuGH zu Art. 10 EG ausgespart wurden. Was das Verhältnis von Art. 10 EG zum Grundsatz der Gemeinschaftstreue anbelangt, gilt somit folgende Unterscheidung: Bereits Art. 10 EG stellt die allein maßgebliche Rechtsgrundlage für sämtliche Rechtspflichten der Mitgliedstaaten dar, so dass sich ein Rückgriff auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit erübrigt. Bedeutung erlangt der Grundsatz der gegenseitigen loyalen Zusammenarbeit damit ausschließlich im Hinblick auf die Begründung von neuen, im EG-Vertrag nicht ausdrücklich normierten Pflichten der Gemeinschaftsorgane gegenüber den Mitgliedstaaten einerseits sowie der Mitgliedstaaten untereinander andererseits; dazu von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 79; Schweitzer/Hummer, Rn. 1047.

<sup>263</sup> Die Auffassung, dass Art. 10 EG keine Rechtsgrundlage für die Statuierung von Rechtspflichten abgeben könne, die über die konkreten Vertragsverpflichtungen der Mitgliedstaaten hinausreichen, erweist sich damit als längst überholt; so etwa noch GA Roemer, Schlussanträge, EuGH, Rs. 14/68 (Wilhelm/Bundeskartellamt), Slg. 1969, S. 1 (27): Art. 10 II EG sei nicht unmittelbar anwendbar, weil die Vertragsziele zu unpräzise gefasst worden seien; ders., Schlussanträge, EuGH, Rs. 9/70 (Grad/Finanzamt Traunstein, „Leberpfennig“), Slg. 1970, S. 825 (855); ebenso EuGH, Rs. 78/70 (Deutsche Grammophon Gesellschaft/Metro), Slg. 1971, S. 487 (498); Rs. 2/73 (Geddo), Slg. 1973 S. 865 (878); Rs. 9/73 (Schlüter/Hauptzollamt Lörrach), Slg. 1973, S. 1135 (1160); Rs. C-78 bis 83/90

beruhen von der dogmatischen Konstruktion her auf einem Zusammenspiel des Art. 10 EG mit anderen Normen des Gemeinschaftsrechts.<sup>264</sup> Damit trägt Art. 10 EG in erheblichem Umfang zur Herausarbeitung neuer und zumeist auch sehr weitreichender Rechtspflichten bei.<sup>265</sup> In der Judikatur des EuGH kommt der primärrechtlichen Bestimmung des Art. 10 EG eine zentrale Bedeutung zu,<sup>266</sup> die sich in einer beachtlichen Anzahl von richterlich entwickelten Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts niederschlägt, gestützt u. a. auf Art. 10 EG als eine der tragenden dogmatischen Grundlagen.<sup>267</sup> Konnte im Rahmen der Untersuchung des Effektivitätsprinzips verzeichnet werden, dass die klassische Argumentationsfigur des „*effet utile*“ in zahlreichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts eine argumentative Verankerung erfahren hat, so lassen sich vergleichbare Feststellungen ebenso im Hinblick auf die hier interessierende Vorschrift des Art. 10 EG treffen. Was den Bereich der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze anbelangt, kommt vor allem den im folgenden angeführten, die teilweise bereits im Rahmen der Darstellung zum Effektivitätsprinzip behandelt wurden, eine besondere Bedeutung für das Gemeinschaftsrecht zu: dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts,<sup>268</sup> der unmittelbaren

---

(Compagnie commerciale de l' Ouest u. a.), Slg. 1992, S. I-1847 (1879); ferner Bleckmann, RIW 1981, S. 653; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rn. 2.

<sup>264</sup> Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rn. 4.

<sup>265</sup> Siehe von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 2; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rn. 4, der die konstitutive Bedeutung des Art. 10 EG durch einen Vergleich mit der im Wortlaut des Art. 10 I 1 EG angelegten deklaratorischen Bedeutung hervorhebt: Art. 10 I 1 EG verweise auf bestehende, im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht verankerte Verpflichtungen, die im Falle einer bereits erfolgten vollständigen Ausformulierung die Rolle des Art. 10 I 1 EG auf eine rein deklaratorische reduzieren würden. Scheinbar sei Art. 10 I 1 EG allein auf diese deklaratorische Konstellation zugeschnitten, aber eben nur scheinbar.

<sup>266</sup> Bleckmann, in: Bieber/Ress, S. 161 (192), formuliert insoweit, dass Art. 10 EG für den EuGH das ist, was die Art. 308 EG und Art. 94 EG für den Rat sind.

<sup>267</sup> Von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 4; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rn. 4, 6; kurzer Überblick über die einzelnen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts bei Lenz, in: ders., Art. 10 Rn. 5 f.

<sup>268</sup> Was die Frage des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber allen nationalen Rechtsnormen anbelangt, finden sich die grundlegenden Ausführungen des EuGH im Urteil *Costa/ENEL* von 1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1251 (1269 f.): „Diese Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten und, allgemeiner, Wortlaut und Geist des Vertrages haben zur Folge, dass es den Staaten unmöglich ist, gegen eine von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung nachträglich einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen. Solche Maßnahmen stehen der Anwendbarkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung daher nicht entgegen. Denn es würde eine Gefahr für die Verwirklichung der in Art. 5 Abs. 2 (jetzt: Art. 10 II EG) aufgeführten Ziele des Vertrages bedeuten und dem Verbot des Art. 7 (jetzt: Art. 12 EG) widersprechende Diskriminierungen zur Folge haben, wenn das Gemeinschaftsrecht je nach der nachträglichen innerstaatlichen Gesetzgebung von einem Staat zum anderen verschiedene Geltung haben könnte.“; ferner Randelzhofer, ZHR 135 (1971), S. 237 ff.; Everling, DVBl. 1985, S. 1201 ff.; Zuleeg, VVDStRL 53 (1994), S. 154 (159 ff.); Schilling, ZfRV 1998, S. 149 ff.; Ahlt, S. 20; Arndt, S. 74 f.; Due, S. 10; Emmert, § 14 Rn. 2 ff., 7; Herdegen, Rn. 228 f.; Rohde/Lorenzmeier, S. 172; Steinberger, in: Festschrift für Doehring, 1989, S. 951 ff; kritisch Pagenkopf, NVwZ 1993, S. 216 ff.

bzw. direkten Wirkung von Richtlinien;<sup>269</sup> zahlreichen Instituten des europäischen Verwaltungsrechts;<sup>270</sup> der gemeinschaftsrechtskonformen und insbesondere der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts;<sup>271</sup> dem gemeinschaftsrechtlich begründeten Staatshaftungsanspruch.<sup>272</sup> Dieses Spektrum

<sup>269</sup> Wie schon oben 3. Teil B. II. 2. b) aa) (1) eingehend dargelegt, können nach st. Rspr. des EuGH Richtlinien unter bestimmten Voraussetzungen eine unmittelbare Wirkung entfalten; siehe etwa EuGH, Rs. 9/70 (Grad/Finanzamt Traunstein, „Leberpfennig“), Slg. 1970, S. 825 (837 ff.); Rs. 8/81 (Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt), Slg. 1982, S. 53 (70 f.); Rs. 152/84 (Marshall), Slg. 1986, S. 723 (748 f.); Rs. 190/87 (Moormann), Slg. 1988, S. 4689 (4722); ferner Due, S. 5; Oldenbourg, S. 224 f.; Bach, JZ 1990, S. 1108 (1110); Scherzberg, Jura 1993, S. 225 f.

<sup>270</sup> Siehe oben 3. Teil B. II. 2. d) aa); ausführlich zu diesen Rechtsinstituten des europäischen Gemeinschaftsrechts von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 43 ff. Unter den auf Art. 10 EG beruhenden Instituten des europäischen Verwaltungsrechts spielen insb. das Diskriminierungsverbot und das Vereitelungsverbot bzw. Effizienzgebot eine bedeutende Rolle. Beide Grundsätze laufen im Ergebnis auf eine Beschränkung der Anwendung des nationalen Rechts zugunsten des Gemeinschaftsrechts hinaus; zum Diskriminierungsverbot etwa EuGH, verb. Rs. 119 u. 126/79 (Lippische Hauptgenossenschaft), Slg. 1980, S. 1863 (1879); Rs. 54/81 (Fromme), Slg. 1982, S. 1449 (1463 f.); verb. Rs. 205 u. 215/82 (Deutsche Milchkontor), Slg. 1983, S. 2633 (2665 f.); zum Vereitelungsverbot vor allem EuGH, verb. Rs. 205 u. 215/82 (Deutsche Milchkontor), Slg. 1983, S. 2633 (2666); ferner E. Klein, Der Staat 33 (1994), S. 39 (44 f.); Scholz, DÖV 1998, S. 261 (262 f.).

<sup>271</sup> Die praktisch bedeutendste Fallgruppe des allgemeinen Gebots der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts stellt die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung dar, also die Pflicht zur Auslegung des nationalen Rechts im Lichte der EG-Richtlinien, die allen Trägern öffentlicher Gewalt auferlegt ist; dazu EuGH, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, S. 1891 (1909): „Allerdings ist klarzustellen, dass die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Art. 5 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 10 EG), alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner und besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten. Daraus folgt, dass das nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts, ... , dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat, um das in Art. 189 Absatz 3 (jetzt: Art. 249 III EG) genannte Ziel zu erreichen.“; ebenso EuGH, Rs. 79/83 (Harz), Slg. 1984, S. 1921 (1942); Rs. 106/89 (Marleasing), Slg. 1990, S. I-4135 (4158); Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, S. I-3325 (3356 f.); zur richtlinienkonformen Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist BGH, NJW 1998, S. 2208 ff.; dazu Anm. Bayreuther, EuZW 1998, S. 478 f.; Leible/Sonitz, NJW 1998, S. 2507 ff. Den Mitgliedstaaten ist es u. a. gem. Art. 10 II EG untersagt, während der Umsetzungsfrist Vorschriften zu erlassen, die geeignet sind, das durch die Richtlinie vorgeschriebene Ziel zu gefährden; so EuGH, Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, S. I-7411 (7449); dazu Sack, WRP 1998, S. 241 ff.; Weiß, DVBl. 1998, S. 568 ff.; allgemein Di Fabio, NJW 1990, S. 947 ff.; Spetzler, RIW 1990, S. 286 ff.; Jarass, EuR 1991, S. 211 (215 ff.); Langenfeld, DÖV 1992, S. 955 (964 f.); von Danwitz, VerwArch 84 (1993), S. 73 (76 ff.); Scherzberg, Jura 1993, S. 225 (231); Nettesheim, AöR 119 (1994), S. 261 (268 ff.); Ress, DÖV 1994, S. 489 f.; Ehrike, RabelsZ 59 (1995), S. 598 (612 ff., 623 ff.); Grundmann, ZEuP 1996, S. 399 ff.; Arndt, S. 59 f.; Herdegen, Rn. 182; Rodriguez Iglesias/Riedenberg, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1213 ff.; ausführlich Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994.

<sup>272</sup> Es geht um den vom EuGH für den Fall der mitgliedstaatlichen Verletzung des Gemeinschaftsrechts entwickelten gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zugunsten des geschädigten Marktbürgers. Bildete den Ausgangspunkt dieser Entwicklung noch der Fall der nicht fristgerechten Umsetzung einer (nicht unmittelbar anwendbaren) Richtlinie, grundlegend EuGH, verb. Rs. C-6 u. C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, S. I-5357 (5414), ist der Gerichtshof in jüngeren Urteilen über diese begrenzte Problematik deutlich hinausgegangen, indem er nun einen gemeinschaftsrechtlichen Entschädigungsanspruch in allen Fällen der Verletzung von primärem und sekundärem Gemeinschaftsrecht anerkennt; EuGH, verb. Rs. C-46 u. 48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), Slg. 1996, S. I-1029 (1144); dazu Ehlers, JZ 1996, S. 776 ff.; Streinz, EuZW 1996, S. 201 ff.; vorher bereits ders., EuZW 1993, S. 599 ff., zum Vorlagebeschluss des BGH, EuZW 1993, S. 226 ff.; EuGH, Rs. C-392/93 (British Telecommunications), Slg. 1996, S. I-1631 (1667); Rs. C-5/94 (Hedley Lomas), Slg. 1996, S. I-2553 (2612); verb. Rs. C-178 bis 190/94 (Dillenkofer), Slg. 1996, S. I-

von fundamentalen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts lässt den breiten Anwendungsbereich des Art. 10 EG deutlich in Erscheinung treten, womit sich Art. 10 EG als vielfältig einzusetzende Bestimmung offenbart.<sup>273</sup> Der Frage, ob sich diese beachtliche Reihe von bedeutenden gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen, beruhend u. a. auf Art. 10 EG, in Richtung der neuen Rechtsfigur staatlicher Schutzpflichten fortführen lässt, soll im folgenden nachgegangen werden.

## II. Art. 10 EG als dogmatische Grundlage der grundfreiheitlichen Schutzpflichten

### 1. Die frühere Rechtsprechung des EuGH

Bereits in früheren Urteilen des EuGH, die zeitlich vor der EuGH-Entscheidung französische Agrarblockaden ergangen sind, taucht der Gedanke von auf Art. 10 EG beruhenden staatlichen Schutzpflichten zugunsten des Gemeinschaftsrechts auf. So ist den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt, das Gemeinschaftsrecht durchzusetzen.<sup>274</sup> In diesem Sinne sind die Mitgliedstaaten nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH gem. Art. 10 EG verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Geltung und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gegenüber privaten Angriffen sicherzustellen, wenn eine gemeinschaftsrechtliche Regelung für den Fall ihrer Verletzung keine eigene Sanktionsbestimmung enthält oder insoweit auf die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften verweist.<sup>275</sup> Zu den geeigneten Maßnahmen, die von den Mitgliedstaaten zwecks Gewährleistung des Gemeinschaftsrechts zu treffen sind, gehört vor allem der Erlass von geeigneten Sanktionen im Falle der Nichtbefolgung

---

4845 (4878); dazu Streinz/Leible, ZIP 1996, S. 1931 ff.; EuGH, verb. Rs. C-283, 291 u. 292/94 (Denkavit), Slg. 1996, S. I-5063 (5100 f.); Rs. C-66/95 (Sutton), Slg. 1997, S. I-2163 (2191). Aus der Lit.: Due, S. 11; Ress, in: Gedächtnisschrift für Arens, 1993, S. 351 (364); Hailbronner, JZ 1992, S. 284 (286); Jarass, NJW 1994, S. 881 f.; Wittkowski, NVwZ 1994, S. 326 (328); Furrer/Epiney, JZ 1995, S. 1025 ff.; Martin-Ehlers, EuR 1996, S. 376 (384); Bröhmer, JuS 1997, S. 117 (119); Deckert, EuR 1997, S. 203 (204 f.); Saenger, JuS 1997, S. 865 (868 f.); Stöhr, NJW 1999, S. 1063 ff.; Fischer, Jura 2000, S. 348 (349); kritisch zum Rekurs des EuGH auf Art. 10 EG Dänzer-Vanotti, RIW 1992, S. 733 (741), Ossenbühl, DVBl. 1992, S. 993 (994 f.); von Danwitz, JZ 1994, S. 335 (339 f.). Siehe zur Thematik auch oben 3. Teil B. II. 2. c).

<sup>273</sup> GA Darmon, Schlussanträge, EuGH, Rs. 190/87 (Moormann), Slg. 1988, S. 4689 (4709); ferner von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 4.

<sup>274</sup> Siehe Lang, Fordham International Law Journal 10 (1987), S. 503 (519 ff.), unter Berufung auf mehrere Urteile des EuGH.

<sup>275</sup> EuGH, Rs. 68/88 (Kommission/Griechenland), Slg. 1989, S. 2965 (2985); Rs. C-217/88 (Kommission/Deutschland), Slg. 1990, S. I-2879 (2903 ff.); Rs. C-326/88 (Hansen), Slg. 1990, S. I-2911 (2935); Rs. 7/90 (Vandevenne), Slg. 1991, S. I-4371 (4387).

des Gemeinschaftsrechts durch Privatpersonen.<sup>276</sup> Dabei trifft die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, darauf zu achten, dass private Verstöße gegen die Gemeinschaftsrechtsordnung in ähnlicher Weise sanktioniert werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationale Bestimmungen.<sup>277</sup> Diese mitgliedstaatliche Pflicht ist Ausdruck des auf Art. 10 EG beruhenden Diskriminierungsverbots, welches besagt, dass bei der Anwendung des nationalen Rechts zwecks Durchführung des Gemeinschaftsrechts keine Unterschiede gemacht werden dürfen zu Verfahren, in denen über gleichartige, rein innerstaatliche Sachverhalte entschieden wird.<sup>278</sup> Darüber hinaus müssen sich die ausgewählten Sanktionen als wirksam, verhältnismäßig und abschreckend erweisen.<sup>279</sup> Bei der zusätzlichen Einführung von Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung des Gemeinschaftsrechts, die nach nationalem Recht eine gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich machen kann, steht den nationalen rechtsetzenden Stellen vom Grundsatz her ein Ermessensspielraum zu.<sup>280</sup> Angesichts der an die Mitgliedstaaten gerichteten, auf Art. 10 EG beruhenden Forderung, alles rechtlich Mögliche zu unternehmen, um sämtlichen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts die ihnen zukommende Wirkung zu erhalten, muss das grundsätzlich zugebilligte Ermessen jedoch eine Einschränkung erfahren, womit es sich als weniger weitreichend erweist als zunächst angenommen.<sup>281</sup>

---

<sup>276</sup> EuGH, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen), Slg. 1984, S. 1891 (1908); Rs. 79/83 (Harz/Deutsche Tradax), Slg. 1984, S. 1921 (1941 f.); Rs. C-36/94 (Siesse), Slg. 1995, S. I-3573 (3594); Rs. C-341/94 (Allain), Slg. 1996, S. I-4631 (4657); Rs. C-177/95 (Ebony Maritime und Loten Navigation), Slg. 1997, S. I-1111 (1142 f.); ferner Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art. 10 Rn. 28; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 39; Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rn. 6; Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Einl. Rn. 130; Bleckmann, Europarecht, Rn. 686, 724; Due, S. 6 f.; ausführlich Böse, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996; van Gerven/Zuleeg, Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts, 1996; Hatje, S. 283 ff.; Pernice/Kadelbach, DVBl. 1996, S. 1100 (1112 ff.).

<sup>277</sup> EuGH, Rs. 68/88 (Kommission/Griechenland), Slg. 1989, S. 2965 (2985); Rs. C-326/88 (Hansen), Slg. 1990, S. I-2911 (2935); Rs. 7/90 (Vandevenne), Slg. 1991, S. I-4371 (4387); Rs. C-36/94 (Siesse), Slg. 1995, S. I-3573 (3594); Rs. C-341/94 (Allain), Slg. 1996, S. I-4631 (4657); Rs. C-177/95 (Ebony Maritime und Loten Navigation), Slg. 1997, S. I-1111 (1143).

<sup>278</sup> Siehe dazu oben 3. Teil B. II. 2. d) aa).

<sup>279</sup> EuGH, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen), Slg. 1984, S. 1891 (1908); Rs. 79/83 (Harz/Tradax), Slg. 1984, S. 1921 (1941); Rs. 68/88 (Kommission/Griechenland), Slg. 1989, S. 2965 (2985); dazu Tiedemann, NJW 1990, S. 2226 ff.; Rs. C-326/88 (Hansen), Slg. 1990, S. I-2911 (2935); Rs. 7/90 (Vandevenne), Slg. 1991, S. I-4371 (4387); Rs. C-36/94 (Siesse), Slg. 1995, S. I-3573 (3594); Rs. C-341/94 (Allain), Slg. 1996, S. I-4631 (4657); Rs. C-177/95 (Ebony Maritime und Loten Navigation), Slg. 1997, S. I-1111 (1143).

<sup>280</sup> EuGH, Rs. 77/81 (Zuckerfabrik Franken), Slg. 1982, S. 681 (694).

<sup>281</sup> EuGH, Rs. 30/70 (Scheer), Slg. 1970, S. 1197 (1208).

Die in der früheren Judikatur des EuGH deutlich betonte Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 10 EG, alle geeigneten Maßnahmen, vor allem geeignete Sanktionen zu ergreifen, um die Befolgung des Gemeinschaftsrechts durch Privatpersonen zu gewährleisten, betrifft freilich, was den Schutzgegenstand des Gemeinschaftsrechts anbelangt, allein sekundärrechtliche Vorschriften, vor allem Richtlinien und Verordnungen.<sup>282</sup> Die wirtschaftlichen Grundfreiheiten selbst wurden in dieser älteren Rechtsprechung des EuGH nie zum schutzfähigen Rechtsgut einer staatlichen Schutzpflicht erklärt; die insoweit grundlegende Wende vollzog sich erst mit dem Urteil des EuGH im Fall französische Bauernproteste vom 9. 12. 1997. Dennoch ist der staatliche Schutzpflichtgedanke, begrenzt auf den Bereich des sekundären Gemeinschaftsrechts, bereits in vielen früheren Entscheidungen des EuGH niedergelegt.

## 2. Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden

Der EuGH begnügt sich im Urteil vom 9. 12. 1997 damit, die Vorschrift des Art. 10 EG im Rahmen der dogmatischen Rechtfertigung grundfreiheitlicher Schutzpflichten zu erwähnen. Weitergehende Ausführungen, die das gefundene Ergebnis argumentativ untermauern, sucht man in der Entscheidung des EuGH indes vergeblich. Deutlich ausführlicher widmete sich demgegenüber Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache französische Agrarblockaden der hier interessierenden Frage, ob eine grundfreiheitliche Schutzpflicht der Mitgliedstaaten berechtigterweise mit Hilfe des Art. 10 EG dogmatisch begründet werden kann. Die von ihm vertretene These, Art. 10 EG in Verbindung mit Art. 28 EG stelle die normative Rechtsgrundlage für die Verpflichtung der Mitgliedstaaten dar, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zum Schutze der Warenverkehrsfreiheit vor Angriffen von Privatpersonen zu ergreifen,<sup>283</sup> versuchte Generalanwalt Lenz dabei wie folgt argumentativ zu belegen.

### a) Die wettbewerbsrechtliche Judikatur des EuGH zu den Art. 81, 82 EG i. V. m. Art. 10 EG

<sup>282</sup> Siehe auch Kühling, NJW 1999, S. 403 (404).

<sup>283</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6978 Rn. 41).

Zur argumentativen Stützung der aufgestellten Behauptung griff der Generalanwalt zunächst auf die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts zurück, und zwar einerseits auf die Entscheidungen, die isoliert zu den Art. 81, 82 EG ergangen sind, sowie andererseits auf die Urteile, welche die Kombination der genannten Art. 81, 82 EG in Verbindung mit Art. 10 EG betreffen. Die solchermaßen auf den Bereich des Wettbewerbsrechts eingegrenzte Judikatur des EuGH befasst sich mit einer Fallgestaltung, die als Spiegelbild oder Gegenstück zu der Sachverhaltskonstellation beurteilt werden kann, die dem Fall französische Agrarblockaden zugrunde liegt.

- Die Art. 81, 82 EG umschreiben primär, der Wortlaut ist insoweit eindeutig, für Unternehmen, d. h. für Privatpersonen geltende Pflichten. Die Rechtsprechung des EuGH hat sich jedoch auf der Grundlage der Art. 81, 82 EG in Verbindung mit Art. 10 II EG zusätzlich auch für die Statuierung einer nachrangigen Pflicht, konkret einer Unterlassungspflicht, zu Lasten der Mitgliedstaaten entschieden. Diese Ausdehnung des Adressatenkreises der im Wettbewerbsrecht angelegten Pflichten beruht maßgeblich auf der Zielsetzung, die praktische Wirksamkeit der für Privatpersonen geltenden Wettbewerbsregeln, also der Bestimmungen, welche die für Privatpersonen bestimmten Pflichten begründen, zu sichern. Denn das zu schützende Rechtsgut eines unverfälschten Wettbewerbs kann durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten, welche im Ergebnis vergleichbare, nachteilige Wirkungen für den Wettbewerb herbeiführen wie Maßnahmen von Privatpersonen, gleichermaßen schwerwiegend beeinträchtigt werden.<sup>284</sup>

---

<sup>284</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6978 Rn. 42). Der EuGH forderte unter Heranziehung der Art. 81, 82 EG i. V. m. Art. 10 EG, dass die Mitgliedstaaten „keine Maßnahmen, und zwar auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten“; so EuGH, Rs. C-185/91 (Gebrüder Reiff), Slg. 1993, S. I-5801 (5847); zuletzt EuGH, Rs. C-70/95 (Sodemare), Slg. 1997, S. I-3395 (3436). Darüber hinaus stellte der EuGH unter Rückgriff auf die in Art. 10 II EG niedergelegte Unterlassungspflicht fest, dass es den Mitgliedstaaten verboten ist, dem Art. 81 EG zuwiderlaufende Kartellabsprachen vorzuschreiben oder zu erleichtern oder deren Auswirkungen zu verstärken; dazu EuGH, Rs. 231/83 (Cullet), Slg. 1985, S. 305 (320); verb. Rs. 209 bis 213/84 (Asjes), Slg. 1986, S. 1425 (1473); Rs. 311/85 (Vlaamse Reisbureaus), Slg. 1987, S. 3801 (3826); Rs. 136/86 (BNIC/Aubert), Slg. 1987, S. 4789 (4815); Rs. 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen), Slg. 1989, S. 803 (851); ferner Due, S. 8 f.; Schweitzer/Hummer, Rn. 1048; Lenz, in: ders., Art. 10 Rn. 6; ausführlich zur besonderen Bedeutung des Art. 10 II EG im Schnittkreis von gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln und nationalem Wettbewerbsrecht von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 59 ff.

- Diese Systematik im Bereich des Wettbewerbsrechts, mit dem Erscheinungsbild von primär an Privatpersonen gerichteten Pflichten sowie einer damit in Zusammenhang stehenden nachrangigen mitgliedstaatlichen Unterlassungspflicht, lässt sich auf die das EuGH-Urteil vom 9. 12. 1997 kennzeichnende Sachverhaltsgruppe als Spiegelbild bzw. Gegenstück zu der wettbewerbsrechtlichen Fallkonstellation übertragen. Art. 28 EG begründet primär eine Pflicht der Mitgliedstaaten, keine den freien Warenverkehr beeinträchtigenden Maßnahmen zu ergreifen. Aus Art. 28 in Verbindung mit Art. 10 I EG ist jedoch auch eine für die Mitgliedstaaten geltende nachrangige Pflicht, konkret eine Handlungspflicht, abzuleiten, gegen von Privatpersonen ausgehende Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit vorzugehen. Wiederum fungiert als Grund für diese Ausdehnung des Pflichtenspektrums die Überlegung, die praktische Wirksamkeit des Art. 28 EG weitreichend zu gewährleisten. Denn eine Beeinträchtigung der Garantie des freien Warenverkehrs kann, wie der Fall der französischen Agrarproteste eindrucksvoll zeigt, auch durch Privatpersonen hervorgerufen werden.<sup>285</sup>

Der von Generalanwalt Lenz herangezogene Vergleich zwischen dem Wettbewerbsrecht einerseits und dem Warenverkehrsrecht andererseits weist ersichtlich konstruktive Schwachstellen auf. Die Wettbewerbsregeln der Art. 81, 82 EG enthalten *private Unterlassungspflichten*; die Art. 81, 82 EG i. V. m. Art. 10 II EG begründen *mitgliedstaatliche Unterlassungspflichten*. Die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs gem. Art. 28 EG stellt eine *mitgliedstaatliche Unterlassungspflicht* dar; über Art. 28 EG i. V. m. Art. 10 I EG erzielt man eine *mitgliedstaatliche Handlungspflicht*. Vergewenwärtigt man sich diese einzelnen Pflichten in den beiden angeführten Fallgruppen, so kann von einer spiegelbildlichen Entsprechung zwischen Wettbewerbsrecht und Warenverkehrsrecht keine Rede sein, weil sich im Hinblick auf die gewählten Parameter Pflichteninhalt und Pflichtenadressat gerade keine stringente Entsprechung erreichen lässt. Die Forderung nach konstruktiver Stringenz darf indes wohl auch gar nicht erhoben werden, weil sich das solchermaßen eingeforderte Ziel von vornherein für jeden offenkundig nicht erreichen lässt.<sup>286</sup> Art. 10 EG mit seinen beiden Absätzen ist eine staatengerichtete Vorschrift,

<sup>285</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6978 f. Rn. 43).

<sup>286</sup> Die von GA Lenz in seinen Schlussanträgen, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6978 Rn. 42), verwendeten Begriffe vom „Spiegelbild“ und vom „Gegenstück“ sind unglücklich gewählt. Ob damit wirklich ein konstruktives Spiegelbild bzw. Gegenstück zum Ausdruck

die eine Bindung von Privatpersonen nie bewirken kann, so dass sich in den von Generalanwalt Lenz ausgesuchten Vergleichsmaterien ein stringentes Konstrukt der Pflichten nie verwirklichen lässt. Der von Generalanwalt Lenz gebildete Vergleich ist letztlich nur Beleg dafür, aber eben auch ein deutlicher Nachweis, dass sich die im Gemeinschaftsrecht ausdrücklich normierten Pflichten durch den Einsatz des Art. 10 EG sowohl im Hinblick auf die konkreten Adressaten als auch im Hinblick auf den genauen Inhalt umformen lassen, um ein Ergebnis zu erzielen, welches das Effektivitätsprinzip fordert.

#### b) Das EuGH-Urteil Dubois und Cargo gegen Garonor

Als weiterer Beleg für die von Generalanwalt Lenz erzielte Auslegung der Art. 10 EG i. V. m. Art. 28 EG im Sinne einer dogmatischen Rechtfertigung staatlicher Schutzpflichten soll das im Jahre 1995 ergangene Urteil des EuGH im Fall Dubois und Cargo gegen Garonor<sup>287</sup> dienen. Der Entscheidung des EuGH lag dabei folgender Sachverhalt zugrunde:<sup>288</sup> Eine Privatgesellschaft namens Garonor exploitation SA (im folgenden: Garonor) betrieb am Stadtrand von Paris einen internationalen Umschlagplatz für den Güterkraftverkehr, an dem sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Dienstleistungen, die für den Güterkraftverkehr erforderlich waren, erbracht wurden. Dort waren u. a. auch Zolldienststellen eingerichtet, bei denen alle die Zollabfertigungsvorgänge durchgeführt werden konnten, die gewöhnlich an den Staatsgrenzen vorgenommen wurden. Édouard Dubois et fils SA und Général cargo services SA (im folgenden: Dubois und Cargo) waren zollamtlich zugelassene Speditionsunternehmen. Sie besorgten den Transport der Waren auf eigene Verantwortung und in eigenem Namen für Rechnung ihrer Kunden und übernahmen u. a. die Erfüllung der Zollförmlichkeiten. Zur Ausübung dieser Tätigkeiten hatten sie von Garonor Büroräume und sanitäre Anlagen angemietet und benutzten die Laderampen des Umschlagplatzes für den Straßen- und Schienentransport. Dubois und Cargo lehnten

---

gebracht werden sollte, erscheint angesichts der offenkundigen Schwachstellen in der Konstruktion zweifelhaft. Ganten, S. 69 Fn. 273, nimmt GA Lenz beim Wort und hält den Vergleich, unter dieser Voraussetzung berechtigterweise, für verfehlt; keine Bedenken sieht anscheinend Burgi, EWS 1999, S. 327 (329 Fn. 37).

<sup>287</sup> EuGH, Rs. C-16/94 (Dubois und Cargo/Garonor), Slg. 1995, S. I-2421 ff.

<sup>288</sup> Zum Sachverhalt GA La Pergola, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-16/94 (Dubois und Cargo/Garonor), Slg. 1995, S. I-2421 (2423); EuGH, Rs. C-16/94 (Dubois und Cargo/Garonor), Slg. 1995, S. I-2421 (2434 f.).

es ab, an Garonor neben einer Miete eine pauschale „Durchfahrtsgebühr“ („taxe de passage“) für jedes Fahrzeug im internationalen Transitverkehr zu bezahlen, das in ihre Gebäude einfuhr oder sie verließ und Zollabfertigungsvorgänge am Umschlagplatz in Anspruch nahm. Diese „Durchfahrtsgebühr“, deren Berechnung auf der Grundlage der monatlichen Angaben der Spediteure erfolgte, war in den Allgemeinen Bedingungen von Garonor vorgesehen. Sie deckte die sich aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ergebenden Kosten ab und wurde vom Betreiber des Umschlagplatzes Garonor an die dort ansässigen Zolldienststellen abgeführt.

#### aa) Die Argumentation des EuGH

Von besonderem Interesse erscheint Generalanwalt Lenz der vom EuGH beschrittene Lösungsweg, um das Ergebnis zu erzielen, die in Frage stehende „Durchfahrtsgebühr“ verstoße gegen die Art. 23, 25 EG, stelle also eine unzulässige Abgabe zollgleicher Wirkung dar. Der EuGH misst dem Umstand nämlich keine entscheidende Bedeutung bei, dass die fragliche Gebühr durch ein Privatunternehmen erhoben wurde:

„Unter diesen Umständen verstößt ein Mitgliedstaat gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 9 und 12 des Vertrages (jetzt: Art. 23 und 25 EG), wenn er anlässlich des innergemeinschaftlichen Handels die Kosten der von den Zollstellen vorgenommenen Kontrollen und Verwaltungsformalitäten den Wirtschaftsteilnehmern auferlegt.“

Unabhängig davon, ob die finanzielle Belastung den Wirtschaftsteilnehmer aufgrund einer einseitigen Handlung der Behörde (also unmittelbar) oder aber über eine Reihe privatrechtlicher Vereinbarungen (also mittelbar) trifft, wie dies im Ausgangsverfahren der Fall ist, sie ergibt sich stets - unmittelbar oder mittelbar - aus dem Verstoß des betreffenden Mitgliedstaats gegen seine finanziellen Verpflichtungen aus den Artikeln 9 und 12 des Vertrages (jetzt: Art. 23 und 25 EG).<sup>289</sup>

---

<sup>289</sup> EuGH, Rs. C-16/94 (Dubois und Cargo/Garonor), Slg. 1995, S. I-2421 (2438); Hervorhebung durch den Verf.; dazu Burgi, EWS 1999, S. 327 (328 Fn. 7), der das EuGH-Urteil dahingehend interpretiert, dass es auf die „Emission“ durch den Staat, nicht aber darauf ankommt, ob die „Immission“ unmittelbar durch ihn bewirkt wird.

Diese richterlichen Aussagen berechtigen Generalanwalt Lenz zufolge zu der Schlussfolgerung, dass auch im Bereich der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs einen Mitgliedstaat unter bestimmten Voraussetzungen die Verantwortung für das Handeln von Privatpersonen treffen kann.<sup>290</sup> In dieser allgemein gehaltenen Form wird man der gezogenen Schlussfolgerung sicherlich zustimmen können. Der EuGH sieht in den privatrechtlichen Vereinbarungen zwischen dem Betreiber des Umschlagplatzes Garonor und den Speditionsunternehmen Dubois und Cargo einen mittelbaren Verstoß des Mitgliedstaates gegen die Art. 23, 25 EG, so dass es sich seiner Auffassung nach um eine Konstellation der mittelbaren Drittwirkung der Art. 23, 25 EG handeln dürfte.<sup>291</sup> Eine unmittelbare Drittwirkung kommt auf dem Gebiet der Art. 23, 25 EG ohnehin nicht in Betracht, weil die dort genannten Zölle und Abgaben zollgleicher Wirkung natürlich hoheitliche Maßnahmen darstellen. Die Verbotstatbestände der Art. 23, 25 EG richten sich allein an die Mitgliedstaaten, was sich im übrigen auch aus dem Wortlaut der Art. 23, 25 EG („zwischen den Mitgliedstaaten“) eindeutig ergibt.<sup>292</sup>

#### bb) Die Argumentation von Generalanwalt La Pergola

Von noch größerer Überzeugungskraft erscheint Generalanwalt Lenz hingegen der von Generalanwalt La Pergola in seinen Schlussanträgen zum Fall Dubois und Cargo gegen Garonor beschrittene Lösungsweg über die in Art. 10 II EG normierte mitgliedstaatliche Unterlassungspflicht. Im Gegensatz zum EuGH vertrat Generalanwalt La Pergola nämlich die Ansicht, es handele sich bei der in Frage stehenden „Durchfahrtsgebühr“ gar nicht um eine Abgabe zollgleicher Wirkung im Sinne der Art. 23, 25 EG. Denn Zölle und Abgaben gleicher Wirkung gemäß den Art. 23, 25 EG stellten Besteuerungsmaßnahmen dar, die auf die Ausübung einer dem Staat vorbehaltenen Befugnis zurückzuführen seien. Die in Rede stehende „Durchfahrtsgebühr“ beruhe hingegen nicht auf einer solchen Besteuerungsbefugnis irgendeiner staatlichen Stelle. Die in einer privatrechtlichen Vereinbarung

<sup>290</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6979 Rn. 44).

<sup>291</sup> Siehe dazu Ganten, S. 52 f.

<sup>292</sup> Insoweit unglücklich formuliert in EuGH, Rs. C-16/94 (Dubois und Cargo/Garonor), Slg. 1995, S. I-2421 (2438): „... die Artikel 9 und 12 EG-Vertrag (jetzt: Art. 23, 25 EG) (sind) auf eine „Durchfahrtsgebühr“ *anwendbar*, ... auch wenn die Gebühr nicht vom Staat eingeführt wurde, sondern auf einer vertraglichen Vereinbarung zwischen diesem Privatunternehmen und seinen Kunden beruht.“; Hervorhebung durch den Verf.

vorgesehene Gebühr werde durch eine private Handelsgesellschaft erhoben, die in keiner Weise im staatlichen Organisationsbereich verankert sei, auch nicht bei der vom EuGH vorgenommenen weitgehenden Interpretation dieses staatlichen Bereichs.<sup>293</sup>

Dem betreffenden Mitgliedstaat müsse jedoch ein Verstoß gegen seine Verpflichtungen aus den Art. 23, 25 EG in Verbindung mit Art. 10 II EG angelastet werden. Eine echte Marktgemeinschaft bestehe nur in dem Maße, wie dem freien Grenzübertritt der Waren keine Hindernisse finanzieller Art entgegenstehen, so dass der kostenlose grenzüberschreitende Warenverkehr zu den Hauptzielen des Vertrages i. S. d. Art. 10 II EG zähle. In Anbetracht dieses Vertragszieles begründeten die Art. 23, 25 EG i. V. m. Art. 10 II EG für die Mitgliedstaaten nicht nur das ausdrückliche Verbot von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung, sondern darüber hinaus auch das Verbot der Unterlassung, nämlich der Untätigkeit, die es erst ermögliche, dass die Kosten der Zolldienststelle von den privaten Wirtschaftsteilnehmern getragen würden, mit der Folge, dass durch die Notwendigkeit von privaten Geldleistungen zur Deckung dieser Kosten ein Hindernis für den freien Grenzübertritt der Waren errichtet werde, mögen die Geldleistungen auch in Verträgen zwischen Privatpersonen vorgesehen sein. Der Grundsatz des freien und unentgeltlichen Grenzübertritts von Waren könne nämlich von einem Mitgliedstaat sowohl durch ein unmittelbar in den Art. 23, 25 EG vorgesehenes und damit verbotenes Verhalten als auch durch ein anderes Verhalten missachtet werden, das zwar die Tatbestandsmerkmale einer Abgabe zollgleicher Wirkung nicht erfülle, aber gleichwohl geeignet sei, die durch diese Bestimmungen geschützten Interessen zu verletzen. Für diese zuletzt genannte Fallgruppe komme dem Art. 10 EG als Auffangvorschrift des Systems eine besondere Bedeutung zu, weil Art. 10 EG allgemein auf den umfassenden Schutz der grundlegenden Werte der Gemeinschaftsrechtsordnung abziele, wenn diese Werte mittelbar verletzt werden, d. h., ohne dass ein Verstoß gegen den Buchstaben einer spezifischen Vorschrift des Vertrages zu konstatieren wäre. Art. 10 EG gewähre damit Schutz auch vor staatlichen Handlungen, die sich zwar formal im Rahmen der ausdrücklichen

---

<sup>293</sup> GA La Pergola, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-16/94 (Dubois und Cargo/Garonor), Slg. 1995, S. I-2421 (2425); zustimmend Weber, RIW 1995, S. 1048.

vertraglichen Verbote bewegen, aber aufgrund ihrer konkreten Auswirkungen das letztlich verbotene Ergebnis hervorbringen.<sup>294</sup>

### 3. Das Schrifttum

Auch in der Literatur finden sich dem Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997 zeitlich vorausgehende Stellungnahmen zu der Frage, inwieweit Art. 10 EG als normative Grundlage einer staatlichen Schutzpflicht gegenüber Hemmnissen für den freien Warenverkehr dienen kann, die von Personen des Privatrechts, man denke insoweit vor allem an Personenvereinigungen, Personenverbände, Gewerkschaften und Gesellschaften, ausgehen. Als solche Handelshemmnisse Privater werden im Schrifttum vor allem private Boykottaufrufe und gelegentlich vorkommende Grenzblockaden durch Landwirte diskutiert.<sup>295</sup> Dabei steht, soweit ersichtlich, im Vordergrund der Diskussion allein die Angriffsfläche des freien Warenverkehrs als solchen, der durch die fraglichen handelsbehindernden Praktiken beeinträchtigt wird. Die Erkenntnis, dass auch der einzelnen Marktbürger als Wirtschaftsteilnehmer Opfer privater Übergriffe sein kann, scheint erst das EuGH-Urteil französische

<sup>294</sup> GA La Pergola, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-16/94 (Dubois und Cargo/Garonor), Slg. 1995, S. I-2421 (2428 f.), mit zusätzlichem Hinweis, ebd., S. 2430, auf EuGH, Rs. 85/85 (Kommission/Belgien), Slg. 1986, S. 1149 (1168) (Befreiung der Beamten und sonstigen Bediensteten der Gemeinschaft in den Mitgliedstaaten von jeder Verpflichtung zur Eintragung in die Einwohnermelderegister), als Beleg für die Interpretation des Art. 10 II EG in der Rspr. des EuGH als Bestimmung zur Ahndung mittelbarer mitgliedstaatlicher Verstöße. Die von GA La Pergola gewählte Wortwahl erscheint zuweilen mehr als unglücklich, vor allem dann, wenn er im Zusammenhang mit der in Art. 10 II EG normierten allgemeinen *Unterlassungspflicht* von der Verhinderung der „Untätigkeit des Staates“ und dem „Verbot einer solchen Unterlassung“ spricht, womit gerade das Gegenteil der Unterlassungspflicht zum Ausdruck gebracht wird, nämlich eine *Handlungspflicht*; kritisch zur Lösung über Art. 10 II EG durch GA La Pergola Weber, RIW 1995, S. 1048, für den die Heranziehung des Art. 10 II EG in der konkreten Situation fehlender staatlicher Veranlassung die unvermeidbare Folge nach sich ziehen würde, dass ein Mitgliedstaat sämtliche Handlungen von Privatpersonen im Sinne der Ziele des Gemeinschaftsrechts zu überwachen und zu steuern habe, was im Ergebnis zu einer uferlosen Auslegung der Treueklausel des Art. 10 II EG führe.

<sup>295</sup> Siehe von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 24; Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 30 Rn. 324, 301, mit Aufzählung handelsbehindernder Praktiken Privater; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 297; Nicolaysen, Bd. II, S. 44; Schäfer, S. 261 f. Aus Anlass der Blockade der französisch-belgischen Grenzübergänge von 1983, verursacht von französischen Landwirten, formulierten die Abgeordneten Luc Beyer de Ryke und Horst Seefeld zwei schriftliche Anfragen an die Kommission, welche der Problematik einer möglichen Pflicht der Mitgliedstaaten zum aktiven Eingreifen gegen private Übergriffe auf den freien Warenverkehr gewidmet waren; ABIEG 1983 Nr. C 323/13 f. Ohne zu der konkreten Rechtsgrundlage der mitgliedstaatlichen Verpflichtung Stellung zu beziehen, vertrat die Kommission die Ansicht, dass die betroffenen Mitgliedstaaten nach dem Gemeinschaftsrecht verpflichtet seien, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die störenden privaten Handelshemmnisse zu verhüten; ABIEG 1983 Nr. C 323/14.

Agrarblockaden vom 9. 12. 1997 wirklich eindrucksvoll und eindringlich zu vermitteln.<sup>296</sup>

Die im Schrifttum anzutreffenden Antworten auf die eingangs aufgeworfene Frage stimmen dabei nicht nur hinsichtlich des von ihnen befürworteten Ergebnisses überein, sondern auch in Bezug auf die Kürze ihrer Ausführungen und die Eindeutigkeit ihrer Formulierungen: Aus Art. 10 I EG ergebe sich die gemeinschaftsrechtliche Pflicht für die Mitgliedstaaten, gegen Handelshemmnisse auf ihrem Hoheitsgebiet einzuschreiten, die auf das Verhalten von Privatpersonen zurückzuführen seien.<sup>297</sup> Die kurz und knapp gehaltenen, aber klar und deutlich formulierten Stellungnahmen in der Literatur geben damit keinen Anlass, die vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 sowie von Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen zur gleichen Rechtssache französische Agrarblockaden befürwortete Verankerung der staatliche Schutzpflicht u. a. in Art. 10 EG in Zweifel zu ziehen. Auch wenn den Ausführungen in der Literatur eine die EuGH-Entscheidung vom 9. 12. 1997 kennzeichnende Sachverhaltskonstellation nicht zugrunde lag, vielmehr das Bild privater Störungshandlungen sich auf Boykottmaßnahmen und in ihrem Ausmaß zurückhaltende Grenzblockaden beschränkte, können die Stellungnahmen des Schrifttums im Sinne eines dogmatischen Rückhalts bzw. einer dogmatischen Schützenhilfe für das vom EuGH in der konkreten Entscheidung erzielte Ergebnis verstanden werden. Denn wenn eine auf Art. 10 I EG beruhende

---

<sup>296</sup> Zu erinnern ist insoweit an die in der Einführung bereits dargestellten Protestaktionen der französischen Landwirte, die sowohl die Plünderung ausländischer Transportfahrzeuge und die Vernichtung ihrer Warenladungen als auch körperliche Angriffe auf Lastwagenfahrer umfassten. Darüber hinaus kam es auch zu Übergriffen auf französische Einzelhändler, die in ihren Geschäften ausländische Waren anboten.

<sup>297</sup> Siehe Nicolaysen, Bd. II, S. 45; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 Rn. 24; Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 30 Rn. 324, mit dem Zusatz, dass im Falle der Nichterfüllung der solchermaßen umschriebenen Verpflichtung durch die Mitgliedstaaten, ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226, 227 EG in Betracht komme, ein unmittelbares Vorgehen der Gemeinschaft gegen die aktiven Störungshandlungen Privater im Anwendungsbereich des Art. 28 EG jedoch ausscheide; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 297. Etwas ausführlicher Schäfer, S. 265, der die aus Art. 10 I EG folgende umfassende Pflicht der Mitgliedstaaten betont, das Funktionieren der Gemeinschaft zu sichern, so dass es privat errichtete Handelshemmnisse, welche die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft ernsthaft in Frage stellen, zu verhindern gilt; Hinweis auf die umfassende mitgliedstaatliche Pflicht zur Sicherung des Funktionierens der Gemeinschaft einschließlich daraus ableitbarer Konsequenzen im Hinblick auf private Störungshandlungen bereits vorher bei Bleckmann, DVBl. 1976, S. 483 (487); ders., RIW/AWD 1981, S. 653 (654); Söllner, S. 15 f. Andere rechtliche Konstruktion bei Donner, SEW 1982, S. 362 (373), der sich zurückhaltend fragt, also gerade nicht feststellt, ob sich die Pflicht der Mitgliedstaaten, privaten Handelshemmnissen zu begegnen, möglicherweise aus den Art. 28 und 29 EG herleiten lässt, womit Donner das vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 sowie von GA Lenz angeführte Verbindungselement des Art. 10 I EG ausspart. Oliver, 2. Aufl. 1988, S. 56, lehnt dagegen eine mitgliedstaatliche Pflicht zum aktiven Einschreiten gegen private Handelshindernisse ab.

staatliche Handlungspflicht für den Fall der privaten Boykottaufrufe sowie vereinzelter zurückhaltender Grenzblockaden von Landwirten von Teilen der Literatur bejaht wird, so muss doch Gleiches erst recht für die viel schwerwiegender in die Garantie des freien Warenverkehrs eingreifenden Protest- und Gewaltaktionen der französischen Landwirte gelten, über welche der EuGH im Fall französische Agrarblockaden zu entscheiden hatte. Auch das Schrifttum stützt somit die vom EuGH angenommene, von Generalanwalt Lenz näher erläuterte dogmatische Grundlage des Art. 10 I EG für die neue Rechtsfigur staatlicher Schutz- und damit Handlungspflichten.

#### **D. Zusammenfassung**

Der EuGH zieht im Urteil vom 9. 12. 1997 die konkret betroffene Grundfreiheit des freien Warenverkehrs gem. Art. 28 EG in Verbindung mit Art. 10 EG zur dogmatischen Begründung der neuen Rechtsfigur der staatlichen Schutzpflicht heran. Als maßgeblicher Grund, *warum* eine mitgliedstaatlichen Schutzpflicht, basierend auf Art. 28 EG i. V. m. Art. 10 EG, eigentlich anzunehmen ist, erscheint dabei das Effektivitätsprinzip. Bislang unbeantwortet blieb aber die in der Literatur zuweilen diskutierte Frage, wie das Verhältnis der beiden vom EuGH herangezogenen dogmatischen Grundlagen, Grundfreiheit und Art. 10 EG, zueinander zu bestimmen ist, ob also die Rechtsfigur der staatlichen Schutzpflicht ihre dogmatische Rechtfertigung vorrangig in der Grundfreiheit selbst findet, mit der Folge, dass dem Art. 10 EG eine nur flankierende Funktion wächst, oder ob die mitgliedstaatliche Verpflichtung vielmehr in erster Linie aus Art. 10 EG folgt.

In seinem Bemühen um argumentative Rechtfertigung der statuierten staatlichen Schutzpflicht, hebt der EuGH zuallererst und mit einer gewissen Ausführlichkeit den rechtlichen Charakter der wirtschaftlichen Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes hervor, wobei er zudem die Gefahren für die konkret betroffene Warenverkehrsfreiheit durch das Ausbleiben von staatlichen Schutztätigkeiten gegenüber den privaten Störungshandlungen deutlich betont. Demgegenüber findet die Vorschrift des Art. 10 EG erst später bei der richterlichen Zusammenfassung der dogmatischen Begründung, die staatliche Schutzpflicht beruhe auf Art. 28 EG i. V. m. Art. 10 EG,

eine kurz und knapp gehaltene Erwähnung. Damit offenbart der vorrangige und ausführliche Rückgriff auf die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs, rechtlich qualifiziert im oben genannten Sinne, zugleich den Stellenwert, den dieses Begründungselement nach der Auffassung des EuGH im Rahmen der dogmatischen Herleitung der staatlichen Schutzpflicht einnehmen soll. Dem EuGH zufolge ergibt sich die staatliche Schutzpflicht also primär aus der Grundfreiheit selbst, so dass dem Art. 10 EG lediglich eine unterstützende und bestätigende Funktion zukommt.<sup>298</sup>

Eine davon abweichende rechtliche Bewertung des Bedeutungsgehalts von Art. 10 EG für die dogmatische Figur der staatlichen Schutzpflichten findet sich demgegenüber bei Generalanwalt Lenz. In seinen Schlussanträgen zur Rechtssache französische Agrarblockaden stellt der Generalanwalt deutlich heraus, dass die staatliche Schutzpflicht gegenüber privaten Übergriffen auf die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs nicht bereits aus der Grundfreiheit selbst abgeleitet werden kann, so dass es eines zusätzlichen Rückgriffs auf die Vorschrift des Art. 10 EG zur dogmatischen Begründung staatlicher Schutzpflichten bedarf:

„Die von der Kommission erhobenen Vorwürfe finden daher in Artikel 30 (jetzt: 28 EG) ... allein keine ausreichende Grundlage.“<sup>299</sup>

„Auf der Grundlage des isoliert betrachteten Artikels 5 (jetzt: 10 EG) würde die Klage der Kommission daher ebenso wenig Erfolg haben können wie auf der alleinigen Grundlage des Artikels 30 (jetzt: 28 EG).“<sup>300</sup>

---

<sup>298</sup> Gleiche Einschätzung der Ausführungen des EuGH, der richterliche Hinweis auf Art. 10 EG habe eine nur unterstützende Funktion für die Rechtsfigur staatlicher Schutzpflichten, bei Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 Rn. 49; Kingreen, S. 198 Fn. 46; Meurer, EWS 1998, S. 196 (198); Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 (220); ebenso wohl auch Koenig/Haratsch, Rn. 504, 543, 571, 600. Andere Interpretation, der EuGH leite die Handlungspflicht aus Art. 10 EG her, d. h. der EuGH schreibe dem Art. 10 EG insoweit eine konstitutive Bedeutung zu, bei Jarvis, CMLRev. 1998, S. 1371 (1378); Meier, EuZW 1998, S. 87; Schwarze, EuR 1998, S. 53 (54); ebenso wohl auch Burgi, EWS 1999, S. 327 (329); Kühling, NJW 1999, S. 403 f.; Kainer, JuS 2000, S. 431 (433); Oppermann, Rn. 1294.

<sup>299</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6969 Rn. 11); siehe auch GA Lenz, ebd., S. I-6968 f. Rn. 8-10, mit näheren Ausführungen, warum die Grundfreiheit des Art. 28 EG als alleinige dogmatische Grundlage nicht in Betracht kommt.

<sup>300</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6978 Rn. 40).

„Liest man diese Vorschrift (Art. 10 EG) *in Verbindung mit* Artikel 30 (jetzt: 28 EG) ... , so ergibt sich für die Mitgliedstaaten daraus meines Erachtens die Verpflichtung, „alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art“ zum Schutz der Freiheit des Warenverkehrs zu treffen.“<sup>301</sup>

Ersichtlich misst Generalanwalt Lenz der Vorschrift des Art. 10 EG eine konstitutive Bedeutung für die dogmatische Konstruktion staatlicher Schutzpflichten zu, so dass der Rückgriff auf Art. 10 EG als zwingend geboten erscheint, um die Mitgliedstaaten in die Verantwortung für die privaten Störungen der grenzüberschreitenden Wahrnehmung der Marktfreiheiten zu nehmen. Die von Generalanwalt Lenz vertretene Einschätzung des Stellenwerts des Art. 10 EG für die Rechtsfigur staatlicher Schutzpflichten erfährt dabei eine deutliche Bestätigung durch die Stellungnahmen in der Literatur, die sich mit der Problematik der staatlichen Schutzpflichten gegenüber privaten Ausschreitungen bereits vor der EuGH-Entscheidung französische Agrarblockaden beschäftigten. Wie bereits näher dargelegt, liegt diesen Stellungnahmen im Schrifttum die einhellige Annahme zugrunde, dass es zur dogmatischen Begründung der gemeinschaftsrechtlichen Pflicht für die Mitgliedstaaten, gegen Handelshemmnisse auf ihrem Hoheitsgebiet einzuschreiten, die auf das Verhalten von Privatpersonen zurückzuführen sind, eines zusätzlichen Rückgriffs auf Art. 10 EG bedarf.<sup>302</sup> Auch insoweit wird der Bestimmung des Art. 10 EG also ein konstitutiver Charakter zugeschrieben.

#### **4. Teil: Die dogmatischen Strukturen der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten im Europäischen Gemeinschaftsrecht**

---

<sup>301</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6978 Rn. 41).

<sup>302</sup> Siehe dazu oben 3. Teil C. II. 3.

Im folgenden gilt es nun die zentralen dogmatischen Strukturen der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten herauszuarbeiten, damit die neue Rechtsfigur an (vor allem auch gerichtlich) nachvollziehbaren inhaltlichen Konturen gewinnt.

## **A. Die schutzfähigen Rechtsgüter**

### I. Die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs

Der EuGH statuierte in der Rechtssache französische Agrarblockaden eine staatliche Schutzpflicht ausschließlich im Hinblick auf die für die konkrete Entscheidung allein relevante Grundfreiheit des freien Warenverkehrs (Art. 28 ff. EG). Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, auf ihrem Hoheitsgebiet die Respektierung der Warenverkehrsfreiheit durch Privatpersonen sicherzustellen, also die privaten Beeinträchtigungen der Garantie des freien Warenverkehrs zu unterbinden. Damit wurde vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 allein die wirtschaftliche Grundfreiheit des freien Warenverkehrs als schutzfähiges Rechtsgut der staatlichen Schutzpflicht ausdrücklich anerkannt.

### II. Die anderen Grundfreiheiten

#### 1. Die Konvergenz der Grundfreiheiten

Aber auch die anderen wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages kommen als Grundlage einer staatlichen Schutzpflicht in Betracht. Die verschiedenen Grundfreiheiten zeichnen sich nämlich durch ein hohes Maß an einheitlichen dogmatischen Strukturen aus, so dass sich eine alle Grundfreiheiten übergreifende weitgehend einheitliche Konzeption offenbart.<sup>303</sup> In Anbetracht dieser einheitlichen

---

<sup>303</sup> Die erforderlichen Nachweise im Hinblick auf die dogmatische Vereinheitlichung der verschiedenen Grundfreiheiten liefern vor allem die Abhandlungen zur sog. Konvergenz der Grundfreiheiten von Behrens, EuR 1992, S. 145 ff.; Classen, EWS 1995, S. 97 ff.; Jarass, EuR 1995, S. 202 ff.; Schneider, NJ 1996, S. 512 ff.; Eberhartinger, EWS 1997, S. 43 ff.; siehe auch Wolf, JZ 1994, S. 1151 ff.; Zuleeg, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1717 ff. Ausführlich zur Entwicklung der Grundfreiheiten

Grundfreiheitendogmatik erscheint die Beschränkung der staatlichen Schutzpflicht allein auf das Schutzgut der Warenverkehrsfreiheit als dogmatisch kaum vertretbar, vielmehr lässt sich die Ausweitung der Rechtsfigur der staatlichen Schutzpflicht auf alle anderen Grundfreiheiten aus diesem Grunde dogmatisch gut vertreten.

Dass nicht nur die Warenverkehrsfreiheit ein schutzfähiges Rechtsgut der staatlichen Schutzpflicht darstellt, vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 ausdrücklich anerkannt, sondern ebenso die anderen wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages erfasst werden, ergibt sich ferner aus der normativen Rechtfertigung staatlicher Schutzpflichten, konkret aus dem zentralen dogmatischen Begründungselement der Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes.

## 2. Die zentrale dogmatische Grundlage staatlicher Schutzpflichten: die Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes

Der Binnenmarkt gehört zu den tragenden Grundsätzen des EG-Vertrages, als Vertragsziel der Gemeinschaft kommt ihm ein herausragender Stellenwert im Gefüge des EG-Vertrages zu, prägt doch kein anderes Vertragsziel den europäischen Integrationsprozess wie der Binnenmarkt. Bedeutende konstitutive Wirkung für den Binnenmarkt haftet dabei nicht nur der Warenverkehrsfreiheit an, sondern gleichermaßen den anderen Marktfreiheiten, wie die primärrechtlichen Bestimmungen der Art. 3 I lit. c, 14 II EG eindeutig zu belegen vermögen, die allen Grundfreiheiten einen gleich hohen konstitutiven Bedeutungsgehalt für die

---

vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot Kingreen, S. 38 ff.; sowie speziell zur höchst umstrittenen Frage, ob auch die Niederlassungsfreiheit ein über das Diskriminierungsverbot hinausgehendes allgemeines Beschränkungsverbot darstellt: bejahend Bleckmann, DVBl. 1986, S. 69 (72); Behrens, RabelsZ 52 (1998), S. 498 (508 ff.); Steindorff, EuR 1988, S. 19 (21); Blumenwitz, NJW 1989, S. 621 (622 f.); Gornig, NJW 1989, S. 1120 (1121 f.); Sandrock/Austmann, RIW 1989, S. 249 (250); Ehlers, NVwZ 1990, S. 810 (811); Knobbe-Keuk, DB 1990, S. 2573 (2574); Ress, EuZW 1990, S. 521; Roth, RabelsZ 54 (1990), S. 63 (81 f.); Sack, JuS 1990, S. 352 (355); Bach, DWiR 1992, S. 379 (380); Jarass, RIW 1993, S. 1 (5); Zuleeg, BB 1994, S. 581 (583); Benjes, S. 134; Everling, in: Festschrift für Mestmäcker, 1996, S. 365 (368 f.); ders., in: Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk, 1997, S. 607 ff., insb. S. 610 ff.; anders noch ders., EuR 1989, S. 338 (343 f.); ders., DB 1990, S. 1853 (1855 f.); ders., S. 14, 21; Herdegen, Rn. 282, 319; Schnichels, S. 112; Schöne, S. 140; Geiger, Art. 43 Rn. 16 ff.; Scheurer, in: Lenz, Art. 43 Rn. 7; verneinend Basedow, RabelsZ 55 (1991), S. 409 (432); Hailbronner, JuS 1991, S. 917 (919); Nachbaur, EuZW 1991, S. 470 (471); Wägenbaur, EuZW 1991, S. 427 (430); Smith, ELRev. 1994, S. 67 (73); Eyles, S. 71 ff.; Lackhoff, S. 71; Randelzhofer, in: Grabitz/Hilf, Art. 52 Rn. 43; Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 52 Rn. 45.

Verwirklichung des Binnenmarktzieles zuschreiben, folglich sich jeder bewertenden Differenzierung enthalten. Dem besonderen Stellenwert des Binnenmarktes kann nur durch die effektive Gewährleistung jeder einzelnen konstituierenden Grundfreiheit Rechnung getragen werden, die alle in gleich schwerwiegender Weise durch private Störungshandlungen beeinträchtigt werden können, so dass des staatlichen Schutzes nicht nur die Warenverkehrsfreiheit bedarf, sondern ebenso die anderen Marktfreiheiten. Die Ausdehnung der Rechtsfigur der staatlichen Schutzpflicht über den Bereich des freien Warenverkehrs hinaus auf alle anderen Marktfreiheiten beruht damit maßgeblich auf der vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 deutlich vorgenommenen Gewichtung der herangezogenen dogmatischen Begründungselemente zugunsten der den Binnenmarkt konstituierenden Grundfreiheiten, die allesamt ohne Unterschied tragende Grundsätze des EG-Vertrages darstellen.<sup>304</sup>

## **B. Die Beeinträchtigung der schutzfähigen Rechtsgüter**

Die folgenden Ausführungen sind der Problematik der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages gewidmet. Die Grundfreiheiten als schutzfähige Rechtsgüter müssen beeinträchtigt werden, damit sich die staatliche Schutzpflicht zur aktiven Handlungspflicht verdichtet. Der Begriff der Beeinträchtigung ist allgemein gehalten und bedarf folglich der inhaltlichen Konkretisierung. Die damit notwendig werdende Definition des Begriffes muss in zweifacher Hinsicht erfolgen, zum einen im Hinblick auf den Urheber der Beeinträchtigung und zum anderen im Hinblick auf die Art der Beeinträchtigung.

### **I. Der Urheber der Beeinträchtigung**

Im deutschen Verfassungsrecht liegen der Rechtsfigur der grundrechtlichen Schutzpflichten dreiseitige Beziehungen zugrunde. Dabei setzt sich das die

---

<sup>304</sup> Siehe auch Meurer, EWS 1998, S. 196 (202); Kühling, NJW 1999, S. 403 (404); Kainer, JuS 2000, S. 431 (434 f.).

staatliche Schutzpflicht charakterisierende „Rechts-Dreieck“<sup>305</sup> aus dem schutzpflichtigen Staat und zwei Privaten zusammen, denen jeweils unterschiedliche Rollen zugeordnet sind. In der Rolle des Störers findet sich der Private wieder, der das schutzfähige Rechtsgut durch positives Handeln beeinträchtigt, wohingegen dem anderen Privaten die unglücklichere Rolle des Opfers anheimfällt, der sich um sein beeinträchtigtes Rechtsgut sorgt. In dieser konflikträchtigen Beziehung zwischen dem Urheber der Beeinträchtigung und dem Schutzbedürftigen ist der Staat als Vermittler aufgerufen, Schutz zugunsten des privaten Opfers und gegen den privaten Störer zu gewähren.<sup>306</sup>

Diese dogmatische Konstruktion der dreiseitigen Beziehungen im Falle der grundrechtlichen Schutzpflichten des deutschen Verfassungsrechts lässt sich auch auf die Ebene des Europäischen Gemeinschaftsrechts übertragen. Auch die hier interessierende grundfreiheitliche Schutzpflicht wird durch eine Dreieckskonstellation geprägt, bestehend aus dem in die (Schutz-)Pflicht genommenen Mitgliedstaat und zwei Privatpersonen, die infolge widerstreitender Interessen auch unterschiedliche Rollen einnehmen.<sup>307</sup> Der private Unruhestifter, der das selbst gesteckte Ziel der nationalen Marktabschottung verfolgt, beschneidet den privaten Marktbürger in seinen EG-vertraglich garantierten Möglichkeiten, von den wirtschaftlichen Grundfreiheiten ungehinderten Gebrauch zu machen. Wiederum ist der betreffende Mitgliedstaat dazu berufen, schützend tätig zu werden, womit er bei den sich gegenüber stehenden Privaten gleichermaßen auf Ablehnung und Zustimmung stoßen wird.

## II. Die Art der Beeinträchtigung

<sup>305</sup> Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 34.

<sup>306</sup> Siehe zur grundrechtlichen Schutzpflicht im deutschen Verfassungsrecht etwa Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 116; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 945 f.

<sup>307</sup> Da auch die Gemeinschaft nach Maßgabe ihrer jeweiligen Kompetenzen Schutzpflichtadressat sein kann (dazu ausführlich unten 4. Teil C. II.), zeichnen sich die wirtschaftlichen Grundfreiheiten in ihrer Schutzfunktion Burgi, EWS 1999, S. 327 (329), zufolge durch ein „gleichsam magisches Viereck“ aus, innerhalb dessen die Rolle des Hoheitsträgers zwischen der Gemeinschaft und dem Mitgliedstaat aufgeteilt ist, im Gegensatz zu den grundrechtlichen Schutzpflichten, denen das Dreieck Hoheitsträger - privater Störer - privater Grundrechtsträger zugrunde liegt; zustimmend Jaeckel, S. 266. Wenn man aber auf den jeweils konkret zuständigen Hoheitsträger für einen bestimmten Sachbereich abstellt, also auf den Mitgliedstaat oder die Gemeinschaft, dann geht es ersichtlich um dreiseitige Beziehungen, so dass man im Zusammenhang mit den grundfreiheitlichen Schutzpflichten sicherlich auch an dem Begriff „Rechtsdreieck“ festhalten kann.

## 1. Jede Beeinträchtigung

### a) Ansatz

Der EuGH nimmt im Urteil vom 9. 12. 1997 nicht ausdrücklich Stellung zum Beeinträchtigungstatbestand, also zur entscheidenden Frage, um welche Art von privaten Beeinträchtigungshandlungen es sich konkret handeln muss, damit staatliche Schutzpflichten zugunsten der beeinträchtigten Grundfreiheiten entstehen. Diese richterliche Zurückhaltung im Hinblick auf die Art der Beeinträchtigung wird man sicherlich darauf zurückführen können, dass es sich bei den gewalttätigen Protestaktionen der französischen Landwirte in der Rechtssache französische Agrarblockaden offenkundig um Beeinträchtigungen der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs handelte. So stellte der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 in diesem Sinne auch unmissverständlich fest:

„Die Gewalttaten, die in Frankreich gegen landwirtschaftliche Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten begangen wurden - u. a. wurden Lastwagen, die solche Erzeugnisse beförderten, angehalten, ihre Ladung vernichtet und die Fahrer angegriffen; weiter wurden Groß- und Einzelhändler bedroht und ausliegende Waren ungenießbar gemacht -, schaffen *unzweifelhaft* Hemmnisse für den innergemeinschaftlichen Handel mit diesen Erzeugnissen.“<sup>308</sup>

Aber es finden sich im Zusammenhang mit den dogmatischen Grundlagen der staatlichen Schutzpflicht, konkret im Zusammenhang mit dem rechtlichen Charakter der Grundfreiheiten als tragende Grundsätze des EG-Vertrages und konstituierende Elemente des Binnenmarktes, implizite Stellungnahmen des EuGH, die auf eine inhaltliche Konkretisierung der schutzpflichtrelevanten Beeinträchtigungslage hindeuten. Eingebettet in diesen Rahmen der dogmatischen Herleitung nimmt der EuGH Bezug auf das für die Garantie des freien Warenverkehrs zentrale Verbot der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen und aller Maßnahmen gleicher Wirkung

---

<sup>308</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7000 Rn. 38); Hervorhebung durch den Verf.; siehe auch GA Lenz, Schlussanträge, ebd., S. I-6970 Rn. 14: „Die Plünderung und Zerstörung von Waren aus anderen Mitgliedstaaten ist eine der schwerwiegendsten Formen von Einfuhrbeschränkungen, die sich denken lässt. Sie stellt geradezu die Negation der Freiheit des Warenverkehrs dar.“

gem. Art. 28 EG<sup>309</sup> sowie auf die so genannte Dassonville-Formel,<sup>310</sup> die bekanntlich weit auszulegen ist. Seit der grundlegenden Entscheidung des EuGH im Fall Dassonville<sup>311</sup> aus dem Jahre 1974 werden dem Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung nämlich sämtliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten zugerechnet, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.<sup>312</sup> Dabei darf der im Dassonville-Urteil verwendete Begriff der „Handelsregelung“ nicht im Sinne einer Forderung nach spezifisch handelspolitischen Zwecken der in Rede stehenden Maßnahme missverstanden werden. Im Gegenteil begründet vielmehr jede nationale Maßnahme, die objektiv auf den freien Warenverkehr einwirkt, eine solche Handelsregelung.<sup>313</sup> Ebenso fördert das in der Dassonville-Formel verankerte Kriterium der Eignung zur Behinderung des freien Handelsverkehrs die doch beträchtliche Weite der vom EuGH gewählten Definition zutage, zumal eine potentielle Behinderung als ausreichend erachtet wird.

Damit scheint der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 eine schutzpflichtrelevante private Beeinträchtigung der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs in jeder mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung sowie in jeder Maßnahme gleicher Wirkung zu erblicken. Unter Berücksichtigung des in Art. 28 EG angelegten weitestgehenden Ansatzes, der sich aus der Kombination des Begriffs der Maßnahmen gleicher Wirkung in Verbindung mit der Dassonville-Formel ergibt, müsste jede Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs durch Handlungen von Privatpersonen als Auslöser staatlicher Schutzpflichten verstanden werden. Jegliche Hemmnisse für den freien Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten,

---

<sup>309</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6998 Rn. 28). Unter den in Art. 28 EG aufgezählten mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen versteht man alle staatliche Maßnahmen, welche die Einfuhr einer Ware dem Wert oder der Menge nach begrenzen, also Kontingentierungen einzelner Produkte errichten, wozu Einfuhrverbote ebenso zu rechnen sind wie Durchführverbote; siehe dazu nur EuGH, Rs. 2/73 (Geddo), Slg. 1973, S. 865 (879); ferner Arndt, S. 103; Geiger, Art. 28 Rn. 6.

<sup>310</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6998 Rn. 29).

<sup>311</sup> EuGH, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, S. 837 ff.

<sup>312</sup> EuGH, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, S. 837 (853).

<sup>313</sup> Der im Dassonville-Urteil verwendete Begriff der „Handelsregelung“ wird in späteren Entscheidungen des EuGH verallgemeinert, um inhaltliche Missverständnisse von vornherein zu vermeiden; siehe etwa EuGH, Rs. 82/77 (van Tiggele), Slg. 1978, S. 25 (39); Rs. 13/78 (Eggers), Slg. 1978, S. 1935 (1953). Auch das EuGH-Urteil vom 9. 12. 1997, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6998 Rn. 29), spricht schlicht von den „Beeinträchtigungen der Einfuhrströme“, die es zu beseitigen gilt; siehe auch Geiger, Art. 28 Rn. 9; Matthies, in: Grabitz/Hilf, Art. 30 Rn. 14; Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 30 Rn. 47; Moench, NJW 1982, S. 2689 (2690); Dausen, RIW 1984, S. 201 f.

resultierend aus aktiven Störungshandlungen von Privatpersonen, die sich mangels staatlicher Schutzmaßnahmen frei entfalten können, ließe folglich eine grundfreiheitliche Schutzpflicht der Mitgliedstaaten entstehen.<sup>314</sup> Ersichtlich wird dem Begriff der Beeinträchtigung damit im Ergebnis eine doch beachtliche Weite verliehen. Diese weite Interpretation des Beeinträchtigungstatbestandes wird durch die im gleichen Zusammenhang der dogmatischen Herleitung der staatlichen Schutzpflichten stehenden Formulierungen des EuGH von den „Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs, deren Ursachen nicht auf den Staat zurückzuführen sind“<sup>315</sup> oder den „Hemmnissen für den Warenverkehr, die insbesondere durch Handlungen von Privatpersonen in seinem Gebiet geschaffen wurden, die sich gegen Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten richten“<sup>316</sup> noch zusätzlich bestätigt. Beiden vom EuGH verwendeten Formulierungen fehlt erkennbar jede inhaltliche Einschränkung im Hinblick auf die Art der Beeinträchtigung.

## b) Beurteilung

aa) Wenn es um die klassische abwehrrechtliche Funktion der Warenverkehrsfreiheit geht, dann erscheint ein weiter Beeinträchtigungstatbestand, der durch den Rückgriff auf die Dassonville-Formel erzielt wird, als rechtlich unbedenklich, denn der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs kommt als tragender Grundsatz des EG-Vertrages eine herausragende konstitutive Bedeutung für die Verwirklichung des Binnenmarktes zu, so dass mitgliedstaatliche Beeinträchtigungen der Grundfreiheit in umfassender Weise verhindert werden müssen. In ihrer abwehrrechtlichen Funktion stellt die für den freien Warenverkehr zentrale Vorschrift des Art. 28 EG ein an die Mitgliedstaaten gerichtetes und für deren eigene Handlungen geltendes Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen und aller Maßnahmen gleicher Wirkung auf. Damit erfasst Art. 28 EG in seiner klassischen Form allein staatliche Maßnahmen, die zu einer Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs führen. In der Rechtssache französische Agrarblockaden geht die Beeinträchtigung der Ausübung der Warenverkehrsfreiheit aber nicht von staatlicher Seite aus, sondern gerade von privater Seite. Deshalb erscheint es als fraglich, ob man den weiten Beeinträchtigungsbegriff, für den sich der EuGH mit dem Urteil Dassonville

---

<sup>314</sup> Ebenso Meurer, EWS 1998, S. 196 (198).

<sup>315</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 30).

<sup>316</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 31).

berechtigtweise bei der klassischen abwehrrechtlichen Funktion der Warenverkehrsfreiheit entschieden hat, schlicht auf die neue Dimension der Grundfreiheiten als staatliche Schutzpflichten übertragen kann, wo die Ausübung der Grundfreiheiten durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird. Denn als zwingende Konsequenz eines solch weit verstandenen Beeinträchtigungsbegriffs würden dem betroffenen Mitgliedstaat in unüberschaubarem Maße staatliche Schutzpflichten im Hinblick auf jegliche Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs durch Privatpersonen auferlegt.

bb) Die Gewährleistung der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs dient sowohl der anfänglichen Öffnung als auch der dauerhaften Offenhaltung der einzelnen nationalen Marktgrenzen, um einen freien innergemeinschaftlichen Handelsverkehr zu ermöglichen und aufrechtzuerhalten.<sup>317</sup> Im Hinblick auf die Verwirklichung dieser Zielsetzung kommt der grundlegenden Bestimmung des freien Warenverkehrs, dem Art. 28 EG, eine zentrale Bedeutung zu, verbietet Art. 28 EG doch staatliche Maßnahmen, die eine Beschränkung für den zwischenstaatlichen Handel darstellen. Dabei zieht die Öffnung und Offenhaltung der ausländischen Märkte, vorrangig erzielt über Art. 28 EG, zwangsläufig einen sich gemeinschaftsweit entfaltenden Wettbewerb nach sich. Dem Art. 28 EG wächst damit eine zweifache aufeinander aufbauende Funktion zu, nämlich zum einen den freien innergemeinschaftlichen Warenverkehr zu gewährleisten, vor allem gegen staatlichen Beschränkungen abzuschirmen, sowie zum anderen, als konsequente Folge eines freien Handelsverkehrs, die Möglichkeit zu einem grenzüberschreitenden Wettbewerb in der gesamten Gemeinschaft zu schaffen.<sup>318</sup> In Anbetracht dieser Zielsetzung der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs gem. Art. 28 EG, einen gemeinschaftsweiten Wettbewerb in Gefolge des freien Handelsverkehrs in der Gemeinschaft zu ermöglichen, ergeben sich Bedenken im Hinblick auf einen weit verstandenen Beeinträchtigungsbegriff.

---

<sup>317</sup> Siehe Grabitz, in: Festschrift für Ipsen, 1977, S. 645 (660 ff.); ders., in: Festschrift für Steindorff, 1990, S. 1229 (1233); Mestmäcker, in: Festschrift für Böhm, 1965, S. 345 ff.; Müller-Graff, in: Dausen, A I Rn. 127 f.; siehe auch zur intendierten Markteinheit frühzeitig EuGH, Rs. 14/68 (Wilhelm/Bundeskartellamt), Slg. 1969, S. 1 (14).

<sup>318</sup> Siehe Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 Rn. 3; Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 30 Rn. 2; ders., in: Dausen, A I Rn. 128 f.

Der gemeinschaftsweite Wettbewerb auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs wird durch eine beachtliche Vielfalt an unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnissen geprägt. Im Rahmen dieser verschiedenen Konkurrenzverhältnisse treffen stets inländische Produkte auf solche aus anderen Mitgliedstaaten. Dabei wird der inländische Warenanbieter stets sorgsam darauf bedacht sein, seine ausländische Konkurrenz hinter sich zu lassen, um sein eigenes Produkt verkaufen zu können, will er doch Gewinne erzielen, die sich nur bei einem erfolgreichen Ausschalten der fremden Konkurrenz einstellen werden. Will der einheimische Warenanbieter den verschärften Wettbewerb für sich entscheiden, muss er den Absatz seiner Produkte an die inländische Einkaufsgemeinschaft fördern. Seinem Einfallsreichtum sind dabei allein rechtliche Grenzen gesetzt, weil er sich im Rahmen der geltenden Rechtsordnung bewegen, also auf legale Mittel zur Absatzförderung seiner Produkte zurückgreifen muss, wobei die Werbung<sup>319</sup> wohl das bedeutendste Instrument in diesem Zusammenhang darstellen wird. Der Einsatz solcher Maßnahmen, die auf Absatzförderung zielen, kann dabei sicherlich eine Benachteiligung ausländischer Erzeugnisse hervorrufen, was ihre inländischen Absatzmöglichkeiten anbelangt, dem einheimischen Warenanbieter kommt es doch gerade auf die Verbesserung seiner Wettbewerbsposition im Vergleich zu ausländischen Produkthanbietern an. Das Verkäuferengagement des Inländers, das zu einer Verschlechterung der Absatzmöglichkeiten für Produkte ausländischer Herkunft führen kann, so dass zumindest eine potentielle Behinderung der Waren aus anderen Mitgliedstaaten nicht vollkommen ausgeschlossen werden kann, würde bei einem weit verstandenen Beeinträchtigungsbegriff eine schutzpflichtrelevante private Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit darstellen, die staatliche Schutzpflichten entstehen ließe.

Anknüpfend an die obigen Ausführungen zur Funktion des Art. 28 EG, gilt es aber zu berücksichtigen, dass die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs zum einen den freien gemeinschaftsweiten Handelsverkehr vor staatlichen Beschränkungen abzuschirmen hat sowie zum anderen einen grenzüberschreitenden privaten Wettbewerb ermöglichen soll, also den erwünschten Wettbewerb zwischen in- und ausländischen Warenanbietern gerade nicht unterbinden, sondern vielmehr fördern

---

<sup>319</sup> Siehe etwa die private Werbekampagne im Fall „Buy Irish“, die aber von staatlicher Seite entscheidend beeinflusst wurde, EuGH, Rs. 249/81 (Kommission/Irland, „Buy Irish“), Slg. 1982, S. 4005 (4022); ferner EuGH, Rs. 222/82 (Apple and Pear Development Council/Lewis), Slg. 1983, S. 4083 (4119 f.); siehe zu beiden EuGH-Urteilen auch oben 1. Teil A. I. und II.

soll. Der Gewährleistungsgehalt der Warenverkehrsfreiheit erfasst also den Schutz vor einzelstaatlichen Beschränkungen, keineswegs jedoch den vor zulässiger ausländischer Konkurrenz. Der Binnenmarkt wird sowohl durch die Gewährleistung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten als auch durch ein System unverfälschten Wettbewerbs konstituiert, nicht hingegen durch eine gänzliche Verhinderung von zulässigem Wettbewerb. Mit den vom inländischen Warenanbieter ergriffenen Maßnahmen zur Absatzförderung seiner Produkte soll eine Verbesserung seiner Wettbewerbsposition erzielt werden. Darin kann keine von privater Seite verursachte Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Grundfreiheit des freien Warenverkehrs erblickt werden, die staatliche Schutzpflichten entstehen lässt.<sup>320</sup> Gilt es damit abschließend festzuhalten, dass nicht jede beliebige Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs durch Handlungen von Privatpersonen staatliche Schutzpflichten auslösen kann, so muss der Begriff der Beeinträchtigung einschränkend definiert werden. Im folgenden geht es nun um die Entwicklung von solchen dogmatischen Einschränkungen, die zu einem enger gefassten Beeinträchtigungsbegriff und damit letztlich auch zu einem schmaleren Anwendungsbereich der staatlichen Schutzpflichten führen.

## 2. Spürbare Beeinträchtigungen

### a) Ansatz

Gerade der Rückgriff des EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 auf den in Art 28 EG normierten Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung, den der Gerichtshof mit Hilfe der Dassonville-Formel konkretisiert, führte zu einem zu weitgehenden Beeinträchtigungstatbestand. Deshalb liegt es nahe, den sehr weiten Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung sinnvoll zu beschränken, denn in dem gleichen Umfang wie man den Maßnahmenbegriff des Art. 28 EG einer inhaltlichen Einschränkung unterzieht, wird auch der weite Beeinträchtigungstatbestand begrenzt, der dem EuGH zufolge auf Art. 28 EG i. V. m. der Dassonville-Formel beruht. Um den weit zu verstehenden Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung einzuschränken, wurde in der Literatur schon frühzeitig die Ansicht vertreten, eine Spürbarkeitsgrenze im Anwendungsbereich der Verbotsvorschrift des Art. 28 EG

---

<sup>320</sup> Siehe zu den aus zulässiger privater Konkurrenzfähigkeit ableitbaren Bedenken an einem weiten Beeinträchtigungsbegriff auch Meurer, EWS 1998, S. 196 (198 f.); Kainer, JuS 2000, S. 431 (434).

einzuführen.<sup>321</sup> Eine Maßnahme gleicher Wirkung gem. Art. 28 EG sollte folglich nur dann angenommen werden, wenn der in Frage stehenden Behinderung ein bestimmtes Ausmaß anhaftet, womit es auf die Kriterien des Umfangs und der Intensität der Behinderung ankommt. Die Anerkennung einer Spürbarkeitsgrenze im Verbotstatbestand des Art. 28 EG sollte dabei der notwendigen und sachgerechten Parallelwertung zwischen dem Wettbewerbsrecht (Art. 81, 82 EG) und dem Warenverkehrsrecht (Art. 28 ff. EG) Rechnung tragen.<sup>322</sup> Folgt man dem Spürbarkeitserfordernis, kann der Anwendungsbereich der Verbotsvorschrift des Art. 28 EG nur dann eröffnet sein, wenn die fragliche staatliche Maßnahme geeignet ist, den inländischen Absatz ausländischer Produkte spürbar zu beeinträchtigen. Mangelt es den staatlichen Maßnahmen hingegen an der notwendigen Eignung zur Beeinträchtigung des gemeinschaftsweiten Handelsverkehrs, weil sie sich nicht spürbar auf den Absatz von importierten Produkten auswirken können, ist der Verbotstatbestand des Art. 28 EG von vornherein nicht tangiert.<sup>323</sup>

Überträgt man das Spürbarkeitserfordernis im Anwendungsbereich des Art. 28 EG konsequent auf den weiten Beeinträchtigungsbegriff, den der EuGH im Urteil französische Agrarblockaden durch den Rückgriff auf Art. 28 EG i. V. m. Dassonville-Formel erzielt und den es einzuschränken gilt, dann kommt man zu dem Ergebnis, dass allein gemeinschaftsweit spürbare Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Grundfreiheit des freien Warenverkehrs durch Privatpersonen staatliche Schutzpflichten aktivieren.

Um die Einführung einer Spürbarkeitsgrenze im Verbotstatbestand des Art. 28 EG argumentativ zu untermauern, greifen die Befürworter der Spürbarkeitsgrenze auf einzelne neuere Entscheidungen des EuGH zurück, die als Nachweis für eine Abkehr

---

<sup>321</sup> Siehe Fasshold, S. 20 f.; Oliver, 2. Aufl. 1988, S. 81 f.; GA Reischl, Schlussanträge, EuGH, verb. Rs. 177 u. 178/82 (van de Haar), Slg. 1983, S. 1797 (1823 f.); aus jüngerer Zeit Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 297; Mortelmans, CMLRev. 1991, S. 115 (128, 135); Fezer, JZ 1994, S. 317 (324); ders., JZ 1994, S. 623 (624); Jestaedt/Kästle, EWS 1994, S. 26 (28); Sack, EWS 1994, S. 37 (45); Rohe, RabelsZ 61 (1997), S. 1 (56 f.); Sack, WRP 1998, S. 103 (116 ff.). Die h. M. im Schrifttum lehnt aber eine Geringfügigkeitsgrenze ab: Veelken, EuR 1977, S. 311 (328 ff.); Everling, EuR 1982, S. 301 (305); Waelbroeck, CDE 1983, S. 241 (248); Becker, EuR 29 (1994), S. 162 (170); Schilling, EuR 29 (1994), S. 50 (60 f.); Kort, JZ 1996, S. 132 (137 f.); U. Becker, JA 1997, S. 65 (71); Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 30 Rn. 59; Ebenroth, in: Festschrift für Piper, 1996, S. 133 (142 ff.); Kingreen, S. 84; siehe zur vergleichbaren Diskussion bei den deutschen Grundrechten Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 204 ff.

<sup>322</sup> So Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 297; VerLoren van Themaat, in: Festschrift für Güntherr, 1976, S. 373 ff.; Fezer, JZ 1994, S. 623 (624).

<sup>323</sup> Sack, EWS 1994, S. 37 (45).

des EuGH von einer strikten Ablehnung des Spürbarkeitskriteriums angesehen werden. Dabei handelt es sich zunächst um das Urteil des EuGH im Fall Stoke-on-Trent<sup>324</sup> von 1992 sowie die Entscheidung Yves Rocher<sup>325</sup> aus dem Jahre 1993. Beiden angeführten Entscheidungen des EuGH mangelt es indes an eindeutigen Formulierungen, so dass sich die richterliche Befürwortung eines Spürbarkeitserfordernisses im Anwendungsbereich der Verbotsvorschrift des Art. 28 EG keinesfalls zweifelsfrei feststellen ließe.<sup>326</sup> Die Urteile des EuGH erschöpfen sich in der Erkenntnis, dass rein spekulative<sup>327</sup> oder rein hypothetische<sup>328</sup> Auswirkungen auf den freien gemeinschaftsweiten Handelsverkehr als rechtlich irrelevant einzustufen sind, der Verbotstatbestand des Art. 28 EG also bei rein spekulativen bzw. hypothetischen Absatzbehinderungen noch nicht erfüllt wird.<sup>329</sup> Deutlicherer Formulierungen bediente sich der EuGH jedoch in der Entscheidung Krantz<sup>330</sup> aus dem Jahre 1990, in der es um eine staatliche Beschlagnahmeregulation bei Steuerschulden ging. Der EuGH verneinte den Anwendungsbereich des Art. 28 EG wegen unzureichender Spürbarkeit der in Frage stehenden Maßnahme des Mitgliedstaates und rückte dabei die Kriterien der Ungewissheit und der nur mittelbaren Bedeutung einer warenverkehrsbehindernden Auswirkung einer staatlichen Maßnahme in den Vordergrund:

„Dass die Bürger anderer Mitgliedstaaten zögern würden, Sachen an Käufer in dem betreffenden Mitgliedstaat auf Raten zu verkaufen, weil die Gefahr bestünde, dass diese Sachen vom Steuereinnahmer gepfändet würden, wenn die Käufer ihre niederländischen Steuerschulden nicht beglichen, *ist weiter so ungewiss und von nur mittelbarer Bedeutung*, dass eine nationale Bestimmung, die eine solche Pfändung

<sup>324</sup> EuGH, Rs. C-169/91 (Stoke-on-Trent), Slg. 1992, S. I-6635 ff.

<sup>325</sup> EuGH, Rs. C-126/91 (Yves Rocher), Slg. 1993, S. I-2361 ff.

<sup>326</sup> Siehe Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 30 Rn. 60, der in der EuGH-Entscheidung Yves Rocher kein Spürbarkeitserfordernis aufgestellt sieht, sondern vielmehr ein Substantiierbarkeitserfordernis, die Behinderungseignung müsse also hinreichend substantiiert werden, was bei nationalen Bestimmungen mit rein hypothetischen Auswirkungen auf den freien Warenverkehr eben nicht der Fall sei.

<sup>327</sup> EuGH, EuZW 1993, S. 223 Rn. 15, - Stoke-on-Trent -: „purely speculative“; EuGH, Rs. C-169/91 (Stoke-on-Trent), Slg. 1992, S. I-6635 (6658 f.): „nur hypothetisch“.

<sup>328</sup> EuGH, Rs. C-126/91 (Yves Rocher), Slg. 1993, S. I-2361 (2390).

<sup>329</sup> Sack, EWS 1994, S. 37 (41), der in den vom EuGH gewählten Formulierungen Andeutungen in Richtung eines Spürbarkeitserfordernisses zu erkennen glaubt, macht aber auch darauf aufmerksam, dass diese Formulierungen für beide Urteile folgenlos blieben, eine Maßnahme gleicher Wirkung also bejaht wurde.

<sup>330</sup> EuGH, Rs. C-69/88 (Krantz), Slg. 1990, S. I-583 ff.

zulässt, nicht als geeignet angesehen werden kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern.“<sup>331</sup>

Die im Urteil Krantz verwendeten Formulierungen griff der EuGH in der Entscheidung CMC Motorradcenter GmbH<sup>332</sup> von 1993 fast wörtlich auf. Der EuGH beurteilte das Bestehen einer mitgliedstaatlichen Aufklärungspflicht im Rahmen vorvertraglicher Beziehungen nicht als eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 EG, denn warenverkehrsbehindernde Maßnahmewirkungen sind rechtlich unerheblich, wenn sie zu ungewiss und zu mittelbar sind, als dass sie als geeignet angesehen werden können, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern.<sup>333</sup>

## b) Beurteilung

Diese vereinzelt Urteile des EuGH dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der EuGH in ständiger Rechtsprechung der Einführung einer Spürbarkeitsgrenze innerhalb des Maßnahmeverbots nach Art. 28 EG widersetzt. Es sei unerheblich für den Anwendungsbereich des Art. 28 EG, ob eine staatliche Maßnahme den Absatz von ausländischen Produkten spürbar beeinträchtigt; allein entscheidend und ausreichend sei demgegenüber die Eignung der in Frage stehenden staatlichen Regelung zur Behinderung des freien Warenverkehrs.<sup>334</sup> Damit lehnt der EuGH es strikt ab, staatliche Maßnahmen auch aufgrund ihrer *quantitativen Auswirkungen* statt allein aufgrund ihrer *qualitativen Eignung* zu beurteilen.<sup>335</sup> Dem Ausmaß der Behinderung des freien Handelsverkehrs, der so genannten Spürbarkeit, misst der EuGH also keine entscheidende Bedeutung bei.<sup>336</sup> Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass sich das Spürbarkeitskriterium als

<sup>331</sup> EuGH, Rs. C-69/88 (Krantz), Slg. 1990, S. I-583 (597); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>332</sup> EuGH, Rs. C-93/92 (CMC Motorradcenter GmbH), Slg. 1993, S. I-5009 ff.; mit Bespr. Fezer, JZ 1994, S. 623 ff.; Brüsselbach, JuS 1995, S. 21 ff.

<sup>333</sup> EuGH, Rs. C-93/92 (CMC Motorradcenter GmbH), Slg. 1993, S. I-5009 (5021); ebenso EuGH, Rs. C-379/92 (Peralta), Slg. 1994, S. I-3453 (3497); Rs. C-96/94 (Spediporto), Slg. 1995, S. I-2883 (2914); verb. Rs. C-140 bis 142/94 (DIP u. a.), Slg. 1995, S. I-3257 (3297); Rs. C-134/94 (Esso), Slg. 1995, S. I-4223 (4249).

<sup>334</sup> EuGH, Rs. 16/83 (Prantl), Slg. 1984, S. 1299 (1326): „Eine spürbare Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ist nicht erforderlich.“; verb. Rs. 177 u. 178/82 (van de Haar), Slg. 1984, S. 1797 (1812 f.); Rs. C-126/91 (Yves Rocher), Slg. 1993, S. I-2361 (2390).

<sup>335</sup> So Fezer, JZ 1994, S. 623 (624); Kainer, JuS 2000, S. 431 (434); ebenso Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 297 Fn. 70, mit Verweis auf EuGH, Rs. 82/77 (van Tiggele), Slg. 1978, S. 25 (39 f.), wo die Einfuhren, die möglicherweise von einer Preismaßnahme berührt wurden, nur 1% der inländischen Erzeugung ausmachten.

<sup>336</sup> Dausen, in: ders., C I Rn. 89; Leible, in: Grabitz/Hilf, Art. 28 Rn. 15.

wenig praktikabel erweist,<sup>337</sup> zieht die Beantwortung der Frage nach dem Grad und der Feststellung der Spürbarkeit doch erhebliche Schwierigkeiten nach sich.<sup>338</sup> Erscheint damit das aus dem Wettbewerbsrecht entlehnte Konzept, eine Spürbarkeitsgrenze in die Verbotsvorschrift des Art. 28 EG einzuführen, als ungeeignet, den sehr weitgehenden Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung sinnvoll zu beschränken, bleibt ebenfalls der vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 erzielte weite Beeinträchtigungsbegriff von der notwendigen Einschränkung verschont. Die Suche nach überzeugenden Einschränkungsmöglichkeiten besteht somit unverändert fort.

### 3. Verbotene Beeinträchtigungen

#### a) Ansatz

Meurer<sup>339</sup> zufolge soll der schutzpflichtrelevante Beeinträchtigungstatbestand einschränkend nur dann erfüllt sein, wenn verbotene Beeinträchtigungen der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs bzw. verbotene Handelshemmnisse vorliegen. Die staatliche Schutzpflicht werde folglich allein im Falle verbotener Beeinträchtigungen des freien gemeinschaftsweiten Warenverkehrs bzw. verbotener Handelshemmnisse aktiviert. Die Voraussetzungen des Verbotstatbestandes, der als Restriktion fungiert, seien dabei unter Berücksichtigung des Schutzzwecks von Art. 28 EG zu entwickeln. Art. 28 EG garantiere den Marktzugang für ausländische Produkte. Der Entstehungstatbestand der staatlichen Schutzpflicht müsse deshalb daran gebunden werden, dass Privatpersonen diesen vertraglich garantierten Marktzugang für Produkte ausländischer Herkunft auf rechtswidrige Weise verhindern. Auf jeden Fall entstehe eine Schutzpflicht, wenn durch strafbare oder sonstige unerlaubte Handlungen von Privatpersonen der Marktzugang für ausländische Produkte verhindert werde, so dass die Waren aus anderen Mitgliedstaaten nicht die Chance erhalten, mit inländischen Waren in Konkurrenz zu treten. Was die inhaltliche Konkretisierung des Verbotmerkmals anbelangt, helfe

---

<sup>337</sup> Ebenso Kainer, JuS 2000, S. 431 (434); Leible, in: Grabitz/Hilf, Art. 28 Rn. 15.

<sup>338</sup> So Sack, EWS 1994, S. 37 (45), der zwischen der Notwendigkeit einer Spürbarkeitsgrenze, die von ihm bejaht wird, und dem Grad und der Feststellung der Spürbarkeit differenziert.

<sup>339</sup> Meurer, EWS 1998, S. 196 (199 f.); ähnlich Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 89, 97, 100 ff., demzufolge der Tatbestand der grundrechtlichen Schutzpflicht im deutschen Verfassungsrecht einen *rechtswidrigen* Eingriff eines Privaten voraussetzt.

aber das bloße Abstellen auf das nationale Recht des jeweiligen Mitgliedstaates nicht weiter. Es seien nämlich Fallgestaltungen vorstellbar, in denen Privatpersonen zwar nach nationalem Recht legal handeln, die einzelnen Mitgliedstaaten legen insoweit die strafbaren Handlungen sowie die unlauteren Wettbewerbsmaßnahmen fest, die privaten Verhaltensweisen jedoch aus der gemeinschaftsrechtlichen Sicht des freien Warenverkehrs ein verbotenes Handelshemmnis darstellen.<sup>340</sup> Deshalb gehe es darum, auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts einen Maßstab für verbotene Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs und der anderer Grundfreiheiten durch Privatpersonen zu entwickeln, wobei sich die Entwicklung eines solchen gemeinschaftsrechtlichen Maßstabes an den spezifischen Schutzzwecken der Marktfreiheiten zu orientieren habe.

## b) Beurteilung

Die Hervorhebung des grundfreiheitlichen Schutzzwecks im Rahmen der inhaltlichen Konkretisierung des Beeinträchtigungsbegriffs überzeugt. Zu Recht erblickt Meurer den spezifischen Schutzzweck der Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 EG darin, den freien Marktzugang für ausländische Waren zu gewährleisten. Dabei bildet die Garantie des freien Zugangs zu ausländischen Märkten kein Spezifikum der

---

<sup>340</sup> Zur beispielhaften Verdeutlichung der aufgestellten Behauptung, dass nach nationalem Recht zulässige Handlungen von Privatpersonen trotzdem ein verbotenes Handelshemmnis darstellen können, verweist Meurer, EWS 1998, S. 196 (199 f.), auf die sich in Frankreich ereigneten Straßenblockaden französischer Fernfahrer vom November 1997, die zur Folge hatten, dass ausländische Waren nicht durch das französische Hoheitsgebiet von einem Mitgliedstaat zum anderen transportiert werden konnten. Im Falle eines rechtmäßigen Streiks nach den französischen Arbeitskampfvorschriften sei die Blockade der Verkehrswege, gemessen am Maßstab des nationalen Rechts, zulässig gewesen. Die Beurteilung solcher Störungshandlungen von Privatpersonen anhand des Gemeinschaftsrechts müsse aber anders ausfallen. Bei der Unterbindung des Transitverkehrs durch Frankreich werde der Marktzugang für ausländische Produkte zum Destinationsstaat verhindert. Da bei kurzfristigen und breit angelegten Blockaden nicht von dem ansonsten bevorzugten Landtransport zu einer See- bzw. Luftbeförderung umdisponiert werden könne, würden die konkret betroffenen Mitgliedstaaten von einem Teil des Binnenmarktes abgeschnitten. Ein Streikrecht nach französischem Arbeitskampfrecht, möglicherweise sogar verfassungsrechtlich oder grundrechtlich garantiert, berechtige nicht dazu, derart hindernd in den freien Warenverkehr einzugreifen. Gemessen am Maßstab des Art. 28 EG müssten solche Blockaden, die den Marktzugang von ausländischen Waren behindern, als verbotene Handelshemmnisse bzw. verbotene Beeinträchtigungen bewertet werden, mit der Folge, dass eine staatliche Schutzpflicht entstehe. Anders sei aber die Lage zu beurteilen, wenn nicht der Transit durch Frankreich, sondern der Import ausländischer Produkte nach Frankreich durch Blockademaßnahmen verhindert werde, da in dem entsprechenden Zeitraum auch französische Waren ihren Bestimmungsort nicht erreichten, so dass im Ergebnis eine Marktgleichheit zwischen ausländischen und französischen Erzeugnissen bestand. Eine staatliche Schutzpflicht zugunsten der Warenverkehrsfreiheit, die ausländische Waren gegenüber inländischen Konkurrenzprodukten bevorzugen würde, komme in einer solchen Situation nicht in Betracht; kritisch zur ersichtlich am Diskriminierungsverbot orientierten Differenzierung Jaeckel, S. 273 Fn. 431.

Grundfreiheit des freien Warenverkehrs, vielmehr umgibt auch die anderen Grundfreiheiten die grundlegende Zielsetzung, den Zugang zu den jeweils anderen Märkten zu eröffnen und offenzuhalten.<sup>341</sup>

Der angesprochene Marktzugang kann auf unterschiedliche Art und Weise durch private Maßnahmen beeinträchtigt werden. Meurer sieht insoweit allein in der privaten Verhinderung oder Behinderung<sup>342</sup> der Einfuhr von ausländischen Waren mit der Folge, dass die ausländische Konkurrenz auf dem inländischen Markt ausgeschaltet wird, es also zu einer Marktabstottung kommt, eine schutzpflichtrelevante Beeinträchtigung des Marktzugangs. Über das begriffliche Verhältnis der beiden angeführten Störungsalternativen mag man streiten, Meurer selbst enthält sich insoweit einer Stellungnahme. Die Handlungsalternative der privaten Behinderung dürfte den umfassenderen Begriff umschreiben, also die ebenfalls genannte Verhinderung miteinschließen.

Aber allein die von privater Seite verursachte Verhinderung oder Behinderung des Marktzugangs für ausländische Erzeugnisse begründet Meurer zufolge noch nicht die verbotene Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs, vielmehr muss noch zusätzlich die Rechtswidrigkeit der privaten Störungshandlungen hinzutreten. Der Schutzzweck der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs muss also durch die privaten Maßnahmen in rechtswidriger Weise beeinträchtigt werden. Eine verbotene Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs setzt Meurer zufolge also eine rechtswidrige Verhinderung oder Behinderung des Marktzugangs voraus, die staatliche Schutzpflichten zugunsten der solchermaßen beeinträchtigten Warenverkehrsfreiheit auslöst. Damit erzielt Meurer über das von ihm befürwortete Rechtswidrigkeitskriterium eine rechtliche Begrenzung des weiten Beeinträchtigungstatbestandes, der sich in Gefolge des sehr weitgehenden Ansatzes des EuGH einstellte.

Zwar wird man sicherlich eine staatliche Schutzpflicht vor allem dann einfordern müssen, wenn der durch die Warenverkehrsfreiheit garantierte freie Marktzugang für

---

<sup>341</sup> Siehe dazu Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 Rn. 3; Grabitz, in: ders./Hilf, Art. 2 Rn. 16.

<sup>342</sup> Beide Begriffe der „Verhinderung“ und der „Behinderung“ des Marktzugangs werden von Meurer, EWS 1998, S. 196 (199), verwendet, wenngleich der Terminus der „Verhinderung“ häufiger gebraucht wird.

ausländische Produkte in rechtswidriger Weise durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird. Gerade den rechtswidrigen Beeinträchtigungen durch Private muss der betreffende Mitgliedstaat mittels aktiver Schutzmaßnahmen begegnen. Dennoch könnte kritisch eingewendet werden, dass die von Meurer befürwortete Berücksichtigung des Verbotsmerkmals den schutzpflichtrelevanten Beeinträchtigungstatbestand zu sehr einschränkt und sich damit als zu restriktiv erweist.<sup>343</sup>

#### 4. Privatautonom grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit verhindernde oder erschwerende Beeinträchtigungen

##### a) Ansatz

Den entscheidenden Anknüpfungspunkt für einen einschränkend definierten Beeinträchtigungsbegriff erblickt Kainer<sup>344</sup>, insoweit durchaus vergleichbar mit Meurer, in dem Schutzzweck der Grundfreiheiten. Der Schutzzweck der wirtschaftlichen Grundfreiheiten besteht Kainer zufolge darin, den Bereich privatautonom grenzüberschreitender Handelsbeziehungen zu maximieren, um auf diesem Wege sowohl integrative als auch ökonomische Ziele zu verfolgen.<sup>345</sup> In Anbetracht dieser Zielsetzung der Grundfreiheiten, die Entfaltung der Privatautonomie zu fördern, fallen aus dem Schutzbereich der Grundfreiheiten sämtliche „Beschränkungen“ heraus, die allseits privatautonom begründet worden sind. Die Grundfreiheiten sind ihrem Schutzbereich also dann nicht betroffen, wenn der Import oder Export von Wirtschaftsleistungen unverändert von privatautonomen Entscheidungen abhängig ist. Erst durch das Hinzutreten von Zwangsmaßnahmen kann der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten eröffnet sein. Seine Ausführungen zusammenfassend, gelangt Kainer zu dem abschließenden Ergebnis, dass staatliche Schutzpflichten nur dann entstehen, wenn eine privatautonome grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit im Sinne der Grundfreiheiten durch private

---

<sup>343</sup> So Kainer, JuS 2000, S. 431 (434 mit Fn. 36), mit der Kritik, dass der Ansatz Meurers von den verbotenen Beeinträchtigungen der Rspr. des EuGH widerspricht, die auf eine rechtswidrige Beeinträchtigung des Binnenmarktes gerade nicht abstellt, sondern eine objektive Beeinträchtigung als ausreichend erachtet. Dabei gilt es freilich zu beachten, dass sich diese Judikatur des EuGH auf die klassische abwehrrechtliche Funktion der Grundfreiheiten bezieht.

<sup>344</sup> Kainer, JuS 2000, S. 431 (434).

<sup>345</sup> Siehe zur grenzüberschreitenden Funktionsfähigkeit der wirtschaftlichen Privatinitiative und Privatautonomie auch Müller-Graff, in: Dausen, A I Rn. 127 f.; ders., in: ders./Zuleeg, S. 17 (27 f.).

Beeinträchtigungen mit einem einseitig zwingenden Charakter vereitelt oder erschwert wird.<sup>346</sup>

## b) Beurteilung

Die wiederholte Betonung des grundfreiheitlichen Schutzzwecks offenbart die besondere Bedeutung der grenzüberschreitenden Funktionsfähigkeit der wirtschaftlichen Privatautonomie für die Konstruktion Kainers. Dabei widerspricht der von Kainer aufgedeckte Schutzzweck der Grundfreiheiten keineswegs der inhaltlichen Bestimmung des grundfreiheitlichen Schutzzwecks durch Meurer. Den Grundfreiheiten kommt die vorrangige Funktion zu, den Zugang zu den jeweils anderen ausländischen Märkten zu eröffnen, also die mitgliedstaatlichen Marktgrenzen zu überwinden. Damit tritt zugleich deutlich in Erscheinung, dass den wirtschaftlichen Grundfreiheiten die grundlegende Zielsetzung innewohnt, eine möglichst ungehinderte grenzüberschreitende Wahrnehmung der wirtschaftlichen Privatautonomie zu ermöglichen.

Nach der Auffassung Kainers wird eine staatliche Schutzpflicht nur dann ausgelöst, wenn die private Beeinträchtigung eine Verhinderung oder Erschwerung der privatautonomen grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit darstellt. Was diese beiden alternativ genannten Störungshandlungen anbelangt, verzichtet Kainer auf eine inhaltliche Beschränkung der privaten Verhinderungen oder Erschwerungen allein auf physisch wirkende Handelshemmnisse, dauerhafte oder zeitlich begrenzte. Vielmehr deuten vor allem auch die von Kainer gebildeten Beispiele darauf hin, dass die private Verhinderung<sup>347</sup> oder Erschwerung sowohl physisch<sup>347</sup> als auch unphysisch<sup>348</sup> verstanden werden soll, so dass beiden Störungsalternativen gerade

---

<sup>346</sup> Kainer, JuS 2000, S. 431 (434).

<sup>347</sup> Insoweit untersucht Kainer, JuS 2000, S. 431 (434), die Blockademaßnahmen der französischen Landwirte, die dem Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997 zugrunde lagen. Dabei gelangt er zu dem Ergebnis, dass die privatautonom grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit durch solche massiven privaten Störungshandlungen eindeutig verhindert wird, weil die Einfuhr landwirtschaftlicher Produkte ausländischer Herkunft physisch unmöglich gemacht wird.

<sup>348</sup> Insoweit zieht Kainer, JuS 2000, S. 431 (434), private Boykottaufufe als Beispiele heran, die seiner Auffassung nach einer differenzierten Betrachtung bedürfen. Bei einer im Ergebnis noch normalen Werbemaßnahme bliebe dem Verbraucher noch ein ausreichender Entscheidungsspielraum, so dass staatliche Schutzpflichten nicht entstehen könnten. Anders könnte es bei einer großangelegten privaten Kampagne sein, die geeignet ist, aufgrund diffamierender oder diskriminierender Aussagen eine privatautonom zu treffende Entscheidung (eines verständigen Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers) zu vereiteln oder zu erschweren.

wegen der Einbeziehung von unphysischen Handelshindernissen ein besonders weit gefasstes Begriffsverständnis zugrunde liegt. Dies erscheint problematisch, denn außerhalb des Bereichs der physischen Handelshemmnisse, die in rechtlich unproblematischer Weise private Beeinträchtigungen darstellen, welche die privatautonome grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit verhindern oder erschweren, dürfte sich der Ansatz Kainers als wenig praktikabel erweisen.<sup>349</sup>

Darüber hinaus stellt sich zwangsläufig die Frage, ob man mit Hilfe der alternativ genannten Störungshandlungen der privaten Verhinderung oder Erschwerung der grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Privatautonomie, die Kainer zufolge nicht unbedingt physisch, sondern gerade auch unphysisch zu interpretieren sind, den vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 erzielten weiten Beeinträchtigungstatbestand, bei jeder beliebigen privaten Beeinträchtigung des freien Handelsverkehrs eine staatliche Schutzpflicht entstehen zu lassen, wirklich entscheidend und damit merklich inhaltlich begrenzen kann.

##### 5. Beeinträchtigungen nach Art. 1 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98

Auf die schwerwiegenden Beeinträchtigungen des freien gemeinschaftsweiten Warenverkehrs durch Handlungen von Privatpersonen, die sich in einigen Mitgliedstaaten seit Jahren regelmäßig wiederholten und über die auch der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 zu entscheiden hatte, antwortete die Europäische Gemeinschaft mit dem Erlass der Verordnung (EG) Nr. 2679/98<sup>350</sup>. Die Verordnung stellt also die gesetzgeberische Reaktion der Gemeinschaft auf die in den letzten Jahren vorgekommenen privaten Übergriffe auf den freien Handelsverkehr dar und weist damit zugleich einen direkten Zusammenhang zum EuGH-Urteil französische Agrarblockaden auf.<sup>351</sup> Dabei liefert die Verordnung (EG) Nr. 2679/98 in Art. 1 I auch

<sup>349</sup> Ersichtlich fällt Kainer, JuS 2000, S. 431 (434), die rechtliche Beurteilung von privaten Blockademaßnahmen, die physisch wirkende Handelshemmnisse darstellen, anhand des von ihm vertretenen Ansatzes leichter als die juristische Begutachtung der von ihm ebenfalls genannten Boykottaufrufe.

<sup>350</sup> Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7. 12. 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 8.

<sup>351</sup> Im zweiten Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 werden die Störungen des freien Warenverkehrs durch Handlungen von Privatpersonen angeführt und in der der Verordnung beigefügten politischen Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 7. 12. 1998 über den freien Warenverkehr, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 10, wird ausdrücklich Bezug genommen auf das EuGH-Urteil vom 9. 12. 1997.

eine genaue Definition des Beeinträchtigungsbegriffs, die für den Anwendungsbereich der Verordnung maßgeblich ist und darüber hinaus auch für den Beeinträchtigungstatbestand der grundfreiheitlichen Schutzpflichten fruchtbar gemacht werden kann.

a) Der entstehungsgeschichtliche Hintergrund der Verordnung (EG) Nr. 2679/98

aa) Die Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs durch Handlungen von Privatpersonen

Das Bild der privaten Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs wurde sicherlich in hohem Maße durch die gewalttätigen Protestaktionen der französischen Landwirte geprägt, die sich gegen die Einfuhren billigerer Agrarprodukte aus anderen Mitgliedstaaten wehrten, zumal sich diese aktiven Störungshandlungen durch Privatpersonen über ein ganzes Jahrzehnt erstreckten. Das eindrucksvolle Anschauungsmaterial erschöpfte sich aber keineswegs in den französischen Bauernprotesten, über die zu entscheiden dem EuGH aufgegeben war. So galt im November 1997 die Aufmerksamkeit wiederum Frankreich, französische Fernfahrer hatten Straßenblockaden errichtet, die zum Verderben vieler landwirtschaftlicher Erzeugnisse ausländischer Herkunft führten.<sup>352</sup> Und im Dezember 1997 kam es schließlich zu aufsehenerregenden Hafensblockaden walisischer Bauern gegen irisches Rindfleisch wegen der Auswirkungen der BSE-Krise.<sup>353</sup>

bb) Die Vorschläge auf der Regierungskonferenz zum Vertrag von Amsterdam

In Anbetracht dieser besorgniserregenden Bandbreite von privaten Blockademaßnahmen kam es auf der Regierungskonferenz zum Vertrag von Amsterdam vom 16. bis 17. 6. 1997 zu Vorschlägen,<sup>354</sup> als besonderen Absatz in Art. 95 EG abweichend von Art. 226 EG ein beschleunigtes Verfahren für den Fall eines Verstoßes gegen die für das Funktionieren des Binnenmarktes unabdingbaren

<sup>352</sup> Zu den Straßenblockaden französischer Fernfahrer kam es insb. bereits in den Jahren 1984, 1992 und 1996; siehe Schwarze, EuR 1998, S. 53 (59 Fn. 35) m. w. N. aus der Presse; Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 Fn. 2, 223 f. m. w. N. aus der Presse; Meurer, EWS 1998, S. 196 (199).

<sup>353</sup> Zur walisischen „beef blockade“ Schwarze, EuR 1998, S. 53 (59 Fn. 35); Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 Fn. 2, 223 Fn. 64, 66 m. w. N. aus der Presse.

<sup>354</sup> Dok. CONF 3913 u. 3929/97; dazu näher Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (237).

Grundfreiheiten des freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs einzuführen. Für den Fall, dass die Kommission zu der Ansicht gelangt, ein Mitgliedstaat habe gegen binnenmarktrelevante Grundfreiheiten mit der Folge verstoßen, dass der innergemeinschaftliche Handel in den Gemeinschaftsinteressen abträglicher Weise beeinträchtigt wurde, sollte der Kommission die Befugnis zustehen, den ihrer Auffassung nach bestehenden Verstoß in der Handlungsform einer Entscheidung festzustellen, nachdem dem betreffenden Mitgliedstaat Gelegenheit zu einer Stellungnahme gegeben wurde. Der betroffene Mitgliedstaat wäre dann verpflichtet gewesen, der Entscheidung innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist nachzukommen. Ein weiterer Vorschlag sah vor, der Kommission das Recht einzuräumen, in der Entscheidung, die den mitgliedstaatlichen Verstoß feststellt, zugleich ein Zwangsgeld oder eine andere wirtschaftlichen Sanktion festzusetzen.<sup>355</sup> Diese im Verlauf der Tagung des Europäischen Rates in Amsterdam problematisierten Vorschläge konnten jedoch am Ende der Regierungskonferenz nicht zu einem erfolgreichen Abschluss geführt werden.

#### cc) Der Verordnungsvorschlag der Kommission

Stattdessen wurde die Kommission vom Europäischen Rat von Amsterdam in den Schlussfolgerungen zum „Aktionsplan Binnenmarkt“ aufgefordert zu prüfen, in welcher Weise der freie Warenverkehr wirksam gewährleistet werden könnte. Dabei sollte das Augenmerk auch auf die Frage gelenkt werden, welche wirksamen Sanktionen gegen die Mitgliedstaaten verhängt werden könnten, die sich als vertragsbrüchig erweisen, weil sie die Grundsätze des freien Warenverkehrs missachten.<sup>356</sup> Die Kommission erfüllte den erteilten Auftrag, indem sie am 18. 11. 1997 einen auf Art. 308 EG gestützten Vorschlag für eine Verordnung des Rates vorlegte, der einen neuartigen Interventionsmechanismus für das Recht der

---

<sup>355</sup> Siehe Erklärendes Memorandum zu KOM (97) 619 endg. Rn. 7. Eine solche Ermächtigung der Kommission zur Bußgeldverhängung gegen vertragsbrüchige Mitgliedstaaten würde jedoch der Systematik des Rechtsschutz- und Sanktionensystems im EG-Vertrag eklatant widersprechen. Denn die Sanktionierung von Vertragsverstößen durch die Verhängung von Pauschalbeträgen oder Zwangsgeldern wird in Art. 228 II EG in der Weise ausdrücklich geregelt, dass die diesbezügliche Entscheidungsbefugnis allein beim EuGH liegt. Der Fall des mitgliedstaatlichen Vertragsbruchs hat damit eine erschöpfende Ausgestaltung im primären Gemeinschaftsrecht erfahren; dazu näher Schorkopf, EuZW 1998, S. 237 (242).

<sup>356</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Amsterdam, SN 150/97, S. 23; zum Aktionsplan für den Binnenmarkt CSE (97) 1 endg. v. 4. 6. 1997.

Europäischen Gemeinschaft vorsah, welcher der Kommission das Einschreiten gegen vertragsbrüchige Mitgliedstaaten zur Beseitigung bestimmter Handelsbehinderungen erleichtern sollte.<sup>357</sup> Das vorrangige Ziel dieses neuen Interventionsmechanismus bestand in der Beschleunigung des Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 ff. EG; es sollte schneller und effizienter ausgestaltet werden, um den regelmäßig wiederkehrenden schwerwiegenden Störungen des freien Handelsverkehrs besser begegnen zu können.<sup>358</sup> Um das selbst gesteckte Ziel der Beschleunigung zu erreichen, wurden zahlreiche kurz gefasste Fristen in den Verordnungsvorschlag aufgenommen.<sup>359</sup>

### (1) Die Interventionsvoraussetzungen

Art. 1 I Verordnungsentwurf umschrieb die Voraussetzungen für eine Intervention der Kommission zur Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit. Der Interventionsmechanismus zugunsten Kommission konnte nur bei Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verordnung aktiviert werden, der auf den Geltungsbereich der Art. 28 bis 30 EG beschränkt war. Dabei wurde der Anwendungsbereich mit Hilfe dreier kumulativ zu erfüllender Tatbestandsvoraussetzungen näher definiert. Es bedurfte einer ungerechtfertigten Behinderung des freien Warenverkehrs, hervorgerufen durch ein staatliches Handeln oder Unterlassen, letzteres in Art. 1 II Verordnungsentwurf legaldefiniert, die sowohl eine schwerwiegende Störung des freien Warenverkehrs (1. Spiegelstrich) als auch einen ernsthaften Schaden für die geschädigten Privatpersonen (2. Spiegelstrich) verursachte, folglich ein unmittelbares Handeln erforderte (3. Spiegelstrich), um den Kausalitätszusammenhang zwischen

---

<sup>357</sup> Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Einführung eines Mechanismus für ein Einschreiten der Kommission zur Beseitigung bestimmter Handelsbehinderungen, KOM (97) 619 endg., ABIEG Nr. C 10 v. 15. 1. 1998, S. 14; dazu Agence Europe v. 16./17. 2. 1998, Nr. 12; ausführlich zum Verordnungsvorschlag der Kommission Schorkopf, EuZW 1998, S. 237 ff., ders., EWS 2000, S. 156 (157); ferner Muylle, ELRev. 1998, S. 467 (474); Schwarze, EuR 1998, S. 53 (59 Fn. 35); Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (237).

<sup>358</sup> Siehe Schwarze, EuR 1998, S. 53 (59 Fn. 35). Der Verordnungsvorschlag der Kommission beschäftigt sich ausschließlich mit dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG, das Verfahren gem. Art. 227 EG wird von ihm nicht erfasst; siehe dazu auch den neunten Erwägungsgrund.

<sup>359</sup> Siehe insb. die Verfahrensfristen in Art. 3 Verordnungsentwurf. Bei Addition der einzelnen Fristen bei maximaler Ausnutzung durch den betreffenden Mitgliedstaat sowie die Kommission, unterstellt die vollständig im Ermessen der Kommission liegende Frist nach Art. 2 beträgt die durchschnittliche Zahl von 5 Tagen, gelangt man zu dem Endergebnis einer Dauer von insgesamt 21 Tagen, gerechnet von der Kenntnis der Behinderung des Warenverkehrs durch die Kommission bis zur Anrufung des EuGH; dazu Schorkopf, EuZW 1998, S. 237 (241); ders., EWS 2000, S. 156 (157). Dies stellt eine beachtliche Abkürzung im Vergleich zum bisher geltenden Verfahren dar.

der Behinderung auf der einen Seite und der Störung bzw. dem Schaden auf der anderen Seite zu unterbrechen.<sup>360</sup>

## (2) Das Interventionsverfahren

Bei Erfüllung der in Art. 1 I Verordnungsentwurf normierten Voraussetzungen sah der Verordnungsvorschlag der Kommission ein zweistufiges Interventionsverfahren vor.

### (a) Die erste Stufe: das Verwaltungsverfahren

Im Falle des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 1 I Verordnungsentwurf sollte die Kommission berechtigt sein, in einer Entscheidung gem. Art. 249 IV EG sowohl das Bestehen einer den Anwendungsbereich des Art. 1 I eröffnenden Behinderung festzustellen als auch den betreffenden Mitgliedstaat zu verpflichten, die erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Beseitigung der ungerechtfertigten Behinderungen innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist zu ergreifen (Art. 2 Verordnungsentwurf).<sup>361</sup> Die Feststellung des vertragswidrigen mitgliedstaatlichen Verhaltens einschließlich der mitgliedstaatlichen Verpflichtung in der Entscheidung gem. Art. 249 IV EG hätte aufgrund der rechtlichen Außenwirkung der in allen ihren Teilen verbindlichen Entscheidung für die durch die Behinderungen des freien Warenverkehrs geschädigten Privatpersonen beachtliche Vorteile mit sich gebracht.<sup>362</sup> So wären die Privatpersonen berechtigt gewesen, unter den in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Voraussetzungen, sich entweder direkt auf die Entscheidung zu berufen oder diese in einem Schadensersatzprozess vor einem nationalen Gericht als Nachweis für ein rechtswidriges Verhalten des betreffenden Mitgliedstaates einzuführen.<sup>363</sup>

<sup>360</sup> Kritisch zu den in Art. 1 I und II Verordnungsentwurf verwendeten unbestimmten Tatbestandsmerkmalen wie „schwerwiegend“, „ernsthaft“, „unmittelbar“, „notwendig“, „gefährden“ Schorkopf, EuZW 1998, S. 237 (241).

<sup>361</sup> Siehe Schwarze, EuR 1998, S. 53 (59 Fn. 35); Bedenken hinsichtlich des der Kommission eingeräumten Ermessensspielraums bei der Festsetzung der Frist nach Art. 2 Verordnungsentwurf bei Schorkopf, EuZW 1998, S. 237 (241).

<sup>362</sup> Siehe Schorkopf, EuZW 1998, S. 237 (241 f.); Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (237).

<sup>363</sup> Zur unmittelbaren Wirkung von staatengerichteten Entscheidungen erstmals in einem obiter dictum EuGH, Rs. 9/70 (Grad/Finanzamt Traunstein, „Leberpfennig“), Slg. 1970, S. 825 (837 ff.); ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ansprüchen durch Privatpersonen dann EuGH, Rs. C-156/91 (Hansa Fleisch Ernst Mundt), Slg. 1992, S. I-5567 (5593 ff.); ferner Arndt, S. 61 f.; Schweitzer/Hummer, Rn. 373 ff.; Schmidt, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 189 Rn. 10; siehe auch oben 3. Teil B. II. 2. b) bb); ferner Erklärendes Memorandum zu KOM (97) 619 endg. Rn. 6 ff.

### (b) Die zweite Stufe: das Gerichtsverfahren

Bei Nichtbeachtung der Entscheidung der Kommission durch den betreffenden Mitgliedstaat sollte die Kommission dann befugt sein, nach einem kurz gehaltenen Vorverfahren, bestehend aus einer an den Staat gerichteten Aufforderung der Kommission zur Abgabe von Bemerkungen sowie einer mit Gründen versehenen Stellungnahme (Art. 4 I, II Verordnungsentwurf), gegen diesen Mitgliedstaat unverzüglich vor dem EuGH Klage zu erheben (Art. 4 III Verordnungsentwurf).<sup>364</sup> Da nach Klageerhebung seitens der Kommission wieder die Bestimmungen über das Vertragsverletzungsverfahren (Art. 226 ff. EG) zur Anwendung gelangen sollten, bedeutete dies den vollständiger Übergang der Verfahrenshoheit von der Kommission auf den EuGH, der nach Art. 228 EG nun dazu berufen war festzustellen, ob der betreffende Mitgliedstaat wirklich gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen hatte.<sup>365</sup>

### (3) Die Gründe für die ausgebliebene Realisierung

Der Verordnungsvorschlag der Kommission musste zwangsläufig an dem institutionellen Gleichgewicht des EG-Vertrages scheitern; die maßgeblichen Bedenken im Rat konzentrierten sich vornehmlich auf diesen Aspekt.<sup>366</sup> Dem EG-Vertrag zufolge liegt die bindende Feststellung eines mitgliedstaatlichen Vertragsverstoßes ausschließlich bei einem einzigen Gemeinschaftsorgan, nämlich beim Europäischen Gerichtshof, der im Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 ff. EG durch Urteil entscheidet.<sup>367</sup> Vor dem Hintergrund dieses abschließenden

<sup>364</sup> Zu beachten ist, dass die Kommission nach Art. 4 III Verordnungsentwurf nicht verpflichtet war, den Gerichtshof anzurufen. Ihr wurde vielmehr ein Ermessen bei der Frage der Klageerhebung eingeräumt, ein Ermessen, das sich auch in den Art. 88 II, 95 IV, 226, 298 EG wiederfindet und sich somit keineswegs als neuartig erweist.

<sup>365</sup> Siehe Schorkopf, EuZW 1998, S. 237 (241), mit dem Hinweis, dass das Bemühen der Kommission um Beschleunigung des Vorverfahrens angesichts der Unabhängigkeit des EuGH hinsichtlich der Verfahrensdauer leicht konterkariert werden konnte. Damit zeigt sich, dass letztlich nicht hinreichend sichergestellt werden konnte, die regelmäßig bei über zwei Jahren liegende Verfahrensdauer bei Ausnutzung des neuen Interventionsmechanismus merklich zu reduzieren.

<sup>366</sup> Siehe auch zur Kritik des Europäischen Parlaments (Bedenken hinsichtlich der Rechtsgrundlage des Art. 308 EG und der sozialen Grundrechte) und des Wirtschafts- und Sozialausschusses Schorkopf, EWS 2000, S. 156 (157 f.).

<sup>367</sup> Siehe EuGH, verb. Rs. 142 u. 143/80 (Essevi), Slg. 1981, S. 1413 (1432 f.): „Dagegen kann die Kommission mit den nach Artikel 169 (jetzt: Art. 226 EG) abgegebenen Stellungnahmen oder mit den anderen Äußerungen im Rahmen dieses Verfahrens nicht die Rechte und Verpflichtungen eines

institutionellen Systems kann Versuchen, anderen Gemeinschaftsorganen, wie der Kommission, durch einen Sekundärrechtsakt ebenfalls die Befugnis zur verbindlichen Feststellung eines mitgliedstaatlichen Vertragsverstoßes einzuräumen, von vornherein dort kein Erfolg beschieden sein, wo sich der EG-Vertrag insoweit als lückenlos erweist. Da allein der EuGH berechtigt ist, die Missachtung des Gemeinschaftsrechts durch einen Mitgliedstaat festzustellen, dem Rat die entsprechende Befugnis also fehlt, schied auch der Weg einer durch Rechtsakt vollzogenen Übertragung von Durchführungsmaßnahmen auf die Kommission nach Art. 202 EG<sup>368</sup> mangels übertragbarer Befugnisse des Rates aus.<sup>369</sup> Die aufgezeigte fehlende Verankerung einer bindenden Entscheidungsbefugnis der Kommission im EG-Vertrag ließe sich nur mit Hilfe einer im Vertrag von Amsterdam gerade nicht vorgesehenen Vertragsänderung beheben.<sup>370</sup>

#### b) Die Verordnung (EG) Nr. 2679/98

Vor dem Hintergrund der offenkundigen rechtlichen Bedenken konnte dem von der Kommission vorgelegten Verordnungsvorschlag letztlich kein Erfolg beschieden sein. In Anbetracht der politischen Bedeutung des Themas und des vom Europäischen Rat von Amsterdam erteilten Auftrags mussten die Bemühungen jedoch fortgeführt werden. Dem gescheiterten Verordnungsvorschlag folgten weitere Arbeiten in der zuständigen Ratsarbeitsgruppe sowie im Rat selbst. Als Ergebnis dieser Arbeiten

---

Mitgliedstaates abschließend festlegen oder ihm Zusicherungen hinsichtlich der Vereinbarkeit eines bestimmten Verhaltens mit dem Vertrag geben. Nach dem System der Artikel 169 bis 171 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 226 bis 228 EG) können sich die Bestimmung der Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten und die Beurteilung ihres Verhalten nur aus einem Urteil des Gerichtshofes ergeben.”

<sup>368</sup> Siehe auch den Beschluss 83/373/EWG vom 13. 7. 1987 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABIEG Nr. L 197 v. 18. 7. 1987, S. 33.

<sup>369</sup> Zu einer solchen Übertragungsbefugnis, die nur für spezielle Notfälle anerkannt wird, EuGH, Rs. C-359/92 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, S. I-3681 (3705 ff.).

<sup>370</sup> Schorkopf, EuZW 1998, S. 237 (241), der die Problematik der Vertragsänderung erkennt, gelangt jedoch zu dem Ergebnis, dass mit Bezug auf den Inhalt des Verordnungsvorschlags der Kommission eine den Mitgliedstaaten obliegende Vertragsänderung gem. Art. 48 EU gerade nicht erforderlich sei. Eine ausreichende Rechtsgrundlage für die geplante Verordnung stelle vielmehr Art. 308 EG dar. Die von Schorkopf vertretene Meinung, der im Ergebnis nicht gefolgt werden kann, beruht maßgeblich darauf, dass der Verordnungsvorschlag allein unter dem Gesichtspunkt der Einführung sehr kurz bemessener Fristen, mit dem Ziel, die Dauer des Vorverfahrens erheblich zu verkürzen, einer juristischen Betrachtung unterzogen wird. Gänzlich ausgeblendet wird dabei der entscheidende, die Vertragsänderung zwingend erfordernde Aspekt, dass der Kommission das Recht eingeräumt werden sollte, verbindlich einen Vertragsverstoß eines Mitgliedstaates in der Handlungsform der Entscheidung gem. Art. 249 IV EG festzustellen.

konnte schließlich die auf Art. 308 EG gestützte Verordnung (EG) Nr. 2679/98<sup>371</sup> sowie eine sie flankierende politische Entschließung<sup>372</sup> hervorgebracht werden. Auf ihrer Ratstagung vom 18. 5. 1998 erzielten die für den Binnenmarkt zuständigen Minister der Mitgliedstaaten dann politisches Einvernehmen über diese beiden Arbeitsergebnisse.<sup>373</sup> Da die Verordnung den von der Kommission am 18. 11. 1997 ursprünglich vorgelegten Verordnungsvorschlag grundlegend änderte, bedurfte es zum einen einer einstimmigen Entscheidung des Rates gem. Art. 250 I EG und zum anderen einer erneuten Stellungnahme des Europäischen Parlaments.<sup>374</sup> Am 7. 12. 1998 kam es schlussendlich zur Verabschiedung der Verordnung sowie der ergänzend beigefügten Entschließung durch den Binnenmarktrat.

#### aa) Der Begriff der Behinderung

Art. 1 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98 definiert den Begriff der Behinderung, der in den anderen Artikeln der Verordnung, mit Ausnahme von Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 2679/98, seinen Niederschlag als Tatbestandsvoraussetzung gefunden hat. Die einheitlichen Informations- und Handlungspflichten der Mitgliedstaaten sowie die Handlungsbefugnisse der Kommission, die beide in diesen weiteren Artikeln der Verordnung näher geregelt sind, bauen auf dem zentralen Begriff der Behinderung auf, welcher sich damit als das wesentliche Abgrenzungskriterium für den Anwendungsbereich der Verordnung offenbart, der ausdrücklich auf den Geltungsbereich des freien Warenverkehrs (Art. 28 bis 30 EG) beschränkt wurde.<sup>375</sup> Der Begriff der Behinderung wird mit Hilfe dreier kumulativ zu erfüllender Kriterien in Art. 1 I lit. a bis c Verordnung (EG) Nr. 2679/98 näher umschrieben. Eine Behinderung im Sinne der Verordnung kann zunächst nur angenommen werden,

<sup>371</sup> Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7. 12. 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 8; zur gewählten Rechtsgrundlage und Rechtsform Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (239), der den Rückgriff auf Art. 308 EG und die Form der Verordnung als vertretbar beurteilt.

<sup>372</sup> Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 7. 12. 1998 über den freien Warenverkehr, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 10; dazu näher Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (239); Schorkopf, EWS 2000, S. 156 (159 f.).

<sup>373</sup> EuZW 1998, S. 388.

<sup>374</sup> Siehe EuGH, Rs. C-65/90 (Parlament/Rat), Slg. 1992, S. I-4593 (4621); zur Beteiligung des Europäischen Parlaments Schorkopf, EWS 2000, S. 156 (158).

<sup>375</sup> Vom Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten des Europäischen Parlaments wurde aber auch vorgeschlagen, den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 auf die anderen Grundfreiheiten des EG-Vertrages auszudehnen; siehe dazu die Stellungnahme des Abgeordneten Ettl vom 27. 10. 1998, A4-385/98, PE 224.005, S. 24 (25 f.).

wenn es sich um eine physische oder sonstige Verhinderung, Verzögerung oder Umleitung der Einfuhr von Waren, ihrer Ausfuhr oder ihrer Verbringung durch einen Mitgliedstaat handelt, die eine schwerwiegende Beeinträchtigung des freien Handelsverkehrs hervorruft (Art. 1 I lit. a Verordnung (EG) Nr. 2679/98).<sup>376</sup> Die Verwendung der Formulierung „oder sonstigen“ deutet auf eine beabsichtigte Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Verordnung hin, die sich jedoch in Anbetracht des deutlich statuierten engen Zusammenhangs mit dem Begriff der „physischen“ Behinderungen als weniger weitreichend erweist als zunächst vermutet, so dass sich auch die sonstigen Behinderungen in ihren Auswirkungen nicht merklich von denen unterscheiden dürfen, die von physischen Behinderungen ausgehen.<sup>377</sup> Als weitere Einschränkung ist die in Art. 1 I lit. b Verordnung (EG) Nr. 2679/98 aufgestellte Voraussetzung aufzufassen, dass die Behinderung einen ernsthaften Schaden für die betroffenen Privatpersonen verursacht haben muss. Sowohl die Beeinträchtigung als auch der Schaden müssen, was die Verhinderung dieser beiden Folgen anbelangt, ein unmittelbares staatliches Handeln als Ausweg erfordern (Art. 1 I lit. c Verordnung (EG) Nr. 2679/98). Die in Art. 1 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98 umschriebene Behinderung kann sowohl auf ein staatliches Handeln als auch auf ein staatliches Nichteinschreiten zurückzuführen sein; der Anwendungsbereich der Verordnung wird in beiden Fällen gleichermaßen eröffnet. Der von der Verordnung verwendete Begriff des Nichteinschreitens wird in Art. 1 II Verordnung (EG) Nr. 2679/98 legaldefiniert. Es liegt vor, wenn die zuständigen nationalen Behörden angesichts von Behinderungen, die durch Handlungen von Personen<sup>378</sup> verursacht werden, es unterlassen, im Rahmen ihrer Befugnisse alle erforderlichen und der Situation angemessenen Maßnahmen zwecks Beseitigung der Behinderung und Sicherstellung des freien Warenverkehrs in ihrem Gebiet zu ergreifen.

#### bb) Die einheitlichen Informations- und Handlungspflichten der Mitgliedstaaten

---

<sup>376</sup> Siehe Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (237), mit dem Hinweis, dass mit solchen Formulierungen ausgedrückt werden soll, dass es sich um „ähnlich massive Störungen“ des freien Warenverkehrs (der Begriff stammt von Schwarze, EuR 1998, S. 53 (56)) handeln muss, wie sie dem EuGH-Urteil vom 9. 12. 1997 im Fall französische Agrarproteste zugrunde lagen, in dem sich die Formulierung der „Gewalttaten“ wiederfindet (EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7000 Rn. 38)).

<sup>377</sup> Ebenso Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (237).

<sup>378</sup> Siehe dazu Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (237), mit dem Hinweis, dass die in Art. 1 II Verordnung (EG) Nr. 2679/98 verwendete Formulierung „Personen“ weit zu verstehen ist; sie erfasst nicht nur Privatpersonen, sondern auch Vereinigungen und Unternehmen, denen jeder staatliche Charakter fehlt.

(1) Im Falle einer drohenden oder bereits eingetretenen Behinderung i. S. d. Art. 1 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98 trifft nun sämtliche Mitgliedstaaten, also nicht nur den konkret betroffenen Mitgliedstaat, die Verpflichtung, alle insoweit sachdienlichen Informationen unverzüglich an die Kommission zu übermitteln, die dann ihrerseits die erlangten sowie gegebenenfalls weitere Informationen an alle anderen Mitgliedstaaten weiterleitet (Art. 3 I lit. a und b Verordnung (EG) Nr. 2679/98). Darüber hinaus ist (allein) der betroffene Mitgliedstaat angehalten, die von der Kommission und von den anderen Mitgliedstaaten gegebenenfalls gestellten Auskunftsersuchen „so bald wie möglich“, also unverzüglich, mit Angaben zur Art der Behinderung und zu den beabsichtigten oder bereits ergriffenen Maßnahmen zu beantworten (Art. 3 II 1 Verordnung (EG) Nr. 2679/98). Die im letzteren Fall eines mitgliedstaatlichen Ersuchens allein zwischen den Mitgliedstaaten ausgetauschten Informationen müssen auch der Kommission zugänglich gemacht werden (Art. 3 II 2 Verordnung (EG) Nr. 2679/98). Die praktisch bedeutsamste Informationspflicht im Rahmen des in Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 2679/98 normierten „Frühwarn- und Informationssystems“<sup>379</sup> dürfte die Pflicht des betroffenen Mitgliedstaates zur Unterrichtung über drohende und damit noch nicht eingetretene Behinderungen des freien Warenverkehrs darstellen, die im Interesse einer effektiven Anwendung der Verordnung bereits im Falle von hinreichend deutlichen Anzeichen für das Bestehen einer Behinderung i. S. d. Art. 1 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98 aktualisiert werden sollte.<sup>380</sup>

(2) Gem. Art. 4 I lit. a und b Verordnung (EG) Nr. 2679/98 ist der betroffene Mitgliedstaat im Falle einer eingetretenen Behinderung verpflichtet, zum einen alle erforderlichen, der Situation angemessenen Maßnahmen zu ergreifen, um den freien Warenverkehr auf seinem Hoheitsgebiet sicherzustellen, und zum anderen die Kommission von den beabsichtigten oder getroffenen Maßnahmen zu unterrichten, die dann gem. Art. 4 II Verordnung (EG) Nr. 2679/98 ihrerseits die erhaltenen Informationen an die anderen Mitgliedstaaten zu übermitteln hat.

cc) Die Handlungsbefugnisse der Kommission

---

<sup>379</sup> Den Begriff verwendet Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (238); ebenso Kühling, NJW 1999, S. 403 (404 Fn. 20): „beschleunigtes Frühwarn- und Hinweisverfahren“.

<sup>380</sup> Ebenso Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (238).

Kommt die Kommission zu der Auffassung, dass in einem Mitgliedstaat eine Behinderung i. S. d. Art. 1 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98 vorliegt, dann leitet sie dem betroffenen Mitgliedstaat eine Mitteilung<sup>381</sup> zu, in der sie ihm einerseits die Gründe für ihre diesbezügliche Einschätzung offenbart und ihn andererseits zum Ergreifen aller erforderlichen, der Situation angemessenen Maßnahmen auffordert, um die benannte Behinderung innerhalb einer von der Kommission unter Berücksichtigung der Dringlichkeit des Falles festgelegten Frist zu beseitigen (Art. 5 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98). Grundsätzlich innerhalb von 5 Arbeitstagen nach Eingang der Mitteilung, die Frist kann in Ausnahmefällen von der Kommission verlängert werden (vgl. Art. 5 V Verordnung (EG) Nr. 2679/98), ist der betreffende Mitgliedstaat dann gem. Art. 5 IV Verordnung (EG) Nr. 2679/98 verpflichtet, entweder die Kommission über die geplanten oder bereits durchgeführten Schritte zur Beseitigung der festgestellten Behinderung zu unterrichten oder aber ihr eine begründete Darlegung zu übermitteln, aus der hervorgeht, warum das Vorliegen einer Behinderung des freien Warenverkehrs vom betroffenen Mitgliedstaat verneint wird.<sup>382</sup>

Das beschriebene Verfahren nach Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 2679/98 lässt sich in das Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 ff. EG integrieren.<sup>383</sup> So stellt die in Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 2679/98 normierte Mitteilung das Mahnschreiben der Kommission im Rahmen des in Art. 226 I EG geregelten Vorverfahrens<sup>384</sup> dar, durch das dem betreffenden Mitgliedstaat rechtliches Gehör gewährt und damit „Gelegenheit zur Äußerung“ i. S. d. Art. 226 I EG gegeben wird.<sup>385</sup> Dabei gilt es aber zu beachten, dass die dem betroffenen Mitgliedstaat zugeleitete Mitteilung der Kommission dem Rechtscharakter nach keine Entscheidung i. S. d. Art. 249 IV EG darstellt.<sup>386</sup> Denn die Befugnis zum Erlass einer verbindlichen Entscheidung, die in

<sup>381</sup> Die Kommission kann die dem betroffenen Mitgliedstaat zugeleitete Mitteilung in ihrem vollständigen Wortlaut im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlichen; sie ist auf Anfrage zu deren unverzüglicher Übermittlung an alle interessierten Parteien verpflichtet (Art. 5 III Verordnung (EG) Nr. 2679/98).

<sup>382</sup> Der Kommission stehen damit die gleichen Befugnisse zu, wie sie in Art. 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. 12. 1989 zur Koordinierung des Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABIEG Nr. L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33, vorgesehen sind; so der Hinweis von Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (238); Schorkopf, EWS 2000, S. 156 (160).

<sup>383</sup> So Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (238); Schorkopf, EWS 2000, S. 156 (160).

<sup>384</sup> Siehe zum förmlichen Vorverfahren nach Art. 226 I EG etwa Geiger, Art. 226 Rn. 10 ff.; Borchardt, in: Lenz, Art. 226 Rn. 16 ff.; Huber, S. 268 f.; Koenig/Haratsch, Rn. 327 f.; Oppermann, Rn. 736 f.

<sup>385</sup> Siehe Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (238); Schorkopf, EWS 2000, S. 156 (160).

<sup>386</sup> Zur rechtlichen Bedeutung der Mitteilung Schorkopf, EWS 2000, S. 156 (160).

Art. 2 des ursprünglichen Verordnungsvorschlags der Kommission noch vorgesehen war, musste der Kommission zwecks Wahrung des institutionellen Systems des EG-Vertrages versagt werden. Der Kommission steht auch kein Ermessensspielraum bei der Entscheidung zu, ob sie eine solche Mitteilung an den betreffenden Mitgliedstaat richtet, wenn sie das Vorliegen einer Behinderung des freien Warenverkehrs für gegeben hält (vgl. Art. 5 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98: „... so teilt sie dem betroffenen Mitgliedstaat die Gründe mit, ...“).<sup>387</sup> Nach Eingang der Mitteilung i. S. d. Mahnschreibens verbleibt dem betroffenen Mitgliedstaat eine Frist von 5 Arbeitstagen, um eine entsprechende Gegendarstellung zu formulieren. Im Falle des ergebnislosen Verstreichenlassens der kurz bemessenen Äußerungsfrist seitens des Mitgliedstaates kommt dann als nächster konsequenter Schritt eine „mit Gründen versehene Stellungnahme“ der Kommission i. S. d. Art. 226 I EG in Betracht. An das von der Kommission durchzuführende Vorverfahren schließt sich schlussendlich das gerichtliche Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH gem. Art. 226 EG an, womit der Verfahrensübergang vom behördlichen zum gerichtlichen Verfahren vollzogen wird.

## 6. Stellungnahme

Die inhaltliche Konkretisierung des schutzpflichtrelevanten Beeinträchtigungstatbestandes muss an dem Schutzzweck der wirtschaftlichen Grundfreiheiten ansetzen, was zutreffend von Meurer und Kainer erkannt wird.<sup>388</sup> Der zentrale Schutzzweck der Grundfreiheiten besteht dabei in der Öffnung der mitgliedstaatlichen Marktgrenzen, also in der Eröffnung des Zugangs zu den jeweils anderen ausländischen Märkten, um privatautonomes wirtschaftliches Handeln über die nationalen Grenzen hinweg zu ermöglichen.

Hat man den Schutzzweck der Grundfreiheiten aufgedeckt, stellt sich die entscheidende Frage, wann diese grundlegende Zielsetzung durch private Störungshandlungen so schwerwiegend beeinträchtigt wird, dass es staatlicher

---

<sup>387</sup> Siehe Hauschild, EuZW 1999, S. 236 (238 f.), mit dem Hinweis, dass der fehlende Ermessensspielraum der Kommission bei der Zuleitung der Mitteilung im Gegensatz zum Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 ff. EG steht, wo die Kommission auf jeder Stufe frei entscheiden kann, ob sie weiter vorgehen will und damit auch politische Erwägungen mitberücksichtigen darf.

<sup>388</sup> Siehe auch Jaeckel, S. 262 f., 241 f.

Schutzmaßnahmen als Reaktion bedarf. Dass es im Zusammenhang mit der Entstehung staatlicher Schutzpflichten gerade nicht um die Frage einer beliebigen Beeinträchtigung der Grundfreiheiten gehen kann, sondern im Gegenteil um die Frage einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Ausübung der Grundfreiheiten durch Handlungen Privater gehen muss, fördert die Verordnung (EG) Nr. 2679/98 mit der in Art. 1 I enthaltenen Definition der Behinderung deutlich zutage, wo zum einen auf die „schwerwiegende Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs“ (Art. 1 I lit. a Verordnung (EG) Nr. 2679/98), zum anderen auf den „ernsthaften Schaden für die betroffenen Personen“ (Art. 1 I lit. b Verordnung (EG) Nr. 2679/98) abgestellt wird.<sup>389</sup> Die schwerwiegenden Störungen des freien gemeinschaftsweiten Warenverkehrs durch Handlungen von Privatpersonen, die sich in einigen Mitgliedstaaten seit Jahren regelmäßig wiederholten, über die auch der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 zu entscheiden hatte und auf die die Europäische Gemeinschaft mit der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 vom 7. 12. 1998 antwortete, stellen das zentrale Anwendungsfeld der staatlichen Schutzpflichten dar, weil sie erhebliche wirtschaftliche Kosten für die betroffenen Marktbürger wegen der heute üblichen grenzüberschreitenden Verflechtungen der Wirtschaftsteilnehmer verursachen sowie zeitgemäße Vertriebs- und Produktionsverfahren hemmen.<sup>390</sup> Im Einklang mit der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 und im Gegensatz zu den dargestellten Ansätzen von Meurer und Kainer liegt eine schwerwiegende Störung der Grundfreiheiten *bereits* dann, aber auch *erst* dann vor, wenn der grundfreiheitliche Schutzzweck durch physische Beeinträchtigungen der freien grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit in Frage gestellt wird. Denn *bereits* ein physisch wirkendes Handelshemmnis, das von privater Seite in nicht rechtswidriger Weise errichtet wurde, beeinträchtigt den EG-vertraglich garantierten Marktzugang für die einzelnen Marktbürger in schwerwiegender Weise,

---

<sup>389</sup> Ebenso der zweite Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7. 12. 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 8: „Verstöße gegen diesen Grundsatz, beispielsweise wenn in einem Mitgliedstaat der freie Warenverkehr durch Handlungen von Personen blockiert wird, können das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes schwerwiegend beeinträchtigen und für die betroffenen Personen ernsthafte Schäden verursachen.“

<sup>390</sup> Siehe insoweit die der Verordnung beigefügte politische EntschlieÙung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 7. 12. 1998 über den freien Warenverkehr, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 10, in der allein die von schwerwiegenden Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs ausgehenden Gefahren betont werden: „In Anbetracht dessen, dass schwere Behinderungen des freien Warenverkehrs erhebliche wirtschaftliche Kosten für Personen zur Folge haben und zeitgemäÙe Vertriebs- und Produktionsverfahren hemmen; auch in Anbetracht des Umstandes, dass derartige Behinderungen die Glaubwürdigkeit des Binnenmarktes, dessen reibungsloses Funktionieren im Hinblick auf die Wirtschafts- und Währungsunion und die Erweiterung zunehmend an Bedeutung gewonnen hat, ganz erheblich in Frage stellen;“

so dass insoweit von einer funktionierenden wirtschaftlichen Privatautonomie über mitgliedstaatliche Grenzen hinweg keine Rede mehr sein kann. Unphysischen Handelshindernissen, die in vielfältigen Formen in Erscheinung treten können, mangelt es dagegen an der notwendigen Schwere der Beeinträchtigung des grundfreiheitlichen Schutzzwecks, so dass sich *erst* im Falle physischer Beeinträchtigungen die Aktivierung staatlicher Schutzpflichten als berechtigt erweist.

Der physischen Beeinträchtigung des freien Wirtschaftsverkehrs liegt dabei ein umfassendes Verständnis in zweifacher Hinsicht zugrunde. Zum einen erfasst die physische Beeinträchtigung sowohl die physische Verhinderung, also das dauerhafte oder zeitlich beschränkte Unmöglichmachen, man denke bei letzterem vor allem an zeitliche Verzögerungen, als auch jede Form der physischen Erschwerung. Das der Beeinträchtigung anhaftende physische Moment fungiert insoweit auch als notwendiges Korrektiv zu den beiden weit gefassten Varianten der Verhinderung und Erschwerung der privatautonomen grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit. Zum anderen umfasst der Beeinträchtigungstatbestand sowohl die bereits eingetretene als auch die erst noch bevorstehende physische Behinderung der Ausübung der Grundfreiheiten. Als Auslöser staatlicher Schutzpflichten kommt damit die bereits verwirklichte aktuelle ebenso wie die erst drohende potentielle Beeinträchtigung der grundfreiheitlichen Schutzgüter in Betracht. Dabei erweist sich die zusätzliche Einbeziehung der bloßen Gefährdung der zu schützenden grundfreiheitlichen Rechtsgüter in den Beeinträchtigungstatbestand neben der schon realisierten Störung als konsequente Folge des präventiv-hindernden Charakters der staatlichen Schutzpflicht, die vor allem auch dem vorbeugenden Rechtsgüterschutz dient und dienen muss, soll der Schutz der Grundfreiheiten vor privaten Beeinträchtigungshandlungen in wirklich effektiver Weise gewährleistet werden, denn bereits eingetretene Schäden können sich im nachhinein als irreparabel darstellen.<sup>391</sup>

---

<sup>391</sup> Ebenso Jaeckel, S. 263 f.; siehe auch die in Art. 3 und 4 Verordnung (EG) Nr. 2679/98 geregelten einheitlichen Informationspflichten, die sowohl im Falle einer eingetretenen als auch im Falle einer drohenden Behinderung des freien Warenverkehrs greifen; siehe bezogen auf die grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen Verfassungsrecht etwa Dietlein, S. 107 ff.; Hermes, S. 236 ff.; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 106 ff.; Jaeckel, S. 85 ff.; Kloepfer, § 4 Rn. 10 ff.; ders., DVBl. 1988, S. 305 (311); Pieroth/Schlink, Rn. 92; Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 740 ff.; Unruh, S. 77 f.; Breuer, DVBl. 1978, S. 829 (833); Pietrzak, JuS 1994, S. 748 (749 ff.); Erichsen, JuS 1997, S. 85 (87).

Zusammenfassend gilt es also folgendes festzuhalten: Nicht jede private Beeinträchtigung der freien grenzüberschreitenden Wahrnehmung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten löst staatliche Schutzpflichten aus, sondern nur eine physische Beeinträchtigung, die den einzelnen Marktbürger der Möglichkeit beraubt, wirtschaftlich privatautonom zu handeln und zwar über mitgliedstaatliche Grenzen hinweg. Die Betonung des Schutzzwecks der Grundfreiheiten durch Meurer und Kainer markiert den treffenden Ausgangspunkt auf dem Weg zu einem enger gefassten Beeinträchtigungsbegriff, der letztlich aber nur über eine sinnvolle Einschränkung der privaten Störungshandlungen erreicht werden kann. Ein in der Mitte liegender Ansatz zwischen den von Meurer und Kainer aufgezeigten Extremen, zum einen zu weitgehend und zum anderen zu kurz greifend, dürfte mit dem Kriterium der physischen Beschränkung privatautonom wirtschaftlichen Handelns gefunden zu sein. Die damit befürwortete Ausrichtung des Beeinträchtigungstatbestandes der grundfreiheitlichen Schutzpflichten auf das physische Moment erfährt dabei eine deutliche Bestätigung durch die Verordnung (EG) Nr. 2679/98, die in Art. 1 I lit. a den physischen Charakter der staatlichen ebenso wie der privaten Behinderung, die in Art. 1 I Verordnung (EG) Nr. 2679/98 als zentraler Begriff der Verordnung näher definiert wird, zum entscheidenden Kriterium erklärt.

### **C. Die Adressaten der grundfreiheitlichen Schutzpflichten**

Im folgenden soll der Frage nach den Adressaten der grundfreiheitlichen Schutzpflichten nachgegangen werden, wer also zur Erfüllung der Schutzverpflichtungen eigentlich berufen ist. Die zitierten einschlägigen Passagen des EuGH-Urteils vom 9. 12. 1997 förderten ebenso wie die bisherigen Ausführungen zur dogmatischen Figur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten lediglich einen einzigen Schutzpflichtadressat zutage. So soll die Mitgliedstaaten die Verpflichtung treffen, die wirtschaftlichen Grundfreiheiten vor Beeinträchtigungen durch Handlungen von Privatpersonen zu schützen, weshalb auch des öfteren der zusammenfassende Terminus von den staatlichen Schutzpflichten verwendet wurde. Wenngleich das EuGH-Urteil französische Bauernproteste und die bisherigen Ausführungen somit eine deutliche Richtung in der Adressatenfrage vorgeben, steht

damit aber noch keineswegs endgültig fest, dass die Gemeinschaft nicht Adressat der grundfreiheitlichen Schutzpflicht sein kann.

Weder den Ausführungen des EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 noch den dazu gehörigen Schlussanträgen von Generalanwalt Lenz lassen sich die einschlägigen Kriterien entnehmen, anhand derer die aufgeworfene Frage nach den richtigen Schutzpflichtadressaten beantwortet werden kann. Allein der Hinweis auf das Ergebnis, mag es auch einstimmig erzielt sein, der betroffene Mitgliedstaat stelle den Schutzpflichtadressat dar, kann die relevanten Kriterien, die das gefundene Ergebnis tragen, selbstverständlich nicht offen legen. Ein Blick auf die grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen Verfassungsrecht wird insoweit die Antworten liefern, die der EuGH und Generalanwalt Lenz schuldig geblieben sind.

#### I. Die Adressaten der grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen Verfassungsrecht

Die bedeutsame Frage nach den richtigen Adressaten der grundrechtlichen Schutzpflichten erfährt im deutschen Verfassungsrecht eine eindeutige, normativ niedergelegte Antwort in Art. 1 III GG. Danach binden die Grundrechte alle drei Staatsfunktionen, Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung, als unmittelbar geltendes Recht. Dass die Grundrechte im hier interessierenden Zusammenhang nicht in ihrer klassischen negatorischen Funktion in Erscheinung treten, bei der es um die Abschirmung der grundrechtlich verbürgten Freiheiten gegenüber staatlichen Eingriffen geht, also um die Gewährleistung von Freiheit „vom Staat“, vermag keine Änderung der verfassungsrechtlich festgeschriebenen umfassenden Bindung aller Staatsgewalten zu bewirken.<sup>392</sup> Die grundrechtliche Schutzpflicht richtet sich damit an den Staat in seiner Gesamtheit, die ganze öffentliche Gewalt mit all ihren Funktionen und Gliederungen.<sup>393</sup> Jedoch deutet bereits die in einschlägigen Abhandlungen der Literatur zur Thematik der grundrechtlichen Schutzpflichten rein äußerlich vorgenommene Gewichtung

<sup>392</sup> Siehe nur BVerfGE 49, S. 89 (142); ferner Hermes, S. 265 f.; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 148.

<sup>393</sup> So BVerfGE 39, S. 1 (42); 77, S. 170 (215); Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 148; anders Steinberg, NJW 1984, S. 457 (459 f.); Scherzberg, Jura 1988, S. 455 (456), die nur den Gesetzgeber als Adressat der grundrechtlichen Schutzpflicht verstehen.

zugunsten von Gesetzgebungspflichten darauf hin, dass sich die Schutzpflichten zwar uneingeschränkt an alle Staatsorgane wenden, die einzelnen Staatsorgane aber in höchst unterschiedlich starkem Maße in Anspruch genommen werden.<sup>394</sup>

Diese vorrangige Thematisierung von Gesetzgebungspflichten im Schrifttum beruht dabei auf dem Umstand, dass der im „Rechts-Dreieck“<sup>395</sup> als Vermittler fungierende Staat zwecks Erfüllung der bestehenden grundrechtlichen Schutzpflicht in der Regel zu aktivem Handeln gegenüber dem privaten Störer aufgerufen ist, also „Schutz durch Eingriff“<sup>396</sup> zu gewähren hat, durch ein Einwirken auf ebenfalls grundrechtlich geschützte Positionen des Störers. Die in engstem Zusammenhang mit der Grundrechtsrelevanz der Wahrnehmung der Schutzpflicht stehenden Kriterien der Wesentlichkeitstheorie und des Parlamentsvorbehalts weisen zwangsläufig den Gesetzgeber als den primären Adressat der Schutzpflicht aus, ist die Legislative doch dazu berufen, die keinen unmittelbaren Eingriffstitel gegen Dritte darstellenden grundrechtlichen Schutzpflichten im konflikträchtigen Dreiecksverhältnis näher zu konkretisieren.<sup>397</sup> Insofern erscheint es durchaus angebracht, den treffenden Terminus von der „Gesetzesmediatisierung“ der grundrechtlichen Schutzpflichten zu verwenden.<sup>398</sup> Stellt der Gesetzgeber somit den bevorzugten Adressat der

<sup>394</sup> Siehe etwa Hermes, S. 119; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 951.

<sup>395</sup> Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 34.

<sup>396</sup> Wahl/Masing, JZ 1990, S. 553 ff.

<sup>397</sup> Siehe BVerfGE 39, S. 1 (44); 49, S. 89 (127); 50, S. 290 (349); BVerfG, DtZ 1994, S. 67; BVerwGE 89, S. 69 (78); 90, S. 112 (122 ff.); ferner Hermes, S. 208; Hesse, Rn. 350; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 148; Pieroth/Schlink, Rn. 91; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 951; Dreier, in: ders., vor Art. 1 Rn. 63; Schmidt-Aßmann, AöR 106 (1981), S. 205 (207); Enders, AöR 115 (1990), S. 610 (630 ff.); Wahl/Masing, JZ 1990, S. 553 (557, 559); Dreier, Jura 1994, S. 505 (513); Pietrzak, JuS 1994, S. 748 (753); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (87 f.); Bethge, VVDStRL 57 (1998), S. 7 (50 f.); Groß, JZ 1999, S. 326 (331); Brüning, JuS 2000, S. 955 (959); siehe zum Parlamentsvorbehalt etwa Degenhart, Rn. 293 ff.; Erichsen, Jura 1995, S. 550 (553 f.); ausführlich zur streitigen Frage, ob die Grundrechte bereits selbst eine eingriffslegalisierende Wirkung entfalten, Dietlein, S. 67 ff. m. w. N.

<sup>398</sup> Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 44; ders., Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 152. Die angesprochene gesetzliche Konkretisierungsbedürftigkeit wird verkannt von VGH Kassel, NJW 1990, S. 336 ff.; mit Anm. Deutsch, NJW 1990, S. 339; mit Anm. Rupp, JZ 1990, S. 91 f.; siehe dazu die Kritik im Schrifttum: Enders AöR 115 (1990), S. 610 (628 ff.); Fluck, UPR 1990, S. 81 ff.; Hirsch, NJW 1990, S. 1445 (1447); Rose, DVBl. 1990, S. 279 ff.; Sendler, NVwZ 1990, S. 231 (236); Graf Vitzthum, VBIBW 1990, S. 48 ff.; Wahl/Masing, JZ 1990, S. 553 (559); Preu, JZ 1991, S. 265 (270); Dreier, Jura 1994, S. 505 (513 Fn. 110); Pietrzak, JuS 1994, S. 748 (753); Badura, in: Festschrift für Odersky, 1996, S. 159 (178); Dietlein, S. 45 Fn. 131, S. 68 Fn. 262; Hermes, S. 272 ff.; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 119; Jaeckel, S. 89 f.; Unruh, S. 23 f.; Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 26. Verfehlt im Hinblick auf die Notwendigkeit legislativer Mediatisierung auch BVerwGE 82, S. 76 ff. (bestätigt durch die Kammerentscheidung des BVerfG, NJW 1989, S. 3269 ff.), da trotz der erkannten Eingriffsqualität der fraglichen staatlichen Warnungen vor Jugendsekten eine entsprechende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht eingefordert wurde. Die Bedeutung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes im grundrechtsrelevanten Bereich wurde damit verkannt; den grundrechtlichen Schutzpflichten wurde der ihnen nicht zukommende Charakter von unmittelbaren Eingriffstiteln gegen Dritte verliehen; dazu kritisch Gusy, JZ 1989, S. 1003 ff.; Dreier, Jura 1994, S. 505 (513); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (495 Fn. 79); Böckenförde, Grundrechtsdogmatik, S. 21 Fn. 35; Heun, S. 69 f.

grundrechtlichen Schutzpflicht dar, darf indes keinesfalls verkannt, wie bereits eingangs kurz betont, dass auch den anderen Staatsgewalten, also der Judikative und der Exekutive, die Beachtung dieses objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalts nach Maßgabe ihres spezifischen Aufgabenbereichs als unabdingbare Verpflichtung auferlegt ist, nur eben in unterschiedlich intensiv ausgeprägter Art und Weise.<sup>399</sup> Als Adressat der grundrechtlichen Schutzpflichten ist daher der ganze Staat zu verstehen, wobei eine nähere Differenzierung anhand der einschlägigen, im deutschen Verfassungsrecht geltenden Kompetenzregeln zu erfolgen hat.<sup>400</sup>

## II. Die jeweilige Kompetenzverteilung als entscheidendes Kriterium im Hinblick auf die richtigen Schutzpflichtadressaten

Die Frage nach den richtigen Schutzpflichtadressaten richtet sich folglich nach der jeweiligen Kompetenzverteilung. Dabei gilt die erzielte Feststellung keineswegs nur im Hinblick auf das deutsche Verfassungsrecht, liegt ihr doch die folgende allgemeine Überlegung grundsätzlicher Art zugrunde: Die entstandene Schutzpflicht muss erfüllt werden, doch zur Erfüllung kann ausschließlich berufen sein, wer über entsprechende Kompetenzen verfügt, soll sich die ergriffene Schutzmaßnahme als formell rechtmäßig erweisen, folglich der Kontrolle in formeller Hinsicht Stand halten. So erweist sich der erhobene Vorwurf, eine Verletzung der Schutzpflicht liege vor, als unberechtigt, wenn der „Beschuldigte“, der sich der Untätigkeit wehren muss, über keinerlei Handlungsmöglichkeiten verfügt, die unabdingbar einschlägige Kompetenzen erfordern, mögen auch die notwendigen Voraussetzungen für ein schützendes Tätigwerden in formeller und materieller Hinsicht weit über diesen speziellen formellen Aspekt hinausreichen. Damit steht fest, dass die Frage nach den richtigen Schutzpflichtadressaten, welche die Verpflichtung zum Schutz der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages vor Beeinträchtigungen durch Privatpersonen trifft, auch auf Gemeinschaftsebene ebenso wie auf nationaler Ebene in Abhängigkeit von der jeweiligen Kompetenzverteilung zu beantworten ist.<sup>401</sup> Nach

<sup>399</sup> Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 950 ff.; Dreier, in: ders., vor Art. 1 Rn. 63; Jarass, in: ders./Pieroth, vor Art. 1 Rn. 8; Dirnberger, DVBl. 1992, S. 879 (880 ff.); Erichsen, Jura 1994, S. 85 (88).

<sup>400</sup> Siehe zur Frage der richtigen Schutzpflichtadressaten auch BVerfGE 81, S. 310 (334, 339), im Hinblick auf die vertikale Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern.

<sup>401</sup> Siehe zur aufgeworfenen Problematik des Zusammenhangs von Kompetenzverteilung und Schutzpflichtadressaten Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 6 EU Rn. 48 m. w. N., für den parallelen

Maßgabe ihrer jeweiligen Kompetenzen sind also sowohl die Organe der Mitgliedstaaten als auch die Gemeinschaftsorgane zum schützenden Tätigwerden verpflichtet.<sup>402</sup> So geht es im legislativen Bereich um die Schaffung von zusätzlichen Schutzvorschriften, sollte sich der bisher erreichte Bestand an gesetzlichen Bestimmungen als unzureichend erweisen, um die Grundfreiheiten vor privaten Beeinträchtigungen zu schützen, und im exekutiven und judikativen Bereich um die Beachtung des grundfreiheitlichen Schutzpflichtgedankens bei der Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Grundlagen.<sup>403</sup> Was den *zentralen* Anwendungsbereich der grundfreiheitlichen Schutzpflichten anbelangt, wo die privaten Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Grundfreiheiten Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in den einzelnen Mitgliedstaaten beinhalten, der Fall französische Agrarblockaden mit seinen gewalttätigen Protestaktionen französischer Landwirte macht auf diese Sachverhaltskonstellation in besonders eindringlicher Weise aufmerksam, sind aber allein die *Mitgliedstaaten* zum grundfreiheitlichen Schutz aufgerufen.

### III. Die mitgliedstaatliche Kompetenz für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Wird die Ausübung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten durch die berechtigten Marktbürger durch Protest- und Gewaltaktionen von Privatpersonen beeinträchtigt, also durch private Übergriffe wie im Fall der französischen Agrarblockaden, dann stellt dies eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in den einzelnen

---

Bereich der gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzpflichten: Die aus Gemeinschaftsgrundrechten abgeleitete Schutzpflicht als solche stelle keinen Kompetenztitel dar, sondern setze einen solchen voraus, so dass es eine Pflicht zu hoheitlichem Handeln nur dort geben könne, wo eine entsprechende Kompetenz eingeräumt sei; ebenso Gersdorf, AöR 119 (1994), S. 400 (418): „Grundrechtliche Schutzpflichten auf Gemeinschaftsebene ersetzen weder die erforderliche Handlungsermächtigung noch stellen sie eine solche dar, sondern sind vielmehr durch diese bedingt.“  
<sup>402</sup> So auch Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 (222 f.); Burgi, EWS 1999, S. 327 (329 Fn. 35); Kainer, JuS 2000, S. 431 (433); Hilf/Staebe, in: E. Klein, S. 211 (228); Jaeckel, S. 265. Als Beispiel für ein solches schützendes Tätigwerden der Gemeinschaft zugunsten der Grundfreiheiten sei vor allem die bereits dargestellte Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates v. 7. 12. 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 8, genannt. In der der Verordnung beigefügten politischen Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 7. 12. 1998 über den freien Warenverkehr, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 10, wird ausdrücklich die Zuständigkeit sowohl der Mitgliedstaaten als auch der Gemeinschaftsorgane zum schützenden Tätigwerden betont.

<sup>403</sup> Siehe Jaeckel, S. 265 f.

Mitgliedstaaten dar. Die Aufrechterhaltung der durch die privaten Übergriffe gestörten öffentlichen Sicherheit und Ordnung fällt dabei in den ausschließlichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten, die somit über das Gewaltmonopol auf dem hier relevanten Gebiet der inneren Sicherheit verfügen, denn dem EG-Vertrag kann insoweit eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung zugunsten der Gemeinschaft nicht entnommen werden, so dass der Europäischen Gemeinschaft also nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung<sup>404</sup> die erforderliche Verbandskompetenz fehlt.<sup>405</sup> Wie gefestigt sich diese Kompetenzverteilung zugunsten der Mitgliedstaaten und zu Lasten der Gemeinschaft auf dem hier interessierenden Gebiet der Aufrechterhaltung der durch private Angriffe auf die Grundfreiheiten gestörten öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt, zeigt im übrigen auch die verwendete Formulierung des EuGH im Fall der französischen Bauernproteste, dass die Mitgliedstaaten „für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung allein zuständig sind“, ohne der getroffenen Feststellung weitere erklärende Ausführungen beizufügen, womit ein Erklärungsbedarf anscheinend negiert werden soll.<sup>406</sup> Wo der ausschließliche Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten beginnt, kann für Kompetenzen der Gemeinschaft konsequenterweise kein Raum sein, so dass die Erfüllung der entstandenen Pflicht zum Schutz der wirtschaftlichen Grundfreiheiten vor privaten Beeinträchtigungen, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung tangieren, allein den betreffenden Mitgliedstaaten obliegen muss und darf, will man nicht unzulässigerweise über den Umweg der Schutzpflichtenerfüllung in ausschließliche Kompetenzen der Mitgliedstaaten eingreifen. Damit stehen die Mitgliedstaaten als alleiniger Adressat der grundfreiheitlichen Schutzpflichten fest, wenn es um Fragen der durch private Übergriffe gestörten öffentlichen Sicherheit und

<sup>404</sup> Siehe zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung oben 3. Teil B. II. 1.

<sup>405</sup> Siehe auch die ausdrücklichen primärrechtlichen Normierungen der mitgliedstaatlichen Kompetenz für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Art. 64 I EG: „Dieser Titel berührt nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.“ für den Bereich Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr (Titel IV.) und in dem wortlautgleichen Art. 33 EU für den Bereich Bestimmungen über die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Titel VI.); siehe ferner Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 (220); Meurer, EWS 1998, S. 196 (197 f.); Schwarze, EuR 1998, S. 53 (54 f.); Lindner, BayVBl. 1999, S. 337 (338).

<sup>406</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 33); ebenso GA Lenz, Schlussanträge, ebd., S. I-6980 f. Rn. 48: „... der Gerichtshof dürfe den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht dadurch beeinträchtigen, dass er seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen des betroffenen Mitgliedstaates setze.“; ebenso eindeutig der sechste Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates v. 7. 12. 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 8: „Die Mitgliedstaaten verfügen über die ausschließliche Zuständigkeit für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und die Gewährleistung der inneren Sicherheit.“

Ordnung in den einzelnen Mitgliedstaaten geht. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen erscheint es durchaus als vertretbar, ohne nähere Begründung, wie dies im Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997 und in den Schlussanträgen von Generalanwalt Lenz geschehen ist, die Mitgliedstaaten als Schutzpflichtadressat einzustufen.

## **D. Die Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten**

Im Vordergrund der folgenden Ausführungen steht die Frage der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten durch die Mitgliedstaaten, die den alleinigen Schutzpflichtadressat darstellen, wenn es um den zentralen Bereich der privaten Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten geht, die eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beinhalten.

### **I. Präventiv- und Strafverfolgungsmaßnahmen nach dem nationalen Polizei- und Strafrecht als wichtigste Instrumente bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten**

Die entstandene, an den betroffenen Mitgliedstaat adressierte Pflicht zum Schutz der wirtschaftlichen Grundfreiheiten vor privaten Beeinträchtigungen, die eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen, kann auf der mitgliedstaatlichen Ebene sowohl im Wege der Prävention als auch im Wege der Repression umgesetzt werden. Es kommt damit in den betroffenen Mitgliedstaaten zum einen die Gefahrenabwehr nach den Vorschriften des nationalen Polizeirechts und zum anderen die Strafverfolgung nach den Bestimmungen des nationalen Strafrechts in Betracht. Dem zum Schutz aufgerufenen Mitgliedstaat steht also einerseits die Möglichkeit offen, vorbeugend die nationalen Polizeikräfte gegen die privaten Ausschreitungen einzusetzen. Dabei kommt unter präventiven Gesichtspunkten sowohl ein polizeiliches Einschreiten in Betracht, das die von den privaten Angriffen anvisierten Ziele vorsorglich unter staatlichen Schutz stellt, als auch der Einsatz der Polizei erst im kritischen Moment, in dem die privaten Übergriffe unmittelbar

bevorstehen oder bereits begonnen haben. Andererseits erweist sich die Alternative des nachträglichen staatlichen Eingreifens als ebenso wenig versperrt. Was die Rechtsstellung der privaten Störer anbelangt, eröffnet sich damit für den betreffenden Mitgliedstaat die einschneidendere Möglichkeit, auf die repressiven Mittel des nationalen Strafrechts zurückzugreifen, die privaten Urheber der Protest- und Gewaltaktionen also im nachhinein zur Verantwortung zu ziehen, um die klar definierte Zielvorgabe zu gewährleisten, den Schutz der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages vor privaten Beeinträchtigungen.<sup>407</sup>

## II. Der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten

Kommt damit sowohl ein präventiv-polizeiliches Vorgehen nach dem nationalen Polizeirecht als auch ein repressives Einschreiten nach dem nationalen Strafrecht in Betracht, um der staatlichen Schutzaufgabe zugunsten der wirtschaftlichen Grundfreiheiten Rechnung zu tragen, bedarf es schließlich noch der Beantwortung der wohl entscheidenden Frage, ob die Mitgliedstaaten zwecks Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflicht rechtlich verpflichtet sind, sowohl den Weg der Prävention als auch den der Repression zu beschreiten. Mit anderen Worten ausgedrückt stellt sich damit die Frage, ob die Mitgliedstaaten über die Auswahl der zur Verfügung stehenden staatlichen Schutzmittel frei entscheiden können, so dass es sich als rechtlich zulässig erweist, wenn der Mitgliedstaat nur präventiv tätig wird oder nur repressiv, also gerade nicht beide grundsätzlich denkbaren Handlungsmöglichkeiten ausschöpft, sondern weniger Anstrengungen unternimmt als tatsächlich möglich. Die damit aufgeworfene rechtliche Problematik rückt ersichtlich die zentrale Frage in den Vordergrund der juristischer Betrachtungen, ob den Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten ein Ermessensspielraum zusteht.

---

<sup>407</sup> Siehe zu den grundsätzlich bestehenden zwei Wegen, den freien Warenverkehr vor Angriffen durch Privatpersonen zu schützen, auch GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6980 Rn. 47). Burgi, EWS 1999, S. 327 (330), verweist zudem auf die Handlungsermächtigungen des Umwelt- und Wirtschaftsverwaltungsrechts als bedeutende Instrumente zur Erfüllung staatlicher Schutzpflichten bzw. staatlicher Garantienpflichten, der Begriff wird von Burgi favorisiert.

Da es sich bei dem hier in Frage stehenden Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten ausschließlich um ein Ermessen im gemeinschaftsrechtlichen Sinne handeln kann, soll zunächst eine inhaltliche Klärung des Ermessensbegriffs im Europäischen Gemeinschaftsrecht herbeigeführt werden, um begrifflichen Missverständnissen von vornherein vorzubeugen. Im Anschluss daran werden bestimmte Fallgruppen einer juristischen Betrachtung unterworfen, in denen der EuGH in seiner bisherigen Judikatur Ermessensspielräume der Gemeinschaftsorgane und der Organe der Mitgliedstaaten anerkannt hat. Abschließend gilt es dann zu klären, ob den Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten nun ein Ermessensspielraum zusteht und, falls die Frage zu bejahen ist, ob sich insoweit eine Verbindung zur bisherigen, fallgruppenartigen Rechtsprechung des EuGH auf dem dogmatischen Gebiet der Anerkennung von Ermessensspielräumen im Gemeinschaftsrecht herstellen lässt.

## 1. Der Begriff des Ermessens im Europäischen Gemeinschaftsrecht

Die inhaltliche Dimension des gemeinschaftsrechtlichen Ermessensbegriffs soll durch einen naheliegenden Vergleich zum deutschen Verwaltungsrecht erschlossen werden.

### a) Das deutsche Verwaltungsrecht

Die dogmatische Kategorie des Ermessens hat im deutschen Verwaltungsrecht sowohl einen festen Bedeutungsgehalt als auch, damit konsequenterweise zusammenhängend, eine klare Abgrenzung gegenüber anderen rechtlich naheliegenden Begriffen erfahren, so dass die inhaltlichen Konturen klar gezeichnet sind. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die aus Rechtsschutzgründen gebildete grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem Begriff des Ermessens und dem des so genannten unbestimmten Rechtsbegriffs. Während das Ermessen den Entscheidungsspielraum der Behörde im Bereich der Rechtsfolge einer Norm bezeichnet, also stets als Handlungsermessen auf der Rechtsfolgenseite angesiedelt ist, steht im Vordergrund der juristischen Behandlung des unbestimmten Rechtsbegriffs die Frage, ob ein solcher Spielraum ebenso im Bereich der

Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm eingeräumt werden kann.<sup>408</sup> Die damit aufgeworfene Frage lässt sich dahingehend kurz beantworten, will man auf eine ausführliche Darstellung verzichten, dass der so genannte Beurteilungsspielraum<sup>409</sup> als ein nur beschränkt überprüfbarer Entscheidungsspielraum der Verwaltung im Tatbestandsbereich einer Rechtsnorm im deutschen Verwaltungsrecht inzwischen zwar allgemein anerkannt ist,<sup>410</sup> aber nur beschränkt für einige wenige Fallgruppen, so dass auch unbestimmte Rechtsbegriffe grundsätzlich einer unbeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterfallen.<sup>411</sup>

## b) Das Europäische Gemeinschaftsrecht

Die im deutschen Verwaltungsrecht vorherrschende strikte Differenzierung zwischen dem Ermessen im Rechtsfolgebereich, das zu einer weitreichenden Einschränkung der gerichtlichen Prüfungskompetenz führt (vgl. § 114 VwGO), und dem unbestimmten Rechtsbegriff im Tatbestandsbereich, der grundsätzlich, von Ausnahmen abgesehen, der vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, erfährt im Gemeinschaftsrecht keine vergleichbare Nachahmung. Vielmehr gilt es zu konstatieren, dass der Begriff des Ermessens im Sinne des Gemeinschaftsrechts die entscheidende Beeinflussung durch das französische Verwaltungsrecht erfahren hat, demzufolge Ermessen sowohl auf der Rechtsfolgen- als auch auf der Tatbestandsseite einer Norm bestehen kann.<sup>412</sup> Dem gemeinschaftsrechtlichen Ermessensbegriff liegt damit ein umfassenderes Verständnis zugrunde, als dies für

<sup>408</sup> Siehe Ossenbühl, in: Erichsen, § 10 Rn. 3 ff., sowie zur Kombination von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen, ebd., § 10 Rn. 46 ff.; Maurer, § 7 Rn. 26, zu den Verschränkungen, ebd., § 7 Rn. 47 ff.; Wolff/Bachof/Stober, § 31 Rn. 14 ff.; kritisch zur dogmatischen Berechtigung der Differenzierung Schmidt-Eichstaedt, AöR 98 (1973), S. 173 (176 ff.); Vallender, Mélanges André Grisel 1983, S. 819 ff.; Bullinger, JZ 1984, S. 1001 ff.; Martens, JuS 1987, S. 103 (107); Herdegen, JZ 1991, S. 747 (751); Soell, S. 207.

<sup>409</sup> Der Begriff geht auf Bachof, JZ 1955, S. 97 ff., zurück.

<sup>410</sup> Siehe BVerfGE 39, S. 334 (354); 88, S. 40 (50 ff.); siehe auch BVerfGE 49, S. 89 (136); 61, S. 82 (111); 83, S. 130 (148); 84, S. 34 (50); ausführliche Übersicht bei Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Rn. 193 ff.; ferner Maurer, § 7 Rn. 31 ff.; kritisch Wilke, Jura 1992, S. 186 (188); siehe auch die in enger dogmatischer Nähe zum Beurteilungsspielraum angesiedelte sog. Vertretbarkeitslehre von Ule, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 309 ff.; ders., DVBl. 1973, S. 756; ders., VerwArch 76 (1985), S. 1 (9 ff.); ders., S. 6 ff.

<sup>411</sup> Siehe Maurer, § 7 Rn. 37 ff. mit umfangreichen Nachweisen zur Rspr.; ferner Ossenbühl, in: Erichsen, § 10 Rn. 34 ff.; Ule/Laubinger, § 55 Rn. 4; Rozek, NVwZ 1992, S. 343 (344); kritisch zur Regel-Ausnahme-Konzeption der Rspr. Wolff/Bachof/Stober, § 31 Rn. 16, zu den anerkannten Fallgruppen, ebd., § 31 Rn. 19 ff.

<sup>412</sup> Bleckmann, Europarecht, Rn. 862; Herdegen, Rn. 226; Schwarze, in: ders./Schmidt-Aßmann, S. 203 (204 ff., 253); Everling, NVwZ 1987, S. 1 (7); ders., WuW 1989, S. 877 (879 f.); speziell zur Ermessenslehre und -praxis in Frankreich Grote, NVwZ 1986, S. 269 ff.; Schwarze, S. 246 ff.; ders., NVwZ 1996, S. 22 (25 f.).

das deutsche Verwaltungsrecht zu verzeichnen ist, weil das gemeinschaftsrechtliche Ermessen ohne Unterschied sowohl auf der Rechtsfolgen- als auch auf der Tatbestandsseite einer Rechtsnorm dogmatisch angesiedelt wird. Im Sinne dieses dem Ermessen beigelegten weitreichenderen Verständnisses offenbart sich die Rechtsprechung des EuGH, wenn der Gerichtshof die Gesamtheit der in Betracht kommenden Entscheidungs-, Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume einheitlich dem Terminus des Ermessens zuordnet und einheitlichen Regeln unterstellt, womit im Ergebnis Ermessens- und Beurteilungsspielräume als synonyme Begriffe für die Anerkennung einer umfassenden Freiheit zur letztverbindlichen Entscheidung verstanden werden.<sup>413</sup> Der EuGH gesteht den Gemeinschaftsorganen sowie den Organen der Mitgliedstaaten damit in beachtlichem Maße nur eingeschränkt überprüfbare administrative (und legislative)<sup>414</sup> Gestaltungsspielräume zu, ohne sich in begrifflichen Detailfragen und Abgrenzungsproblemen zu verlieren.<sup>415</sup>

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, das die dogmatische Figur des Ermessens, im gemeinschaftsrechtlichen Sinne verstanden, deutlich von dem im deutschen Verwaltungsrecht vorherrschenden, enger gefassten Begriffsverständnis geschieden werden muss. Das deutsche Recht vermochte damit den gemeinschaftsrechtlichen Terminus des Ermessens nicht zu determinieren, der entscheidende Einfluss auf das Gemeinschaftsrecht blieb dem deutschen Recht insoweit versagt. In Anbetracht der aufgezeigten inhaltlichen Konturen des gemeinschaftsrechtlichen Ermessensbegriffes erweist es sich als berechtigt, statt des Begriffes vom Ermessen auch die folgenden Begriffe von der Entscheidungs-,

<sup>413</sup> Siehe nur EuGH, Rs. 183/84 (Rheingold), Slg. 1985, S. 3351 (3361); dazu näher Ule, DVBl. 1986, S. 93; Schwarze, S. 455 ff.; ferner Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 220 Rn. 15; Adam, S. 24; Classen, S. 167 m. w. N.; von Danwitz, S. 184 ff. m. w. N.; Herdegen, Rn. 226; Huber, S. 274; Rausch, S. 202 f.; Rengeling/Middeke/Gellermann, S. 101; Streinz, Rn. 525; Everling, WuW 1989, S. 877 (881); Grabitz, NJW 1989, S. 1776 (1778); Pache, DVBl. 1998, S. 380 (384). Das Unterlassen einer strikten Trennung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum in der Rspr. des EuGH wird von Herdegen/Richter, in: Frowein, S. 209 (210 f., 247), nicht als dogmatisches Defizit aufgefasst.

<sup>414</sup> Die im nationalen Recht einzelner Mitgliedstaaten anzutreffende Differenzierung zwischen administrativem und legislativem Ermessen (so z. B. in Deutschland; siehe nur BVerfGE 4, S. 7 (18), wo die Rede von einem gesetzgeberischen „Ermessensspielraum“ ist) findet auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts keine vollständige Entsprechung, weil sich das Gemeinschaftsrecht gerade nicht durch eine durchgängig strikte Trennung von Exekutive und Legislative wie in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auszeichnet. Der Begriff der gemeinschaftsrechtlichen Verwaltung wird nämlich funktional als Vollzug der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts im Einzelfall bzw. in konkreten Situationen definiert, womit sowohl Einzelrechtsakte als auch normative Regelungen erfasst werden, die sich auf ein bestimmtes Ereignis beziehen; näher H. P. Ipsen, S. 315 ff.; Rausch, S. 24 f.; Rengeling, Verwaltungsvollzug, S. 8 ff.; Schwarze, S. 21 ff., 282 f.; Zuleeg, S. 47 ff.; Everling, DVBl. 1983, S. 649.

<sup>415</sup> Siehe von Danwitz, S. 184 m. w. N.; Schwarze, S. 280 f. m. w. N.; Pache, DVBl. 1998, S. 380 (384).

Beurteilungs- oder Gestaltungsfreiheit der Gemeinschaftsorgane und der Organe der Mitgliedstaaten zu verwenden, weil sich insoweit keine inhaltlichen Unterschiede zwischen den beiden Begriffsbildungen ausmachen lassen.

## 2. Die Anerkennung von Ermessensspielräumen im Europäischen Gemeinschaftsrecht

### a) Allgemeines

Im deutschen Verwaltungsrecht bedarf die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums der Verwaltung einer entsprechenden Regelung im Gesetz, der zumindest durch Auslegung die Entscheidung des Gesetzgebers entnommen werden muss, dass der Verwaltung die Ermächtigung zustehen soll, über das Vorliegen der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen eines unbestimmten Rechtsbegriffs abschließend zu befinden (sog. normative Ermächtigungslehre).<sup>416</sup> In deutlicher Parallelität zur deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik bewegt sich die Rechtsprechung des EuGH, die sich bei der Zuerkennung administrativer Entscheidungsspielräume an die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten an der konkreten Normstruktur ausrichtet, so dass auch auf europäischer Ebene ein gemeinschaftsrechtlicher Ermessensspielraum nur dort Anerkennung erfährt, wo den Normen des Gemeinschaftsrechts ein diesbezüglicher Anhaltspunkt entnommen werden kann.<sup>417</sup>

### aa) Ermessen wegen des politisch-prognostischen Charakters einer Entscheidung

Art. 220 EG begrenzt die Aufgabe des EuGH in unmissverständlicher Weise auf den Bereich der Wahrung des Rechts. Erweist sich allein die Wahrung des Rechts der „Fürsorge“ des EuGH anvertraut, entzieht sich folglich der richterlichen Kompetenz

<sup>416</sup> Siehe BVerfGE 61, S. 82 (111, 114 f.); BVerfGE 59, S. 213 (215 f.); BVerfG, NJW 1991, S. 442 (443); BVerfG, NVwZ 1991, S. 568 (569); BVerfG, DVBl. 1994, S. 784 (785); BVerfG, DVBl. 1996, S. 811 (812); ferner Maurer, § 7 Rn. 33; Ossenbühl, in: Erichsen, § 10 Rn. 33; Wolff/Bachof/Stober, § 31 Rn. 4; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Rn. 184 f. m. w. N.; Wahl, NVwZ 1991, S. 409 (410 ff.); Herzog, NJW 1992, S. 2601 (2604); Redeker, NVwZ 1992, S. 305 (307); Rozek, NVwZ 1992, S. 343 (344); Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 617 (621 ff.); Schulze-Fielitz, JZ 1993, S. 772 (774); C. Hofmann, NVwZ 1995, S. 740 (741 ff.); Pieroth/Kemm, JuS 1995, S. 780 (781); kritisch Koenig, VerwArch 83 (1992), S. 351 (366 ff.).

<sup>417</sup> Dazu Adam, S. 236 f.; Herdegen/Richter, in: Frowein, S. 209 (245); Schwarze, S. 283; zurückhaltend von Danwitz, S. 185.

die letztverbindliche Entscheidung rechtlich nicht geregelter Fragen, womit der gerichtlichen Überprüfung die politische Sinnhaftigkeit, die Opportunität oder die Billigkeit des in Frage stehenden und zu beurteilenden Handelns entgeht.<sup>418</sup> In stringenter Konsequenz dieser primärrechtlich verankerten Aufgabe obliegt dem EuGH die grundlegende Verpflichtung, der Beachtung der Grenzziehung zwischen Recht und Politik sorgfältige Aufmerksamkeit zuteil werden zu lassen. Mag auch die richterliche Aufdeckung der angesprochenen Trennungslinie zuweilen mit erheblichen Schwierigkeiten behaftet sein, dem EuGH ist es verwehrt, in politische Entscheidungsprozesse einzugreifen, weil sich die Zuständigkeit des EuGH auf den Bereich des Rechtlichen beschränkt, also auf Rechtsfragen.<sup>419</sup> Soll der zu beachtenden Grenze zwischen Recht und Politik von Seiten des EuGH konsequent Rechnung getragen werden, zieht dies zwangsläufig die richterliche Billigung von weiten Ermessensspielräumen bei der politischen Entscheidungsfindung durch die dafür zuständigen politischen Organe auf europäischer und nationaler Ebene nach sich, womit die richterliche Zurückhaltung gegenüber dem spezifisch politisch-prognostischen Charakter einer in Frage stehenden Entscheidung oder Bewertung zum Ausdruck gebracht wird.<sup>420</sup>

bb) Ermessen wegen besonderer sachverhaltlicher Komplexität wirtschaftlicher Art

(1) Art. 33 I 2 EGKSV als ausdrückliche primärrechtliche Statuierung eines Ermessensspielraums der Kommission

Das primäre Gemeinschaftsrecht statuiert mit Art. 33 I 2 EGKSV<sup>421</sup> in eindeutiger Form einen Ermessensspielraum der Kommission, wie aus der ausdrücklichen Beschränkung der gerichtlichen Prüfungskompetenz zu schließen ist:

„Die Nachprüfung durch den Gerichtshof darf sich jedoch nicht auf die Würdigung der aus den wirtschaftlichen Tatsachen oder Umständen sich ergebenden Gesamtlage

<sup>418</sup> Siehe Geiger, Art. 220 Rn. 1 f.; Bleckmann, Europarecht, Rn. 865; Rausch, S. 169 f.; Schockweiler, EuR 1990, S. 191 (195 f.); Classen, NJW 1995, S. 2457 (2460); Pache, DVBl. 1998, S. 380 (384).

<sup>419</sup> Dazu Bleckmann, Europarecht, Rn. 865 f., mit Lösungsansätzen im Hinblick auf die aufgeworfene Abgrenzungsfrage zwischen Recht und Politik.

<sup>420</sup> Nähere Darstellung der einschlägigen Rspr. des EuGH im Hinblick auf die Anerkennung von Ermessensspielräumen wegen des politischen Charakters der zu treffenden Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane bei Schockweiler, EuR 1995, S. 191 (195 ff.); siehe zum Ganzen auch Adam, S. 212 f., 237 f.

<sup>421</sup> Ausführliche Darstellung der Vorgaben des Art. 33 I 2 EGKSV bei Rausch, S. 204 ff.

erstrecken, die zu den angefochtenen Entscheidungen oder Empfehlungen geführt hat, es sei denn, dass der Kommission der Vorwurf gemacht wird, sie habe ihr Ermessen missbraucht oder die Bestimmungen des Vertrages oder irgend einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm offensichtlich verkannt.“

Damit weist das primäre Gemeinschaftsrecht der Kommission die Letztverantwortung im Hinblick auf die Einschätzung der wirtschaftlichen Gesamtlage zu, die als prognostische Entscheidung wertenden Charakters gesamtwirtschaftlicher Art der richterlichen Kontrolle durch den EuGH entzogen sein soll.<sup>422</sup> Nicht verkannt werden darf indes, dass der Art. 33 I 2 EGKSV, der Wortlaut ist insoweit eindeutig, lediglich die zusammenfassende, aus bestimmten festgestellten Tatsachen und Umständen geschlussfolgerte Würdigung wirtschaftlicher Art der gerichtlichen Prüfungskompetenz des EuGH entzieht, keineswegs jedoch die Feststellung der ökonomischen Tatsachen und Umstände selbst, die folglich der vollständigen Überprüfung durch den EuGH unterliegen.<sup>423</sup>

## (2) Art. 33 I 2 EGKSV als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens

Der dem Art. 33 I 2 EGKSV zugrunde liegende allgemeine Rechtsgedanke lässt sich auch auf den Geltungsbereich des EG-Vertrages übertragen, mit der Folge, dass nicht nur der Kommission im speziellen Fall des Art. 33 I 2 EGKSV, sondern generell allen Gemeinschaftsorganen bei der Beurteilung komplexer ökonomischer Sachverhalte ein weitreichender Einschätzungsspielraum zusteht.<sup>424</sup> Den Art. 33 I 2 EGKSV als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens verstehend, billigt der EuGH in ständiger Rechtsprechung den Gemeinschaftsorganen, also insbesondere der Kommission und dem Rat, einen der gerichtlichen Kontrolle nur eingeschränkt unterfallenden Beurteilungsspielraum zu, wenn sie zur Würdigung komplizierter wirtschaftlicher Gesamtlagen berufen sind. Mit unverkennbarer Kontinuität, wie die

<sup>422</sup> Näher Rausch, S. 204 ff., der die Notwendigkeit einer diagnostischen und prognostischen Gesamtschau komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte als Begründung für den in Art. 33 I 2 EGKSV niedergelegten Ermessensspielraum der Kommission anführt, ebd., S. 224; ferner Bleckmann, Europarecht, Rn. 863; Herdegen, Rn. 226; Pache, DVBl. 1998, S. 380 (385).

<sup>423</sup> St. Rspr. seit EuGH, Rs. 6/54 (Niederlande/Hohe Behörde), Slg. I, S. 213 (235 ff.); ferner Baumann, S. 26; von Danwitz, S. 183 f.; Herdegen/Richter, in: Frowein, S. 209 (218); Rupprecht, S. 29.

<sup>424</sup> Heute h. M.; ausführlich zum Meinungsstand Rausch, S. 225 ff. m. w. N.; ferner Adam, S. 155; Bleckmann, Europarecht, Rn. 863; Herdegen, Rn. 226; Krück, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 173 Rn. 107; Haibach, NVwZ 1998, S. 456 (461); Pache, DVBl. 1998, S. 380 (385); ablehnend Baumann, S. 123 m. w. N.; Kirschner, S. 6.

regelmäßig wiederkehrenden Formulierungen belegen, vertritt der EuGH den rechtlichen Standpunkt, dass die gerichtliche Kontrolle einschränkend nur dahingehend erfolgen könne zu überprüfen, ob den Gemeinschaftsorganen ein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch unterlaufen ist oder ob sie die Grenzen ihres Ermessensspielraums offensichtlich überschritten haben.<sup>425</sup> Dabei bezieht sich der in der Rechtsprechung des EuGH anerkannte Einschätzungsspielraum der Gemeinschaftsorgane bei der Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, was die Hauptanwendungsfelder anbelangt, vor allem auf die umfassenden Sachmaterien des Agrarrechts, des Wettbewerbsrechts sowie des Außenwirtschaftsrechts (insb. Subventionsrecht und Antidumpingrecht), zeugen doch alle aufgeführten Sachgebiete von hoher Komplexität, nicht nur was die rechtliche Problematik betrifft, sondern auch die Grundlagen tatsächlicher Art, die zu würdigen den dazu berufenen Gemeinschaftsorganen als höchst diffizile Aufgabe auferlegt ist.<sup>426</sup>

cc) Die Begründung von Ermessensspielräumen anhand sonstiger sachgebietsspezifischer Kriterien

Abseits der oben dargestellten Anerkennung von administrativen Letztentscheidungsspielräumen in der Rechtsprechung des EuGH, abgeleitet aus dem politisch-prognostischen Charakter einer Entscheidung oder der besonderen sachverhaltlichen Komplexität wirtschaftlicher Art, billigt der Gerichtshof den Gemeinschaftsorganen unter Heranziehung weiterer Kriterien zusätzliche Handlungsspielräume zu, wobei es indes zu beachten gilt, dass die einzelnen Kriterien vom EuGH in den verschiedenen Sachbereichen des Gemeinschaftsrechts in höchst unterschiedlichem Maße zur Begründung von Letztentscheidungsermächtigungen der Gemeinschaftsorgane eingesetzt werden.

<sup>425</sup> Siehe etwa EuGH, Rs. 40/72 (Schröder/Deutschland), Slg. 1973, S. 125 (142); Rs. 74/74 (CNTA), Slg. 1975, S. 533 (547); Rs. 55/75 (Balkan-Import), Slg. 1976, S. 19 (30); Rs. 26/76 (Metro/Kommission), Slg. 1977, S. 1875 (1917); Rs. 136/77 (Racke), Slg. 1978, S. 1245 (1256); Rs. 167/88 (A.G.B.S.), Slg. 1989, S. 1653 (1685); Rs. C-156/87 (Gestetner Holdings), Slg. 1990, S. I-781 (843); ferner Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 220 Rn. 15; Krück, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 164 Rn. 60; Hailbronner, in: ders./Klein/Magiera/Müller-Graff, Art. 164 Rn. 14 f.; Herdegen, Rn. 226; Pache, DVBl. 1998, S. 380 (385).

<sup>426</sup> Ausführlich zu den verschiedenen Referenzgebieten Herdegen/Richter, in: Frowein, S. 209 (226 ff.) m. N. aus der Rspr. des EuGH; ferner Rausch, S. 235 ff.; Adam, S. 205 f., 237 f., mit dem Hinweis, dass die Judikatur des EuGH zur Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte gleichermaßen für den Bereich der technischen Komplexität gilt; siehe dazu etwa EuGH, Rs. 216/82 (Universität Hamburg/HZA), Slg. 1983, S. 2771 (2788 f.); Rs. 185/83 (Interfacultair), Slg. 1984, S. 3623 (3639 ff.).

Folglich bedarf es stets einer sachgebietspezifischen Differenzierung, was die Einräumung von Ermessensspielräumen anhand sonstiger, vom EuGH verwendeter Kriterien anbelangt, ziehen die sich in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht unterscheidenden Sachmaterien doch gleichermaßen eine unterschiedlich stark differierende richterliche Befürwortung administrativer Entscheidungsfreiheiten nach sich.<sup>427</sup> Erfahren damit auch die vom EuGH in Betracht gezogenen Begründungsansätze eine sachgebietsabhängige Abstufung, so finden doch die im folgenden genannten Kriterien im Hinblick auf die Anerkennung exekutivischer Entscheidungsspielräume in der Rechtsprechung des EuGH eine mehr oder weniger regelmäßig wiederkehrende Verwendung:<sup>428</sup> 1. die einzelnormativ festgelegte eindeutige Kompetenz- bzw. Zuständigkeitszuweisung zugunsten der Exekutive;<sup>429</sup> 2. die exekutivischen Entscheidungen bei geringer normativer Regelungsdichte;<sup>430</sup> 3. die spezifische Sachkunde bzw. der besondere Sachverstand der Verwaltung;<sup>431</sup> 4. der prognostische Charakter einer Administrativentscheidung;<sup>432</sup> 5. die

---

<sup>427</sup> Adam, S. 197; von Danwitz, S. 185; Pache, DVBl. 1998, S. 380 (385).

<sup>428</sup> Eingehend zu den sachgebietspezifischen Unterschieden und Gemeinsamkeiten bei den Kriterien für die Begründung administrativer Letztentscheidungsspielräume Adam, S. 199 ff., mit Zusammenfassung auf S. 236 ff.; ferner Nolte, S. 394 ff.

<sup>429</sup> Siehe z. B. für den Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts die ausschließliche Kompetenz der Kommission gem. Art. 9 I VO Nr. 17, auf der Grundlage des Art. 81 III EG die Bestimmungen des Art. 81 I EG für nicht anwendbar zu erklären; dazu EuGH, Rs. 31/80 (L`Oréal), Slg. 1980, S. 3775 (3790); näher Adam, S. 201, mit Vergleich zum deutschen Kartellrecht; ferner Pache, DVBl. 1998, S. 380 (385).

<sup>430</sup> Die Rspr. des EuGH zeichnet sich durch die Tendenz aus, in Sachbereichen geringer normativer Regelungsdichte administrative Kognitionsprivilegien anzuerkennen, wobei sich ein Proportionalitätsverhältnis dahingehend feststellen lässt, dass die Neigung des EuGH zur Einräumung von Ermessensspielräumen der Verwaltung um so größer erscheint, je niedriger die normative Dichte ist. Bei den Hauptanwendungsfeldern für das Kriterium der normativen Dichte handelt es sich um die Bereiche des Antidumping- und Antisubventionsrechts; näher Adam, S. 202 f.; ferner Pache, DVBl. 1998, S. 380 (385).

<sup>431</sup> Dieser Topos findet keinen ausdrücklichen Niederschlag in der Rspr. des EuGH, gleichwohl wird er in einigen Urteilen angedeutet, so dass ihm eine gewisse Bedeutung für Anerkennung administrativer Gestaltungsspielräume nicht abgesprochen werden kann; siehe EuGH, Rs. 187/87 (Cattenom), Slg. 1988, S. 5013 (5038 ff.); Rs. 216/82 (Universität Hamburg/HZA), Slg. 1983, S. 2788 f.; ferner Adam, S. 210 f.; Daig, Rn. 214; von Danwitz, S. 185; Schwarze, S. 283 f.; ders., NVwZ 1996, S. 22 (26), mit zusätzlichem Blick auf die Bedeutung des Kriteriums der größeren Sachnähe und -kunde in Frankreich; Pache, DVBl. 1998, S. 380 (385); für den Bereich des Wettbewerbsrechts Everling, WuW 1989, S. 877 (887).

<sup>432</sup> Das prognostische Element einer Administrativentscheidung kann schwerlich vollständig isoliert von den anderen bereits genannten Kriterien betrachtet werden, weil es mit diesen in einem mehr oder weniger ausgeprägten inneren Zusammenhang steht. Besonders offenkundig ist dies bei politischen, in ihrer Prognose unsicheren Entscheidungen, aber auch im Fall der sachverhaltlichen Komplexität wirtschaftlicher Art; siehe Adam, S. 214 f. m. w. N.

höchstpersönlichen wertenden Entscheidungen der Exekutive,<sup>433</sup> 6. die Problematik der Überprüfbarkeit exekutivischer Entscheidungen.<sup>434 435</sup>

## b) Grundfreiheitliche Schutzpflichten der Mitgliedstaaten

Im Vordergrund der folgenden Ausführungen steht nun die eigentlich interessierende Frage, ob den Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten ein Ermessensspielraum zusteht. Die zur Entstehung gebrachte staatliche Schutzpflicht erweist sich in ihrer Zielrichtung als eindeutig determiniert; es geht um den mitgliedstaatlichen Schutz der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages vor Beeinträchtigungen durch Privatpersonen. Der in Anspruch genommene Mitgliedstaat kann der zugunsten der Grundfreiheiten wirkenden Schutz Aufgabe in unterschiedlicher Art und Weise Rechnung tragen. Zur Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflicht kommen nämlich stets mehrere staatliche Handlungsmöglichkeiten in Betracht, nur höchst selten wird sich die Pflichterfüllung auf eine ganz bestimmte Handlungsmodalität verdichten. Die konkrete Ausgestaltung der eingeforderten staatlichen Schutzmaßnahmen steht damit nicht mit vergleichbarer Eindeutigkeit fest, wie dies für die klare Zielvorgabe der staatlichen Schutzgewährung zu verzeichnen ist. Haftet dem staatlichen Schutzprogramm damit ein beachtliches Maß an Unbestimmtheit an, so erscheint die naheliegende Frage als von vornherein keineswegs zweifelsfrei geklärt, ob es rechtlich zwingend ist, die diagnostizierte Unbestimmtheit durch die Einräumung eines mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums zu akzeptieren. Es könnte nämlich durchaus als rechtlich zulässig angesehen werden, die angesprochene Unbestimmtheit durch detaillierte Vorgaben zu kanalisieren, also im Ergebnis einen Ermessensspielraum zu

<sup>433</sup> Mit dem höchstpersönlichen Charakter administrativer Entscheidungen wird der Sachbereich des Dienstrechts angesprochen, auf den die Rspr. des EuGH den Topos bisher beschränkt hat; näher Adam, S. 209; Pache, DVBl. 1998, S. 380 (385).

<sup>434</sup> Die Problematik der Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen bringt die Tatsache zum Ausdruck, dass es exekutive Entscheidungen geben kann, die sich einer gerichtlichen Nachprüfung weitgehend entziehen, weil eigene Feststellungen des Gerichts an tatsächlichen Grenzen scheitern. Die damit angesprochene Schwierigkeit eigener Feststellung und Kontrolle durch den EuGH findet ihren Hauptanwendungsbereich im Dienstrecht sowie im Antidumping- und Antisubventionsrecht. Auch im Bereich der anderen bereits dargestellten Kriterien taucht das Problem der gerichtlichen Nachprüfung von administrativen Entscheidungen auf, man denke insoweit nur an die politischen, in ihrer Prognose unsicheren Entscheidungen; siehe Adam, S. 207 f., der das Kriterium der Problematik der Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen aus dem zuletzt genannten Grunde als Querschnittsaspekt bezeichnet.

<sup>435</sup> Weitere Kriterien und Fallgruppen bei Adam, wie die normative Ausgestaltung, ebd., S. 199 ff.; der Grundsatz der Chancengleichheit, ebd., S. 205; die Bedeutung eines Rechtsgebietes für die Rechts- bzw. Wirtschaftsordnung, ebd., S. 215.

verneinen. Damit tritt die hier interessierende Problematik deutlich in Erscheinung, ob nämlich den betreffenden Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten ein Gestaltungsspielraum dahingehend zugestanden werden soll, selbst zu bestimmen, wie sie der von privater Seite ausgehenden Beeinträchtigung der Grundfreiheiten konkret begegnen wollen, womit im Ergebnis konsequenterweise eine entsprechende Bindung der Mitgliedstaaten negiert wird, oder ob man die Mitgliedstaaten durch detaillierte und somit letztlich eindeutig nachprüfbar Vorgaben hinsichtlich der Ausführung des Schutzprogramms bindet und damit einer umfassenden Entscheidungsfreiheit beraubt, was insbesondere im Bereich von behüteten nationalstaatlichen Kompetenzen nicht ohne Besorgnis registriert werden dürfte, begründen doch weitreichende, detaillierte Vorgaben offenkundige Gefahren im Sinne eines Einbruchs in das bestehende Kompetenzgefüge.

aa) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997

Der EuGH entschied sich im Urteil vom 9. 12. 1997 zugunsten der zuerst genannten Alternative einer weit gefassten mitgliedstaatlichen Entscheidungsfreiheit:

„Dabei steht es sicherlich im Ermessen der Mitgliedstaaten, die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung allein zuständig bleiben, zu entscheiden, welche Maßnahmen in einer bestimmten Situation am geeignetsten sind, um Beeinträchtigungen der Einfuhr zu beseitigen.“<sup>436</sup>

---

<sup>436</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 33). Die Wortwahl des EuGH von den „geeignetsten“ Schutzmaßnahmen, also „geeignet“ im Superlativ, könnte darauf hindeuten, dass sich der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten dem EuGH zufolge nur auf die optimale Form des Schutzes bezieht, dass also das mitgliedstaatliche Auswahlmessen auf die „geeignetsten“ Schutzmittel reduziert ist; so Meurer, EWS 1998, S. 196 (200); Meier, EuZW 1998, S. 87, der den mitgliedstaatlichen Ermessensspielraum erheblich eingeschränkt sieht, weil, so seine Interpretation des EuGH-Urteils französische Agrarblockaden, „Leib und Leben von Straftätern und Störern der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht das höchste aller Rechtsgüter sind“, „notfalls Exempel statuiert werden (müssen)“, „gegen Täter, die den freien Warenverkehr ernsthaft und nachhaltig bedrohen, der Einsatz bewaffneter Gewalt eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht (ist), wenn es nicht andere geeignetere Mittel gibt.“ (dazu kritisch Schärf, EuZW 1998, S. 617 f.); unsicher Lindner, BayVBl. 1999, S. 337 (339 Fn. 16). Siehe auch den sechsten Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7. 12. 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 8: „Die Mitgliedstaaten verfügen über die ausschließliche Zuständigkeit ... für die Entscheidung, ob, wann und welche Maßnahmen erforderlich und der Situation angemessen sind, um in einer gegebenen Lage den freien Warenverkehr in ihrem Gebiet zu erleichtern.“

„Es ist daher nicht Sache der Gemeinschaftsorgane, sich an die Stelle der Mitgliedstaaten zu setzen und ihnen vorzuschreiben, welche Maßnahmen sie erlassen und tatsächlich anwenden müssen, um den freien Warenverkehr in ihrem Gebiet zu gewährleisten.“<sup>437</sup>

bb) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden

Ebenso wie der EuGH in seinem Urteil vom 9. 12. 1997 plädierte auch Generalanwalt Lenz zuvor in seinen Schlussanträgen zur gleichen Rechtssache zugunsten eines weiten mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums bei der konkreten Umsetzung des verpflichtenden Schutzgebots:

„ ... weder (die Kommission) noch ein anderes Organ der Gemeinschaft (können) einem Mitgliedstaat vorschreiben, welche Maßnahmen er in concreto anzuwenden habe, um die Warenverkehrsfreiheit zu schützen. Diese Entscheidung obliegt allein dem betroffenen Mitgliedstaat selbst.“<sup>438</sup>

Mit Bezug auf die unstrittige Kompetenz der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führte Generalanwalt Lenz dann noch zusätzlich aus:

„ ... der Gerichtshof dürfe den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht dadurch beeinträchtigen, dass er seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen des betroffenen Mitgliedstaates setze.“<sup>439</sup>

Spricht sich Generalanwalt Lenz damit offenkundig zugunsten eines von Vorgaben freigestellten Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten bei der Frage der Auswahl der konkreten Schutzmaßnahmen aus, gerät er im Rahmen seines weiteren

<sup>437</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 34).

<sup>438</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6980 Rn. 48); ebenso GA Lenz, ebd., S. I-6981 Rn. 49: „Es ist Sache des jeweiligen Mitgliedstaats, zu entscheiden, welche Mittel er einsetzt, um Gefahren von der Freiheit des Warenverkehrs abzuhalten, die aus den Handlungen von Privatpersonen folgen.“

<sup>439</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6980 f. Rn. 48).

Vortrages in ebenso eindeutigen Widerspruch mit seiner eigenen Grundposition, wenn er die denkbare Handlungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten, sich ausschließlich auf den Bereich der wirksamen Strafverfolgung unter Ausschluss von Präventivmaßnahmen festzulegen, als rechtlich ungenügend qualifiziert. Die Schutzpflicht erfüllen zu wollen, indem man die privaten Übergriffe auf das zu schützende Rechtsgut geschehen lässt und sich als Kompensation auf im nachhinein einsetzende repressive Maßnahmen verlegt, würde den EG-vertraglich niedergelegten besonderen Stellenwert der Grundfreiheiten missachten:

„Meines Erachtens würde es nicht genügen, wenn ein Mitgliedstaat entsprechende Ausschreitungen zuließe, ohne einzugreifen, und sich nur auf strafverfolgende Maßnahmen beschränkte. Eine solche Auslegung würde der besonderen Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit (und der anderen Grundfreiheiten) nicht gerecht werden.“<sup>440</sup>

Die eingenommene Positionierung von Generalanwalt Lenz steht dabei in deutlichem Kontrast zum rechtlichen Standpunkt der Kommission, die den betroffenen Mitgliedstaaten die Berechtigung zubilligte, sollten sich vorbeugende Maßnahmen als zu umständlich darstellen, allein im Wege der Repression der ihnen auferlegten Schutzpflicht gerecht zu werden.<sup>441</sup> Der Einsatz von Strafverfolgungsmaßnahmen wird folglich unter dem Gesichtspunkt der Schutzeffektivität durchaus unterschiedlich beurteilt, wobei der Generalanwalt entgegen seinen ersten Äußerungen der Zurückhaltung letztlich doch durch einschneidende Vorgaben den grundsätzlich bestehenden Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten auf der Ebene der Erfüllung der Schutzpflicht eingeengt sehen will.

#### cc) Zusammenfassung

Zusammenfassend gilt es festzuhalten, dass die Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten über einen Ermessensspielraum im Hinblick auf die Auswahl der in Frage kommenden Schutzmaßnahmen verfügen.

---

<sup>440</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6987 Rn. 69).

<sup>441</sup> Die Auffassung des Kommission wird widergegeben bei GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6987 Rn. 68).

Übereinstimmend sprechen sich sowohl der EuGH als auch Generalanwalt Lenz im Ergebnis für die mitgliedstaatliche Gestaltungsfreiheit bei der Umsetzung der Schutzaufgabe aus, mag auch Generalanwalt Lenz aufgrund der von ihm vertretenen Einschätzung, wonach sich der alleinige Einsatz des Strafrechts aus Gründen der Schutzeffektivität als rechtlich ungenügend erweist, konsequenterweise für entsprechende Vorgaben plädieren, die den geäußerten Bedenken Rechnung tragen, mit der Folge, dass der im Grundsatz bestehenden staatlichen Entscheidungsfreiheit rechtliche Schranken gesetzt werden.

Dabei beruht die Anerkennung dieses mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums bei der Erfüllung grundfreiheitlicher Schutzpflichten auf der unstreitigen Zuweisung der Aufgabe der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die durch die privaten Angriffe auf die Grundfreiheiten gestört wird, in den ausschließlichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten. Durch die privaten Übergriffe auf die Ausübung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten wird die öffentliche Sicherheit und Ordnung in den einzelnen Mitgliedstaaten in erheblichem Maße gestört. Dieser Störung der inneren Sicherheit und Ordnung gilt es auf nationaler Ebene mit den präventiven Mitteln des Polizeirechts und den repressiven Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten. Wie bereits näher dargelegt, fällt die Aufrechterhaltung der durch die privaten Ausschreitungen beeinträchtigten öffentlichen Sicherheit und Ordnung aber in den ausschließlichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten, weil im EG-Vertrag insoweit eine entsprechende ausdrückliche Kompetenzzuweisung zugunsten der Gemeinschaft nicht normiert ist, so dass der Gemeinschaft also nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung die erforderliche Verbandskompetenz fehlt. Sowohl der EuGH in seinen Urteil vom 9. 12. 1997 als auch Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen zur gleichen Rechtssache betonen den inneren Zusammenhang zwischen der Zuweisung der Aufgabe der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in den ausschließlichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten einerseits und der Anerkennung eines mitgliedstaatlichen Ermessens bei der Erfüllung grundfreiheitlicher Schutzpflichten andererseits, wie ihre Ausführungen deutlich belegen:

„Dabei steht es sicherlich im Ermessen der Mitgliedstaaten, *die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung allein zuständig bleiben,*

zu entscheiden, welche Maßnahmen in einer bestimmten Situation am geeignetsten sind, um Beeinträchtigungen der Einfuhr zu beseitigen.“<sup>442</sup>

„Ich stimme der Kommission darin zu, dass weder sie noch ein anderes Organ der Gemeinschaft einem Mitgliedstaat vorschreiben können, *welche* Maßnahmen er in concreto anzuwenden habe, um die Warenverkehrsfreiheit zu schützen.“<sup>444</sup> ...  
Insoweit ist auch ... die Ansicht völlig berechtigt, der Gerichtshof dürfe den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten *auf dem Gebiet der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung* nicht dadurch beeinträchtigen, dass er seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen des betroffenen Mitgliedstaates setze.“<sup>445</sup>

Die richterliche Anerkennung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums bei der Erfüllung grundfreiheitlicher Schutzpflichten wegen der alleinigen Kompetenz der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der durch die privaten Unruhen beeinträchtigten öffentlichen Sicherheit und Ordnung fördert zugleich eine Verbindungslinie zu den bereits dargestellten Fallgruppen zutage, in denen administrative (und legislative) Ermessensspielräume der Gemeinschaftsorgane und der Organe der Mitgliedstaaten vom EuGH anerkannt wurden, nämlich konkret zur Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der Begründung von administrativen Entscheidungsspielräumen der Gemeinschaftsorgane mit Hilfe des sachgebietsspezifischen Kriteriums der einzelnormativ festgelegten eindeutigen Kompetenzzuweisung. Wenngleich das Gemeinschaftsrecht den hier interessierenden speziellen Bereich der Aufrechterhaltung der durch die privaten Angriffe auf die Grundfreiheiten gestörten öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht

---

<sup>442</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 33); Hervorhebung durch den Verf. Siehe bezüglich des angesprochenen inneren Zusammenhangs auch den sechsten Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates v. 7. 12. 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 8: „Die Mitgliedstaaten verfügen über die ausschließliche Zuständigkeit für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und die Gewährleistung der inneren Sicherheit sowie für die Entscheidung, ob, wann und welche Maßnahmen erforderlich und der Situation angemessen sind, um in einer gegebenen Lage den freien Warenverkehr in ihrem Gebiet zu erleichtern.“

<sup>443</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 33); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>444</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6980 Rn. 48); Hervorhebung im Original.

<sup>445</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6980 f. Rn. 48); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>446</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6980 f. Rn. 48); Hervorhebung durch den Verf.

ausdrücklich dem Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten zugewiesen hat,<sup>447</sup> so geht es in beiden Fällen doch vom allgemeinen Rechtsgedanken her um die Anerkennung von Ermessensspielräumen wegen eindeutiger Kompetenzen der handelnden Organe (der Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft) für ganz bestimmte Aufgabengebiete.

Im folgenden soll nun eine weitere Verbindungslinie aufgezeigt werden, nämlich die Verbindung zur deutschen Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates. Dabei wird sich zeigen, dass die im Zusammenhang mit der Problematik der Erfüllung grundfreiheitlicher Schutzpflichten stehende Frage nach einem Ermessensspielraum im deutschen Verfassungsrecht eine vergleichbare Beantwortung erfahren hat, so dass insoweit eine unverkennbare Parallelität zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht in Erscheinung tritt.

dd) Der Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum bei den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates im deutschen Verfassungsrecht

Der ein wenig lang erscheinende Begriff des Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums gehört zum festen Bestandteil der deutschen Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten. Dogmatisch wird der Terminus auf der Ebene der Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflichten angesiedelt, also bei der Umsetzung des aus den Grundrechten abgeleiteten staatlichen Schutzauftrags<sup>448</sup> zugunsten des von privater Seite gefährdeten Rechtsguts. Wie der Staat seine Schutzpflicht erfüllt, ist regelmäßig eine höchst komplexe Frage, die verschiedensten Lösungen kommen insoweit in Betracht. Da eindeutige verfassungsrechtliche Vorgaben im Hinblick auf

---

<sup>447</sup> Siehe aber die ausdrücklichen primärrechtlichen Normierungen der mitgliedstaatlichen Kompetenz für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für den Bereich Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr (Titel IV.) in Art. 64 I EG: „Dieser Titel berührt nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.“ sowie für den Bereich Bestimmungen über die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Titel VI.) in dem wortlautgleichen Art. 33 EU. Siehe auch den sechsten Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates v. 7. 12. 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABIEG Nr. L 337 v. 12. 12. 1998, S. 8: „Die Mitgliedstaaten verfügen über die ausschließliche Zuständigkeit für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und die Gewährleistung der inneren Sicherheit.“

<sup>448</sup> Umstritten ist, ob man den Begriff der Direktive dem des Auftrags vorziehen sollte; in der Sache findet sich die Differenzierung z. B. bei Lerche, AöR 90 (1965), S. 341 ff.; Badura, Der Staat 14 (1975), S. 17 (34).

die Wahrnehmung staatlicher Schutzpflichten nicht bestehen, ist die Frage von den staatlichen Organen grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden, wobei in Erinnerung zu rufen ist, dass aufgrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gliederung staatlicher Funktionen vorrangig der parlamentarische Gesetzgeber berufen ist, sich der Frage nach dem Wie des grundrechtlichen Schutzes zu widmen.<sup>449</sup> Wird der Weg der Schutzgewährung damit in der Regel den behutsamen Händen des Staates anvertraut, dann offenbart sich, dass den staatlichen Instanzen ein weites Ermessen dahingehend zusteht, festzulegen, wie sie einer diagnostizierten Gefahr für das schutzfähige Rechtsgut entgentreten, so dass zwar das „Ob“, nicht hingegen das „Wie“ als grundrechtsgeboten qualifiziert werden kann.<sup>450</sup> Den aus den Grundrechten abgeleiteten Handlungspflichten haftet somit der Charakter von Prinzipien, Optimierungs-(nicht: Maximierungs-)geboten an, deren Merkmal es ist, dass sie dem jeweiligen Adressat zwar ein Ziel, nämlich den Schutz als Ziel, regelmäßig aber nicht die Wege vorschreiben, auf denen es anzusteuern ist.<sup>451</sup>

Bemüht man sich die vorangehenden Ausführungen auf eine zusammenfassende Formel zurückzuführen, gelangt man unweigerlich zum hier interessierenden Terminus, wonach der Staat bei der Umsetzung der grundrechtlichen Schutzpflicht, mit den Worten des BVerfG gesprochen, über einen weiten „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums“ verfügt, der zudem den nötigen Raum belässt, etwa widerstreitende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen.<sup>452</sup> Das staatliche Handlungsprogramm reicht damit von der

---

<sup>449</sup> Dreier, in: ders., vor Art. 1 Rn. 64; ders., Jura 1994, S. 505 (513); Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 30; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 164; H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (495); Steinberg, NJW 1996, S. 1985 (1988); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (89); Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1037 f.); siehe zur Gesetzesmediatisierung der Schutzpflicht oben 4. Teil C. I.

<sup>450</sup> Siehe E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1637 f.); Fluck, UPR 1990, S. 81 (83); Wahl/Masing, JZ 1990, S. 553 (558 f.); Dreier, Jura 1994, S. 505 (513); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (495); Pietrzak, JuS 1994, S. 748 (752); Steinberg, NJW 1996, S. 1985 (1988); Faber, DVBl. 1998, S. 745 (752); Groß, JZ 1999, S. 326 (331); Brüning, JuS 2000, S. 955 (957); Bleckmann, Grundrechte, Rn. 218; Dietlein, S. 111, 180 f.; Hermes, S. 261; Hesse, Rn. 350; ders., in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (545); ders., in: Benda/Maihofer/Vogel, § 5 Rn. 51; Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 151 f., 162; ders., Grundrecht auf Sicherheit, S. 53; Pieroth/Schlink, Rn. 91; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 737; Dreier, in: ders., vor Art. 1 Rn. 64; kritisch Sachs, A 4 Rn. 32.

<sup>451</sup> Alexy, S. 75 f., 420 f.; ebenso Lübke-Wolff, S. 26 f.; H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (495).

<sup>452</sup> BVerfGE 56, S. 54 (71, 80 ff.); 77, S. 170 (214 f.); 77, S. 381 (405); 79, S. 174 (202); 85, S. 191 (212); 88, S. 203 (262); BVerfG, NJW 1995, S. 2343; BVerfG, NJW 1996, S. 651; BVerfG, NJW 1997, S. 2509; BVerfG, NJW 1998, S. 2961 (2962); BVerfG, BayVBl. 1998, S. 274; BVerfG, NVwZ 2000, S. 309 (310); zumindest verbale Betonung ebenfalls in BVerfGE 39, S. 1 (44); ferner Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 950; kritisch zur Auffassung des BVerfG, dass auch der Exekutive beim Vollzug der

Einschätzung bestehender Gefahren über die Abwägung konkurrierender Belange bis hin zur Gestaltung von Schutzvorkehrungen.<sup>453</sup> Als problematisch erweist sich dabei die nähere Konkretisierung dieser beträchtlichen staatlichen Entscheidungsfreiheit, die unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung sowie der überaus zurückhaltenden Literatur dahingehend erfolgen kann, dass die folgenden Faktoren bei der Bestimmung des Beurteilungsspielraums an entscheidender Bedeutung gewinnen: die Eigenart des jeweils in Rede stehenden Sachbereichs; die Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden - zumal über zukünftige Entwicklungen wie die Auswirkungen einer Norm; die Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter.<sup>454</sup> Die Schutzpflicht kann sich in Anbetracht des eben beschriebenen weit gehaltenen Beurteilungsspielraum des Staates nur in extremen Ausnahmefällen auf die Vornahme einer konkreten Maßnahme verdichten.<sup>455</sup>

Dabei sollte indes die offen zutage geförderte verbale Zurückhaltung des höchsten deutschen Gerichts, wie sie aus der ausdrücklichen und regelmäßig wiederkehrenden Betonung des weiten Gestaltungsspielraums der zuständigen Staatsorgane zu erschließen sein mag, nicht darüber hinweg täuschen, dass das BVerfG das eigens formulierte und von ihm vertretene allgemeine Postulat legislativer und exekutivischer Entscheidungsfreiheit in der Vergangenheit keineswegs durchgängig stringent gehandhabt hat, mit der Folge, dass die einschlägige Rechtsprechung des BVerfG eindrucksvolle Beispiele aufzuweisen vermag, die von mangelndem richterlichem Respekt gegenüber den politisch und administrativ agierenden Instanzen zeugen.<sup>456</sup>

---

grundrechtlichen Schutzpflichten ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer weiter Entscheidungsspielraum zusteht, Dirnberger, DVBl. 1992, S. 879 (880 ff.).

<sup>453</sup> Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 162; ferner Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038); Brüning, JuS 2000, S. 955 (958).

<sup>454</sup> BVerfGE 50, S. 290 (323 f.); 77, S. 170 (215); 88, S. 203 (262); ferner H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (495); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (89); Brüning, JuS 2000, S. 955 (957); Hesse, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (555); Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 162; Pieroth/Schlink, Rn. 91; Starck, S. 79 f.

<sup>455</sup> BVerfGE 39, S. 1 (44 ff.); 56, S. 54 (70 f.); 77, S. 170 (215); BVerfG, NJW 1983, S. 2931; BVerfG, EuGRZ 1987, S. 353 f.; BVerfG, NJW 1998, S. 3264 (3265); BVerwG, NVwZ 1989, S. 1163 (1165); Wahl/Masing, JZ 1990, S. 553 (559); Dreier, Jura 1994, S. 505 (513); Pietrzak, JuS 1994, S. 748 (752); Groß, JZ 1999, S. 326 (331); Michael, JuS 2001, S. 148 (151); ders., JuS 2001, S. 764 (766); Bleckmann, Grundrechte, Rn. 219; Hermes, S. 265; Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 40; Manssen, Grundrechte, Rn. 41; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 738, 951, 994; Sachs, in: ders., vor Art. 1 Rn. 35; ferner Gallwas, Rn. 394 ff., insb. Rn. 399.

<sup>456</sup> Überblick über die Rspr. des BVerfG bei Hesse, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (547 ff.).

Als diesbezüglich eindrucksvoller Beleg mögen die beiden Abtreibungsurteile des BVerfG aus den Jahren 1975 und 1993 beispielhaft dienen. Bereits das erste Urteil des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch vom 25. 2. 1975,<sup>457</sup> in welchem die so genannte Fristenlösung des Schwangerschaftsabbruchs für verfassungswidrig erklärt wurde, zeichnete sich durch eine mangelnde Zurückhaltung gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber aus und ließ damit Gefahren für den Grundsatz der Gewaltenteilung offenkundig werden, mündete es doch in die verfassungsrechtlich vorgegebene Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass von Strafnormen, womit das Gericht in deutlichem Widerspruch zu seiner hinlänglich bekannten und regelmäßig wiederholten Formel vom weiten legislativen „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“ seine eigene Prognose über die Wirksamkeit bestimmter Maßnahmen zum Schutz gefährdeter Grundrechte an die Stelle derjenigen des demokratischen Gesetzgebers setzte.<sup>458</sup> Auch das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG vom 28. 5. 1993<sup>459</sup> gab weitgehend jede richterliche Selbstbeschränkung gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber auf, indem das BVerfG dem zur Neuregelung verpflichteten Gesetzgeber außerordentlich weitreichende, auf Detail bedachte Vorgaben für eine Regelung der Strafbarkeit auferlegte.<sup>460</sup>

### III. Die eingeschränkte gerichtliche Kontrolle des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten

#### 1. Allgemeines

---

<sup>457</sup> BVerfGE 39, S. 1 ff.

<sup>458</sup> BVerfGE 39, S. 1 (46 ff.); dagegen das Sondervotum der Richter Simon und Rupp-v. Brünneck, BVerfGE 39, S. 1 (68 ff., 73 ff.); kritisch Hesse, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (548); Unruh, S. 80 f.; siehe auch Denninger, in: AK-GG, vor Art. 1 Rn. 33 f., der das vom BVerfG erzielte Ergebnis als zwangsläufige Konsequenz der Werteordnungslehre versteht (BVerfGE 39, S. 1 (42): das individuelle Leben als „ein Höchstwert“); kritisch gegenüber einer solchen Orientierung an einer Wertigkeitsskala der Grundrechte E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1638 Fn. 58), der demgegenüber das Kriterium der Wiedergutmachungsfähigkeit von Grundrechtsverletzungen favorisiert.

<sup>459</sup> BVerfGE 88, S. 203 ff.

<sup>460</sup> BVerfGE 88, S. 203 (255 ff., 305); kritisch zu den detaillierten Anforderungen an den Gesetzgeber, welche die legislativen Gestaltungsspielräume verkennen, die dissentierenden Richter Mahrenholz und Sommer, BVerfGE 88, S. 203 (338 ff., 355): „Überdehnung der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht“; kritisch ferner Hermes/Walther, NJW 1993, S. 2337 ff.; Dreier, Jura 1994, S. 505 (513); Steinberg, NJW 1996, S. 1985 (1988); Hesse, Rn. 350 Fn. 8; ders., in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (552); Sachs, A 4 Rn. 32.

Hat die dogmatische Kategorie des Ermessens im Gemeinschaftsrecht, wie ausführlich dargelegt, umfangreiche und vielfältige Anerkennung erfahren, zieht dies eine wichtige prozessuale Konsequenz nach sich. Ermessensentscheidungen unterliegen zwangsläufig, weil rechtslogisch, einer nur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung, würde man doch andernfalls den inhaltlichen Bedeutungsgehalt des Ermessens eklatant verkennen.<sup>461</sup> Die begrenzte gerichtliche Kontrolle durch den EuGH darf folglich den Ermessensvorrang der privilegierten Instanzen unter keinen Umständen außer acht lassen, womit es sich insbesondere verbietet, die im Gemeinschaftsrecht bevorrechtigten Gestaltungsspielräume der Gemeinschaftsorgane und der Organe der Mitgliedstaaten dadurch zu beeinträchtigen, dass eigenes richterliches Ermessen ausgeübt und an die Stelle desjenigen der maßgeblichen Instanzen gesetzt wird. Die gerichtliche Kontrolle im Hinblick auf die Ausfüllung der im Gemeinschaftsrecht begründeten Handlungsspielräume erweist sich somit als nachhaltig zurückgedrängt, so dass sich die richterliche Aufmerksamkeit auf die Überprüfung von ganz bestimmten, in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten Ermessensfehlern beschränkt, welche die konkrete Ermessensentscheidung bei positivem Ergebnis der Nachprüfung als gemeinschaftsrechtswidrig ausweisen. Denn die gemeinschaftsrechtliche Einräumung von Ermessensspielräumen bedeutet keineswegs die gänzliche Freistellung von rechtlicher Überprüfung, sondern lediglich eine richterliche Zurücknahme der Kontrollbefugnis in dem Sinne, dass nur ganz bestimmte Ermessensfehler der richterlichen Überprüfung unterfallen. So zeichnet sich die gerichtliche Kontrolle der administrativen (und legislativen) Ermessensbetätigung der Gemeinschaftsorgane und der Organe der Mitgliedstaaten durch den EuGH im allgemeinen durch die Festlegung auf zwei grundlegende Kategorien von

---

<sup>461</sup> Einer uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterfallen aber auch bei Ermessensentscheidungen die zugrundeliegenden Tatsachen und die formelle Rechtmäßigkeit; st. Rspr. seit EuGH, Rs. 6/54 (Niederlande/Hohe Behörde), Slg. 1955, S. 213 (235 ff.); siehe Herdegen/Richter, in: Frowein, S. 209 (218) m. w. N.; Classen, NJW 1995, S. 2457 (2460); Pache, DVBl. 1998, S. 380 (385). Je größer der eingeräumte Ermessensspielraum ist, desto intensiver kontrolliert der EuGH die Zugrundelegung zutreffender Tatsachen und die strikte Wahrung der Verfahrensgarantien; dies stellt den notwendigen Ausgleich gegenüber der begrenzten gerichtlichen Überprüfung in der Sache dar; siehe nur EuGH, Rs. C-269/90 (TU München), Slg. 1991, S. I-5469 (5499): „Soweit jedoch die Organe der Gemeinschaft über einen solchen Beurteilungsspielraum verfügen, kommt eine um so größere Bedeutung der Beachtung der Garantien zu, die die Gemeinschaftsrechtsordnung in Verwaltungsverfahren gewährt. ... Nur so kann der Gerichtshof überprüfen, ob die für die Wahrnehmung des Beurteilungsspielraums maßgeblichen sachlichen und rechtlichen Umstände vorgelegen haben.“; ferner Classen, S. 169 ff. m. w. N.; von Danwitz, S. 186; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 37; Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, vor § 113 Rn. 34; Schwarze, in: ders./Schmidt-Aßmann, S. 203 (271); Schwarze, NVwZ 1996, S. 22 (26 f.).

Ermessensfehlern aus. Zum einen überprüft der EuGH die in Frage stehende Ermessensausübung im Hinblick auf den Ermessensfehler des Ermessensmissbrauchs,<sup>462</sup> zum anderen nimmt der EuGH eine Ermessenskontrolle anhand des Ermessensfehlers der offensichtlichen Überschreitung der Grenzen der Gestaltungsfreiheit vor. In der Rechtsprechungspraxis des EuGH kommt dem zuletzt genannten Ermessensfehler der offensichtlichen Ermessensüberschreitung die zentrale Bedeutung zu. Dabei gilt es aber zu beachten, dass sich die vom EuGH verwendete Terminologie, die auf den weiteren Ermessensfehler der eindeutigen Überschreitung der Ermessensgrenzen hindeutet, als wenig einheitlich erweist.<sup>463</sup>

#### a) Die offensichtliche Überschreitung der Grenzen des Ermessens

Der Ermessensfehler der offensichtlichen Ermessensüberschreitung macht es begriffsnotwendig erforderlich, die Grenzen des zugestandenen Ermessensspielraums zu bestimmen. Als zentrale Ermessensgrenzen fungieren dabei vor allem die vom EuGH in ständiger Rechtsprechung anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts. Die Begrenzung der administrativen Entscheidungsspielräume wird also vornehmlich über die

<sup>462</sup> Ein Ermessensmissbrauch im gemeinschaftsrechtlichen Sinne liegt nach der Rspr. des EuGH nur dann vor, wenn sich aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien feststellen lässt, dass die in Frage stehende Handlung zumindest vorwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken erlassen worden ist, wenn also mit den Mitteln des Gemeinschaftsrechts ein subjektiv rechtswidriges Ziel verfolgt wird; siehe EuGH, Rs. 2/54 (Italien/Hohe Behörde), Slg. 1954/55, S. 81 (111); Rs. 6/54 (Niederlande/Hohe Behörde), Slg. 1955, S. 213 (239); Rs. 2/57 (Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse), Slg. 1958, S. 131 (152 f.); ferner GA Roemer, Schlussanträge, EuGH, verb. Rs. 3 u. 4/64 (Chambre Syndicale de la Sidérurgie Française u. a./Hohe Behörde), Slg. 1965, S. 618 (621); siehe auch Geiger, Art. 230 Rn. 34; Borchardt, in: Lenz, Art. 230 Rn. 77 f.; Bleckmann, Europarecht, Rn. 870 ff.; Clever, S. 119 ff.; Herdegen/Richter, in: Frowein, S. 209 (219); Meister, S. 102 f.; Haibach, NVwZ 1998, S. 456 (461); Pache, DVBl. 1998, S. 380 (386). Die neuere Rspr. des EuGH löst sich nun von der subjektiven Intention des handelnden Organs und sieht den Ermessensmissbrauch bereits dann als gegeben an, wenn ein objektiv zweckwidriges Handeln vorliegt; siehe EuGH, verb. Rs. 351 u. 360/85 (Fabrique de Fer du Charleroi), Slg. 1987, S. 3639 (3674 f.); ausführlich zu den Objektivierungstendenzen in der Rspr. des EuGH Bleckmann, in: Festschrift für Kutscher, 1981, S. 25 (28 ff.); ders., Europarecht, Rn. 875; Herdegen/Richter, in: Frowein, S. 209 (219 f.); Rausch, S. 213; Pache, DVBl. 1998, S. 380 (386). Verfolgt das handelnde Gemeinschaftsorgan mehrere Ziele, die sich sowohl als gemeinschaftsrechtlich zulässig als auch als unzulässig darstellen, bedarf es der Ermittlung des Schwergewichts der Zweckverfolgung, welcher Zweck also im Vordergrund steht, wobei in der Regel die Vermutung nahe liegen wird, das handelnde Organ habe sich von der zulässigen Zielsetzung leiten lassen; siehe EuGH, Rs. 13/57 (Wirtschaftsvereinigung), Slg. 1958, S. 273 (312); ferner Bleckmann, Europarecht, Rn. 873 m. w. N.; Booß, in: Grabitz/Hilf, Art. 230 Rn. 127. Der Ermessensfehler des Ermessensmissbrauchs wird festgestellt in EuGH, verb. Rs. 18 u. 35/65 (Gutmann), Slg. 1966, S. 154 (176); Rs. 195/75 (Giuffrida), Slg. 1976, S. 1395 (1403); Rs. 92/78 (Simmenthal/Kommission), Slg. 1979, S. 777 (806).

<sup>463</sup> Ausführlich zur uneinheitlichen Terminologie des EuGH im Bereich der Fallgruppe der besonderen sachverhältnlichen Komplexität wirtschaftlicher Art, die zur Anerkennung von Ermessensspielräumen der Gemeinschaftsorgane führt (st. Rspr. des EuGH, siehe oben 4. Teil D. II. 2. a) bb), Rausch, S. 240 f. m. w. N. aus der Rspr.

Gemeinschaftsgrundrechte, den Gleichbehandlungsgrundsatz,<sup>464</sup> den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit erzielt.<sup>465</sup> Unter diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts, die Grenzen der exekutivischen Gestaltungsfreiheit der Gemeinschaftsorgane und der Organe der Mitgliedstaaten markierend, kommt dem gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine herausragende Bedeutung zu, weshalb ihm im folgenden eine ausführliche Darstellung zuteil werden soll.<sup>466</sup>

## b) Der gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

### (aa) Die drei Teilgebote der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit

Die inhaltliche Aufgliederung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts in die drei Teilgebote der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit vollzog sich in der Rechtsprechung des EuGH in kontinuierlichen Schritten. Die Anfänge der Judikatur des EuGH zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zeichneten sich dabei durch eine weitaus überwiegende ausschließliche Problematisierung des Teilgrundsatzes der

---

<sup>464</sup> Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Ermessensgrenze ist sowohl in seiner Ausformung als allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit gem. Art. 12 EG als auch in den Erscheinungsformen von ausdrücklich im EG-Vertrag festgeschriebenen speziellen Diskriminierungsverboten, wie z. B. Art. 34 II Unterabs. 2 EG, von Bedeutung; dazu Rausch, S. 266 f. m. w. N.; Schwarze, S. 401 ff. m. w. N.

<sup>465</sup> Zur Begrenzung der Gestaltungsspielräume der Gemeinschaftsorgane durch allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts als allgemeine Kontrollparameter Herdegen, Rn. 227; ders./Richter, in: Frowein, S. 209 (215 f.) m. w. N.; Rausch, S. 263 ff. m. w. N.; Schwarze, S. 340 ff., 400 ff.; Sharpston, ELRev. 1990, S. 103 ff.; Pache, DVBl. 1998, S. 380 (386); ausführlich zum Begriff und Herkommen der allgemeinen Rechtsgrundsätze Lecheler, S. 42 ff.; kurzer Überblick über die Rechtsgrundsätze bei Rengeling, EuR 1984, S. 331 (337 ff.); Götz, EuR 1986, S. 29 (43 ff.); Schwarze, NJW 1986, S. 1067 (1069 ff.); ders., EuR 1997, S. 419 (423 ff.); Everling, NJW 1987, S. 1; Kasten, DÖV 1985, S. 570 (571); Grabitz, NJW 1989, S. 1776 (1778 f.); Ehlers, DVBl. 1991, S. 605 (606); Gornig/Trübe, JZ 1993, S. 884 (888 ff.); dies, JZ 1993, S. 934 (939 ff.); Haibach, NVwZ 1998, S. 456 (459 ff.); Gündisch, in: Schwarze, Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, S. 97 ff., insb. S. 102 ff.; Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Einl. Rn. 134 e.

<sup>466</sup> Die größte Rolle spielt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht aber sicherlich im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte, nicht anders als im deutschen Recht; dazu Haibach, NVwZ 1998, S. 456 (461); Hirsch, S. 13 ff.; Schwarze, S. 701 ff.; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 102. Siehe auch zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kompetenzausübungsschranke Jarass, AöR 121 (1996), S. 173 (192 f.); Krauß, S. 155 ff.

Erforderlichkeit aus.<sup>467</sup> In diesem Sinne führte der EuGH bereits frühzeitig im Urteil Klöckner und Hoesch<sup>468</sup> vom Juli 1962 das Teilgebot der Erforderlichkeit an, ohne sich jedoch des ausdrücklichen Begriffes von der Erforderlichkeit zu bedienen, vielmehr umschrieb der EuGH mit deutlichen Worten das Verhältnismäßigkeitsselement mit dem Erfordernis der geringstmöglichen Belastung:

„Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Hohe Behörde bei der Planung und Anwendung der finanziellen Einrichtungen, die sie zur Wahrung des Gleichgewichts auf dem Markt geschaffen hat, sicherlich verpflichtet ist, den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten Rechnung zu tragen, auf die diese Einrichtungen Anwendung finden sollen, damit die erstrebten Ziele unter den günstigsten Bedingungen und unter möglichst geringen Opfern für die betroffenen Unternehmen erreicht werden können.“<sup>469</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Beschränkung der Überprüfungspraxis des EuGH auf das Merkmal der Erforderlichkeit lag die Schlussfolgerung berechtigterweise nahe, der gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erschöpfe sich in der materiellen Anforderung der Erforderlichkeit.<sup>470</sup> Diese juristische Schlussfolgerung sollte indes ihre erste deutliche Widerlegung mit dem Urteil des EuGH im Fall De

<sup>467</sup> Das Kriterium der Geeignetheit spielte demgegenüber in der früheren Rspr. des EuGH eine eher untergeordnete Rolle; dazu Heinsohn, S. 78, 113 f. m. w. N.; Schwarze, S. 834 ff. m. w. N.; Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1036).

<sup>468</sup> EuGH, verb. Rs. 17 u. 20/61 (Klöckner und Hoesch/Hohe Behörde), Slg. 1962, 653 ff.

<sup>469</sup> EuGH, verb. Rs. 17 u. 20/61 (Klöckner und Hoesch/Hohe Behörde), Slg. 1962, 653 (686); mit gleicher Terminologie EuGH, Rs. 19/61 (Mannesmann), Slg. 1962, S. 717 (749). Spätestens seit dem EuGH-Urteil Internationale Handelsgesellschaft, Rs. 11/70, Slg. 1970, S. 1125 (1135 ff.), ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht allgemein anerkannt; so die h. M. in der Lit.: siehe etwa Schwarze, NJW 1986, S. 1067 (1069); ders., S. 690 f.; Pernice, NJW 1990, S. 2409 (2415); Pollak, S. 34. Siehe auch EuGH, Rs. 5/73 (Balkan-Import-Export), Slg. 1973, S. 1091 (1112), mit ausdrücklicher Verwendung des Terminus der Erforderlichkeit; ferner Heinsohn, S. 78 ff., mit Nachweisen einer ansatzweisen Anwendung des Teilgrundsatzes der Erforderlichkeit durch den EuGH vor dem Urteil Klöckner und Hoesch.

<sup>470</sup> Näher zur Beschränkung der anfänglichen Rspr. des EuGH auf die Teilgebote der Geeignetheit und Erforderlichkeit Bleckmann, in: Festschrift für Kutscher, 1981, S. 25 (33): „Dabei hat der EuGH das Verhältnismäßigkeitsprinzip bisher nur in dem Sinne verstanden, dass die Maßnahmen für die Erreichung der subjektiven öffentlichen Interessen der Verwaltung geeignet und erforderlich sein müssen. Im Gegensatz zum deutschen Verfassungsrecht und zur Rechtsprechung der Straßburger Menschenrechtsorgane hat der EuGH noch nicht entschieden, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch verlangt, dass die durch die Maßnahme erzielten Vorteile für das öffentliche Interesse die Nachteile des Bürgers überwiegen müssen, in dessen Rechte oder Interessen die Maßnahme eingreift.“ Der Maastrichter Vertrag zur Gründung der Europäischen Union hat allein den Teilgrundsatz der Erforderlichkeit ausdrücklich in Art. 3 b EGV = Art. 5 III EG vertraglich verankert; dennoch muss Art. 3 b EGV = Art. 5 III EG als Kodifikation sämtlicher in der Rspr. des EuGH anerkannter Elemente des Verhältnismäßigkeitsprinzips verstanden werden; dazu Hirsch, S. 10 f.; Schmidhuber/Hitzler, NVwZ 1992, S. 720 (722).

Beste Boter<sup>471</sup> vom Mai 1977 erfahren, dem ein vom Verwaltungsgericht Frankfurt a. M. initiiertes Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EG zugrunde lag, in dem es um die Auslegung und die Gültigkeit einer Verordnung der Kommission über den Absatz von Überschussbutter zu herabgesetzten Preisen an bestimmte Verarbeitungsbetriebe in der Gemeinschaft ging. Um die Vergünstigungen der Regelung in Anspruch nehmen zu können, bestand für die betreffenden Unternehmen eine Verarbeitungspflicht, deren Erfüllung durch die Stellung einer unternehmerischen (Verarbeitungs-)Kautions sichergestellt werden sollte. Im Rahmen der angestellten Verhältnismäßigkeitsprüfung ging der EuGH über das Element der Erforderlichkeit hinaus, indem er zusätzlich die Frage nach der Angemessenheit der mit der Verordnung eingeführten Regelung der Verarbeitungskautions aufwarf:

„Was die Frage der Verhältnismäßigkeit anbelangt, so ist zu prüfen, ob die Stellung einer Verarbeitungskautions, die auch dann verfällt, wenn die Nichterfüllung der dem Zuschlagsempfänger obliegenden Pflichten auf das Versäumnis eines späteren Käufers zurückgeht, die Grenzen dessen überschreitet, was angemessen und erforderlich ist, um den verfolgten Zweck zu erreichen.“<sup>472</sup>

In der EuGH-Entscheidung Schröder<sup>473</sup> vom Juli 1989 findet man dann eine vollständige zusammenfassende Darstellung aller drei den gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz inhaltlich konkretisierenden Teilgebote der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit:

„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Nach diesem Grundsatz sind Maßnahmen, durch die den Wirtschaftsteilnehmern

<sup>471</sup> EuGH, verb. Rs. 99 u. 100/76 (De Beste Boter), Slg. 1977, S. 861 ff.

<sup>472</sup> EuGH, verb. Rs. 99 u. 100/76 (De Beste Boter), Slg. 1977, S. 861 (873); mit gleicher Terminologie EuGH, Rs. 122/78 (Buitoni), Slg. 1979, S. 677 (684 f.). Näher zur generellen Anerkennung des Teilgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit i. e. S. durch den EuGH Heinsohn, S. 120 ff., die das EuGH-Urteil Hauer von 1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, S. 3727 (3747), in der es um Eingriffe in das Eigentumsrecht ging (Neuanpflanzungsverbot für Weinreben), als eindeutigen Beleg für die richterliche Anerkennung der Angemessenheit als Element des Verhältnismäßigkeitsprinzips anführt, ebd., S. 123; ebenso Schwarze, S. 836; zur im Vergleich zum deutschen Recht scheinbar ungewöhnlichen Prüfungsreihenfolge, Angemessenheit vor Erforderlichkeit, Heinsohn, S. 126 f., mit unrichtigem Hinweis auf das EuGH-Urteil Schröder, ebd., S. 127 Fn. 188, dessen Prüfungsreihenfolge keine Unregelmäßigkeiten aufweist; zur ansatzweisen Problematisierung des Angemessenheitskriteriums in der früheren Judikatur des EuGH, ebd., S. 80 ff.

<sup>473</sup> EuGH, Rs. 265/87 (Schröder), Slg. 1989, S. 2237 ff.

finanzielle Belastungen auferlegt werden, nur rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung der zulässigerweise mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziele geeignet und erforderlich sind. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die auferlegten Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.<sup>474</sup>

Der EuGH entscheidet sich damit im Schröder-Urteil zugunsten einer grundsätzlich dreistufigen Verhältnismäßigkeitsprüfung, bestehend aus den Prüfungsschritten der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Dabei verlangt der Teilgrundsatz der Geeignetheit, dass die in Frage stehende Maßnahme ein zulässiges Ziel verfolgt sowie zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet ist, also überhaupt den verfolgten Zweck zu erfüllen vermag.<sup>475</sup> Im Rahmen der Erforderlichkeit ist nach Alternativen, die betroffene Rechtsposition weniger belastenden Maßnahmen zu suchen, mit denen das angestrebte Ziel gleich wirksam erreicht werden kann, so dass sich die fraglichen Maßnahmen als mildere Mittel zur ebenso effektiven Erreichung des verfolgten Zwecks darstellen.<sup>476</sup> Das Kriterium der Angemessenheit besagt schließlich, dass die durch die fragliche Maßnahme verursachten Beeinträchtigungen in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen müssen, wozu es regelmäßig einer Abwägung zwischen dem Gemeinschaftsinteresse an der Verwirklichung der Maßnahme und dem Individualinteresse auf Schutz vor der auferlegten Belastung bedarf, also einer abwägenden Gewichtung des geförderten und des beeinträchtigten Interesses.<sup>477</sup>

In ständiger Rechtsprechung hält der EuGH inzwischen an dem dreigliederten Prüfungsansatz der Verhältnismäßigkeit fest, wobei es indes zu beachten gilt, dass der EuGH nicht immer mit der im Schröder-Urteil zutage tretenden Deutlichkeit alle drei Teilgrundsätze problematisiert, vielmehr der Schwerpunkt der richterlichen Überprüfungspraxis in der Regel im Bereich des Kriteriums der Erforderlichkeit liegt, so dass den anderen beiden Bestandteilen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

---

<sup>474</sup> EuGH, Rs. 265/87 (Schröder), Slg. 1989, S. 2237 (2269); ferner Hirsch, S. 9 f.

<sup>475</sup> Siehe von Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 3 b Rn. 50; Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 64; Heinsohn, S. 105 ff.; Pollak, S. 124 ff.; Schwarze, S. 833 f.

<sup>476</sup> Siehe von Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 3 b Rn. 51 ff.; Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 64; Heinsohn, S. 113 ff.; Pollak, S. 129 ff.; Schwarze, S. 835.

<sup>477</sup> Zur Angemessenheit, die zuweilen auch als Zumutbarkeit, Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit i. e. S. bezeichnet wird, von Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 3 b Rn. 55 ff.; Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 64; Heinsohn, S. 120 ff.; Pollak, S. 135 ff.; Schwarze, S. 836 f.

zwangsläufig ein nachrangiger Stellenwert in der Judikatur des EuGH zukommt.<sup>478</sup> Ersichtlich folgt der EuGH bei der Prüfung des gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes den aus dem deutschen Recht hinlänglich bekannten Prüfungslinien, so dass sich die inhaltliche Aufgliederung des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit weitgehend mit dem deutschen Verständnis von den inhaltlichen Konturen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deckt.<sup>479</sup>

#### (bb) Die Evidenzkontrolle

(1) Der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zählt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu den zentralen rechtsstaatlichen Grundsätzen auf europäischer Ebene, sein Bedeutungsgehalt erschöpft sich mitnichten in einem politischen Appell. Er fungiert als Prüfungsmaßstab zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane und der Organe der Mitgliedstaaten, von exekutivem und legislativem Handeln.<sup>480</sup> Infolgedessen muss die grundsätzliche Justitiabilität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den EuGH zwingend außer Frage stehen, will man nicht den herausragenden Stellenwert des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als geltendes Recht selbst einebnen.<sup>481</sup>

<sup>478</sup> Ebenso von Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 3 b Rn. 51; Emiliou, S. 192; Heinsohn, S. 78, 111, 113, 119; Pollak, S. 129; Schwarze, S. 831, 833 f.; Schiller, RIW 1983, S. 928 (929). Siehe aus der umfangreichen st. Rspr. etwa EuGH, Rs. C-8/89 (Zardi), Slg. 1990, S. I-2515 (2532 f.); Rs. C-331/88 (Fedesa), Slg. 1990, S. I-4057 (4062); Rs. C-26/90 (Wünsche), Slg. 1990, S. I-4961 (4977); Rs. C-285/93 (Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau), Slg. 1995, S. I-4069 (4094); Rs. C-295/94 (Hüpeden), Slg. 1996, S. I-3375 (3401); Rs. C-296/94 (Pietsch), Slg. 1996, S. I-3409 (3417); Rs. C-233/94 (Einlagensicherung), Slg. 1997, S. I-2405 (2461); Rs. C-161/96 (Südzucker), Slg. 1998, S. I-281 (313 f.); aus der Lit. Geiger, Art. 220 Rn. 31; Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 64.

<sup>479</sup> Hierzu Schiller, RIW 1983, S. 928 (929), der den gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als inhaltsgleich mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip des deutschen Rechts ansieht; ferner Haibach, NVwZ 1998, S. 456 (461); Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1035 f.); Emiliou, S. 134 ff. m. w. N.; Heinsohn, S. 128 m. w. N.; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 101; siehe zur Bedeutung des deutschen Rechts für die Ausformung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf europäischer Ebene auch den Hinweis von Heinsohn, S. 75 f. m. w. N., auf die beträchtliche Anzahl von Vorlagen deutscher Gerichte an den EuGH gem. Art. 234 EG wegen angeblicher Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen oder Maßnahmen; ferner Schwarze, in: ders., Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 16 m. w. N.

<sup>480</sup> Näher Schwarze, S. 830 f., 838 f. m. w. N., mit dem Hinweis, dass es für die Frage der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht zuallererst auf die formale Qualität des Handelns, sondern vielmehr auf die Intensität des Freiheitseingriffs ankommen muss, Freiheitsbeschränkungen aber gleichermaßen durch die Rechtsanwendung und durch die Rechtsetzung bewirkt werden können.

<sup>481</sup> So Hirsch, S. 28; Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1039). Siehe zur herausragenden Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes etwa die Einschätzungen von von Bogdandy/Nettesheim, in:

(2) Wenngleich der gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz also grundsätzlich justitiabel ist, so gilt es doch zu beachten, dass die Intensität, mit der der EuGH die in Frage stehenden Maßnahmen im Hinblick auf eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips überprüft, in der Regel sehr eingeschränkt ist.<sup>482</sup> Der EuGH räumt den Gemeinschaftsorganen bei der Auswahl des angestrebten Zieles sowie bei der Beurteilung aller drei Verhältnismäßigkeitselemente in den meisten Fällen einen weitreichenden Ermessensspielraum ein.<sup>483</sup> Damit zeugt die Rechtsprechung des EuGH von Respekt gegenüber der vorrangigen Zuständigkeit der anderen Gemeinschaftsorgane im Hinblick auf die Beurteilung der einzelnen Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die sich schließlich in der dogmatischen Kategorie eines weiten Ermessensspielraums niederschlägt.<sup>484</sup> Dieses weitreichende Ermessen der Gemeinschaftsorgane zieht dabei konsequenterweise eine entsprechende Beschränkung der gerichtlichen Kontrollkompetenz des EuGH nach sich, so dass die Intensität, mit der der EuGH die Beachtung der drei Verhältnismäßigkeitselemente überprüft, doch sehr abgeschwächt ist. In concreto bedeutet die richterliche Zurücknahme des Kontrollumfangs, dass der EuGH die in Frage stehenden Maßnahmen einer gerichtlichen Überprüfung lediglich im Hinblick auf einen offensichtlichen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterzieht. Er hält sich folglich nur dann für berechtigt, die Ungültigkeit der fraglichen Maßnahme festzustellen, wenn sich in unproblematischer Weise klar und eindeutig

---

Grabitz/Hilf, Art. 3 b Rn. 43: „überragend wichtiger Gesichtspunkt in der Entscheidungspraxis des Gerichtshofs“; Gündisch, in: Schwarze, Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, S. 97 (108): „der wichtigste allgemeine Rechtsgrundsatz im Bereich des Wirtschaftsrechts des Gemeinsamen Marktes“; zustimmend Schwarze, S. 841; Pernice, S. 234: „übergreifende Leitregel allen Gemeinschaftshandelns“; Ress, in: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, S. 5 (37 f.): „allgemein übergreifendes Prinzip zur Begrenzung belastender gemeinschaftsrechtlicher Maßnahmen“.

<sup>482</sup> Deshalb stellt der EuGH in seiner Judikatur einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch die in Frage stehenden Maßnahmen auch nur äußerst selten fest; dazu Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1038 f.). Siehe zur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle der Verhältnismäßigkeit ferner Emiliou, S. 191 ff.; Heinsohn, S. 110 f. (mit dem Hinweis, dass bislang noch keine Verordnung des Rates für ungeeignet erklärt wurde), S. 114 ff. (einige Ratsverordnungen wurden aber bereits für nicht erforderlich erklärt), S. 124 f.; Pollak, S. 124, 129 ff., 135 ff.; Schwarze, S. 834.

<sup>483</sup> Dies ist vor allem auch eine Folge der dogmatischen Besonderheiten, durch die sich die drei Verhältnismäßigkeitselemente auszeichnen. So förderten bereits die inhaltlichen Definitionen der einzelnen Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit die Notwendigkeit von empirisch-prognostischen Einschätzungen (Geeignetheit und Erforderlichkeit) und Bewertungen (Erforderlichkeit und Angemessenheit) zutage. Zudem stuft der EuGH die drei Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit als unbestimmte Rechtsbegriffe mit einem hohen Maß an Abstraktion ein; dazu Hirsch, S. 24; Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1039).

<sup>484</sup> Siehe Pache, DVBl. 1998, S. 380 (386); ders., NVwZ 1999, S. 1033 (1039); Schwarze, S. 833.

eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes konstatieren lässt. Die damit angesprochene Offensichtlichkeit in Bezug auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz setzt sich bei den einzelnen Elementen der Verhältnismäßigkeit fort, so dass eine offensichtliche Nichtbeachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einschränkend nur dann angenommen werden kann, wenn sich die fragliche Maßnahme als offensichtlich ungeeignet zur Erreichung des mit ihr angestrebten Zieles,<sup>485</sup> als offensichtlich nicht erforderlich oder als offensichtlich unangemessen erweist.<sup>486</sup> Was die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung der einzelnen Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die in Frage stehenden Maßnahmen anbelangt, übt der EuGH also in der Regel<sup>487</sup> lediglich eine zurückhaltende Evidenzkontrolle aus, mit der Folge, dass die eingangs betonte grundsätzliche Justitiabilität der Verhältnismäßigkeit auf europäischer Ebene eine doch beachtliche Einschränkung im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfungsintensität erfährt.<sup>488</sup>

(3) Eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolle des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nimmt der EuGH vor allem dann vor, wenn den handelnden Gemeinschaftsorganen wegen der politisch-prognostischen Natur der von ihnen zu treffenden Entscheidungen ein Ermessensspielraum zusteht. Der Gerichtshof beschränkt die Anerkennung des Ermessensspielraums der Gemeinschaftsorgane nicht auf die bereits dargestellte Fallgruppe des politisch-prognostischen Charakters einer Entscheidung,<sup>489</sup> sondern räumt den Gemeinschaftsorganen auch bei der Beurteilung der drei Verhältnismäßigkeitselemente einen Ermessensspielraum ein,

<sup>485</sup> Entscheidend ist die Betrachtung zum Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme (ex-ante Sicht); dazu GA Reischl, Schlussanträge, EuGH, Rs. 276/80 (Padana), Slg. 1982, S. 517 (551): „Für die Beurteilung der Wirksamkeit der getroffenen Maßnahmen kommt es vielmehr darauf an, ob im Zeitpunkt ihres Erlasses davon auszugehen war, sie seien offensichtlich für die damit verfolgten Ziele ungeeignet.“; ferner von Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 3 b Rn. 50; Heinsohn, S. 110 f.; Pollak, S. 124.

<sup>486</sup> Siehe EuGH, Rs. 40/72 (Schröder/Deutschland), Slg. 1973, S. 125 (142 f.); Rs. 138/78 (Stölting), Slg. 1979, S. 713 (722); Rs. 59/83 (Biovilac/EWG), Slg. 1984, S. 4057 (4078); verb. Rs. 279, 280, 285 u. 286/84 (Rau/Kommission), Slg. 1987, S. 1069 (1125 f.); Rs. 265/87 (Schröder), Slg. 1989, S. 2237 (2270); Rs. C-331/88 (Fedesa), Slg. 1990, S. I-4057 (4063); vor allem EuGH, Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, S. I-4973 (5068 ff.); ferner Classen, S. 168.

<sup>487</sup> Die Frage, ob die Evidenzkontrolle den Regelfall der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH darstellt, wird in der Lit. unterschiedlich beantwortet; wie hier Pache, DVBl. 1998, S. 380 (386): „in der Regel“; ders., NVwZ 1999, S. 1033 (1039): „in den meisten Fällen“; Heinsohn, S. 119, 124: „prinzipiell“; a. A. Berrisch, EuR 1994, S. 461 (466): „normalerweise“ keine Evidenzkontrolle; Hirsch, S. 29: „verschiedentlich“ Evidenzkontrolle.

<sup>488</sup> Siehe von Danwitz, S. 185 f.; Herdegen/Richter, in: Frowein, S. 209 (247); Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 220 Rn. 31; Bleckmann/Pieper, in: Dausen, B I Rn. 104; von Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 3 b. 50; Pernice, ebd., Art. 164 Rn. 101; Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1039).

<sup>489</sup> Siehe oben 4. Teil D. II. 2. a) aa).

mit der Folge, dass die dogmatische Kategorie des Ermessens hier in zweifacher kombinierter Weise in Erscheinung tritt. Es kommt damit in dieser Rechtsprechung des EuGH zu einer Verknüpfung der Prüfung des Ermessens der handelnden Gemeinschaftsorgane mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der in Frage stehenden Maßnahmen,<sup>490</sup> die der Gerichtshof für die Fallgruppe der politisch-prognostischen Charakters einer Entscheidung u. a. besonders deutlich im Bananenmarkt-Urteil vom Oktober 1994<sup>491</sup> offenbart:

„Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber auf dem Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik über ein weites Ermessen verfügt, das der politischen Verantwortung entspricht, die ihm die Artikel 40 und 43 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 34, 37 EG) übertragen.

Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Rechtmäßigkeit einer in diesem Bereich erlassenen Maßnahme nur dann beeinträchtigt sein kann, wenn diese Maßnahme zur Erreichung des Zieles, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist. Ist der Gemeinschaftsgesetzgeber insbesondere für den Erlass einer Regelung genötigt, die künftigen Auswirkungen dieser Regelung zu beurteilen, und lassen sich diese Auswirkungen nicht genau vorhersehen, so kann seine Beurteilung nur dann beanstandet werden, wenn sie im Hinblick auf die Erkenntnisse, über die er im Zeitpunkt des Erlasses der Regelung verfügte, offensichtlich irrig erscheint ... .

Diese Einschränkung der Kontrolle des Gerichtshofes ist insbesondere dann geboten, wenn sich der Rat veranlasst sieht, bei der Verwirklichung einer gemeinsamen Marktorganisation einen Ausgleich zwischen divergierenden Interessen herbeizuführen und auf diese Weise im Rahmen der in seine eigene Verantwortung fallenden politischen Entscheidung eine Auswahl zu treffen.“<sup>492</sup>

„Zwar ist nicht auszuschließen, dass andere Mittel in Betracht kommen konnten, um das angestrebte Ziel zu erreichen; der Gerichtshof kann jedoch nicht die Beurteilung des Rates in der Frage, ob die vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewählten Maßnahmen mehr oder weniger angemessen sind, durch seine eigene Beurteilung

---

<sup>490</sup> Siehe Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1039).

<sup>491</sup> EuGH, Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, S. I-4973 ff.

<sup>492</sup> EuGH, Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, S. I-4973 (5068 f.)

ersetzen, wenn der Beweis nicht erbracht ist, dass diese Maßnahme zur Verwirklichung des verfolgten Zieles offensichtlich ungeeignet waren.“<sup>493</sup>

Ob sich die u. a. im Bananenmarkt-Urteil des EuGH sichtbar werdende Verbindung von Ermessensprüfung und Verhältnismäßigkeitsprüfung über die dort einschlägige Fallgruppe des politisch-prognostischen Charakters einer Entscheidung hinaus verallgemeinern lässt, d. h. ob generell in sämtlichen Fällen der Anerkennung von Ermessensspielräumen im Gemeinschaftsrecht den handelnden Organen (der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten) auch auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit, also bei der Beurteilung der einzelnen Verhältnismäßigkeitselemente, ein Ermessensspielraum zusteht, kann nicht eindeutig beantwortet werden. Die Rechtsprechung des EuGH hat insoweit noch kein bzw. noch kein aussagekräftiges Anschauungsmaterial geliefert, so dass die aufgeworfene Frage richterlich noch keineswegs entschieden ist.<sup>494</sup> Da sich jedoch, soweit ersichtlich, kein überzeugender Grund anführen lässt, die Verknüpfung von Ermessensprüfung und Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Fallgruppe der politisch-prognostischen Natur einer Entscheidung zu bejahen, hingegen für die anderen bereits dargestellten Fallgruppen, in denen ein administrativer Ermessensspielraum im Gemeinschaftsrecht vom EuGH anerkannt wurde, zu negieren, dürfte sich die Verbindung auch auf diese Konstellationen übertragen lassen. Als entscheidender Grund für die Befürwortung der angesprochenen Ausdehnung erweist sich dabei der Umstand, dass sich die einzelnen Kriterien, die der EuGH zur Begründung von exekutivischen

---

<sup>493</sup> EuGH, Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, S. I-4973 (5069). Ebenso deutlich EuGH, Rs. 265/87(Schröder), Slg. 1989, S. 2237 (2270): „Was die gerichtliche Nachprüfung dieser Voraussetzungen (des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich der Gemeinsamen Agrarpolitik über einen Ermessensspielraum verfügt, der seiner politischen Verantwortung, die ihm die Artikel 40 und 43 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 34 und 37 EG) übertragen, entspricht. *Folglich* kann die Rechtmäßigkeit einer in diesem Bereich erlassenen Maßnahme nur dann beeinträchtigt sein, wenn diese Maßnahme zur Erreichung des Ziels, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist.“, Hervorhebung durch den Verf.; EuGH, verb. Rs. C-267 u. C-285/88 (Wuidart), Slg. 1990, S. I-435 (481); Rs. C-331/88 (Fedesa), Slg. 1990, S. I-4023 (4063). Angedeutet in EuGH, Rs. 138/78 (Stölting), Slg. 1979, S. 713 (722); Rs. 179/84 (Bozzetti), Slg. 1985, S. 2301 (2322); verb. Rs. 279, 280, 285 u. 286/84 (Rau/Kommission), Slg. 1987, S. 1069 (1125 f.). Siehe auch Schwarze, S. 835; Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 220 Rn. 31; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 101.

<sup>494</sup> Siehe für den Bereich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte EuGH, Rs. 40/72 (Schröder/Deutschland), Slg. 1973, S. 125 (142 f.): „Da es sich im vorliegenden Fall um komplexe wirtschaftliche Maßnahmen handelt, die hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit zwangsläufig einen weiten Beurteilungsspielraum erfordern und im übrigen hinsichtlich ihrer Wirkungen sehr häufig einen Unsicherheitsfaktor aufweisen, genügt die Feststellung, dass diese Maßnahmen bei ihrem Erlass nicht als offensichtlich ungeeignet zur Verwirklichung des angestrebten Zieles erscheinen.“, Hervorhebung durch den Verf.; ferner von Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 3 b Rn. 50; Heinsohn, S. 110 f., 114 f., 119, 128.

Ermessensspielräumen heranzieht, vielfach nicht strikt voneinander trennen lassen, sondern vielmehr eng miteinander verknüpft sind. Die einzelnen Begründungsansätze des EuGH zeichnen sich folglich durch dogmatische Überschneidungen aus, keineswegs jedoch durch eine strikt durchzuhaltende Differenzierung und Isolierung.<sup>495</sup>

Das Vorgehen des EuGH (vor allem im Bananenmarkt-Urteil von 1994), die gerichtliche Kontrolle der Beachtung der einzelnen Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit durch die in Frage stehenden Maßnahmen sehr weitgehend in der Form einer Evidenzkontrolle zurückzunehmen, wenn den handelnden Gemeinschaftsorganen wegen des politisch-prognostischen Charakters der von ihnen zu treffenden Entscheidungen ein Ermessensspielraum zusteht, wird in der Literatur durchaus (zuweilen sogar heftig) kritisiert,<sup>496</sup> wenn man auch die erhobenen Bedenken nicht zwangsläufig teilen muss. Denn zum einen gilt es zu berücksichtigen, dass im Gemeinschaftsrecht die richterliche Anerkennung von administrativen (und legislativen) Ermessensspielräumen an die Gemeinschaftsorgane eine viel weitreichendere Ausbreitung als im deutschen Recht erfahren hat,<sup>497</sup> zum anderen aber auch im deutschen Verfassungsrecht legislative Beurteilungs- und Prognosespielräume im Hinblick auf die Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als konsequente Folge der verfassungsgerichtlichen Rücksichtnahme auf den weiten politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers durchaus auf richterliche Anerkennung gestoßen sind.<sup>498</sup>

---

<sup>495</sup> Siehe dazu oben 4. Teil D. II. 2. a) cc).

<sup>496</sup> Kritisch vor allem Berrisch, EuR 1994, S. 461 (466 f.), aus Anlass des Bananenmarkt-Urteils des EuGH: „Im Ergebnis läuft der gewählte Ansatz darauf hinaus, dass den Gemeinschaftsorganen ein „Freifahrtschein“ erteilt wird; eine gerichtliche Kontrolle der Verhältnismäßigkeit ihrer Maßnahmen findet nicht mehr statt. Es ist kaum ein Fall denkbar, in dem eine Maßnahme der Gemeinschaft im Bereich der gemeinsamen Agrarpolitik „völlig ungeeignet“ ist. ... Zwischen der Ermessensprüfung und der Verhältnismäßigkeitsprüfung (wird) nicht mehr unterschieden. Mit anderen Worten: Der EuGH gibt zwar vor, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, tut dies jedoch (faktisch) nicht.“; siehe auch Nettessheim, EuZW 1995, S. 106 (107); Everling, CMLRev. 1996, S. 401 (417).

<sup>497</sup> Siehe dazu oben 4. Teil D. II. 1. die Ausführungen zu den Unterschieden im deutschen und europäischen Recht im Hinblick auf den Terminus des Ermessens.

<sup>498</sup> Siehe nur jüngst BVerfG, NJW 1999, S. 1853 (1854): „Allerdings steht ihm (dem Gesetzgeber) auch bei der Regelung von Beschränkungen ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das BVerfG hat diesen Spielraum bei der Prüfung an Hand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu achten. Es kann erst einschreiten, wenn eine vom Gesetzgeber gewählte Maßnahme „schlechthin ungeeignet“ (BVerfGE 47, 109 (117)), „eindeutig“ nicht erforderlich (BVerfGE 53, 135 (145)) oder auch bei Anerkennung eines Bewertungsspielraums unzumutbar ist (vgl. BVerfGE 77, 84 (111 f.))“; ferner Degenhart, Rn. 328 f.; Heinsohn, S. 111 f., 119, 125, 128;

## 2. Grundfreiheitliche Schutzpflichten der Mitgliedstaaten

Nachdem die allgemeine Handhabung der gerichtlichen Kontrolle im Bereich der Ermessensentscheidungen in der Judikatur des EuGH aufgezeigt wurde, also die Beschränkung der gerichtlichen Überprüfung auf das Vorliegen ganz bestimmter Ermessensfehler, soll im folgenden der Frage nachgegangen werden, welchen rechtlichen Prüfungsmaßstab der EuGH bei der gerichtlichen Kontrolle der mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahmen im besonderen Fall der grundfreiheitlichen Schutzpflichten heranzieht, in dem den Mitgliedstaaten auf der Ebene der Erfüllung des staatlichen Schutzgebots ein Ermessensspielraum zusteht.

### a) Das Untermaßverbot oder das Übermaßverbot als Ermessensgrenze?

Der EuGH orientiert sich im Urteil vom 9. 12. 1997 bei der Entwicklung des einschlägigen Maßstabes für die gerichtliche Kontrolle der mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahmen nicht an den drei klassischen Teilgeboten des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, während Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen zur gleichen Rechtssache französische Bauernproteste eine herkömmliche Verhältnismäßigkeitsprüfung im Hinblick auf die in Frage stehenden nationalen Schutz Tätigkeiten befürwortet, so dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip i. w. S., das auch als Übermaßverbot bezeichnet wird, so zumindest im deutschen Recht,<sup>499</sup> als einschlägiger Prüfungsansatz in Erscheinung tritt.

### aa) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997

(1) Der EuGH greift im Urteil vom 9. 12. 1997 bei der Ausformulierung des einschlägigen Kontrollmaßstabes für den Bereich der grundfreiheitlichen Schutzpflichten in *ausdrücklicher* Form auf zwei Prüfkriterien zurück.

---

Hesse, Rn. 320; Ossenbühl, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 151 (158 f.); Sachs, in: ders., Art. 20 Rn. 151; Grabitz, AöR 98 (1973), S. 568 (572); Pache, NVwZ 1999, S. 1033 (1040).

<sup>499</sup> Siehe nur Sachs, in: ders., Art. 20 Rn. 145 m. w. N.

So unterwirft der Gerichtshof die von der französischen Republik ergriffenen Schutzmaßnahmen, die auf die Abwehr der privaten Übergriffe auf die Grundfreiheit des freien Warenverkehrs gerichtet sind sowie im Ermessen des Schutzpflichtadressaten stehen, zunächst einer gerichtlichen Kontrolle anhand des (Verhältnismäßigkeits-)Kriteriums der Geeignetheit, wie die nachfolgende Urteils Passage belegt:

„Es ist jedoch Sache des Gerichtshofes, unter Berücksichtigung des genannten Ermessens in den ihm unterbreiteten Fällen zu *prüfen*, ob der betreffende Mitgliedstaat zur Sicherstellung des freien Warenverkehrs *geeignete* Maßnahmen ergriffen hat.“<sup>500</sup>

Im Anschluss daran nimmt der EuGH noch eine weitere inhaltliche Konkretisierung des einschlägigen Prüfungsansatzes dergestalt vor, dass er die in Frage stehenden nationalen Schutzmaßnahmen dahingehend überprüft, ob sie sich als ausreichend erweisen, um das Ziel, den Schutz der Garantie des freien Warenverkehrs vor privaten Beeinträchtigungshandlungen, zu erreichen.

„Deshalb ist zu *prüfen*, ob die französische Regierung im vorliegenden Fall ihren Verpflichtungen aus Artikel 30 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt: Art. 28 i. V. m. Art. 10 EG) dadurch nachgekommen ist, dass sie *ausreichende* und geeignete Maßnahmen gegen Handlungen von Privatpersonen ergriffen hat, die Hemmnisse für den freien Warenverkehr mit bestimmten landwirtschaftlichen Erzeugnissen verursachen.“<sup>501</sup>

(2) Der EuGH zieht im Zusammenhang mit den mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahmen aber auch noch zwei weitere Kriterien heran, die, obwohl sie vom Gerichtshof nicht *ausdrücklich* in den richterlichen Prüfungsmaßstab für den Bereich der grundfreiheitlichen Schutzpflichten integriert werden, von Teilen der Literatur dennoch als schutzpflichtrelevante Prüfkriterien eingestuft werden.

---

<sup>500</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6999 Rn. 35); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>501</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7000 Rn. 39); Hervorhebung durch den Verf.

So stellt der EuGH an unterschiedlichen Stellen der Entscheidungsgründe des Urteils vom 9. 12. 1997 im Rahmen zweier Feststellungen noch die beiden folgenden Kriterien der „unabdingbaren“ und der „wirksamen“ Schutzmaßnahmen heraus:

„Die französischen Behörden verfügten daher vorliegend über einen ausreichenden Zeitraum zum Erlass derjenigen Maßnahmen, die zur Erfüllung ihrer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen *unabdingbar* waren.“<sup>502</sup>

„ ... , ist somit festzustellen, dass die Maßnahmen, die die französische Regierung getroffen hat, ... nicht ausreichen, um den freien innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen in ihrem Gebiet dadurch zu gewährleisten, dass sie die Urheber der fraglichen Zuwiderhandlungen *wirksam* an deren Begehung und Wiederholung hinderten und sie davon abschreckten.“<sup>503</sup>

(3) Zusammenfassend gilt es festzuhalten, dass der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 den einschlägigen Maßstab für die gerichtliche Kontrolle der staatlichen Schutzmaßnahmen zur Erfüllung grundfreiheitlicher Schutzpflichten ausdrücklich lediglich mit Hilfe der beiden Prüfkriterien der „geeigneten“ und „ausreichenden“ Schutzmaßnahmen entwickelt. Ersichtlich zieht der Gerichtshof mit den von ihm ausgewählten Prüfkriterien „geeignet“ und „ausreichend“ nicht alle drei klassischen Teilgebote des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für die Ausformulierung des Kontrollmaßstabes heran, also die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Greift man für die Konkretisierung des gerichtlichen Prüfungsansatzes zusätzlich noch das vom EuGH im Zusammenhang mit den mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahmen verwendete Merkmal „wirksam“ auf, wie dies von Teilen der Literatur befürwortet wird,<sup>504</sup> obwohl der EuGH dieses weitere Kriterium jedenfalls nicht ausdrücklich als allgemeines Prüfkriterium versteht, dann treten drei Kriterien in Erscheinung, „geeignet“, „ausreichend“ und „wirksam“, die, mit einer kleinen Abweichung, aus dem deutschen Verfassungsrecht im Zusammenhang

<sup>502</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7001 Rn. 43). Jaeckel, S. 239, 270 f., 281, stuft das Kriterium der „unabdingbaren“ Schutzmaßnahmen bzw. der „unerlässlichen, unabdingbar notwendigen Schutzmaßnahmen“, wie Jaeckel formuliert, als das wichtigste Prüfkriterium für den Bereich der grundfreiheitlichen Schutzpflichten ein.

<sup>503</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7002 f. Rn. 52). Meurer, EWS 1998, S. 196 (200), befürwortet die Berücksichtigung des Kriteriums der „wirksamen“ Schutzmittel bei der Entwicklung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabes.

<sup>504</sup> So vor allem Meurer, EWS 1998, S. 196 (200); siehe aber auch Jaeckel, S. 270 f.

mit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Wahrnehmung staatlicher Schutzpflichten bekannt sind. So führte das BVerfG im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch aus dem Jahre 1993<sup>505</sup> zur Problematik der grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates zusammenfassend u. a. wie folgt aus:

„Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen *angemessenen* und *wirksamen* Schutz *ausreichend* sein.“<sup>506</sup>

Dabei schlug das BVerfG die angeführten Kriterien „angemessen“, „wirksam“ und „ausreichend“ aber (selbstverständlich) nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip i. w. S. bzw. dem Übermaßverbot zu, sondern bediente sich des Begriffes vom Untermaßverbot, das der Gesetzgeber zu beachten habe und das der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliege, um die genannten einzelnen Kriterien in einem einzigen zusammenfassenden Terminus aufzufangen.<sup>507</sup> Damit stellt sich die Frage, ob der EuGH durch den Rückgriff auf die (Prüf-)Kriterien „geeignet“, „ausreichend“ und „wirksam“ der Rechtsprechung des BVerfG folgt und die feine dogmatische Differenzierung zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot in seine Judikatur aufnimmt.

Bevor Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Motivation des EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 gezogen werden, soll im folgenden der dogmatischen Kategorie des Untermaßverbots, angesiedelt bei der deutschen Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, näher nachgegangen werden.

(a) Das Untermaßverbot bei den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates im deutschen Verfassungsrecht

Der Terminus des Untermaßverbots hat im deutschen (Verfassungs-)Recht seinen festen dogmatischen Platz bei der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten gefunden, ungeachtet der nicht unerheblichen Stimmen im Schrifttum, welche die eigenständige Bedeutung dieser dogmatischen Figur offen in Zweifel ziehen, worauf noch zurückzukommen sein wird. Die gewählte Begriffsbildung deutet unverkennbar

---

<sup>505</sup> BVerfGE 88, S. 203 ff.

<sup>506</sup> BVerfGE 88, S. 203 (254); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>507</sup> Siehe BVerfGE 88, S. 203 (254).

auf eine dogmatische Nähe zum Übermaßverbot bzw. zum Verhältnismäßigkeitsprinzip i. w. S. hin, wobei sich schwerlich allein anhand der favorisierten Wortwahl das konkrete rechtsdogmatische Verhältnis bzw. die konkrete Abgrenzung beider Figuren bestimmen lässt. Den Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen soll deshalb die Frage bilden, welche inhaltlichen Aussagen dem Begriff des Untermaßverbots zu entnehmen sind, so dass der Terminus an greifbaren, nachvollziehbaren Konturen gewinnt, was sich schon deshalb als sinnvoll erweist, weil diese dogmatische Figur in weitaus geringerem Maße im Vordergrund juristischer Betrachtungen stand und steht als dies im Hinblick auf das vielfältig thematisierte Übermaßverbot<sup>508</sup> zu verzeichnen ist. Das Bemühen um Beantwortung der aufgeworfenen inhaltlichen Frage offenbart dabei zugleich, weil damit untrennbar verknüpft, die „Entdecker“ dieser dogmatischen Figur, von denen zumindest einem, dem der Begriff zugerechnet wurde, die Ehre zuteil werden sollte, namentlich in der zweiten Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung des BVerfG vom 28. 5. 1993, in welcher der Terminus des Untermaßverbots erstmals verwendet wurde, erwähnt zu werden. Im Anschluss an die inhaltliche Auseinandersetzung um das grundlegende Verständnis der hier interessierenden Figur soll den kritischen Anmerkungen im Schrifttum nachgegangen werden, die dem Verhältnis von Übermaßverbot zu Untermaßverbot gewidmet sind und dabei letzterem eine eigenständige Qualität im Vergleich zum Verhältnismäßigkeitsprinzip i. w. S. absprechen.

#### (aa) Die Inhaltlichen Aussagen des Untermaßverbots

Die Begründung grundrechtlicher Schutzpflichten nimmt den gesamten Staat in Anspruch. Es wird ihm die Verpflichtung auferlegt, seine Verantwortung für den Schutz der Grundrechte anzunehmen. Will der Staat seiner Pflicht zum Schutz gerecht werden, ist er zum Handeln aufgerufen. Dabei stellt sich aber die Frage, anhand welcher Kriterien sich feststellen lässt, ob der Staat durch die Auswahl und Anwendung bestimmter Maßnahmen die ihn treffende grundrechtliche Schutzpflicht

---

<sup>508</sup> Siehe von Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1955; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961; ders., Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 122; Grabitz, AöR 98 (1973), S. 568 ff.; Wendt, AöR 104 (1979), S. 414 ff.; Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981; Schnapp, JuS 1983, S. 850 ff.; Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985; Erichsen, Jura 1988, S. 387 f.; Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989; Stern, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 165 ff; ders., Staatsrecht, Bd. III/2, § 84; siehe aus neuerer Zeit etwa Albrecht, Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab, 1995; Heinsohn, Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Diss. Münster 1997; Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001.

in hinreichendem Maße erfüllt hat. Es muss bestimmt werden, wo die Grenze verlaufen soll, die darüber entscheidet, ob der Staat seiner Schutzpflicht in einem konkreten Fall genügen konnte oder nicht. Aus naheliegenden Gründen tendierte man nie in Richtung einer Obergrenze für staatlichen Handlungen. Der juristische Blick war stets dem Boden zugeneigt, denn es galt eine Untergrenze zu formen, die dazu berufen war, ein Mindestschutzniveau zu gewährleisten. Bei der Suche nach solchen, am unteren Rand ansetzenden verfassungsrechtlichen Vorgaben für staatliches Handeln fällt der Blick auf die hier in Rede stehende dogmatische Figur des Untermaßverbots, verstanden im Sinne eines dem Staat auferlegten Schutzminimums.<sup>509</sup> Bei dem Untermaßverbot handelt es sich damit um einen rechtlichen Prüfungsmaßstab im Hinblick auf die Beantwortung der Frage, welchem Mindestniveau staatliche Maßnahmen Rechnung zu tragen haben, um der Verletzung einer bestehenden staatlichen Pflicht zum Schutze der Grundrechte entgehen zu können.<sup>510</sup> Das Untermaßverbot stellt damit ebenso wie das zumindest begriffliche Pendant des Übermaßverbots, ob es sich dabei auch um ein inhaltliches Pendant handelt, wird noch zu klären sein, eine Ermessensgrenze dar. Das den zuständigen staatlichen Instanzen eingeräumte weitreichende Ermessen bei der Umsetzung des grundrechtlichen Schutzauftrags erfährt folglich durch das Untermaßverbot eine rechtliche Einschränkung im Sinne einer Ermessensgrenze. Dabei begründet diese Ermessensgrenze konsequenterweise den notwendigen Ansatzpunkt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Offenbart sich damit die allgemeine Funktion des Untermaßverbots darin, dem gesamten staatlichen Handeln einen einzuhaltenden Mindeststandard an Grundrechtsschutz aufzugeben, bleibt die nähere Ausgestaltung dieser Untergrenze indes unbeantwortet. Möglicherweise lassen sich den Ausführungen der „Erfinder“ dieser dogmatischen Rechtsfigur weiterreichende Konkretisierungshinweise entnehmen.

### (I) Canaris

Die dogmatische Figur des Untermaßverbots geht auf eine 1984 erschiene Abhandlung von Canaris<sup>511</sup> zum Thema „Grundrechte und Privatrecht“ zurück, in welcher sich Canaris mit den Auswirkungen grundrechtlicher Schutzpflichten auf dem

<sup>509</sup> Siehe Dreier, in: ders., vor Art. 1 Rn. 64.

<sup>510</sup> Siehe Hain, DVBl. 1993, S. 982 (983); Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 814.

<sup>511</sup> Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 ff.

Gebiet des Privatrechts beschäftigte. Bereits der von Canaris gewählte Titel seiner Arbeit fördert die privatrechtliche Ausrichtung seiner Untersuchung deutlich zutage. Canaris zufolge erweist sich das Fehlen von Schutzvorschriften dann als verfassungswidrig, wenn das verfassungsrechtlich gebotene Schutzminimum unterschritten ist. Aber die damit unweigerlich aufgeworfene Frage, wann eine solche Unterschreitung des Mindestschutzniveaus zu verzeichnen ist, vermochte Canaris nicht generell zu beantworten, weil ein dem Übermaßverbot entsprechendes handliches *Untermaßverbot* bisher als generelles Instrument nicht entwickelt worden sei. Da eine Lösung über allgemein gehaltene Aussagen folglich nicht in Betracht kam, schien der zutreffende Ansatz in Richtung der Umstände des Einzelfalles zu weisen, womit der Art des betroffenen Rechtsguts und der Möglichkeit zu privatautonomem Selbstschutz maßgebliche Bedeutung zukam.<sup>512</sup> Diesen auf den Einzelfall abstellenden Konkretisierungsansatz zur Bestimmung des verfassungswidrigen Schutzdefizits griff Canaris wenige Jahre später erneut auf, indem er weitere Ansatzpunkte einführte, wie die Ranghöhe des bedrohten Rechtsguts sowie die Intensität der Bedrohung.<sup>513</sup>

Was das Verhältnis der beiden hier in Rede stehenden dogmatischen Figuren anbelangt, erblickte Canaris im Untermaßverbot eine Entsprechung zum Verhältnismäßigkeitsprinzip i. w. S., das sich für die Problematik des gesetzgeberischen Unterlassens, die im Zusammenhang mit Verwirklichung der Schutzgebotsfunktion steht, nicht heranziehen lasse, weil das Übermaßverbot auf Eingriffe des Staates in Grundrechte zugeschnitten sei, also auf positives Tun und gerade nicht auf staatliches Unterlassen.<sup>514</sup>

## (II) Götz

Götz brachte den Begriff vom Untermaßverbot im Zusammenhang mit dem Gewaltmonopol des Staates ins Spiel. Der Rechtsstaat könne in eine ernsthafte Krise geraten, wenn illegaler privater Gewalt überhaupt nicht oder nicht im erforderlichen Umfang durch staatliche Gewaltanwendung entgegengetreten werde. Das von Götz verwendeten Untermaßverbot ist also im Hinblick auf den gebotenen Umfang

---

<sup>512</sup> Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 (228).

<sup>513</sup> Canaris, JuS 1989, S. 161 (163).

<sup>514</sup> Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 (228); ders., JuS 1989, S. 161 (163).

staatlicher Gewaltanwendung von Bedeutung. Unbeantwortet bleibt indes die naheliegende und interessante Frage nach dem konkreten inhaltlichen Aussagegehalt dieser neuen Rechtsfigur; Götz enthielt sich insoweit jeder inhaltlichen Präzisierung des von ihm angeführten Untermaßverbots.<sup>515</sup>

### (III) Isensee

Isensee erachtete die mit Hilfe des Untermaßverbots dem Staat auferlegte verfassungsrechtliche Vorgabe eines Mindeststandards an Grundrechtssicherheit auf das Gebot der Effektivität festgelegt. Ziel staatlichen Ermessens sei also die effektive Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht. Dabei fungiere das dem Gestaltungsermessen aufgebene Untermaßverbot als Korrelat zum Übermaßverbot.<sup>516</sup>

### (IV) BVerfG

Das BVerfG hatte den Begriff des Untermaßverbots, verstanden im Sinne der dargestellten Argumentation Isensees als Zielvorgabe effektiven Schutzes, in seinem zweiten Abtreibungsurteil vom 28. 5. 1993<sup>517</sup> aufgegriffen, in dem es über die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des am 27. 7. 1992 verkündeten Schwangeren- und Familienhilfegesetzes<sup>518</sup> zu befinden hatte, das ein neuartiges Schutzkonzept mit einem Beratungs- und Fristenmodell vorsah. Den dagegen gerichteten Bedenken war das BVerfG in seiner Entscheidung schließlich gefolgt, mit der Folge, dass es die mit dem Grundgesetz unvereinbaren §§ 218 a I, 219 StGB in der Fassung des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes für nichtig erklärte. Die im zweiten Schwangerschaftsabbruch-Urteil aufgestellten sehr detaillierten, weitreichenden Vorgaben an den Gesetzgeber für eine Regelung der Strafbarkeit basierten dabei zu einem nicht unerheblich Teil auf der dogmatischen Figur des Untermaßverbots, wie die folgende einschlägige Passage der Entscheidung des BVerfG vom 28. 5. 1993 zeigt:

<sup>515</sup> Götz, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 79 Rn. 30 ff.

<sup>516</sup> Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 165; zustimmend Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 30 ff., der die Verpflichtung zu effektivem Schutz als sekundäre Schutzpflicht bezeichnet; ders., S. 111 ff.; E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1637 f.); kritisch Hain, DVBl. 1993, S. 982 (983).

<sup>517</sup> BVerfGE 88, S. 203 ff.; siehe zur Orientierung des materiellen Inhalts der Schutzpflicht am Gedanken der Effektivität des Grundrechtsschutzes bereits BVerfGE 39, S. 1 (47); 46, S. 160 (164).

<sup>518</sup> BGBl I 1398.

„Art und Umfang des Schutzes im einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das *Untermaßverbot* zu beachten (vgl. zum Begriff Isensee in: Handbuch des Staatsrecht, Band V, 1992, § 111 Rdnrn. 165 f.); insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Notwendig ist ein - unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - angemessener Schutz; entscheidend ist, dass er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen.“<sup>519</sup>

Unter den vom BVerfG herangezogenen Prüfungskriterien, die der inhaltlichen Konkretisierung der neuen Rechtsfigur des Untermaßverbots dienen, kommt der aufgestellten Forderung nach wirksamem Schutz die zentrale Bedeutung zu („ ... ; *entscheidend* ist, dass er (der Schutz) als solcher wirksam ist.“)<sup>520</sup>. Dabei greift das BVerfG mit der Vorgabe des wirksamen Schutzes auf das Gebot der Effektivität zurück, so dass sich die staatlichen Maßnahmen zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten am Gebot effektiven Schutzes des gefährdeten Rechtsguts zu orientieren haben.<sup>521</sup>

#### (bb) Die Kritik am Untermaßverbot

Die neue dogmatische Figur des Untermaßverbots hat vielfach heftige Kritik im Schrifttum auf sich gezogen, wobei anzumerken bleibt, dass vorrangig das Verhältnis von Untermaßverbot zu Übermaßverbot einer eingehenden kritischen Betrachtung unterworfen wird. Dabei stellt sich die Frage, ob der Gestaltungsspielraum des

<sup>519</sup> BVerfGE 88, S. 203 (254); Hervorhebung im Original; Urteilsanalyse bei Starck, JZ 1993, S. 816 ff.; siehe zur Kritik an den vom BVerfG im 2. Abtreibungsurteil aufgestellten detaillierten, weitreichenden Vorgaben an den demokratischen Gesetzgeber oben 4. Teil D. II. 2. b) dd); ferner BVerfG, NJW 1995, S. 2343; BVerfG, NJW 1996, S. 651.

<sup>520</sup> BVerfGE 88, S. 203 (254); Hervorhebung durch den Verf.; siehe Hesse, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (545), demzufolge die Wirksamkeit der Wahrnehmung der grundrechtlichen Schutzpflicht zu den eindeutigen verfassungsrechtlichen Normierungen gehöre, an die der Gesetzgeber gebunden sei, weil eine Pflicht, unwirksame Maßnahmen zu ergreifen, widersinnig wäre. Weniger eindeutig sei hingegen normiert, wann eine Vorkehrung des Gesetzgebers als wirksam zu betrachten sei.

<sup>521</sup> Siehe E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1637 f.); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (88); Wollenteit/Wenzel, NuR 1997, S. 60 (62); Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038 f.); Brüning, JuS 2000, S. 955 (957 Fn. 28).

Gesetzgebers durch zwei gleichermaßen zu beachtende Begrenzungen eingeeengt wird, nämlich zum einen durch das bei Eingriffsgesetzen geltende Übermaßverbot zugunsten des in seiner Freiheit Beeinträchtigten sowie zum anderen durch das für die Erfüllung der Schutzpflicht geltende Untermaßverbot zugunsten des zu Schützenden.<sup>522</sup> Schreibt man diesen beiden Grenzen rechtliche Geltungskraft zu,<sup>523</sup> dann folgt aus dem Übermaßverbot das Höchstmaß und aus dem Untermaßverbot das Mindestmaß gesetzgeberischen Handelns, mit der Folge, dass dem Gesetzgeber ein legislativer Handlungsspielraum zwischen den beiden aufgezeigten Extremen zusteht.<sup>524</sup> Eine solche eigenständige Qualität wird dem Untermaßverbot jedoch von einem beachtlichen Teil der Literatur versagt. Die angebliche Spanne zwischen Mindest- und Höchstmaß, zwischen Unter- und Obergrenze gesetzgeberischen Handelns bestehe nämlich in Wahrheit nicht, vielmehr würden die beiden angeführten Grenzen zusammenfallen.<sup>525</sup> Das Verhältnismäßigkeitsprinzip i. w. S. finde uneingeschränkte Anwendung auf die dreiseitigen (sog. trigonalen) Beziehungsfelder, welche der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten zugrunde liegen.<sup>526</sup> Vergegenwärtigt man sich die klassischen Prüfungsstufen des Übermaßverbots, lassen sich die folgenden Anforderungen an staatliches Eingriffsverhalten zur Erfüllung des Schutzzwecks formulieren: Der *staatliche* Eingriff in das beeinträchtigte Rechtsgut des (potentiellen) *Störers* muss zur Erreichung des angestrebten Schutzes des Grundrechts des gefährdeten *Dritten* geeignet, erforderlich und angemessen sein. Hat man den als Oberbegriff fungierenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i. w. S. solchermaßen strukturiert auf seine einzelnen Prüfungskriterien zurückgeführt, stellt sich die Frage, ob der Konflikt zwischen den entgegenstehenden Interessen des Störers, dessen Abwehrrecht zu wahren ist, und des Opfers, dessen Schutzbedürfnis zu erfüllen ist, nicht auch mit Hilfe dieser klassischen Prüfungsstufen konstruktiv gelöst werden kann, so dass sich der Rückgriff auf die dogmatische Figur des Untermaßverbots erübrigt. Die aufgeworfene Frage wird von den Kritikern des Untermaßverbots bejaht. So ermögliche bereits die zweite Stufe einer herkömmlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, den dargestellten

<sup>522</sup> Hain, DVBl. 1993, S. 982 (983); Starck, JZ 1993, S. 816 (817); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (88).

<sup>523</sup> So Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 165, demzufolge der Rechtsstaat von zwei Seiten unter grundrechtlichen Rechtfertigungszwang gesetzt wird; ebenso ders., in: Festschrift für Großfeld, 1999, S. 485 (497); Hain, DVBl. 1993, S. 982, sieht den Gesetzgeber deshalb „in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot“, so der Titel seiner Abhandlung.

<sup>524</sup> Canaris, JuS 1989, S. 161 (163 f.).

<sup>525</sup> So die insb. von Hain, DVBl. 1993, S. 982 (983), vertretene Kongruenzthese.

<sup>526</sup> Hain, DVBl. 1993, S. 982 (983 f.); ders., ZG 1996, S. 75 (75, 79 f.); Unruh, S. 87.

Interessenwiderstreit konstruktiv zu verarbeiten, zwingt das Kriterium der Erforderlichkeit doch zu der Feststellung, „*dass der Staat im Hinblick auf das tangierte Grundrecht gerade noch tun darf, was er als „erforderlich“ für das zu schützende Gut tun muss*“, so dass sich „das „Erforderliche“ i. S. des Verhältnismäßigkeitsprinzips i. w. S. ... kaum vom „notwendigen, als solchem wirksamen Schutz“ i. S. des Bundesverfassungsgerichts ... unterscheiden lassen (dürfte).“<sup>527</sup> Ferner finde im Rahmen der Verhältnismäßigkeit i. e. S., dem dritten Element des Übermaßverbots, von jeher eine Güterabwägung statt, mit dem Ziel, die widerstreitenden Interessen einander verhältnismäßig zuzuordnen, so dass auch die weitere Forderung des BVerfG nach einem angemessenen Schutz mit Hilfe des klassischen Kriteriums der Zumutbarkeit dogmatisch aufgefangen werden könne.<sup>528</sup> Damit trete jedoch deutlich in Erscheinung, dass das alt bekannte und erprobte Übermaßverbot adäquate Ansätze zur Verfügung halte, um eine umfassende Lösung der Problematik sowohl des zulässigen Höchstmaßes des Eingriffs als auch des „Mindestmaßes“ staatlichen Schutzes herbeizuführen. Spätestens die auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit i. e. S. angesiedelte umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen bringe das aus der Perspektive des Beeinträchtigten zulässige Höchstmaß mit den Mindestschutzanforderungen des Schutzsuchenden zur vollständigen Deckung, womit der angesprochene Problemkreis also ohne unnötige Verkomplizierungen, und seien sie auch nur terminologischer Art, mit Hilfe

---

<sup>527</sup> So Hain, DVBl. 1993, S. 982 (983); Hervorhebung im Original; ders., ZG 1996, S. 75; ihm folgend Starck, S. 88 f.: „Der Staat darf im Hinblick auf das tangierte Grundrecht gerade noch tun, was er als notwendig für das zu schützende Schutzgut tun muss.“; zustimmend Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 814. Die Gleichsetzungs- bzw. Kongruenzthese Hains im Falle der Kollision von grundrechtlichen Abwehrrechten und grundrechtlichen Schutzpflichten lehnt Dietlein, ZG 1995, S. 131 (136 ff.), mit eingehender Begründung ab, weil das Über- und Untermaßverbot von ihrem methodischen Ansatz her auf verschiedenen normativen Ebenen angesiedelt seien. Die Erforderlichkeit im Sinne des Übermaßverbots sei eine auf ein konkretes Gesetzeswerk bezogene Größe, wohingegen „die Erforderlichkeit des Untermaßverbots eine das konkrete Gesetz transzendierende, von dessen Zielkonzeption grundsätzlich unbeeinflusste und unmittelbar auf das Verfassungsrecht bezogene Größe“ darstelle (gegen diese Verortung von Über- und Untermaßverbot auf unterschiedlichen normativen Ebenen Hain, ZG 1996, S. 75 (79); Unruh, S. 86). Zum Verhältnis von Über- und Untermaßverbot stellt Dietlein, ebd., S. 138, schließlich zusammenfassend fest: „Das Übermaßverbot sagt lediglich, ob der Gesetzgeber das von ihm gesetzte Ziel mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgt, nicht aber, ob und inwieweit diese Zielverfolgung sowie der Einsatz des gewählten Mittels verfassungsrechtlich geboten oder gar gefordert ist. Aus dem Übermaßverbot ergeben sich folglich keine Präjudizien für die Prüfung des Untermaßverbotes.“; zustimmend Jaeckel, S. 94; Lerche, in: Festschrift für Odersky, 1996, S. 215 (229 Fn. 31); Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038); ihm folgend Michael, JuS 2001, S. 148 (151); ders., JuS 2001, S. 764 (766): „Aber während die Erforderlichkeit i. S. des Übermaßverbots nach *milderen, gleich effektiven* Alternativen fragt, sind bei der Effektivitätsprüfung des Untermaßverbots *effektiver, gleich milde* Mittel zu erwägen.“; Hervorhebung im Original.

<sup>528</sup> Hain, DVBl. 1993, S. 982 (983); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (88).

einer einzigen dogmatischen Figur gelöst werden könne.<sup>529</sup> Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen wird die Rechtsfigur des Untermaßverbots von Teilen der Literatur nicht nur zurückhaltend in Frage zu stellen, sondern ihr wird weitergehend jede eigenständige Bedeutung versagt: „Aus dem Untermaßverbot ergeben sich keinerlei Anforderungen, die unter Zugrundelegung der Annahme staatlicher Schutzpflichten nicht ohnehin bestehen.“, bzw. „Aus dem Untermaßverbot folgt nichts, was sich nicht schon aus dem Übermaßverbot ergäbe.“<sup>530</sup>

## (b) Zusammenfassung

(aa) Da der EuGH im Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfung der mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahmen zur Erfüllung grundfreiheitlicher Schutzpflichten den einschlägigen Kontrollmaßstab nicht mit Hilfe der drei klassischen Teilgebote des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit entwickelt, sondern insoweit auf die (Prüf-)Kriterien „geeignet“, „ausreichend“ und „wirksam“ zurückgreift, *scheint* er sich an die aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannte dogmatische Figur des Untermaßverbots anzulehnen.<sup>531</sup>

Was die verwendete Wortwahl des EuGH anbelangt, muss man aber sicherlich im Hinblick auf daraus ableitbare Schlussfolgerungen Vorsicht walten lassen, obgleich die neuere Rechtsprechung des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip an klaren und gefestigten Konturen gewonnen hat, wohingegen sich die ältere Judikatur des EuGH durch eine vielfältige Wortwahl

<sup>529</sup> Siehe Hain, DVBl. 1993, S. 982 (983); Starck, JZ 1993, S. 816 (817); Hain, ZG 1996, S. 75 ff.; Erichsen, Jura 1997, S. 85 (88); Dreier, in: ders., vor Art 1 Rn. 64; Sachs, in: ders., vor Art. 1 Rn. 36, Art. 20 Rn. 147; Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 33 Fn. 43; Denninger, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 561 (566 ff.); Starck, S. 81 f., 88 f.; ders., in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Rn. 160 Fn. 126; Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 813 f.; Unruh, S. 87; a. A. Dietlein, ZG 1995, S. 131 (136 ff.); Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038 f.); Michael, JuS 2001, S. 148 (151); Jaekel, S. 94 ff.

<sup>530</sup> Hain, DVBl. 1993, S. 982 (983); ihm folgend Starck, JZ 1993, S. 816 (817). Siehe Erichsen, Jura 1997, S. 85 (88), mit dem Hinweis auf den schmalen Anwendungsbereich von Fällen des Untermaßverbots als eigenständiger dogmatischer Figur, in denen die Erfüllung der Schutzpflicht von keinen Eingriffen in Grundrechtspositionen anderer begleitet wird; gegen die eigenständige Bedeutung des Untermaßverbots in diesen seltenen Fällen Hain, ZG 1996, S. 75 (82); Unruh, S. 88. Anders Dietlein, ZG 1995, S. 131 (135), der das personale Dreiecksverhältnis Staat - Störer - Opfer für keine zwangsläufige Gegebenheit im Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten hält, also die Dreiecksbeziehung in größerem Maße als andere Autoren für nicht gegeben ansieht. Aber auch innerhalb des Rechts-Dreiecks könne der private Störer nicht notwendig in jedem Fall grundrechtlich geschützte Positionen geltend machen, vor allem bei missbräuchlicher Freiheitsausübung durch schädigende Verhaltensweisen, wie z. B. das Anzünden von Häusern oder das Trachten nach dem Leben von Mitbürgern, sei die Berufung auf Grundrechte ausgeschlossen.

<sup>531</sup> So vor allem Meurer, EWS 1998, S. 196 (200); anders Hilf/Staebe, in: E. Klein, S. 211 (229 Fn. 53).

auszeichnete. Denn es gilt insoweit zu berücksichtigen, dass sich die Rechtsprechung des EuGH mit der Rechtsfigur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten auf dogmatischem Neuland bewegt, weil dem klassischen Gewährleistungsgehalt der Grundfreiheiten eine für das Europäische Gemeinschaftsrecht völlig neue Dimension hinzugefügt wird, so dass sich die Terminologie des EuGH als keineswegs ausgereift erweisen muss.

Darüber hinaus darf aber nicht unbeachtet bleiben, dass der EuGH bei der konkreten Ausformulierung des allgemeinen gerichtlichen Prüfungsmaßstabes für den Bereich der grundfreiheitlichen Schutzpflichten ausdrücklich allein die Kriterien der „geeigneten“ und der „ausreichenden“ Schutzmaßnahmen einbezieht, wohingegen das von Teilen der Literatur<sup>532</sup> im Zusammenhang mit der gerichtlichen Kontrolle herausgestellte Kriterium des „wirksamen“ Schutzmittels lediglich im Rahmen der richterlichen Feststellung eines Zwischenergebnisses Eingang in die Entscheidungsgründe des Urteils vom 9. 12. 1997 findet. Infolgedessen dürfte die vorgenommene Interpretation des zuletzt genannten Kriteriums „wirksam“ als allgemeines Prüfkriterium, das den einschlägigen Kontrollmaßstab für die Ermessensprüfung auf dem Gebiet der grundfreiheitlichen Schutzpflichten inhaltlich (mit-)präzisiert, wohl zu weit gehen; für eine Aufwertung dieses Kriteriums über die konkrete Feststellung eines Zwischenergebnisses hinaus als allgemeines Kontrollkriterium bietet das EuGH-Urteil vom 9. 12. 1997 jedenfalls keine wirklichen Anhaltspunkte.<sup>533</sup>

(bb) Von den beiden vom EuGH im Urteil französische Agrarblockaden ausdrücklich herangezogenen Kontrollparametern der „geeigneten“ und der „ausreichenden“ Schutzmaßnahmen dürfte dem (Verhältnismäßigkeits-)Kriterium der Geeignetheit die zentrale Bedeutung im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle zukommen, und dies wohl aus folgendem Grund: Der Gerichtshof greift bei der dogmatischen Begründung der neuen Rechtsfigur der staatlichen Schutz- und damit Handlungspflichten nicht nur auf die konkret betroffene Grundfreiheit selbst zurück, sondern auch auf den Art. 10 I 1 EG, demzufolge „die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder

---

<sup>532</sup> Vor allem Meurer, EWS 1998, S. 196 (200); siehe aber auch Jaeckel, S. 270 f.

<sup>533</sup> Gleiches gilt im übrigen auch für das von Jaeckel, S. 270 f., 281, favorisierte Kriterium der (zur Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten) „unabdingbaren“ Schutzmaßnahmen; siehe dazu oben 4. Teil D. III. 2. a) aa).

besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen (treffen), die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben.“ Die richterliche Festlegung des einschlägigen Kontrollmaßstabes unter Rückgriff auf das allgemeine Prüfkriterium der Geeignetheit scheint also maßgeblich auf der vom EuGH befürworteten dogmatischen Rechtfertigung staatlicher Schutzpflichten zu beruhen.

Völlig sichere, aus den Entscheidungsgründen des Urteils vom 9. 12. 1997 abgeleitete Schlussfolgerungen, was den schutzpflichtrelevanten Kontrollmaßstab angeht, fallen aber schwer, und zwar vor allem deshalb, weil das EuGH-Urteil französische Agrarblockaden das bislang einzige Urteil des Gerichtshofs darstellt, das die hier interessierende Thematik der grundfreiheitlichen Schutzpflichten ausdrücklich aufgreift, so dass man letztlich weitere diesbezügliche Entscheidungen des EuGH abwarten muss, um gesicherte Erkenntnisse gewinnen zu können.

bb) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden

Abweichend von der Rechtsprechung des EuGH erblickte Generalanwalt Lenz in seinen zeitlich dem Urteil vom 9. 12. 1997 vorausgehenden Schlussanträgen zur gleichen Rechtssache im gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i. w. S. die entscheidende äußere Grenze des mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums, die im Hinblick auf ihre Einhaltung bzw. Überschreitung der eingeschränkten gerichtlichen Prüfungskompetenz des EuGH unterfällt. Der Generalanwalt zog damit das Übermaßverbot als relevanten Prüfungsmaßstab heran, klar strukturiert in seine tragenden Elemente. So betonte Generalanwalt Lenz entgegen dem EuGH die gerichtlichen Kontrollparameter der Erforderlichkeit und der Angemessenheit als zentrale Prüfungsstufen des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit:

„Es ist Sache des jeweiligen Mitgliedstaats, zu entscheiden, welche Mittel er einsetzt, um Gefahren von der Freiheit des Warenverkehrs abzuhalten, die aus den Handlungen von Privatpersonen folgen. Der Gerichtshof hat aber die Befugnis, zu

überprüfen, ob der Mitgliedstaat insoweit alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen getroffen hat.“<sup>534</sup>

#### b) Die Evidenzkontrolle durch den EuGH

Die Beachtung der Kriterien „geeignet“ und „ausreichend“ (EuGH) bzw. „erforderlich“ und „angemessen“ (Generalanwalt Lenz) durch den betroffenen Mitgliedstaat beim Ergreifen staatlicher Schutzmaßnahmen unterfällt damit der gerichtlichen Überprüfungscompetenz des EuGH. Bislang unbeantwortet blieb aber die Frage nach der vom EuGH konkret angewendeten Kontrollintensität. Wie die obigen Ausführungen zeigten, nimmt der EuGH die gerichtliche Kontrolle im Hinblick auf die Beachtung der materiellen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips in den Fällen sehr weitreichend zurück, in denen den handelnden Gemeinschaftsorganen wegen des politisch-prognostischen Charakters der von ihnen zu treffenden Entscheidungen ein Ermessensspielraum zusteht, mit der Folge, dass sich die richterliche Überprüfung der fraglichen Maßnahme auf das Vorliegen einer offenkundigen Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beschränkt, so dass sich die gerichtliche Kontrolle der Verhältnismäßigkeit als eine zurückhaltende Evidenzkontrolle darstellt. Von besonderem Interesse erscheint damit die Frage, ob auch im Bereich der hier interessierenden staatlichen Schutzpflichten, wo den Mitgliedstaaten bei der Erfüllung des an sie adressierten grundfreiheitlichen Schutzgebots ein Ermessensspielraum zusteht, die gerichtlichen Überprüfungscompetenz des EuGH von einem restriktiven Evidenzmaßstab als Ausdruck richterlicher Zurückhaltung begleitet wird.

#### aa) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997

---

<sup>534</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6981 Rn. 49). Darüber hinaus greift GA Lenz, ebd. S. I-6980 Rn. 45, auch noch das Kriterium der Geeignetheit auf, ohne es jedoch ausdrücklich in den gerichtlichen Prüfungsmaßstab zu integrieren: „So wird man auch im hier vorliegenden Bereich nicht verlangen dürfen, dass ein Mitgliedstaat ein bestimmtes Ergebnis - hier also die Freiheit des Warenverkehrs - garantiert („obligation de résultat“) (ebenso GA Lenz, ebd., S. I-6986 Rn. 66: „... von der Beklagten (wird) kein absoluter Schutz der Warenverkehrsfreiheit verlangt. Es ist natürlich für einen Mitgliedstaat unmöglich, Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten vollkommen vor Angriffen durch Privatpersonen zu schützen.“). ... Aber zumindest (wird) zu verlangen sein, dass er die zur Herbeiführung dieses Zieles erforderlichen Schritte unternimmt. Man wird mit anderen Worten verlangen müssen, dass der betroffene Mitgliedstaat „alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner und besonderer Art“ trifft, um dieses Ergebnis zu bewirken („obligation de moyens“).“

Den beiden im folgenden angeführten Urteilspassagen kann doch recht deutlich die richterliche Heranziehung eines Evidenzmaßstabes im Zusammenhang mit dem Prüfungsmaßstab der „geeigneten“ und „ausreichenden“ Schutzmaßnahmen entnommen werden, wenngleich Zweifel bestehen bleiben, ob sich die im Urteil des EuGH befürwortete Zurücknahme der gerichtliche Kontrolle dieser beiden Prüfkriterien über den konkret entschiedenen Fall der französischen Agrarblockaden hinaus verallgemeinern lässt; darauf wird noch sogleich im Anschluss an die Ausführungen des EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 zurückzukommen sein:

„Ohne die Schwierigkeiten der zuständigen Behörden bei der Bewältigung von Situationen der hier in Rede stehenden Art zu verkennen, ist somit festzustellen, dass die Maßnahmen, die die französische Regierung getroffen hat, angesichts der Häufigkeit und Schwere der von der Kommission aufgeführten Vorfälle *offenkundig* nicht ausreichen, um den freien innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen in ihrem Gebiet ... zu gewährleisten.“<sup>535</sup>

In die gleiche Argumentationsrichtung führen die weiteren Aussagen des EuGH ein wenig später im Urteil in Form einer Zusammenfassung:

„Nach alledem hat sich die französische Regierung im vorliegenden Fall *offenkundig* und beharrlich geweigert, ausreichende und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Sachbeschädigungen zu unterbinden, die in ihrem Gebiet den freien Warenverkehr mit bestimmten landwirtschaftlichen Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten gefährden, und die Wiederholung solcher Vorfälle zu verhindern.“<sup>536</sup>

Nimmt man die Ausführungen des EuGH in den Blick, so erscheint es als ein wenig zweifelhaft, ob sich der EuGH vom Grundsatz her bereits endgültig für einen restriktiven Kontrollansatz in Gestalt einer Evidenzkontrolle auf dem dogmatischen Gebiet staatlicher Schutzpflichten entschieden hat oder ob nicht vielmehr die Heranziehung eines Offenkundigkeitsmaßstabes eine singuläre, auf den konkret entschiedenen Fall französische Agrarblockaden beschränkte Erscheinung darstellt,

---

<sup>535</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7002 f. Rn. 52); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>536</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7002 f. Rn. 52); Hervorhebung durch den Verf.

der keine dogmatische Dauerhaftigkeit anhaften soll. Der EuGH zieht den Evidenzmaßstab im Urteil vom 9. 12. 1997 allein im Rahmen der richterlichen Feststellung heran, dass die Französische Republik keine geeigneten und ausreichenden Schutzmaßnahmen ergriffen hat, womit er also Eingang in die konkrete einzelfallbezogene Sachverhaltssubsumtion findet. Selbst im Falle einer Frankreich entgegenkommenden zurückhaltenden Evidenzkontrolle steht die Nichtbeachtung der aufgestellten Prüfkriterien der „geeigneten“ und „ausreichenden“ Schutzmaßnahmen fest, keineswegs jedoch, ob darüber hinausgehend die Intensität der gerichtlichen Überprüfung der tatsächlich getroffenen Schutzmaßnahmen zur Erfüllung staatlicher Schutzpflichten anhand der beiden Kriterien „geeignet“ und „ausreichend“ stets eine solch weitgehende Einschränkung im Sinne einer Festlegung auf einen Evidenzmaßstab erfahren soll.<sup>537</sup>

bb) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden

Ebenso wie der EuGH spricht sich auch Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache französische Bauernproteste mit deutlichen Worten zugunsten eines Evidenzmaßstabes bei der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips i. w. S. aus. Im Gegensatz zum EuGH stellt aber der Generalanwalt deutlich heraus, dass die befürwortete zurückhaltende Evidenzkontrolle eine konsequente Folge des weiten Ermessensspielraums darstellt, der den Mitgliedstaaten bei der Erfüllung grundfreiheitlicher Schutzpflichten zusteht:

„Um dem unzweifelhaft bestehenden Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten gerecht zu werden, wird man in der Tat einen Verstoß gegen die aus Artikel 30 in Verbindung mit Artikel 5 (jetzt: Art. 28 i. V. m. Art. 10 EG) sich ergebenden Pflichten nur dann annehmen dürfen, wenn *klar und deutlich* feststeht, dass ein Mitgliedstaat nicht alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen getroffen hat, um den Warenverkehr vor Ausschreitungen von Privatpersonen zu schützen.“<sup>538</sup>

cc) Zusammenfassung

<sup>537</sup> Ebenso Meurer, EWS 1998, S. 196 (200 f.).

<sup>538</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6981 Rn. 49); Hervorhebung durch den Verf.

Wie bereits ausführlich dargelegt, beschränkt der EuGH seine gerichtliche Kontrollintensität auf eine bloße Evidenzkontrolle, wenn es in der Fallgruppe der Anerkennung von Ermessensspielräumen wegen der politisch-prognostischen Natur der zu treffenden Entscheidungen um die Frage einer möglichen Verletzung des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane geht. Die offensichtliche Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die in Frage stehenden gemeinschaftlichen Maßnahmen markiert den Bezugspunkt der gerichtlichen Überprüfung. Der Gerichtshof verknüpft also in diesem speziellen Ermessensbereich<sup>539</sup> den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Prüfungsmaßstab mit der Evidenzkontrolle als Prüfungsdichte. Im Urteil vom 9. 12. 1997, wo den Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten ein Ermessensspielraum zugestanden wird, greift der EuGH nun nicht auf den rechtlichen Prüfungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit zurück, sondern bedient sich des Prüfungsmaßstabes der „geeigneten“ und „ausreichenden“ Schutzmaßnahmen, ohne jedoch die aus der Fallgruppe des Ermessens wegen der politisch-prognostischen Natur einer Entscheidung bekannte Beschränkung der Prüfungsdichte auf eine Evidenzkontrolle aufzugeben, so dass auch insoweit eine vergleichbare inhaltliche Verbindung von Kontrollmaßstab und Kontrolldichte in Erscheinung tritt. Da der Umfang der gerichtlichen Überprüfung im Hinblick auf die beiden schutzpflichtrelevanten Prüfkriterien auf eine zurückhaltende Evidenzkontrolle reduziert wird, kann eine Verletzung der grundfreiheitlichen Schutzpflicht nicht bereits dann festgestellt werden, wenn sich die mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahmen zur Erfüllung grundfreiheitlicher Schutzpflichten als ungeeignet oder nicht ausreichend erweisen, sondern erst dann, wenn sie offensichtlich ungeeignet oder offensichtlich nicht ausreichend sind.

dd) Die Evidenzkontrolle bei den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates im deutschen Verfassungsrecht

---

<sup>539</sup> Wie bereits oben 4. Teil D. III. 1. b) bb) dargestellt, lässt sich der vom EuGH gewählte Ansatz über die Fallgruppe des politisch-prognostischen Charakters einer Entscheidung hinaus durchaus verallgemeinern.

Im Zusammenhang mit der deutschen Problematik der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten zieht das BVerfG nicht nur das Untermaßverbot heran, das den verfassungsrechtlich gebotenen Mindeststandard an Grundrechtsschutz umschreibt. Das BVerfG greift bei der gerichtlichen Überprüfung der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten auch auf die Evidenzkontrolle zurück.

Bevor das BVerfG die Kontroverse um das Untermaßverbot mit dem zweiten Abtreibungsurteil eröffnete, führte das Verfassungsgericht lediglich eine Evidenzkontrolle durch. Das BVerfG respektierte den weiten Gestaltungsspielraum des Staates bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten, indem es seine verfassungsgerichtliche Überprüfung auf eine bloße Evidenzkontrolle reduzierte, womit das Gericht zumindest verbal deutlich zum Ausdruck brachte, dass es die konkrete Handhabung der staatlichen Schutzpflicht für nur begrenzt nachprüfbar hält. Diese Beschränkung der Justitiabilität auf eine bloße Evidenzkontrolle trägt vor allem der Zukunftsgerichtetheit und Offenheit der Erfüllung legislativer Schutzpflichten Rechnung.<sup>540</sup> Dabei nahm das BVerfG eine evidente Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht erst dann an, so der Kernsatz der Evidenzformel, „wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen.“<sup>541</sup>

Von der solchermaßen umschriebenen Evidenzformel verabschiedete sich das BVerfG dann in der zweiten Schwangerschaftsabbruchentscheidung mit deutlichen

<sup>540</sup> So Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1038); zustimmend Brüning, JuS 2000, S. 955 (957).

<sup>541</sup> BVerfGE 79, S. 174 (202); ferner BVerfGE 46, S. 160 (164 f.); 56, S. 54 (71, 80 ff.); 77, S. 170 (214 f.); 77, S. 381 (404 f.); 85, S. 191 (212 f.); BVerfG, NJW 1983, S. 2931 f.; BVerfG, NJW 1988, S. 1651 (1653); Überblick über die Rspr. des BVerfG bei Unruh, S. 80 ff.; siehe auch Alexy, S. 420 ff.; Badura, in: Festschrift für Odersky, 1996, S. 159 (180); Hermes, S. 261 ff.; Jaeckel, S. 92; E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1637 f.); Dirnberger, DVBl. 1992, S. 879 (881); Pietrzak, JuS 1994, S. 748 (752); Erichsen, Jura 1997, S. 85 (89); Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1037). H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489 (495 f.), zufolge erweckt die Evidenzformel des BVerfG den unrichtigen Eindruck, als bestünde zwischen dem objektiven Inhalt der Schutzpflicht einerseits und dem Gegenstand des grundrechtlichen Schutzanspruchs andererseits keine inhaltliche Übereinstimmung; zustimmend Brüning, JuS 2000, S. 955 (957); für Zurückbleiben der Kontrollnorm hinter der (materiellen) Handlungsnorm aber Hesse, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (557 ff.); Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 162. Kritisch ferner Dietlein, S. 111 f.; ders., ZG 1995, S. 131 (132): Die „bis zuletzt wenig konturierte Evidenzkontrolle (dokumentierte) in dogmatischer Hinsicht eher Ratlosigkeit denn wissenschaftliche Präzision“; Murswiek, WiVerw 1986, S. 179 (190 ff.); ders., in: Sachs, Art. 2 Rn. 30, 32: zu weitreichende legislative Prärogative im Verhältnis zur richterlichen Kontrolle; Steinberg, NJW 1996, S. 1985 (1987 f.): Leerlaufen des Konzepts der grundrechtlichen Schutzpflichten im Umweltrecht.

Worten, indem das Gericht ausführte, dass „der Erfüllung der Schutzpflicht des Staates gegenüber menschlichem Leben (nicht) schon Maßnahmen (genügend), „die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind.“<sup>542</sup> Die Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ist damit offenkundig. Die rechtliche Lücke, die durch den Wegfall der Evidenzkontrolle aufgebrochen war, schloss nun die neue dogmatische Figur des Untermaßverbots.<sup>543</sup> Den neu eingeführten Prüfungsmaßstab des Untermaßverbots verband das BVerfG aber nicht mit einer zurückhaltenden Evidenzkontrolle, vielmehr hielt das Verfassungsgericht im zweiten Abtreibungsurteil eine hiervon abweichende intensivere Nachprüfung für geboten.<sup>544</sup> Wie die folgenden Urteilspassagen belegen, überprüft das BVerfG die Vertretbarkeit der konkret vom Gesetzgeber angestellten Prognosen, die seiner Entscheidung zugrunde liegen; es führt also eine im Vergleich zur Evidenzkontrolle deutlich strengere Vertretbarkeitskontrolle durch, was die Prognosefrage anbelangt, welchen Schutz staatliche Maßnahmen bieten:<sup>545</sup>

„Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen.“<sup>546</sup>

<sup>542</sup> BVerfGE 88, S. 203 (262 f.).

<sup>543</sup> Zum Verhältnis von Evidenzkontrolle und Untermaßverbot Schlette, JZ 1996, S. 327 (333 Fn. 76): „sachlich weitgehend identisch“; anders Wollenteit/Wenzel, NuR 1997, S. 60 (63), und Calliess/Kallmayer, JuS 1999, S. 785 (790 f.): Untermaßverbot als strengerer Prüfungsmaßstab.

<sup>544</sup> Für Verknüpfung von Untermaßverbot und Evidenzkontrolle im deutschen Verfassungsrecht aber Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1037), damit aus dem Untermaßverbot kein unangemessen „grober Keil“ (so Hesse, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (552)) wird, der die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers über Gebühr beschneidet; zustimmend Brüning, JuS 2000, S. 955 (958).

<sup>545</sup> Siehe Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1037); Michael, JuS 2001, S. 148 (151 Fn. 30); ders., JuS 2001, S. 764 (767). Im ersten Abtreibungsurteil, BVerfGE 39, S. 1 (46, 51 ff.), wird sogar eine intensivierte inhaltliche Kontrolle sichtbar, die über die Vertretbarkeitskontrolle der zweiten Schwangerschaftsabbruchentscheidung noch hinausgeht; dazu Michael, JuS 2001, S. 148 (151 Fn. 30); ders., JuS 2001, S. 764 (767 Fn. 42); Unruh, S. 82; kritisch Hesse, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541 (556); Möstl, DÖV 1998, S. 1029 (1037). Siehe zu den drei unterschiedlichen Kontrollmaßstäben der verfassungsgerichtlichen Überprüfung das grundlegende Mitbestimmungsurteil des BVerfG, in dem es freilich um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit gesetzlicher Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen geht, BVerfGE 50, S. 290 (332 f.): „Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, ... Demgemäß hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer *Evidenzkontrolle* ... über eine *Vertretbarkeitskontrolle* ... bis hin zu einer *intensivierten inhaltlichen Kontrolle* reichen.“; Hervorhebung durch den Verf.

<sup>546</sup> BVerfGE 88, S. 203 (254).

„Soweit seinen Entscheidungen zugleich Prognosen über tatsächliche Entwicklungen, insbesondere die Wirkungen seiner Regelung zugrunde liegen, müssen diese Prognosen verlässlich sein; das Bundesverfassungsgericht prüft, ob sie nach Maßgabe der nachfolgenden Kriterien vertretbar sind.“<sup>547</sup>

„Die verfassungsrechtliche Prüfung erstreckt sich in jedem Falle darauf, ob der Gesetzgeber ... seinen Einschätzungsspielraum „in vertretbarer Weise“ gehandhabt hat.“<sup>548</sup>

Die im zweiten Schwangerschaftsabbruchurteil vom BVerfG befürwortete Heranziehung des Untermaßverbots, kombiniert mit einer Vertretbarkeitskontrolle, scheint aber eine eher singuläre Erscheinung darzustellen, die den Besonderheiten der konkret zu entscheidenden Sachverhaltskonstellation (Schutz des ungeborenen Lebens vor Vernichtung) Rechnung trägt, insbesondere der Bedeutung des von privater Seite gefährdeten Rechtsguts. Denn das BVerfG griff nicht nur zeitlich vor dem zweiten Abtreibungsurteil auf die Evidenzkontrolle zurück, sondern bediente sich auch nach der erstmaligen Einführung des Untermaßverbots weiterhin des Offenkundigkeitsmaßstabes, so dass von einer grundsätzlichen richterlichen Ablösung der Evidenzkontrolle durch das Untermaßverbot keine Rede sein kann.<sup>549</sup>

## **E. Die Rechtfertigung der Nichterfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten**

<sup>547</sup> BVerfGE 88, S. 203 (262).

<sup>548</sup> BVerfGE 88, S. 203 (262).

<sup>549</sup> Siehe BVerfGE 92, S. 26 (46); BVerfG, NJW 1997, S. 2509; BVerfG, BayVBl. 1998, S. 274; BVerfG, NJW 1998, S. 3264 (3265); BVerfG, NVwZ 2000, S. 309 (310); siehe auch BVerfG, NJW 1995, S. 2343, wo das Untermaßverbot und die Evidenzkontrolle beziehungslos nebeneinander gestellt werden, so dass es insoweit an einer inhaltlichen Verknüpfung dieser beiden dogmatischen Figuren gerade fehlt: „Der Staat muss allerdings Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art treffen, die dazu führen, dass ein unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter angemessener und wirksamer Schutz erreicht wird (Untermaßverbot). Das *BVerfG* hat jedoch nicht zu prüfen ob bei der Bekämpfung der Gefahren des Alkohols im Straßenverkehr bereits alle denkbaren Schutzmaßnahmen verwirklicht worden sind. Es könnte vielmehr erst dann eingreifen, wenn die staatlichen Organe gänzlich untätig geblieben wären oder wenn die bisher getroffenen Maßnahmen evident unzureichend wären.“; ebenso Kammerbeschluss des BVerfG zu den Verfassungsbeschwerden gegen die neuen bundesrechtlichen Regelungen gegen das troposphärische Ozon in den §§ 40 a ff. BImSchG, BVerfG, NJW 1996, S. 651; dazu Steinberg, NJW 1996, S. 1985 (1988 f.); zu den Bedenken im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit des „Ozon-Gesetzes“ und zum Urteil des BVerfG eingehend Schlette, JZ 1996, S. 327 ff.; Wollenteit/Wenzel, NuR 1997, S. 60 ff.

Die Nichterfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflicht des Mitgliedstaates durch das Ausbleiben von staatlichen Schutzmaßnahmen kann gerechtfertigt sein. Es kann nämlich unbestreitbar gute Gründe für den betroffenen Mitgliedstaat geben, von einem aktiven schützenden Eingreifen zugunsten der von privater Seite beeinträchtigten Grundfreiheiten abzusehen. Damit stellt sich aber die entscheidende Frage, in welchen Fällen die ausschlaggebenden Gründe, die den Mitgliedstaat zur Untätigkeit veranlassen, anzuerkennen sind und in welchen Fällen nicht. Selbstverständlich darf die aufgeworfene Frage allein unter rechtlichen Gesichtspunkten beantwortet werden. Dies führt zur grundfreiheitlichen Rechtfertigungsebene, die in die geschriebenen Rechtfertigungsgründe einerseits und die ungeschriebenen andererseits aufzuteilen ist. Unter den geschriebenen Rechtfertigungsgründen versteht man die ausdrücklich im EG-Vertrag normierten grundfreiheitlichen Rechtfertigungstatbestände. Wenngleich man sich im Falle der grundfreiheitlichen Schutzpflicht von der klassischen abwehrenden Funktion der Grundfreiheiten deutlich entfernt, vermag allein die Änderung des grundfreiheitlichen Bedeutungsgehalts den Weg zu den kodifizierten Rechtfertigungsvorbehalten nicht zu versperren. Vielmehr kommen in rechtlich unproblematischer Weise die ausdrücklichen Schrankentatbestände des EG-Vertrages als mögliche Rechtfertigungsgründe in Betracht, stellen sie doch die unerlässliche „Grundversorgung“ an strikten, eng auszulegenden Ausnahmebestimmungen dar, um ganz bestimmte und begrenzte nationale Interessen durchzusetzen. Als deutlich komplizierter erweist sich demgegenüber die Problematik, ob auf dem dogmatischen Gebiet grundfreiheitlicher Schutzpflichten zusätzlich zu den ausdrücklichen Rechtfertigungstatbeständen auch die vom EuGH entwickelten zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls im Sinne der Cassis-Formel<sup>550</sup> als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe greifen.<sup>551</sup> Die damit angesprochene Problematik soll zunächst zurückgestellt und die juristische Aufmerksamkeit allein auf die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des EG-Vertrages gelenkt werden.

---

<sup>550</sup> Siehe EuGH, Rs. 120/81 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, S. 649 (662).

<sup>551</sup> Es ist freilich umstritten, ob die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls Rechtfertigungsgründe darstellen, wenngleich manches dafür sprechen dürfte; ebenso Becker, EuR 1994, S. 162 (166); Sack, EWS 1994, S. 37 (46); Middeke, S. 174 ff.; Perau, S. 96 f.; für Tatbestandsmerkmale aber Jestaedt/Kaestle, EWS 1994, S. 26 (27); Schilling, EuR 1994, S. 50 (52); Ahlt, S. 91; Schöne, S. 116 f., 159 Fn. 618; Schweitzer/Hummer, Rn. 1135; Kingreen, S. 52, hält beide Auffassungen für unbefriedigend; siehe zum Streit um die dogmatische Einordnung der zwingenden Erfordernisse, zwangsläufige Folge der unklaren Terminologie des EuGH, etwa Jarass, EuR 1995, S. 202 (224); ders., in: Festschrift für Everling, Bd. I, 1995, S. 593 (606 f.); Kingreen, S. 52 f. m. N. zur uneinheitlichen Rspr. des EuGH.

## I. Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe

Die kodifizierten Rechtfertigungstatbestände des EG-Vertrages stellen Ausnahmebestimmungen von dem vertraglichen Grundanliegen des EG-Vertrages dar, die ungehinderte grenzüberschreitende Wahrnehmung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten durch die Marktbürger zu ermöglichen. Der mitgliedstaatlichen Berufung auf die geschriebenen Rechtfertigungstatbestände setzt die Rechtsprechung des EuGH deutliche Grenzen, damit der Ausnahmecharakter dieser Vorschriften keinesfalls in Vergessenheit gerät. Bereits das Verständnis der vertraglichen Rechtfertigungsvorbehalte als Ausnahmen legt die vom EuGH in ständiger Rechtsprechung betonte Grundregel nahe, dass die Ausnahmevorschriften grundsätzlich eng auszulegen sind.<sup>552</sup> Vor dem Hintergrund dieses zentralen Grundsatzes der eng auszulegenden Ausnahmebestimmungen hat die Judikatur des EuGH einige Richtlinien („strenge Interpretationsregeln“)<sup>553</sup> für den Bereich der Normauslegung von geschriebenen Rechtfertigungstatbeständen herausgearbeitet. In diesem Zusammenhang verdient vor allem der Einzelgrundsatz Erwähnung, dass die mögliche Rechtfertigung ausschließlich auf die ausdrücklich und enumerativ in den Rechtfertigungstatbeständen des EG-Vertrages genannten Schutzgründe gestützt werden kann, dass also der EG-Vertrag auf dem Gebiet der Grundfreiheiten eine Durchbrechung seiner Grundintention nur im Falle der Verfolgung ganz bestimmter Rechtsgüter erlaubt.<sup>554</sup> Im folgenden sollen die vom EuGH entwickelten Auslegungsregeln im Hinblick auf die vertraglichen Rechtfertigungsvorbehalte einer juristischen Betrachtung unterzogen werden, die für die neue Rechtsfigur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten auf der hier interessierenden

---

<sup>552</sup> Siehe speziell für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 7/61 (Kommission/Italien), Slg. 1961, S. 695 (720); Rs. 7/68 (Kommission/Italien), Slg. 1968, S. 633 (644); Rs. 13/68 (Salgoil), Slg. 1968, S. 679 (694); Rs. 29/72 (Marimex), Slg. 1972, S. 1309 (1318); Rs. 46/76 (Bauhuis), Slg. 1977, S. 5 (15); Rs. 113/80 (Kommission/Irland), Slg. 1981, S. 1625 (1637 f.); Rs. 95/81 (Kommission/Italien), Slg. 1982, S. 2187 (2204); Rs. C-205/89 (Kommission/Griechenland), Slg. 1991, S. I-1361 (1377); ausführlich zur engen Auslegung der Ausnahmen in der Rspr. des EuGH, nicht begrenzt auf die grundfreiheitlichen Rechtfertigungsvorbehalte Schilling, EuR 1996, S. 44 ff.; ferner Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 Rn. 2, 12; Bleckmann/Pieper, in: Dausers, B I Rn. 56; Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 36 Rn. 23; Borchardt, in: Lenz, Art. 220 Rn. 20; Middeke, S. 162; Dausers, RIW 1984, S. 197 (203 ff.); U. Becker, JA 1997, S. 65 (73); kritisch Fezer, JZ 1994, S. 623 (624); Sack, EWS 1994, S. 37 (45 f.).

<sup>553</sup> GA Roemer, Schlussanträge, EuGH, Rs. 29/72 (Marimex), Slg. 1972, S. 1309 (1322).

<sup>554</sup> Näher zu Art. 30 EG Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 36 Rn. 26 ff.; ferner Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 Rn. 4.

Rechtfertigungsebene von besonderer Bedeutung sind. Zur Beantwortung der damit aufgeworfenen Frage, welche Problemfelder im Bereich der Normauslegung für die Rechtsfigur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten von Interesse sind, wird auf die Entscheidung des EuGH vom 9. 12. 1997 und auf die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz zur gleichen Rechtssache zurückgegriffen. Sowohl dem EuGH als auch dem Generalanwalt war im Fall der französischen Agrarblockaden die Aufgabe aufgegeben, die im Zusammenhang mit den grundfreiheitlichen Schutzpflichten stehenden relevanten Auslegungsregeln auf der Rechtfertigungsebene in Erinnerung zu rufen, um dem Beklagtenvortrag der Französischen Republik argumentativ entgegenzutreten, der auf die Rechtfertigung der ungenügenden oder gar gänzlich ausgebliebenen staatlichen Schutzmaßnahmen abzielte.<sup>555</sup>

## 1. Wirtschaftliche Schwierigkeiten

### a) Die Argumentation Frankreichs im Fall französische Agrarblockaden

---

<sup>555</sup> Bei den staatlichen Entschädigungszahlungen an die Opfer der privaten Übergriffe auf den freien Warenverkehr, auf die sich die Französische Republik in der Rs. C-265/95 berief und die ihrer Meinung nach einen Ausgleich für die staatliche Untätigkeit darstellen, handelt es sich nicht um einen Rechtfertigungsgrund im dogmatischen Sinne, weshalb sie in der folgenden Untersuchung ausgeklammert werden. Der EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7004 Rn. 60), geht von der rechtlichen Unbeachtlichkeit der staatlichen Schadenskompensation aus: „Eine Entschädigung ist zwar geeignet, den von den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern erlittenen Schaden zumindest teilweise auszugleichen, kann aber die Vertragsverletzung des Mitgliedstaats nicht beseitigen.“ GA Lenz, Schlussanträge, ebd., S. I-6986 Rn. 65, weist zudem darauf hin, dass „der Ersatz der Schäden durch den französischen Staat auch negative Folgen haben (kann).“ Denn „bei den Urhebern der Ausschreitungen (kann) der Eindruck erweckt oder gestärkt werden, sie würden für ihre Taten nicht zur Verantwortung gezogen,“ weil „der Schaden eben nicht von ihnen, sondern vom Staat getragen (wird). Soweit dies einen Anreiz zu einer Wiederholung dieser Taten darstellen würde, hätte die - an sich zweifellos gut gemeinte - Regelung tatsächlich eine „perverse Folge“.“ Im Gemeinschaftsrecht kann also vom Mitgliedstaat die Abstellung der eigentlich beeinträchtigenden Vertragsverletzung, hier in der Gestalt staatlichen Unterlassens, verlangt werden; dazu Schwarze, EuR 1998, S. 53 (56). Siehe zum Vergleich auch den Naßauskiesungsbeschluss des BVerfG, E 58, S. 300 (323 f.), in dem das Gericht für das deutsche Recht den Grundsatz des Vorrangs der Abwehr eingreifender Hoheitsakte gegenüber der Entschädigung bzw. der Subsidiarität der Entschädigung aufstellt. Der Grundsatz beruht auf dem Vorrang der Bestandsgarantie des Eigentums vor der in Art. 14 III GG zum Ausdruck kommenden Wertgarantie; siehe Schwerdtfeger, Eigentumsgarantie, S. 9 f.; ders., JuS 1983, S. 104 (105); Schoch, Jura 1989, S. 529 (532); Ossenbühl, S. 261. Der Bürger ist verpflichtet, nicht zu dulden, um dann liquidieren zu können, also kein „Dulde und liquidiere“, sondern rechtswidrige Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren; siehe Mayer, S. 53 Fn. 27; W. Jellinek, S. 330; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 658; Ipsen, DVBl. 1983, S. 1029 (1031, 1038). Eine Wahlmöglichkeit des Bürgers zwischen Entschädigungsverlangen und Eingriffsabwehr zöge eine „Kommerzialisierung“ grundrechtlicher Schutzpositionen nach sich, der Staat könnte sich die Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes durch finanzielle Ersatzleistungen quasi „erkaufen“; so Scherzberg, DVBl. 1991, S. 84 (90).

Was die Rechtfertigung der vorgefallenen privaten Übergriffe französischer Landwirte einschließlich des damit in untrennbarem Zusammenhang stehenden Ausbleibens staatlicher Schutzmaßnahmen anbelangt, maß die Französische Republik in der Rechtssache französische Agrarproteste den gravierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten eine besondere Bedeutung zu, mit denen die französischen Bauern in Südfrankreich in Gefolge eines sich rasant verschärfenden Wettbewerbs auf dem Agrarmarkt konfrontiert wurden. Der von französischer Seite diagnostizierte verschärfte Wettbewerb ging dabei vornehmlich von einer enormen Steigerung spanischer Ausfuhren in Richtung des französischen Markts für Obst und Gemüse aus, wobei insbesondere Erdbeeren als landwirtschaftliche Produkte den französischen Argwohn hervorriefen.<sup>556</sup> Die Zunahme der Ausfuhren aus Spanien erfolgte dabei während eines Übergangszeitraumes, der im Zusammenhang mit den aufgestellten Bedingungen für einen Beitritt Spaniens und Portugals zu den Europäischen Gemeinschaften festgelegt wurde. Für diesen Übergangszeitraum wurden bestimmte Richtgrößen für landwirtschaftliche Produkte festgesetzt, wobei der Kommission die Kontrolle der Einhaltung der vorgegebenen spanischen Ausfuhrmengen aufgegeben war. Der eingeführte Kontrollmechanismus diente ersichtlich dazu, einem funktionierenden Wettbewerb auf dem Agrarmarkt in langsamen, aber kontinuierlichen Schritten zur Entfaltung zu verhelfen, um auf diesem Wege zum einen die landwirtschaftlichen Berufsgruppen behutsam mit den Problemen vertraut zu machen, die unausweichlich durch die Öffnung der Märkte entstehen, sowie zum anderen ausreichend Zeit für die notwendig werdenden Anpassungen einzuräumen. Waren die französischen Rechtfertigungsbemühungen doch deutlich darauf ausgerichtet, den Umfang der spanischen Ausfuhren als ursächlich für die angespannte Lage auf dem französischen Agrarmarkt und damit für die Existenzsorgen französischer Landwirte zu brandmarken, musste Frankreich indes zugestehen, dass die spanischen Ausfuhren während des geltenden

---

<sup>556</sup> Zu Recht stellte GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6974 Rn. 27), fest, dass die allein auf die spanischen Erdbeerausfuhren beschränkten Erklärungsversuche Frankreichs angesichts der festgestellten privaten Übergriffe, die auch andere landwirtschaftliche Produkte als Erdbeeren und zudem auch Ausfuhren aus anderen Mitgliedstaaten als Spanien betrafen, der aufgeworfenen Problematik nicht vollumfänglich gerecht werden konnten.

Übergangszeitraums die festgelegten Richtmargen stets einhielten, sie also gerade nicht überschritten.<sup>557</sup>

#### b) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997

Das von französischer Seite vorgetragene, aber weitgehend selbst in Zweifel gezogene Rechtfertigungsargument der wirtschaftlichen Schwierigkeiten war dem EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 ein einziger, kurz gefasster Satz wert:

„Nach ständiger Rechtsprechung können wirtschaftliche Gründe Beeinträchtigungen nicht rechtfertigen, die gemäß Artikel 30 EG-Vertrag (jetzt: Art. 28 EG) verboten sind.“<sup>558</sup>

Der hier sichtbar werdende Urteilsstil des EuGH, kurze Feststellung ohne beigefügte Begründung, der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs häufig anzutreffen ist, hat des öfteren berechtigte Kritik im Schrifttum hervorgerufen. Indes erscheint die obige schlichte richterliche Feststellung der rechtlichen Unbeachtlichkeit der angeführten wirtschaftlichen Probleme durchaus als angemessen, weil die vom Gerichtshof ausgegebene Antwort in Anbetracht einer gefestigten ständigen Judikatur des EuGH zur Problematik der wirtschaftlichen Gründe eindeutig antizipierbar ist und damit außer Streit steht. Angesichts dieser Vorhersehbarkeit des Verwerfens wirtschaftlicher Gründe als Rechtfertigung sollte der vom EuGH praktizierte schlichte Verweis auf seine ständige Rechtsprechung genügen, zumal sich der Gerichtshof noch eines ausdrücklichen Hinweises auf eine einschlägige Entscheidung bediente, nämlich auf das Urteil des EuGH vom 11. 6. 1985 in der Rechtssache 288/83, Kommission/Irland, Slg. 1985, S. 1761, Rn. 28.

#### c) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden

---

<sup>557</sup> Die Ausführungen der Französischen Republik im Fall französische Agrarblockaden werden bei GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6971 f. Rn. 19 f., 6973 Rn. 23), wiedergegeben.

<sup>558</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7004 Rn. 62).

Gleichermaßen kurz gefasst offenbaren sich die Ausführungen des Generalanwalts Lenz in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache französische Bauernproteste. Auch der Generalanwalt begnügte sich zur Widerlegung des vorgetragenen französischen Arguments mit der schlichten Feststellung, dass nach der Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf den Rechtfertigungstatbestand des Art. 30 EG jedwede Erwägungen wirtschaftlicher Natur ungeeignet sind, einen Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen des freien Warenverkehrs abzugeben.<sup>559</sup>

d) Die Beschränkung des Art. 30 EG auf „Tatbestände nichtwirtschaftlicher Art“

Zum festen Bestandteil der Rechtsprechung des EuGH zum Rechtfertigungstatbestand des Art. 30 EG gehört die Kennzeichnung und Beschränkung der in Art. 30 EG ausdrücklich aufgezählten Rechtsgüter als „Tatbestände nichtwirtschaftlicher Art“ bzw. als „Interessen nichtwirtschaftlicher Art“.

Diese Erkenntnis stellte der EuGH bereits frühzeitig in seinem ersten Urteil zu Art. 30 EG deutlich heraus und legte damit den Grundstein für eine ständige Rechtsprechung. Dabei lag der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache 7/61<sup>560</sup> vom 19. 12. 1961 ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG zugrunde, angestrengt von der Kommission gegen Italien. Die klägerische Kommission beehrte die richterliche Feststellung einer Vertragsverletzung durch die Italienische Republik, weil sie die Einfuhr bestimmter Schweinefleischerzeugnisse jeglicher Herkunft, also auch aus anderen Mitgliedstaaten, vorläufig sperrte, um den auf dem Schweinefleischsektor vorherrschenden, künstlich niedriggehaltenen Preisen zu begegnen, ohne jedoch das für die Anwendung der Schutzklausel in Art. 226 EWGV bzw. EGV (jetzt: aufgehoben) vorgeschriebene Verfahren einzuhalten. Dem EuGH bot sich damit die Gelegenheit, im Rahmen einer Gegenüberstellung die wesentlichen Unterschiede zwischen der Ausnahmebestimmung des Art. 30 EG und der Schutzklausel in Art. 226 EWGV bzw. EGV (jetzt: aufgehoben) herauszuarbeiten und zugleich im Rahmen dieser Untersuchung die rechtliche Qualifizierung der in Art. 30 EG ausdrücklich genannten Schutzgründe als „Tatbestände nichtwirtschaftlicher Art“ festzuschreiben. Die einschlägige Passage der Entscheidung des EuGH in der

<sup>559</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6974 Rn. 29).

<sup>560</sup> EuGH, Rs. 7/61 (Kommission/Italien), Slg. 1961, S. 693 ff.

Rechtssache 7/61 (Kommission/Italien) zur Gegenüberstellung von Art. 30 EG zu Art. 226 EWGV bzw. EGV (jetzt: aufgehoben) lautet dabei wie folgt:

„Im Gegensatz zu Artikel 226 (jetzt: aufgehoben) enthält Art. 36 (jetzt: Art. 30 EG), wie dies sein letzter Satz bestätigt, Tatbestände nicht wirtschaftlicher Art, die die Verwirklichung der in den Artikeln 30 bis 34 (jetzt: Art. 28 und 29 EG) aufgestellten Grundsätze nicht in Frage stellen können. Insbesondere stellt er keine allgemeine Schutzklausel auf, die neben diejenige des Artikels 226 (jetzt: aufgehoben) treten und es den Mitgliedstaaten gestatten würde, durch einseitiges Vorgehen das Verfahren und die Garantien beiseite zu schieben, welche der letztgenannte Artikel vorsieht.“<sup>561</sup>

Bereits diesem ersten Urteil des EuGH zu Art. 30 EG kann entnommen werden, dass der geschriebene Rechtfertigungstatbestand keine allgemeine Schutzklausel wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten darstellt, wie sie während der Dauer der Übergangszeit<sup>562</sup> (vgl. Art. 7 EWGV bzw. EGV, jetzt: aufgehoben) in Art. 226 EWGV bzw. EGV (jetzt: aufgehoben) zur Verfügung stand, vielmehr den durch Art. 30 EG geschützten Interessen ein nichtkommerzieller Charakter anhaftet.<sup>563</sup> Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass im Binnenmarkt zur Bewältigung von wirtschaftliche Schwierigkeiten in den einzelnen Mitgliedstaaten, welche aus der Liberalisierung des Handelsverkehrs resultieren können, nach Lösungskonzepten gesucht werden muss, die dem gemeinschaftsrechtlichen Makel der Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs entgehen.<sup>564</sup> Denn die Öffnung der Märkte soll gerade wirtschaftliche Auswirkungen hervorbringen, die nicht durch generelle Schutzklauseln abgewehrt werden können.<sup>565</sup> Indem man die in Art. 30 EG angeführten Rechtsgüter einschränkend als „Tatbestände nicht wirtschaftlicher Art“ qualifiziert, wird letztlich der Tatsache Rechnung getragen, dass allein Art. 226 EWGV bzw. EGV (jetzt: aufgehoben) ausdrücklich die Möglichkeit vorsah, sowohl bei erheblichen und

<sup>561</sup> EuGH, Rs. 7/61 (Kommission/Italien), Slg. 1961, S. 693 (720); st. Rspr.; siehe etwa EuGH, Rs. 95/81 (Kommission/Italien), Slg. 1982, S. 2187 (2204); Rs. 238/82 (Duphar), Slg. 1984, S. 523 (542); Rs. 72/83 (Campus Oil), Slg. 1984, S. 2727 (2752); Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, S. I-563 (608); ferner Geiger, Art. 30 Rn. 5; Hailbronner, in: ders./Klein/Magiera/Müller-Graff, Art. 36 Rn. 13; Lux, in: Lenz, Art. 30 Rn. 6; Bleckmann, Europarecht, Rn. 1522; Nicolaysen, Bd. II, S. 71 f.

<sup>562</sup> Die in Art. 226 EWGV bzw. EGV (jetzt: aufgehoben) angesprochene Übergangszeit ist am 31. 12. 1969 abgelaufen.

<sup>563</sup> Näher zum Verbot der Geltendmachung wirtschaftlicher Gründe Schneider, Öffentliche Ordnung, S. 124 f. m. w. N.; ferner Fischer/Köck, S. 489.

<sup>564</sup> Leible, in: Grabitz/Hilf, Art. 30 Rn. 5; Müller-Graff, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 36 Rn. 35.

<sup>565</sup> Siehe Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 Rn. 13; Dausen, in: ders., C I Rn. 112, 158.

voraussichtlich anhaltenden Schwierigkeiten in einem Wirtschaftszweig als auch bei die wirtschaftliche Lage eines bestimmten Gebietes beträchtlich verschlechternden Schwierigkeiten Schutzmaßnahmen bei der Kommission zu beantragen, seit Ablauf der Übergangszeit diese Bestimmung aber nicht mehr anwendbar ist.<sup>566</sup>

Dem im Jahre 1961 ergangenen Urteil des EuGH in der Rechtssache 7/61 (Kommission/Italien) zur Thematik der Beschränkung des Art. 30 EG auf „Tatbestände nichtwirtschaftlicher Art“ folgten weitere Entscheidungen des Gerichtshofs, denen die unterschiedlichsten Sachverhaltskonstellationen zugrunde lagen, was die Bestätigung der angesprochenen rechtlichen Kenzeichnung und Eingrenzung der Schutzgründe des Art. 30 EG anbelangt, aber unverkennbare Gemeinsamkeiten aufwiesen:

In Anbetracht einer ständigen Rechtsprechung des EuGH, wonach Art. 30 EG eng auszulegen ist, die in ihm aufgeführten Ausnahmen nicht auf andere als die abschließend aufgezählten Fälle ausgedehnt werden können und Art. 30 EG Tatbestände nichtwirtschaftlicher Art enthält, kann das grundlegende Interesse des Staates an der Verteidigung seiner Währung, das die Verhinderung von Störungen der Zahlungsbilanz einschließt, also kurz gefasst die Gesamtheit währungspolitischer Erwägungen, keine auf Art. 30 EG gestützten Ausnahmen von Art. 28 EG begründen.<sup>567</sup> Ferner vermag Art. 30 EG nicht Maßnahmen zu rechtfertigen, durch die mittels einer Verringerung der laufenden Kosten eines Krankenversicherungssystems in erster Linie ein haushaltspolitisches Ziel verfolgt wird.<sup>568</sup> Einem Mitgliedstaat kann ebenso wenig gestattet werden, sich den Wirkungen der im Vertrag vorgesehenen Maßnahmen unter Berufung auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu entziehen, die durch die Beseitigung der Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels entstehen.<sup>569</sup> Auch wirtschaftliche Vorteile, die sich für die Wirtschaftsteilnehmer ergeben, stellen keinen gemeinschaftsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund dar.<sup>570</sup> Schließlich fällt eine nationale Praxis, nach der die Genehmigung für die Einfuhr von Suchtstoffen aus einem anderen Mitgliedstaat verweigert wird, nicht unter die Ausnahme des Art.

---

<sup>566</sup> Siehe Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 299.

<sup>567</sup> EuGH, Rs. 95/81 (Kommission/Italien), Slg. 1982, S. 2187 (2204).

<sup>568</sup> EuGH, Rs. 238/82 (Duphar), Slg. 1984, S. 523 (542).

<sup>569</sup> EuGH, Rs. 72/83 (Campus Oil), Slg. 1984, S. 2727 (2752).

<sup>570</sup> EuGH, Rs. C-317/92 (Kommission/Deutschland), Slg. 1994, S. I-2039 (2061).

30 EG, wenn sie mit dem Erfordernis gerechtfertigt wird, das Überleben eines Unternehmens zu sichern.<sup>571</sup>

Eine Rechtfertigung gem. Art. 30 EG kommt ferner dann nicht in Betracht, wenn sich aufgrund bestimmter tatsächlicher Anhaltspunkte herausstellen sollte, dass die mit der fraglichen nationalen Regelung verfolgte Zielsetzung lediglich einen Vorwand darstellt, der betreffende Mitgliedstaat also in Wirklichkeit aus ganz anderen Motiven, insbesondere solchen handelspolitischer und wirtschaftlicher Art, versucht, Einfuhren von Produkten ausländischer Herkunft zu verhindern.<sup>572</sup>

Demgegenüber ist die Anwendung des Art. 30 EG jedoch nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass eine mitgliedstaatliche Maßnahme, die sich aus einem der in Art. 30 EG genannten Gründe als gerechtfertigt erweist, nicht nur zur Erreichung dieses Zieles, sondern zugleich auch zur Verwirklichung anderer, namentlich wirtschaftlicher Ziele beiträgt, was vor allem für den Fall zu gelten hat, wenn das wirtschaftliche Ziel nur ein Zwischenziel darstellt, um eines der abschließend in Art. 30 EG ausdrücklich aufgezählten Rechtsgüter zu beschützen.<sup>573</sup>

e) Ausnahme bei Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als Folge wirtschaftlicher Schwierigkeiten?

Als rechtlich problematisch erweist sich die Beantwortung der Frage, ob der Anwendungsbereich des Art. 30 EG ausnahmsweise dann nicht ausgeschlossen ist, wenn die aus der Marktöffnung resultierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten

<sup>571</sup> EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, S. I-563 (608).

<sup>572</sup> EuGH, Rs. 40/82 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 1982, S. 2793 (2825), mit der dogmatisch einschlägigen Variante der verschleierte Beschränkung des Handels in Art. 30 S. 2 EG; dazu Bleckmann, Europarecht, Rn. 1522.

<sup>573</sup> EuGH, Rs. 72/83 (Campus Oil), Slg. 1984, S. 2727 (2752); Rs. 118/86 (Nertsvoederfabriek), Slg. 1987, S. 3883 (3908). Im Urteil Campus Oil stellt der EuGH fest, dass im Hinblick auf die umfangreichen Folgen, die eine Unterbrechung der Versorgung mit Erdölzeugnissen für die Existenz eines Staates haben kann, man denke nur an die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Dienste sowie das Überleben der Bevölkerung, das Interesse des Staates, jederzeit eine Mindestversorgung mit Erdölzeugnissen zu gewährleisten, über Erwägungen rein wirtschaftlicher Natur hinausgeht, mithin ein Ziel darstellen kann, das sich unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit subsumieren lässt. Auf diese Weise bringt der EuGH zum Ausdruck, dass staatliche Schutzinteressen, die über Erwägungen rein wirtschaftlicher Art hinausreichen, aus dem Anwendungsbereich des Art. 30 EG keineswegs herausfallen; dazu Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 36 Rn. 36. Siehe zum Zusammentreffen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Gründe auch Schneider, Öffentliche Ordnung, S. 125 f.; ferner Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 Rn. 13; Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 36 Rn. 36; Hailbronner, in: ders./Klein/Magiera/Müller-Graff, Art. 36 Rn. 13.

Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit<sup>574</sup> verursachen. Es handelt sich also um wirtschaftliche Probleme, entstanden in Gefolge des freien gemeinschaftsweiten Warenverkehrs, die zwar als solche keine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darstellen, aber zu solchen Störungen führen. Was die damit angesprochenen Sachverhaltskonstellationen anbelangt, so geht es vornehmlich um Unruhen, wilde Streiks, Gewalttätigkeiten, (Straßen-)Blockaden und ähnlich aggressive Ausdrucksformen privaten Unmuts, die eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen und ihre Ursache in den wirtschaftlichen Schwierigkeiten einer bestimmten Berufsgruppe finden. Es treten damit Fallgestaltungen in den Vordergrund der juristischer Betrachtungen, die dem Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997 zugrunde lagen. Die aufgeworfene Thematik wirft somit engste Berührungspunkte zum Fall der französischen Bauernproteste auf, aber weder in der Entscheidung des EuGH vom 9. 12. 1997 noch in den dazugehörigen Schlussanträgen von Generalanwalt Lenz sind einschlägige Ausführungen aufzufinden, die sich mit dieser Problematik beschäftigen. So begnügte sich sowohl der EuGH als auch Generalanwalt Lenz mit dem schlichten und hinreichend bekannten Hinweis, dass wirtschaftliche Gründe nach Art. 28 EG verbotene Beeinträchtigungen nicht zu rechtfertigen vermögen. Anlass zu einer Stellungnahme hätte sicherlich bestanden, es sei denn, die Problematik erschiene sowohl dem EuGH als auch Generalanwalt Lenz bereits als eindeutig geklärt, so dass sich jede Stellungnahme erübrigt.

#### aa) Die Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH sieht den Anwendungsbereich des Art. 30 EG auch dann als nicht eröffnet an, wenn sich die privaten Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in Gefolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten einstellen, die sich für bestimmte Berufsgruppen aus der Liberalisierung des Handelsverkehrs ergeben. Die richterliche Ablehnung der in Art. 30 EG ausdrücklich genannten Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Falle privater Ausschreitungen offenbarte

---

<sup>574</sup> Die Abgrenzung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts entspricht nicht der aus dem deutschen Recht bekannten Differenzierung; dazu Leible, in: Grabitz/Hilf, Art. 30 Rn. 14 f. m. w. N.; Müller-Graff, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 36 Rn. 50, 55 m. w. N.; Nicolaysen, Bd. II, S. 70 f., Schweitzer/Hummer, Rn. 1129; U. Becker, JA 1997, S. 65 (73).

sich erstmals im Urteil des EuGH in der Rechtssache Cullet<sup>575</sup> aus dem Jahre 1985, in der es um die Vereinbarkeit einer französischen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht ging, die einen Mindestpreis für den Einzelhandelsverkauf von Treibstoffen an Verbraucher vorschrieb. Nachdem der EuGH festgestellt hatte, dass die in Frage stehende nationale Regelung, die einer Niedrigpreispolitik zu Lasten einheimischer Einzelhändler entgegenwirken sollte, den Absatz eingeführter Erzeugnisse auf dem französischen Markt benachteiligt,<sup>576</sup> bedurfte es noch einer Stellungnahme des EuGH zum französischen Rechtfertigungsvortrag, Art. 30 EG finde auf die theoretisch einzukalkulierenden Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit Anwendung, die von den durch einen unbegrenzten Wettbewerb bedrohten Einzelhändlern hervorgerufen würden.<sup>577</sup> Die Argumentation der Französischen Republik strikt zurückweisend, maß der EuGH dem von französischer Seite angeführten Umstand keine Rechtfertigungskraft bei, dass eine Aufhebung des nationalen Systems festgesetzter Mindestpreise erhebliche Beeinträchtigungen für die öffentliche Ordnung und Sicherheit nach sich ziehen würde, erwiesen sich die denkbaren Probleme auf dem Gebiet der inneren Sicherheit doch durchaus als lösbar, zumindest könne dem französischen Rechtfertigungsvortrag nichts Gegenteiliges entnommen werden:

„Insoweit hat die französische Regierung nicht dargetan, dass eine den vorstehend entwickelten Grundsätzen entsprechende Änderung der fraglichen Regelung Folgen für die öffentliche Ordnung und Sicherheit hätte, denen sie trotz der ihr zur Verfügung stehenden Mittel nicht gewachsen wäre.“<sup>578</sup>

## bb) Das Schrifttum

Die im Schrifttum vertretenen Ansichten erweisen sich als geteilt. Zur Erinnerung sei die eingangs bereits aufgeworfene Frage nochmals wiederholt; es geht um die

<sup>575</sup> EuGH, Rs. 231/83 (Cullet), Slg. 1985, S. 305 ff.

<sup>576</sup> EuGH, Rs. 231/83 (Cullet), Slg. 1985, S. 305 (323 f.).

<sup>577</sup> EuGH, Rs. 231/83 (Cullet), Slg. 1985, S. 305 (324).

<sup>578</sup> EuGH, Rs. 231/83 (Cullet), Slg. 1985, S. 305 (324); siehe auch das EuGH-Urteil Leclerc, Rs. 34/84, Slg. 1985, S. 2915 (2923), dem ein weitgehend identischer Sachverhalt (nationale Regelung der Treibstoffpreise) zugrunde liegt: „Es kann nicht angenommen werden, dass eine Regelung, die für Treibstoffe Mindestpreise vorschreibt, der öffentlichen Ordnung im Sinne von Artikel 36 EWG-Vertrag (jetzt: 30 EG) dient.“; ferner EuGH, verb. Rs. 114 u. 115/84 (Piszko), Slg. 1985, S. 2961 (2967); Rs. 149/84 (Binet), Slg. 1985, S. 2969 (2974); Rs. 201/84 (Gontier), Slg. 1985, S. 2977 (2982); Rs. 202/84 (Girault), Slg. 1985, S. 2985 (2990).

Frage, ob der Rechtfertigungstatbestand des Art. 30 EG ausnahmsweise dann anwendbar ist, wenn die aus der Marktöffnung resultierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit führen.

(1) Die bejahende Ansicht

Was den Wortlaut des Art. 30 EG betrifft, bleibe zu konstatieren, dass der Anwendungsbereich des Art. 30 EG auf Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die in Gefolge wirtschaftlicher Probleme bestimmter Berufsgruppen in Erscheinung treten, nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Es gelte aber zu beachten, dass die Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vom Warenverkehr auszugehen habe, was nur in ganz besonderen Ausnahmesituationen bejaht werden könne, wie z. B. bei der übermäßigen Ausfuhr lebenswichtiger Güter, die zu einer Gefährdung der öffentlichen Versorgungseinrichtungen führt. Ferner bedürfe es einer genauen Verhältnismäßigkeitsprüfung, ob staatliche Einfuhrbeschränkungen ein verhältnismäßiges Mittel darstellen, um die gestörte öffentliche Ordnung und Sicherheit wiederherzustellen. Am Prüfungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit gemessen, ließen sich nur sehr begrenzte Maßnahmen der Mitgliedstaaten rechtfertigen, ein generelles staatliches Einfuhrverbot zur Verhinderung von privaten Ausschreitungen durch nationale Interessengruppen verletze jedenfalls den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, weil bereits die mögliche Umleitung der Transportmittel private Unruhen wegen bestimmter Einfuhren zu vermeiden helfe.<sup>579</sup>

(2) Die ablehnende Ansicht

Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als Folge wirtschaftlicher Schwierigkeiten, zu denen es wegen der Liberalisierung des Handelsverkehrs kommt, könnten den Anwendungsbereich des Art. 30 EG nicht eröffnen. Denn es stehe in deutlichem Widerspruch zur vertraglichen Systematik des EG-Vertrages das Funktionieren der wirtschaftlichen Grundfreiheiten, vertraglich verbürgt im EG-Vertrag, auch nur als Anlass einer Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu qualifizieren und damit letztlich unter den Vorbehalt der polizeilichen

---

<sup>579</sup> Matthies/von Borries, in: Grabitz/Hilf, Art. 36 Rn. 14; Müller-Graff, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 36 Rn. 52, 151; am weitestgehenden Börner, in: Schutzmaßnahmen, S. 63 (88 ff.).

Generalklausel zu stellen. Es gelte vielmehr, die Gewährleistung der einzelnen Marktfreiheiten nicht in ein gefährliches Abhängigkeitsverhältnis von mehr oder weniger effektiven Protesten nationaler Interessengruppen zu manövrieren. Andernfalls würde die Garantie des freien Warenverkehrs der freien Disposition der privaten Unruhestifter anheimfallen, mit der Folge, dass die privaten Interessengruppen in die Lage versetzt würden, den Umfang der wirtschaftlichen Grundfreiheiten zu bestimmen. Damit würde zugleich das eigentliche Aufgabenspektrum der nationalen Polizeikräfte in Vergessenheit geraten, sei es doch gerade Aufgabe der Polizei, den in Rede stehenden privaten Unruhen mit den zur Verfügung stehenden Mitteln in jedem Fall entschlossen entgegenzutreten.<sup>580</sup>

Den wirtschaftlichen Grundfreiheiten als konstituierende Elemente des Binnenmarktes kommt im Gesamtgefüge des EG-Vertrages ein herausragender Stellenwert zu, dem EuGH zufolge stellen sie tragende Grundsätze des EG-Vertrages dar. Vor dem Hintergrund dieser rechtlichen Bewertung des Bedeutungsgehalts der Grundfreiheiten, die in Rechtsprechung und Literatur einstimmig erzielt wird, muss die hier interessierende Frage, ob der Anwendungsbereich des Art. 30 EG ausnahmsweise dann eröffnet ist, wenn die Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ihre Ursache in den wirtschaftlichen Problemen finden, die aus dem freien gemeinschaftsweiten Handelsverkehr resultieren, der vorrangig über die Grundfreiheiten gewährleistet wird, verneint werden, weil man andernfalls den übereinstimmend bewerteten Stellenwert der Marktfreiheiten letztlich in Frage stellen und sich von dem einhellig anerkannten Ausgangspunkt weitgehend entfernen würde.

---

<sup>580</sup> Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 299 f.; Nicolaysen, Bd. II, S. 71 f.; Streinz, Rn. 703; Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 30 Rn. 14; Geiger, Art. 30 Rn. 6; Ehlermann, EuR 1973, S. 1 (13 Fn. 24); siehe auch die Ausführungen von GA VerLoren van Themaat, Schlussanträge, EuGH, Rs. 231/83 (Cullet), Slg. 1985, S. 305 (312): Es würde zu unannehmbaren Folgen führen, „wollte man Unruhen als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen des freien Warenverkehrs akzeptieren. Wenn Straßenblockaden und andere Kampfmittel von Interessenverbänden, die sich durch die Einfuhr und den Verkauf bestimmter billiger Erzeugnisse oder durch Dienstleistungen zu günstigen Preisen oder durch Gastarbeiter oder ausländische Niederlassungen bedroht fühlen, als Rechtfertigung akzeptiert würden, könnte auf den Bestand der vier Grundfreiheiten nicht mehr vertraut werden. Anstelle des EWG-Vertrages und der gemeinschaftlichen (und in den im EWG-Vertrag genannten Grenzen nationalen) Einrichtungen könnten dann private Interessengruppen deren Umfang bestimmen. In solchen Fällen verlangt der Grundsatz der öffentlichen Ordnung vielmehr ein wirksames Einschreiten der öffentlichen Gewalt gegen solche Wirren.“

## 2. Einseitige Abwehrmaßnahmen als Reaktion auf die Missachtung des Gemeinschaftsrechts durch einen anderen Mitgliedstaat

Es stellt sich die Frage, ob die Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch einen Mitgliedstaat, die zu nachteiligen Auswirkungen auf einen anderen Mitgliedstaat führt, eine Rechtfertigung für das Ausbleiben von mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahmen gegenüber privaten Übergriffen auf den freien Warenverkehr begründen kann, mit der Folge, dass die staatliche Untätigkeit gleichsam als einseitige Abwehrmaßnahme erscheint. Wie so oft sind auch hier die vertretenen Auffassungen geteilt. Was die mitgliedstaatliche Argumentation anbelangt, scheint die argumentative Richtung durch das vorrangige nationale Interesse, dem mit der Feststellung einer mitgliedstaatlichen Vertragsverletzung verbundenen Makel zu entgehen, klar vorgegeben zu sein. Die Französische Republik bewegt sich ganz auf dieser Argumentationslinie, jedenfalls in der Rechtssache französische Bauernproteste, wie die folgenden Ausführungen Frankreichs belegen.

### a) Die Argumentation Frankreichs im Fall französische Agrarblockaden

In engem Zusammenhang mit dem französischen Versuch, der als misslungen bewertet werden kann, wirtschaftliche Gründe als mögliche Rechtfertigung für die ausgebliebenen staatlichen Schutzmaßnahmen heranzuziehen, steht der französische Rechtfertigungsvortrag, der sich mit den Praktiken befasste, die von den spanischen Herstellern landwirtschaftlicher Produkte auf dem französischen Agrarmarkt angewandt wurden. Musste die Französische Republik selbst die Unbedenklichkeit des Umfangs der spanischen Ausfuhren in das französische Hoheitsgebiet eingestehen, zumal in Anbetracht der eingehaltenen europäischen Richtgrößen für Agrarerzeugnisse, bedurfte es einer Kehrtwende in der französischen Argumentation. An die Stelle des Umfangs der spanischen Ausfuhren traten die Preise für die spanischen Agrarprodukte, womit die spanische Preisgestaltung in den Vordergrund der kritischen französischen Blicke gerückt wurde. Die spanischen Anbieter, deren landwirtschaftliche Produkte im Vergleich zu einheimischen Erzeugnissen mit zeitlichem Vorsprung den französischen Agrarmarkt erreichten, würden anfangs sehr hohe Preise einfordern; mit dem Einsetzen der inländischen Konkurrenz würden die Preise dann aber stark abgesenkt. Diese

bewusst praktizierte Umstellung der Preise stelle, so der eindringliche Vorwurf, eine „regelrechte Provokation“ dar; unlautere Handlungen seien im Spiel, die „unbestreitbar“ die Charakterisierung als „Dumping“ verdienen, würde doch der gesamte französische Markt für landwirtschaftliche Erzeugnisse destabilisiert, mit der Folge, dass die einheimischen Landwirte beachtliche Absatzrückgänge zu verzeichnen hätten.<sup>581</sup> Wenngleich die Französische Republik den Begriff nicht ausdrücklich verwendete, lag doch den gesamten französischen Ausführungen das Bemühen zugrunde, die privaten Übergriffe auf den freien Warenverkehr in Verbindung mit dem Ausbleiben staatlicher Schutzmaßnahmen als notwendige Abwehrhandlungen auszuweisen, als Maßnahmen also, die der Abwehr der unlauteren spanischen Praktiken dienen, welche die Gemeinschaftsrechtsordnung verletzen.

#### b) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997

Mit bekannter Kürze begegnete der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 den von französischer Seite aufgeworfenen Bedenken hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der dargestellten spanischen Praktiken auf dem französischen Markt für Obst und Gemüse. Um den im Dienste der Rechtfertigung stehenden Ausführungen Frankreichs von vornherein jede argumentative Überzeugungskraft zu nehmen, gelangte der EuGH ohne Umschweifen zum zentralen Gesichtspunkt, der sämtlichen französischen Anstrengungen um Rechtfertigung auf einen Schlag die argumentative Basis entziehen sollte, ohne indes sein erzieltes Ergebnis eingehend zu begründen:

„Ein Mitgliedstaat ist jedoch nicht zu einseitigen Abwehrmaßnahmen oder Verhaltensweisen berechtigt, um einer mögliche Missachtung des Gemeinschaftsrechts durch einen anderen Mitgliedstaat entgegenzuwirken (in diesem Sinne Urteil vom 23. Mai. 1996 in der Rechtssache C-5/94, Hedley Lomas, Slg. 1996, I-2553, Randnr. 20).“<sup>582</sup>

<sup>581</sup> Der französische Rechtfertigungsvortrag wird bei GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6972 Rn. 21 f.), wiedergegeben.

<sup>582</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7004 Rn. 63); siehe ferner Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 36 Rn. 32.

Zudem erfahre der solchermaßen umschriebene Grundsatz der Unzulässigkeit von einseitigen Abwehrmaßnahmen im konkreten Fall der französischen Agrarblockaden aufgrund der Tatsache, dass auf dem Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik ausschließlich die Gemeinschaft berufen sei, die erforderlich erscheinenden Maßnahmen zu ergreifen, um die sich offenbarenden Probleme bestimmter Wirtschaftsteilnehmer zu lösen, noch eine zusätzliche Steigerung.<sup>583</sup>

c) Die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache französische Agrarblockaden

Auf der gleichen Argumentationslinie, wenn auch wie gewohnt deutlich ausführlicher, bewegten sich die dem EuGH-Urteil vom 9. 12. 1997 zeitlich vorausgehenden Schlussanträge von Generalanwalt Lenz, die sich mit der Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit einseitiger staatlicher Maßnahmen beschäftigten.

aa) Die Zuständigkeit der Gemeinschaft auf dem Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik

Die gemeinsame Agrarpolitik gehöre zur Zuständigkeit der Gemeinschaft, mit der Folge, dass die zuständigen Gemeinschaftsorgane zum Handeln aufgerufen seien. Wo der Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft beginne, könne jedoch zwangsläufig für einseitig getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten kein Raum mehr sein. Zur Bewältigung der diagnostizierten wirtschaftlichen Schwierigkeiten, denen die französischen Landwirte in Südfrankreich ausgesetzt waren, bedurfte es folglich eines anderen Lösungsansatzes als des von der Französischen Republik gewählten, nicht einseitige staatliche Maßnahmen waren gefragt, sondern ein mit den betroffenen Mitgliedstaaten abgestimmtes Handeln der verantwortlichen Gemeinschaftsorgane.<sup>584</sup>

bb) Das Bananenmarkt-Urteil des EuGH

---

<sup>583</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7005 Rn. 64). Die zusätzliche Steigerung hob der EuGH im Urteil durch die Verwendung des Wortes „besonders“ ausdrücklich hervor: „Dies muss im Bereich der gemeinsamen Agrarpolitik besonders gelten, ...“

<sup>584</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6974 Rn. 30).

Darüber hinaus wies Generalanwalt Lenz<sup>585</sup> auf das Urteil des EuGH vom 5. 10. 1994<sup>586</sup> zur europäischen Bananenmarktordnung hin, dem eine von der Bundesrepublik Deutschland angestrebte Nichtigkeitsklage zugrunde lag, die sich gegen die im Februar 1993 verabschiedete Verordnung der Gemeinschaft zur Einführung einer gemeinsamen Marktorganisation für Bananen richtete. Der EuGH hob in seiner die Bananenmarktordnung billigenden Entscheidung hervor, dass eines der zentralen, mit der Bananenmarktverordnung zu verfolgenden Ziele des Gemeinschaftsgesetzgebers darin bestanden habe, einen Ausgleich zwischen den gegensätzlichen nationalen Interessen bestimmter Mitgliedstaaten herbeizuführen. Dabei verlief die offenkundige Trennungslinie in diesem Interessenwiderstreit zwischen dem Interesse bestimmter Bananen erzeugender Mitgliedstaaten, ihren mit besonderen wirtschaftlichen Schwierigkeiten konfrontierten landwirtschaftlichen Berufsgruppen den sicheren Absatz eines für sie lebenswichtigen Erzeugnisses zu sichern und dadurch sozialen Unruhen zu verhindern, und dem Interesse anderer Mitgliedstaaten, die keine Bananen erzeugen, ihren einheimischen Verbrauchern eine Bananenversorgung zu besten Preisbedingungen und damit einen uneingeschränkten Zugang zur Erzeugung der Drittländer zu gewährleisten.<sup>587</sup> Trafen damit also entgegenstehende nationale Interessen deutlich aufeinander, zumal in einem so sensiblen Bereich wie dem der gemeinsamen Agrarpolitik, in dem sich wirtschaftliche Probleme bestimmter landwirtschaftlicher Berufsgruppen rasant zu Gefährdungen der wirtschaftlichen Existenz ausweiten können, so herrschte doch Übereinstimmung darin vor, dass einseitiges mitgliedstaatliches Handeln kein adäquates Lösungskonzept zur Beilegung der zutage geförderten Interessengegensätze darstellen konnte, vielmehr wurde die notwendige Problembewältigung den dafür zuständigen Organe anvertraut, nämlich den Gemeinschaftsorganen.

cc) Das Schaffleisch-Urteil des EuGH

---

<sup>585</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6974 f. Rn. 30).

<sup>586</sup> EuGH, Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, S. I-4973 ff.

<sup>587</sup> EuGH, Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, S. I-4973 (5069).

Als weiteren Beleg für die Unvereinbarkeit einseitig ergriffener Abwehrmaßnahmen mit der Gemeinschaftsrechtsordnung zog Generalanwalt Lenz<sup>588</sup> die im Jahre 1979 ergangene Entscheidung des EuGH in der Rechtssache 232/78 (Kommission/Frankreich)<sup>589</sup> heran, in der es um restriktive französische Einfuhrbeschränkungen ging, durch welche der Import von britischem Schaffleisch nach Frankreich unterbunden wurde. War sich die Französische Republik des beeinträchtigenden Charakters der in Frage stehenden Regelungen im Hinblick auf die Garantie des freien Warenverkehrs durchaus bewusst, vertrat sie dennoch den Standpunkt, schwerwiegende wirtschaftliche und soziale Folgen stünden einer Aufhebung der Regelungen entgegen, womit einige Berührungspunkte, so der Hinweis von Generalanwalt Lenz, zum Fall der französischen Agrarblockaden doch deutlich in Erscheinung treten. Nachdem der EuGH hervorgehoben hatte, dass der im konkret zu entscheidenden Fall einschlägige Markt für Schaffleisch in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft falle, mit der Folge, dass notwendig erscheinende besondere Maßnahmen nicht mehr einseitig von den auf Abschottung ihrer Märkte bedachten Mitgliedstaaten ergriffen werden könnten, sondern nur noch im Rahmen der Gemeinschaftsrechtsordnung,<sup>590</sup> widmete sich der EuGH dem von französischer Seite vorgetragenen, als Rechtfertigung gedachten Argument, das Vereinigte Königreich verstoße selbst gegen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts. Damit wird eine sachverhaltliche Gemeinsamkeit zum bereits oben dargestellten französischen Rechtfertigungsvortrag im Fall französische Agrarblockaden sichtbar, zeichnen sich doch beide Argumentationslinien durch die besondere Betonung der Missachtung des Gemeinschaftsrechts durch einen anderen Mitgliedstaat aus, um daraus die notwendige Rechtfertigung für eigene grundfreiheitliche Beeinträchtigungen schlussfolgern zu können. So wie der EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 die französische Argumentation deutlich und strikt ablehnte, so formulierte der Gerichtshof auch in der Schaffleisch-Entscheidung von 1979 mit klarer, den französischen Vortrag zurückweisender Diktion:

Die Französische Republik habe die Möglichkeit, gegen die dem Vereinigten Königreich zur Last gelegte Verletzung von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts

---

<sup>588</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6975 Rn. 32).

<sup>589</sup> EuGH, Rs. 232/78 (Kommission/Frankreich), Slg. 1979, S. 2729 ff.

<sup>590</sup> EuGH, Rs. 232/78 (Kommission/Frankreich), Slg. 1979, S. 2729 (2738).

„sowohl im Rahmen des Rates, als auch mit Hilfe der Kommission, als auch schließlich mit gerichtlichen Schritten vorzugehen, um die Beseitigung dieser Verstöße zu erreichen. Auf keinen Fall ist ein Mitgliedstaat berechtigt, einseitig Ausgleichs- oder Abwehrmaßnahmen zu ergreifen, um einer möglichen Missachtung der Vertragsvorschriften durch einen anderen Mitgliedstaat entgegenzuwirken.“<sup>591</sup>

#### dd) Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft

Den Schlusspunkt seiner Ausführungen, der jedoch zugleich den entscheidenden argumentativen Ausgangspunkt der angestellten rechtlichen Überlegungen zur Problematik der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit einseitiger Abwehrmaßnahmen bildet,<sup>592</sup> setzte Generalanwalt Lenz mit dem Hinweis auf den rechtlichen Charakter der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft. Die europäische Rechtsgemeinschaft zeichne sich vornehmlich durch die Verpflichtung aus, bestehende Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten mit den Mitteln des Rechts beizulegen, also solche Kontroversen unter Ausschöpfung der zur Verfügung stehenden gemeinschaftlichen Streitbeilegungsmechanismen zu lösen, was in letzter Konsequenz die Entscheidung des EuGH einschlieÙe, sollte sie denn notwendig werden. Deshalb stehen sowohl einseitige staatliche Abwehrmaßnahmen, die in rechtliche Formen gekleidet sind, als auch, und hier in noch weit stärkerem Maße, Akte der Gewalt und der Willkür mit der solchermaßen umschriebenen Rechtsnatur der Gemeinschaft in unerträglichem Widerspruch. Hielte man es hingegen für rechtlich unproblematisch, zur Durchsetzung bestimmter wirtschaftlicher und politischer Ziele auf das Mittel der Gewalt zurückgreifen zu können und zu dürfen, wäre das Ende der Gemeinschaft besiegelt, weil die Herrschaft des Rechts durch die Herrschaft der Gewalt abgelöst würde.<sup>593</sup>

#### d) Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft

<sup>591</sup> EuGH, Rs. 232/78 (Kommission/Frankreich), Slg. 1979, S. 2729 (2739).

<sup>592</sup> Dies wird deutlich aus der folgenden Formulierung von GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6976 Rn. 33): „All dies (die Unzulässigkeit einseitiger Abwehrmaßnahmen) ist letztlich Ausfluss des Umstandes, dass es sich bei der Europäischen Gemeinschaft um eine „Rechtsgemeinschaft“ handelt.“

<sup>593</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6976 Rn. 33).

aa) Die Europäische Gemeinschaft stellt eine Rechtsgemeinschaft dar, an deren vertraglich geschaffener Rechtsordnung, die sowohl formelle als auch materielle Bestimmungen umfasst, jegliche nationale Maßnahmen zu messen sind, unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifizierung, soll nicht das Recht als zentraler Ordnungsfaktor auch auf europäischer Ebene selbst in Frage gestellt werden. Damit tritt der entscheidende Gesichtspunkt in Erscheinung, der zu Schlussfolgerungen im Hinblick auf die hier interessierende Frage der gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit einseitiger staatlicher Abwehrmaßnahmen berechtigt, der vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 unerwähnt blieb, von Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen zur gleichen Rechtssache aber deutlich herausgestellt wurde: die Rechtsnatur der Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft.<sup>594</sup> Die letztlich streitentscheidende Bedeutung bei der juristischen Beurteilung einseitiger Abwehrmaßnahmen kommt dabei einem formellen Aspekt der angesprochenen Rechtsgemeinschaft zu, nämlich dem im EG-Vertrag verankerten abgestuften System der Konfliktbewältigung. Das vertragliche Konzept der Konfliktbeilegung stellt einen der tragenden Pfeiler der Gemeinschaft dar, weil die Rechtsgemeinschaft ohne effektiv funktionierende Mechanismen der Streitbeilegung stets dem berechtigten Vorwurf rechtlicher Unvollkommenheit ausgesetzt wäre. In inhaltlich Hinsicht gibt das System der Konfliktbewältigung nähere Auskunft über die konkrete Ausgestaltung der zur Verfügung stehenden Instrumentarien im Falle der Missachtung des Gemeinschaftsrechts durch einen Mitgliedstaat. Dabei gilt es vornehmlich zu beachten, dass die Gemeinschaftsrechtsordnung, die auf der gemeinsamen Übereinkunft aller Mitgliedstaaten beruht, andere Streitbeilegungsmechanismen als einseitig ergriffene Abwehrmaßnahmen eines Mitgliedstaates vorsieht, womit das maßgebliche Argument gefunden ist, das der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit einseitiger Selbsthilfemaßnahmen entgegensteht.

bb) Wirft man die Frage nach der einschlägigen Ableitungsbasis der von Generalanwalt Lenz betonten Rechtsnatur der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft auf, gelangt man zu der primärrechtlichen Vorschrift des Art.

---

<sup>594</sup> Zur Konzeption der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft grundlegend EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts), Slg. 1986, S. 1357 (1365); ferner EuGH, Rs. C-2/88 (Zwartveld), Slg. 1990, S. I-3365 (3372); EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, S. I-6079 (6102); siehe auch Hallstein, Europäische Reden, S. 341 ff.; ders., S. 51 ff.; Pernice, in Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 8; Zuleeg, BB 1994, S. 581 f.; ders., NJW 1994, S. 545 ff., mit Überblick über die zentralen Wesensmerkmale der Europäischen Rechtsgemeinschaft.

220 EG, welche die Aufgabenstellung des EuGH als Verfassungsorgan der Gemeinschaft umschreibt. An der Spitze der vertraglichen Bestimmungen über den Gerichtshof positioniert, bildet Art. 220 EG, über den organisationsrechtlichen Ansatz hinausreichend, die entscheidende Garantie für die Rechtlichkeit der Gemeinschaft, die in einem umfassenden Sinne zu verstehen ist.<sup>595</sup> Damit stellt Art. 220 EG den „Schlüssel“ der materiellrechtlichen Bindung an die Rechtlichkeit im Sinne der gemeinsamen abendländischen Verfassungstraditionen dar, mit der Folge, dass sowohl sämtliche Handlungen der Gemeinschaftsorgane als auch alle Maßnahmen der Organe der Mitgliedstaaten der gerichtlichen Kontrolle des EuGH am relevanten Prüfungsmaßstab des vorrangigen Gemeinschaftsrechts unterworfen sind.<sup>596</sup> Die dem EuGH als Aufgabe auferlegte Wahrung des Rechts gem. Art. 220 EG führt zur Verpflichtung der Europäischen Gemeinschaft auf eine Rechtsgemeinschaft.<sup>597</sup>

#### e) Die frühere Rechtsprechung des EuGH

Wurde in den obigen Ausführungen kritisch angemerkt, dass der einschlägigen Passage des EuGH-Urteils vom 9. 12. 1997 überhaupt keine Begründung für das erzielte Ergebnis der gemeinschaftsrechtlichen Unzulässigkeit einseitiger Abwehrmaßnahmen entnommen werden kann, woran sich auch durch den schlichten Verweis auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Hedley Lomas<sup>598</sup> aus dem Jahre 1996 nichts ändert, der treffenden Argumentation begegnet man erst in

<sup>595</sup> Siehe Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 220 Rn. 3; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 1.

<sup>596</sup> Siehe Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 220 Rn. 3; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 1; zurückhaltender, was den Stellenwert des Art. 220 EG anbelangt, Krück, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 164 Rn. 4. Der angesprochene Prüfungsmaßstab des Gemeinschaftsrechts ist auf den Bereich des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts keineswegs beschränkt, sondern wird durch die in der Rspr. des EuGH anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts ergänzt, was dem Wortlaut und dem Aufbau des Art. 220 EG deutlich entnommen werden kann, weil „Recht“ und „Vertrag“ nicht gleichgesetzt werden.

<sup>597</sup> So Zuleeg, NJW 1994, S. 545 (546); Wegener, in: Calliess/Ruffert, Art. 220 Rn. 3. Die Wortschöpfung von der „Rechtsgemeinschaft“ geht auf Walter Hallstein zurück, den ersten Präsidenten der Europäischen Kommission, der den gewählten Ausdruck in enger Anlehnung an den Begriff des Rechtsstaates (deutscher Prägung) entwickelt hat; Hallstein, S. 51 ff; ders., *RebelsZ* 28 (1964), S. 211 (228 ff.). Vergewegenwärtigt man sich diese Entwicklung des Begriffs in Anlehnung an den Terminus des Rechtsstaates, ließe sich die Verpflichtung der Gemeinschaft auf eine Rechtsgemeinschaft durch eine solche zur „Rechtsstaatlichkeit“ ersetzen; so Tonne, S. 27; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn. 1; zurückhaltender Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 1 Rn. 44, der an die Stelle des Begriffes von der Rechtsstaatlichkeit den schlichten Terminus vom „Rechtsprinzip“ setzt, das die tragende Säule der Europäischen Rechtsgemeinschaft darstelle; siehe zur Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft ferner Ehlermann, in: *Festschrift für Carstens*, Bd. 1, 1984, S. 81 ff.; ders., NJW 1993, S. 1856 f.; Ortlepp, S. 63; Steindorff, JZ 1994, S. 95.

<sup>598</sup> EuGH, Rs. C-5/94 (Hedley Lomas), Slg. 1996, S. 2553 (2611).

den Schlussanträgen von Generalanwalt Lenz, der sowohl die Rechtsnatur der Gemeinschaft als auch, damit zusammenhängend, das vertragliche System der Streitbeilegung ausdrücklich betont, gilt es indes zu beachten, dass der EuGH schon frühzeitig mit der hier interessierenden Problematik der einseitigen staatlichen Abwehrmaßnahmen betraut wurde. Vor diesem Hintergrund ließe sich die Kürze der richterlichen Ausführungen durchaus rechtfertigen, weil sich der EuGH vielfach eines solchen Urteilsstils, knapp gehaltene Feststellung, bedient, wenn die zugrunde liegende Rechtsprechung als gefestigt erscheint. Damit stellt sich die Frage, ob zur Problematik der einseitigen Abwehrmaßnahmen eines Mitgliedstaates bereits eine ständige Judikatur des EuGH besteht. Die Rechtsnatur der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft wurde vom EuGH erst am Anfang der sechziger Jahre als Argumentationshilfe zur Begründung der gemeinschaftsrechtlichen Unzulässigkeit von einseitigen Abwehrmaßnahmen herangezogen. Zwar verwendete der EuGH noch nicht den ausdrücklichen Begriff von der Rechtsgemeinschaft, dieser findet sich erst in späteren Entscheidungen des Gerichtshofs, dennoch stellte der EuGH dem Inhalt nach unverkennbar auf die Rechtsnatur der Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft ab. Im folgenden sollen diese frühzeitigen Anfänge der Judikatur des EuGH noch einmal in Erinnerung gerufen werden, weil auch die älteren Entscheidungen des EuGH mitnichten eindeutige Formulierungen im Hinblick auf die hier in Rede stehende Thematik vermissen lassen und die Kontinuität einer Rechtsprechung erst unter Berücksichtigung dieser richterlich gesetzten Ausgangspunkte sicher bestimmt werden kann.

aa) Den Anfangspunkt der hier interessierenden Judikatur bildete das Urteil des EuGH in der Rechtssache Kommission gegen Luxemburg und Belgien<sup>599</sup> von 1964, dem ein von der Kommission angestregtes Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG gegen Luxemburg und Belgien zugrunde lag. Die Kommission erblickte in der Einführung einer Sonderabgabe durch die Beklagten, die bei der Erteilung von Einfuhrgenehmigungen für bestimmte Milchprodukte erhoben wurde, eine Verletzung des in Art. 25 EG niedergelegten Verbots der Erhebung von Einfuhrzöllen und Abgaben gleicher Wirkung. Abseits dieser klägerischen Einschätzung, gegen Art. 25 EG werde verstoßen, die vom EuGH in seinem Urteil bestätigt wurde, erscheint für die hier interessierende Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit einseitiger

---

<sup>599</sup> EuGH, verb. Rs. 90 u. 91/63 (Kommission/Luxemburg und Belgien), Slg. 1964, S. 1329 ff.

Abwehrmaßnahmen die von den Beklagten erhobene Rüge von besonderem Interesse, die Gemeinschaft habe selbst vertragliche Verpflichtungen verletzt, mit der Folge, dass die beklagten Mitgliedstaaten den ihnen obliegenden Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht nachkommen konnten. Der erhobene Vorwurf der Vertragsverletzung, gegen die Gemeinschaft gerichtet, bezog sich dabei konkret auf die nicht fristgerecht ausgeführte Ratsentschließung vom 4. 4. 1962, in der die Notwendigkeit anerkannt wurde, eine gemeinsame Milchmarktordnung mit einem Regime von Ausgleichsabgaben bis zum 31. 7. 1962 festzulegen und spätestens bis zum 1. 11. 1962 in Kraft zu setzen. Die Gemeinschaft solchermaßen ein wenig in die Defensive gedrängt, vertraten Luxemburg und Belgien die Auffassung, das Völkerrecht erkenne einer Partei, die durch die Nichterfüllung der einer anderen Partei obliegenden Verpflichtungen verletzt sei, das Recht zu, von der Erfüllung ihrer eigenen Verpflichtungen Abstand zu nehmen. Die den beklagten Mitgliedstaaten angelastete Vertragsverletzung könne folglich schon aus diesem Grunde nicht durchgreifen, weil der Gemeinschaft selbst ein Vertragsbruch zur Last falle. Damit beriefen sich die Beklagten zur Rechtfertigung ihrer eigenen Vertragsverletzung auf den Gedanken der Reziprozität,<sup>600</sup> der im allgemeinen Völkerrecht seine feste Verankerung erfahren hat. Der EuGH maß dem angeführten völkerrechtlichen Argument des „tu quoque“ indes keine Rechtfertigungskraft bei.<sup>601</sup> Mit der folgenden Urteils Passage wies der EuGH die Übertragung der im allgemeinen Völkerrecht beheimateten Argumentation auf die Ebene des Gemeinschaftsrechts entschieden zurück:

„Ein solcher Zusammenhang zwischen den Verpflichtungen der Rechtsunterworfenen kann jedoch für das Gemeinschaftsrecht nicht anerkannt werden, denn der Vertrag schafft nicht nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den verschiedenen Rechtssubjekten, für die er gilt, sondern er stellt eine neue Rechtsordnung auf, nach der sich die Befugnisse, Rechte und Pflichten der Rechtssubjekte sowie die zur Feststellung und Ahndung etwaiger

<sup>600</sup> Grundlegend Virally, RdC 122 (1967, III), S. 1 ff.; Simma, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, 1972; Decaux, La réciprocité en droit international, 1980; speziell zum Prinzip der Reziprozität als Grundlage für die Retorsion und die Repressalie Berber, Bd. 3, S. 94 ff.

<sup>601</sup> Ebenso GA Roemer, Schlussanträge, EuGH, verb. Rs. 90 u. 91/63 (Kommission/Luxemburg und Belgien), Slg. 1964, S. 1329 (1359 f.); zustimmend Schwarze, EuR 1983, S. 1 (21 ff.), der sich ausführlich mit der Frage des ergänzenden Rückgriffs auf die völkerrechtlichen Instrumente der Retorsion und der Repressalie im Gemeinschaftsrecht beschäftigt.

Rechtsverletzungen erforderlichen Verfahren bestimmen. Soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist, ergibt sich daher aus der dem Vertrag zugrunde liegenden Gesamtauffassung, dass es den Mitgliedstaaten verboten ist, sich selbst ihr Recht zu verschaffen. Wenn daher der Rat seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, so kann dies die Beklagten nicht von der Erfüllung ihrer Verpflichtungen entbinden.“<sup>602</sup>

bb) In der Folgezeit nach diesem grundlegenden Urteil des EuGH aus dem Jahre 1964 sollte die Problematik der einseitigen staatlichen Maßnahmen keineswegs in Vergessenheit geraten, vielmehr wurde sie dem EuGH noch in einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten unterbreitet. Die den Entscheidungen des EuGH zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellationen wiesen dabei eine deutliche Zweiteilung auf. Es handelte sich zum einen um einseitige Abwehrmaßnahmen eines Mitgliedstaates als Reaktion auf die Missachtung des Gemeinschaftsrechts durch einen anderen Mitgliedstaat,<sup>603</sup> zum anderen um einseitige mitgliedstaatliche Lossagungen von den vertraglichen Verpflichtungen wegen innerstaatlicher wirtschaftlicher oder politischer Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts.<sup>604</sup> Alle Folgeurteile des EuGH zeichnen sich übereinstimmend durch die strikte Ablehnung von nationalen Alleingängen aus, unabhängig von der konkreten Erscheinungsform, weil das vertraglich geschaffene System der Streitbeilegung die betroffenen Mitgliedstaaten auf das Ergreifen anderer Handlungsmöglichkeiten verpflichtet, in letzter Konsequenz auf den Weg zum EuGH. Das von Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache französische Bauernproteste herangezogene

<sup>602</sup> EuGH, verb. Rs. 90 u. 91/63 (Kommission/Luxemburg und Belgien), Slg. 1964, S. 1329 (1344).

<sup>603</sup> EuGH, Rs. 52/75 (Kommission/Italien), Slg. 1976, S. 277 (284 f.); Rs. 78/76 (Steinike und Weinlig/Deutschland), Slg. 1977, S. 595 (613); siehe auch die Rspr. des EuGH zum sog. französisch-italienischen Weinkrieg, der mit einer juristischen Niederlage für Frankreich endete und in dem es um einseitig verhängte Importbeschränkungen für italienischen Wein durch die französische Behörden ging, EuGH, verb. Rs. 80 u. 81/77, RIW/AWD 1978, S. 536 f. mit Anm. Meier; zum Weinkrieg Meier, RIW/AWD 1975, S. 564.

<sup>604</sup> EuGH, Rs. 48/71 (Kommission/Italien), Slg. 1972, S. 529 (535); Rs. 39/72 (Kommission/Italien), Slg. 1973, S. 101 (115): „Auch berechtigten Schwierigkeiten beim Vollzug eines Rechtsakts der Gemeinschaft einen Mitgliedstaat nicht dazu, sich einseitig von der Beachtung seiner Verpflichtungen loszusagen. Das institutionelle System der Gemeinschaft hätte dem betroffenen Mitgliedstaat die nötigen Mittel an die Hand gegeben, um zu erreichen, dass seinen Schwierigkeiten bei Wahrung der Prinzipien des Gemeinsamen Marktes und der berechtigten Interessen der übrigen Mitgliedstaaten in angemessener Weise Rechnung getragen worden wäre.“; dazu Anm. Millarg, EuR 1973, S. 231 (234 f.). Siehe auch die st. Rspr. des EuGH, wonach sich ein Mitgliedstaat nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen kann, also auf die Schwierigkeiten der Verwaltung beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts, um die Nichteinhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen zu rechtfertigen; so zuletzt etwa EuGH, Rs. C-147/94 (Kommission/Spanien), Slg. 1995, S. I-1015 (1021); Rs. C-259/94 (Kommission/Griechenland), Slg. 1995, S. I-1947 (1953); Rs. C-290/94 (Kommission/Griechenland), Slg. 1996, S. I-3285 (3326).

Schaffleisch-Urteil des EuGH von 1979 reiht sich dabei nahtlos in die Reihe dieser Folgeentscheidungen ein, wenn es in klarer Diktion formuliert:

„Auf keinen Fall ist ein Mitgliedstaat berechtigt, einseitig Ausgleichs- oder Abwehrmaßnahmen zu ergreifen, um einer möglichen Missachtung der Vertragsvorschriften durch einen anderen Mitgliedstaat entgegenzuwirken.“<sup>605</sup>

### 3. Interne Schwierigkeiten

#### a) Die Argumentation Frankreichs im Fall französische Agrarblockaden

Die Französische Republik verwies ferner zur Rechtfertigung der ungenügenden oder ausgebliebenen staatlichen Schutzmaßnahmen gegenüber den privaten Ausschreitungen auf die befürchteten internen Schwierigkeiten, zu denen es hätte kommen können, wenn die zuständigen nationalen Behörden den privaten Übergriffen auf den freien Warenverkehr entschlossener begegnet wären, sich also letztlich für ein gewaltsames Vorgehen entschieden hätten. Bei einem solchen Vorgehen der zuständigen Behörden wäre nämlich mit gewalttätigen Reaktionen der betroffenen französischen Landwirte und damit schließlich mit noch größeren bzw. schwereren Angriffen auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit oder gar mit sozialen Unruhen zu rechnen gewesen. Die französischen Ausführungen lassen damit im Rahmen einer hypothetischen Betrachtung die möglichen Eskalationsgefahren als Folge eines entschiedeneren polizeilichen Tätigwerdens deutlich in Erscheinung treten.<sup>606</sup>

#### b) Das Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997

---

<sup>605</sup> EuGH, Rs. 232/78 (Kommission/Frankreich), Slg. 1979, S. 2729 (2739); siehe ferner das im Zusammenhang mit dem Schaffleisch-Fall stehende Verfahren der einstweiligen Anordnung vor dem EuGH, verb. Rs. 24 u. 97/80 R (Kommission/Frankreich), Slg. 1980, S. 1319 (1333), wo die von der Kommission beantragte einstweilige Anordnung im Ergebnis mangels Erforderlichkeit im Sinne von Art. 243 EG abgelehnt wurde. Der Streit um die französischen Maßnahmen zum Schutze der heimischen Schafzüchter sowie insb. die anfängliche Nichtbefolgung der Schaffleisch-Entscheidung des EuGH durch die Französische Republik haben nach manchen Stimmen in der Lit. die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft ernsthaft in Frage gestellt; dazu Meier, RIW/AWD 1980, S. 39 ff.; ders., RIW/AWD 1981, S. 246 ff.; Kutscher, EuR 1981, S. 1 (6 f.); ders., EuR 1981, S. 392 (407, 411).

<sup>606</sup> Der französische Rechtfertigungsvortrag wird im Urteil des EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7003 Rn. 54), und in den Schlussanträgen von GA Lenz, ebd., S. I-6982 Rn. 54, wiedergegeben.

Im Urteil vom 9. 12. 1997 wies der EuGH das französische Rechtfertigungsargument der internen Schwierigkeiten zunächst grundsätzlich zurück. Dabei zeigte der Gerichtshof jedoch zugleich auch die mögliche Ausnahmekonstellation auf, in der dem französischen Argument ein Rechtfertigungserfolg beschieden sein kann.

#### aa) Der Grundsatz

Der EuGH hob im Urteil vom 9. 12. 1997 zunächst den allgemeinen Grundsatz hervor, die bloße Befürchtung interner Probleme dispensiere nicht von der korrekten Anwendung des Gemeinschaftsrechts, d. h. von der Erfüllung der gemeinschaftsrechtlich begründeten Schutzpflicht der Mitgliedstaaten zugunsten der wirtschaftlichen Grundfreiheiten:

„Die Befürchtung, es könne zu internen Schwierigkeiten kommen, ist nämlich keine Rechtfertigung dafür, dass ein Mitgliedstaat die korrekte Anwendung des Gemeinschaftsrechts unterlässt.

Der betreffende Mitgliedstaat hat alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die volle, wirksame und korrekte Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Interesse aller Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen.“<sup>607</sup>

#### bb) Die Ausnahme

##### (1) Die nicht zu bewältigenden internen Schwierigkeiten

Nachdem der EuGH den allgemeinen Grundsatz der rechtlichen Unbeachtlichkeit interner Schwierigkeiten aufgestellt hatte, wandte sich der Gerichtshof einem Ausnahmefall zu. Das Unterlassen von Schutzmaßnahmen durch den betreffenden Mitgliedstaat kann gerechtfertigt sein, wenn „sein Tätigwerden Folgen für die öffentliche Ordnung hätte, die er mit seinen Mitteln nicht bewältigen könnte.“<sup>608</sup> Das

<sup>607</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7003 Rn. 56).

<sup>608</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7003 Rn. 55 f.); ebenso GA Lenz, Schlussanträge, ebd., S. I-6985 Rn. 63; ferner Meurer, EWS 1998, S. 196 (201); Schwarze, EuR 1998, S. 53 (58); Leible, in: Grabitz/Hilf, Art. 30 Rn. 14; Lux, in: Lenz, Art. 30 Rn. 6.

Argument der internen Schwierigkeiten greift damit als Rechtfertigungsgrund nur dann durch, wenn ein polizeiliches Vorgehen gegen die privaten Ausschreitungen, die den freien gemeinschaftsweiten Warenverkehr behindern, zu schwerwiegenden Problemen für die öffentliche Ordnung und Sicherheit führt, die der betreffende Mitgliedstaat mit den ihm zur Verfügung stehenden eigenen Mittel nicht zu lösen vermag.

## (2) Die prozessuale Beweislastverteilung

Diesen eng begrenzten Ausnahmetatbestand einer möglichen Rechtfertigung wegen interner Schwierigkeiten hat der betroffene Mitgliedstaat nachzuweisen, so dass ihn insoweit die Beweis- und Verteidigungslast in einem Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG trifft. Was den notwendig werdenden Nachweis anbelangt, führt der EuGH eine Differenzierung ein. Der mitgliedstaatliche Nachweis, nur ein Ausbleiben staatlicher Schutzmaßnahmen habe nicht zu bewältigende Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verhindern können, könne nur in konkreten Einzelfällen geführt werden, keineswegs jedoch ganz allgemein, d. h. generell für alle mitgliedstaatlichen Vertragsverletzungen durch das Unterlassen staatlicher Schutzmaßnahmen.<sup>609</sup> Andernfalls, so führt Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache französische Bauernproteste ergänzend aus, „würde die paradoxe Konsequenz eintreten, dass eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (nämlich die Ausschreitungen) gebilligt und in Kauf genommen werden müssten, um eben diese Rechtsgüter zu schützen.“<sup>610</sup> Der vom EuGH vertretene differenzierte Ansatz im Bereich der Nachweislasten bewirkt damit im Hinblick auf die mitgliedstaatliche Exkulpationsmöglichkeit, die ohnehin auf einen Ausnahmefall beschränkt ist, eine weitere Einschränkung.

## cc) Das EuGH-Urteil Cullet

Der vom EuGH im Urteil vom 9. 12. 1997 hervorgehobenen ganz bestimmten Ausnahmekonstellation, in der das Ausbleiben staatlicher Schutzmaßnahmen

<sup>609</sup> EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (7004 Rn. 58); ebenso GA Lenz, Schlussanträge, ebd., S. I-6985 Rn. 63; ferner Meurer, EWS 1998, S. 196 (201); Schwarze, EuR 1998, S. 53 (58).

<sup>610</sup> GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, S. I-6959 (6985 Rn. 63).

gerechtfertigt sein kann, sollte dem betroffenen Mitgliedstaat der Nachweis gelingen, dass ein polizeiliches Vorgehen gegen die privaten Unruhestifter eine noch größere, letztlich nicht zu bewältigende Gefahr für die öffentlichen Ordnung und Sicherheit hervorrufen würde, begegnet man in der Judikatur des EuGH, von der grundsätzlichen Konzeption her betrachtet, erstmals in recht deutlich gezeichneten Zügen in der bereits erwähnten Entscheidung Cullet<sup>611</sup> von 1985, in der es um die Vereinbarkeit einer französischen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht ging, die einen Mindestpreis für den Einzelhandelsverkauf von Treibstoffen an Verbraucher vorschrieb.<sup>612</sup> Mit dieser nationalen Regelung verfolgte die Französische Republik das Ziel, einer sich zu Lasten einheimischer Einzelhändler auswirkenden Niedrigpreispolitik entgegenzuwirken. Nach der Auffassung der Französischen Republik hätte nämlich ein unbegrenzter Wettbewerb, der sich in Folge der Aufgabe des nationalen Systems der Festsetzung von Mindestpreisen für den Einzelhandelsverkauf von Treibstoffen zwangsläufig einstellt, heftige Reaktionen bei den sich bedroht fühlenden inländischen Einzelhändlern und damit letztlich Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit hervorgerufen. Die französische Argumentation betonte damit deutlich den hypothetischen Kausalzusammenhang zwischen den wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Einzelhändler für Treibstoffe und den daraus möglicherweise resultierenden Gefahren für die öffentliche Ordnung und Sicherheit. Demgegenüber ging es im Fall französische Agrarblockaden um die besonderen hypothetischen Folgeprobleme eines entschlossenen und gewaltsamen Vorgehens der zuständigen nationalen Behörden gegen die privaten Ausschreitungen, nämlich um die durchaus naheliegende Befürchtung, dass es zu gewalttätigen Gegenreaktionen und damit schließlich zu noch größeren bzw. schwereren Gefahren für die öffentliche Ordnung und Sicherheit kommen könnte. Die Argumentation der Französischen Republik in der Rechtssache französische Bauernproteste baute eine zweite nachgelagerte, hypothetische Kausalkette auf: Die wirtschaftlichen Probleme der französischen Landwirte führten zu privaten Übergriffen auf die Grundfreiheiten und damit zu Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit; das gegen diese privaten Ausschreitungen gerichtete polizeiliche

---

<sup>611</sup> EuGH, Rs. 231/83 (Cullet), Slg. 1985, S. 305 ff.

<sup>612</sup> Auch GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), S. I-6959 (6984 f. Rn. 62), verweist auf das EuGH-Urteil Cullet, ohne jedoch den bestehenden Unterschied zwischen der Rs. Cullet und dem Fall französische Agrarblockaden herauszuarbeiten, der im folgenden noch aufgedeckt wird.

Vorgehen könnte gewalttätige Gegenreaktionen hervorrufen und damit die bereits bestehende Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vergrößern.

Im Hinblick auf die französische Argumentation im Fall Cullet, die hypothetische Verknüpfung der wirtschaftlichen Problemen mit den privaten Ausschreitungen betonend, deckte der EuGH mit der folgenden Urteils Passage zwei zentrale Gesichtspunkte im Bereich der Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Warenverkehrs, gestützt auf die in Art. 30 EG ausdrücklich normierten Schutzgründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, auf:

„Insoweit hat die französische Regierung *nicht dargetan*, dass eine den vorstehend entwickelten Grundsätzen entsprechende Änderung der fraglichen Regelung *Folgen für die öffentliche Ordnung und Sicherheit hätte, denen sie trotz der ihr zur Verfügung stehenden Mittel nicht gewachsen wäre.*“<sup>613</sup>

Zum einen hebt der EuGH damit hervor, dass die staatliche Untätigkeit, hier die Weigerung der Französischen Republik, das nationale System der festgesetzten Mindestpreise aufzuheben, gerechtfertigt sein kann, wenn die internen Schwierigkeiten, d. h. die Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit durch private Unruhen, von den zuständigen nationalen Behörden mit den vorhandenen Mitteln nicht gelöst werden können. Zum anderen macht der EuGH deutlich, dass den Mitgliedstaat, der sich auf den solchermaßen umschriebenen Ausnahmefall berufen will, die entsprechende Beweislast trifft. Wenngleich der EuGH im Fall Cullet ausdrücklich lediglich zum französischen Rechtfertigungsvortrag Stellung bezog, die wirtschaftlichen Probleme könnten private Ausschreitungen und damit Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verursachen, also die dargestellte nachgelagerte Problematik eines entschiedenen polizeilichen Einschreitens in Verbindung mit Eskalationsgefahren unbeantwortet ließ, lassen sich die richterlichen Ausführungen in rechtlich unproblematischer Weise auch auf diesen zweiten Problemkreis übertragen. In beiden angesprochenen Fallkonstellationen unterscheidet sich nämlich lediglich der Ausgangspunkt der juristischen Betrachtung, keineswegs jedoch der Endpunkt. Die theoretisch denkbare Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit durch private Ausschreitungen stellt in beiden Fällen den

---

<sup>613</sup> EuGH, Rs. 231/83 (Cullet), Slg. 1985, S. 305 (324); Hervorhebung durch den Verf.

übereinstimmenden Endpunkt dar, der entweder auf den wirtschaftlichen Problemen oder auf dem polizeilichen Vorgehen beruhen kann. In beiden Fällen sind die zuständigen nationalen Behörden dazu berufen, den bestehenden internen Schwierigkeiten mit den zur Verfügung stehenden Mitteln zu begegnen. Eine Rechtfertigung für das Ausbleiben behördlicher Maßnahmen kommt erst dann in Betracht, wenn die nationalen Polizeikräfte nachweisbar an ihre tatsächlichen Grenzen stoßen, weil sich die Bewältigung der privaten Ausschreitungen mit den vorhandenen Mittel als unmöglich erweist. In diesem Falle der nachgewiesenen tatsächlichen Unmöglichkeit erscheint es zwingend geboten, die Rechtfertigung durchgreifen zu lassen, weil ein Handeln nur dort eingefordert werden kann, wo tatsächliche Handlungsmöglichkeiten bestehen. Damit gilt es zusammenfassend festzuhalten, dass die im Urteil des EuGH vom 9. 12. 1997 anzutreffenden Ausführungen im Hinblick auf das Argument der internen Schwierigkeiten, zweigegliedert in die Ausnahmekonstellation und die entsprechende Beweislast, bereits frühzeitig in der EuGH-Entscheidung Cullet von 1985 auftauchen.

## II. Die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe

Im folgenden geht es um die Frage, ob die Nichterfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten, Folge der ausgebliebenen oder unzureichenden staatlichen Schutzmaßnahmen, mit Hilfe der zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls im Sinne der Cassis-Formel<sup>614</sup> gerechtfertigt werden kann. Nicht allzu vorschnell sollte die aufgeworfene Frage bejaht werden,<sup>615</sup> gilt es doch zu bedenken, dass den „zwingenden Erfordernissen“, abgesehen freilich von wirtschaftlich protektionistischen Zielsetzungen, ein grundsätzlich weites Begriffsverständnis zugrunde liegt.<sup>616</sup> Als notwendiges Korrektiv zu den weit verstandenen zwingenden Allgemeininteressen schlägt allein der stets zu wahrende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu Buche. Im Vergleich zu den strikt gehandhabten

<sup>614</sup> Siehe EuGH, Rs. 120/81 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, S. 649 (662); ausführlich Ahlfeld, Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV, 1997.

<sup>615</sup> So aber ohne jede Begründung Meurer, EWS 1998, S. 196 (202); Szczekalla, DVBl. 1998, S. 219 (221); Kainer, JuS 2000, S. 433 (435).

<sup>616</sup> Kritisch insoweit Kingreen/Störmer, EuR 1998, S. 263 (287 f.): „Dabei werden immer neue Gründe des Allgemeinwohls herausgearbeitet, deren normative Legitimation im Dunkeln bleibt. Es entsteht der Eindruck, dass es kaum einen Aspekt des öffentlichen Lebens gibt, der nicht unter diesen Tatbestand subsumiert werden könnte.“

ausdrücklichen Rechtfertigungsgründen des EG-Vertrages eröffnen die „zwingenden Erfordernisse“ damit eine deutlich erleichterte Rechtfertigungsmöglichkeit. Im Umgang mit den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen ist deshalb juristische Vorsicht angesagt, um den grundlegenden Schutzzweck der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, die Funktionsfähigkeit der grenzüberschreitende Wahrnehmung der wirtschaftlichen Privatautonomie, durch die nationale Berufung auf die zwingenden Erwägungen des Allgemeinwohls, mit denen mitgliedstaatliche Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten gerechtfertigt werden, nicht übermäßig aufzugeben.

Im folgenden soll zunächst der Frage nachgegangen werden, in welchen Fällen die „zwingenden Erfordernisse“ als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe einschlägig sind. Dabei wird sich zeigen, dass die angesprochene gebotene Restriktion im Bereich der zwingenden Allgemeinwohlinteressen in der Judikatur des EuGH über eine strikte Differenzierung zwischen diskriminierenden Maßnahmen i. V. m. den geschriebenen Rechtfertigungsgründen einerseits und nichtdiskriminierenden Maßnahmen i. V. m. den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen andererseits erzielt wird, die sich jedoch vor allem durch neuere Urteile des EuGH einem unübersehbaren Prozess der Verwässerung ausgesetzt sieht, so dass die einst so strikt vorgenommene Aufteilung der beiden grundlegenden Kategorien von Rechtfertigungsgründen auf unterschiedliche Anwendungsfelder, nämlich auf unterschiedliche und unterschiedslose Maßnahmen, verloren geht.

### 1. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls und diskriminierungsfreie Maßnahmen

Diskriminierungsfreie Maßnahmen, die also unterschiedslos wirken, können durch die zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein. Darüber hinaus muss die fragliche Maßnahme die zwingenden Allgemeinwohlinteressen in verhältnismäßiger Weise verfolgen, also bei der Zielerreichung die Verhältnismäßigkeit der Mittel wahren. Auch<sup>617</sup> nichtdiskriminierende Maßnahmen

---

<sup>617</sup> Vor allem diskriminierende Maßnahmen, für die die geschriebenen Rechtfertigungsvorbehalte des EG-Vertrages einschlägig sind, müssen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als *Schranken-Schranke*, so Jarass, EuR 1995, S. 202 (223), beachten. Die Frage nach der dogmatischen Ableitung der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird unterschiedlich beantwortet: So schließt Jarass, EuR 1995, S. 202 (222 f.); ders., in: Festschrift für Everling, Bd. I, 1995, S. 593 (605), vom Erfordernis der Rechtfertigung (Art. 30, 39 III, 46 I, 55 i. V. m. 46 I EG) auf die Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung;

haben also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen.<sup>618</sup> Sie müssen *geeignet* sein, das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen.<sup>619</sup> Ferner müssen sie *erforderlich* sein.<sup>620</sup> Es darf kein Mittel existieren, das zur Zweckerreichung ebenso geeignet ist, aber die betreffende Grundfreiheit weniger belastet. Schließlich muss die Beschränkung in einem *angemessenen Verhältnis* zu den mit der Maßnahme verfolgten Interessen stehen.<sup>621</sup> Die zwingenden Erwägungen des Allgemeinwohls und die Verhältnismäßigkeitsprüfung sind unlösbar miteinander verknüpft. Wo im folgenden allein von den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls die Rede ist, gehört deshalb der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unausgesprochen dazu.

## 2. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls und diskriminierende Maßnahmen?

Nicht leicht zu beantworten ist aber die Frage, ob die allgemeine Rechtfertigungsprüfung anhand der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls ausschließlich für den Bereich der unterschiedslos wirkenden Maßnahmen reserviert ist, mit der Folge, dass diskriminierende Maßnahmen allein an den kodifizierten Rechtfertigungsgründen des EG-Vertrages zu messen sind, oder ob diskriminierende Regelungen auch über die zwingenden Erfordernisse gerechtfertigt werden können.

---

ebenso Behrens, EuR 1992, S. 145 (157 f.); Roth, in: Dausen, E I Rn. 125; Hirsch, S. 8 f.; wohingegen der EuGH, siehe etwa Rs. 174/82 (Sandoz), Slg. 1983, S. 2445 (2463); Rs. 247/84 (Motte), Slg. 1985, S. 38887 (3905), den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf das Verbot einer verschleierte Beschränkung des Handels in S. 2 des Art. 30 EG stützt; ebenso Arndt, S. 98; Rohde/Lorenzmeier, S. 202. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Gemeinschaftsrecht folgt ähnlichen Grundsätzen wie in der deutschen Grundrechtsdogmatik; siehe Moench, NJW 1982, S. 2689 (2692). Die unterschiedliche Maßnahme muss zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zieles *geeignet* sein; für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. 260/89 (ERT), Slg. 1981, S. I-2925. Ferner darf es kein anderes gleich geeignetes Mittel geben, das die einschlägige Grundfreiheit weniger oder sogar gar nicht belastet; die diskriminierende Regelung muss mit anderen Worten *erforderlich* sein; für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. 352/85 (Bond van Adverteerders), Slg. 1988, S. 2085 (2135); Rs. C-3/88 (Kommission/Italien), Slg. 1989, S. 4035 (4060). Erforderlich ist eine Diskriminierung nicht, wenn das verfolgte Ziel auch durch eine diskriminierungsfreie Maßnahme erreicht werden kann; dazu Jarass, RIW 1993, S. 1 (6); ders., EuR 1995, S. 202 (223 Fn. 110).

<sup>618</sup> Siehe Ehlers, NVwZ 1990, S. 810 (813); Jarass, in: Festschrift für Everling, Bd. I, 1995, S. 593 (607 f.). Die im EuGH-Urteil Cassis de Dijon, Rs. 120/81, Slg. 1979, S. 649 (662), verwendeten Formulierungen „notwendig“ und „zwingende Erfordernisse“ verdeutlichen, dass auch im Rahmen der Rechtfertigung von nichtdiskriminierenden Maßnahmen die Verhältnismäßigkeit geprüft werden muss; dazu Schweitzer/Hummer, Rn. 1138.

<sup>619</sup> Für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. 205/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1986, S. 3755 (3802 f.); Rs. C-353/89 (Kommission/Niederlande), Slg. 1991, S. I-4069 (4094); für die Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. 96/85 (Kommission/Frankreich), Slg. 1986, S. 1475 (1485 f.).

<sup>620</sup> Für die Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 298/87 (Smanor), Slg. 1988, S. 4489 (4511); U. Becker, EuR 1994, S. 162 (165 f.); für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, S. 1299 (1309); Rs. C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda), Slg. 1991, S. I-4007 (4041); Rs. C-275/92 (Schindler) Slg. 1994, S. I-1039 (1097); dazu Schroeder, EuGRZ 1994, S. 373 ff.; für die Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. C-106/91 (Ramrath), Slg. 1992, S. I-3351 (3382).

<sup>621</sup> Für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. C-180/89 (Kommission/Italien), Slg. 1991, S. I-709 (723); Rs. 76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, S. I-4221 (4244).

Wie noch zu zeigen sein wird, zeichnet sich die Rechtsprechung des EuGH durch eine beeindruckende Vielfalt aus, was die Beantwortung der aufgeworfenen Frage anbelangt, wobei die diagnostizierte Inkonsistenz in der Judikatur noch eine zusätzliche Steigerung dadurch erfährt, dass der EuGH zuweilen, vornehmlich auf dem Gebiet der Arbeitnehmerfreizügigkeit, den normativen Anknüpfungspunkt (an die geschriebenen Rechtfertigungsvorbehalte oder die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls) für seine Rechtfertigungsprüfung im Hinblick auf Diskriminierungen schlicht unterschlägt.<sup>622</sup> Undurchsichtigkeit im Umgang mit den geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen beherrscht folglich die richterliche Szenerie und genau diese Undurchsichtigkeit macht eine Systematisierung der Rechtsprechung des EuGH so schwierig.<sup>623</sup>

#### a) Die verneinende Judikatur des EuGH

Einer beachtlichen Reihe von Entscheidungen des EuGH liegt die Annahme zugrunde, dass nur diskriminierungsfreie Maßnahmen durch die zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können, so dass sich eine klar strukturierte Zweiteilung der Rechtfertigungsgründe in die ungeschriebenen zwingenden Gemeinwohlinteressen einerseits und die geschriebenen Rechtfertigungsvorbehalte andererseits herausbildet.<sup>624</sup> Dabei gilt es zu beachten,

<sup>622</sup> Zu diesem erschwerenden Gesichtspunkt Kingreen, S. 50, 70 m. w. N. aus der Rspr.; zur Inkonsistenz der Judikatur des EuGH eingehende Nachweise bei ders., S. 47 ff.; ders./Störmer, EuR 1998, S. 263 (267 f.).

<sup>623</sup> Ausführlich zur aufgeworfenen Problematik Kingreen, S. 47 ff., 62 f.; 67, 68 ff., 72; ferner Hailbronner/Nachbaur, EuZW 1992, S. 105 (111 f.); Schroeder, EuGRZ 1994, S. 373 (377); zu den Schwierigkeiten einer Systematisierung der Rspr. in Anbetracht ihrer dogmatischen Inkonsistenz: Nachweise und Interpretationsversuche im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit bei Ackermann, RIW 1994, S. 189 (190 f.); Jestaedt/Kästle, EWS 1994, S. 26 (27 ff.); Sack, EWS 1994, S. 37 (38 ff.); Nicolaysen, Bd. II, S. 53 ff.

<sup>624</sup> Siehe zur Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 59/82 (Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Weinvertriebs-GmbH), Slg. 1983, S. 1217 (1227); Rs. 177/ 83 (Kohl/Ringelhan), Slg. 1984, S. 3651 (3663); Rs. 229/ 83 (Leclerc/Au blé vert), Slg. 1985, S. 1 (35); Rs. 25/88 (Strafverfahren gegen Wurmser u. a.), Slg. 1989, S. 1105 (1128); verb. Rs. C-1 u. 176/90 (Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivia), Slg. 1991, S. I-4151 (4184); verb. Rs. C-321 bis 324/94 (Pistre u. a.), Slg. 1997, S. I-2343 (2376): „Nach ständiger Rechtsprechung kann eine solche nationale Regelung angesichts ihres diskriminierenden Charakters nur dann gerechtfertigt sein, wenn einer der in Art. 36 EG-Vertrag (jetzt: Art. 30 EG) genannten Gründe vorliegt.“; siehe auch GA Jacobs im belgischen Müllfall, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, S. I-4431 (4457), in dem es um das belgische Importverbot für Abfälle aus anderen Mitgliedstaaten ging; anders EuGH in der gleichen Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, S. I-4431 (4479 f.), der erstaunlicherweise die offenkundige Diskriminierung verneinte und dies mit der „Besonderheit der Abfälle“ und den „Grundsätzen der Entsorgungsautarkie und Entsorgungsnähe“ begründete; GA Tesaro, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, S. I-1831 (1859 ff.); zur Dienstleistungsfreiheit etwa EuGH, Rs. 352/85 (Bond van Adverteerders), Slg. 1988, S. 2085 (2134 f.);

dass sich die Beschränkung der „zwingenden Erfordernisse“ auf diskriminierungsfreie Regelungen keineswegs bereits dem Cassis de Dijon-Urteil des EuGH entnehmen lässt, sondern erstmals, soweit ersichtlich, mit der EuGH-Entscheidung Rau/De Smedt<sup>625</sup> aus dem Jahre 1982 eingeführt wurde, in der es um den so genannten Gestaltzwang für die Verpackung von Margarine ging:<sup>626</sup>

„ ... in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung des Inverkehrbringens der betreffenden Erzeugnisse (sind) Hemmnisse für den freien Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen ergeben, hinzunehmen, soweit eine solche nationale Regelung, *die unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gilt*, dadurch gerechtfertigt werden kann, dass sie notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen ... gerecht zu werden.“<sup>627</sup>

In der Folgejudikatur nimmt der EuGH dann Abstand von dem Terminus „unterschiedslos gelten“ und verwendet stattdessen zumeist den Begriff „unterschiedslos anwendbar“. Dabei versteht der Gerichtshof unter solchen unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen in der Regel allein diskriminierungsfreie Maßnahmen.<sup>628</sup>

## b) Die bejahende Judikatur des EuGH

Der überschaubar gegliederten Differenzierung zwischen unterschiedslosen und diskriminierenden Maßnahmen mit den aufgezeigten entsprechenden Konsequenzen für die Rechtfertigungsebene steht aber eine nicht unerhebliche Anzahl von Urteilen

---

Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, S. I-4221 (4244); zuletzt Rs. C-224/97 (Ciola), Slg. 1999, S. I-2517 (2536); dazu Urteilsanalyse Streinz, JuS 1999, S. 1222 f.; zur Niederlassungsfreiheit und allgemein für alle Grundfreiheiten EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, S. I-4165 (4197 f.). Die aufgezeigte strikte Differenzierung auf der Rechtfertigungsebene liegt auch durchgängig der Lit. zugrunde; siehe etwa U. Becker, JA 1997, S. 65 (73), mit Prüfungsschema auf S. 74; Emmert, § 29 Rn. 25, § 32 Rn. 6, § 36 Rn. 10; Koenig/Haratsch, 2. Aufl. 1998, Rn. 479 f.; Schweitzer/Hummer, Rn. 1137, 1139; Streinz, Rn. 739 und Schaubilder 12 und 13; Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 Rn. 23; Art. 30 Rn. 5; Lux, in: Lenz, Art. 28 Rn. 30; kritisch Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 30 Rn. 196; Kingreen, S. 51.

<sup>625</sup> EuGH, Rs. 261/81 (Rau/De Smedt), Slg. 1982, S. 3961 ff.

<sup>626</sup> Treffender Hinweis von Kingreen, S. 47 f.; Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (461 Fn. 33).

<sup>627</sup> EuGH, Rs. 261/81 (Rau/De Smedt), Slg. 1982, S. 3961 (3972); Hervorhebung durch den Verf.

<sup>628</sup> Dazu Kingreen, S. 48; ders./Störmer, EuR 1998, S. 263 (267); Perau, S. 99; Weyer, S. 127 ff.; Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 Rn. 23; Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 30 Rn. 196; Defalque, CDE 23 (1987), S. 471 (478); A. Meyer, GRUR Int. 1996, S. 697 (702).

des EuGH gegenüber, vor allem neuere Urteile, welche die fragliche nationale Regelung trotz ihrer Qualifizierung als diskriminierende Maßnahme einer allgemeinen Rechtfertigungsprüfung anhand der zwingenden Allgemeinwohlinteressen unterwerfen, die anderen Entscheidungen des EuGH zufolge doch eigentlich nur für unterschiedslos wirkende Maßnahmen in Betracht kommen sollte.<sup>629</sup> So zog der EuGH in der Rechtssache De Agostini<sup>630</sup> aus dem Jahre 1997, in der es um ein diskriminierendes Werbeverbot auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs und damit um eine unterschiedliche vertriebsbezogene Maßnahme ging,<sup>631</sup> im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung nicht nur den kodifizierten Rechtfertigungstatbestand des Art. 30 EG heran, sondern auch die zwingenden Erfordernisse im Sinne der Cassis-Formel.<sup>632</sup> Auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit geht die strikte Trennung zwischen unterschiedslosen und diskriminierenden Maßnahmen mit den Folgen für die zulässigen Rechtfertigungsgründe verloren, wie das Urteil des EuGH im Fall Kohl<sup>633</sup> von 1998 deutlich zu belegen vermag. In dieser Rechtssache war der EuGH

<sup>629</sup> Siehe die älteren Urteile des EuGH: zur Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 16/83 (Prantl), Slg. 1984, S. 1299 (1327); Rs. 207/83 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 1985, S. 1201 (1212); Rs. 178/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1987, S. 1227 (1269 ff.); mit Bespr. Rabe, EuR 1987, S. 253 ff.; zur Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. 152/73 (Sotgiu), Slg. 1974, S. 153 (164); verb. Rs. 62 u. 63/81 (Seco/Evi), Slg. 1982, S. 223 (235 ff.); Rs. C-353/89 (Kommission/Niederlande), Slg. 1991, S. I-4069 (4095 ff.); dazu Trautwein, Jura 1995, S. 191 (193); EuGH, Rs. 76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, S. I-4221 (4244); zur Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-204/90 (Bachmann), Slg. 1992, S. I-249 (281 ff.); siehe die Fremdsprachenlektoren-Fälle EuGH, Rs. 33/88 (Allué I), Slg. 1989, S. 1591 (1610 f.); verb. Rs. C-259, 331 u. 332/91 (Allué II), Slg. 1993, S. I-4309 (4334 f.); mit Anm. Steindorff, JZ 1994, S. 95 ff.; EuGH, Rs. C-272/92 (Spotti), Slg. 1993, S. I-5185 (5208).

<sup>630</sup> EuGH, verb. Rs. C-34 u. 36/95 (De Agostini und TV Shop), Slg. 1997, S. I-3843 ff.; ausführliche Urteilsanm. bei Novak, DB 1997, S. 2589 ff.

<sup>631</sup> Nationale Regelungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, stellen nach dem grundlegenden EuGH-Urteil Keck, verb. Rs. C-267 u. 268/91, Slg. 1993, S. I-6097 (6131), keine Maßnahmen gleicher Wirkung i. S. d. Art. 28 EG mehr dar, „sofern die Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus den anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“; von Wilmowsky, EuR 1996, S. 362 (368 f.), spricht insoweit von einer Fiktion: „Die behindernden Wirkungen, die die vorausgegangene Rechtsprechung noch festgestellt hatte, werden wegdefiniert.“; seitdem st. Rspr.; siehe etwa EuGH, Rs. C-292/92 (Hünemann u. a.), Slg. 1993, S. I-6787 (6823), wo der EuGH klarstellte, dass unter die Formel des Keck-Urteils „Regelung der Verkaufsmodalitäten“ auch Vorschriften über die Werbung fallen; EuGH, Rs. C-315/92 (Verband Sozialer Wettbewerb), Slg. 1994, S. I-317 (335); Rs. C-412/93 (Leclerc-Siplec), Slg. 1995, S. I-179 (217); kritisch aber GA Jacobs, Schlussanträge, ebd., S. I-194 f.; Rs. C-391/92 (Kommission/Griechenland), Slg. 1995, S. I-1621 (1646 f.); EuGH, Rs. C-418/93 (Semeraro Casa Uno u. a.), Slg. 1996, S. I-2975 (3004); verb. Rs. C-34 u. 36/95 (De Agostini und TV Shop), Slg. 1997, S. I-3843 (3891); ausführliche Analyse des Keck-Urteils bei Matthies/von Borries, in: Grabitz/Hilf, Art. 30 Rn. 27 ff.; Kingreen, S. 53 ff. m. w. N., mit zusammenfassender Darstellung der Rspr. des EuGH zu Art. 28 EG nach dem Keck-Urteil auf S. 57; siehe auch die Bespr. des EuGH-Urteils Keck von Ackermann, RIW 1994, S. 189 ff.; Ehrlicke, WuW 1994, S. 108 ff.; Jestaedt/Kästle, EWS 1994, S. 26 ff.; Möschel, NJW 1994, S. 429 ff.; Petschke, EuZW 1994, S. 107 ff.; Reich, CMLRev. 1994, S. 459 ff.; Sack, EWS 1994, S. 37 ff.; Schilling, EuR 1994, S. 50 ff.; Steindorff, ZHR 158 (1994), S. 149 ff.; Bernhard, EWS 1995, S. 404 ff.

<sup>632</sup> EuGH, verb. Rs. C-34 u. 36/95 (De Agostini und TV Shop), Slg. 1997, S. I-3843 (3891).

<sup>633</sup> EuGH, Rs. C-158/96 (Kohl), Slg. 1998, S. I-1931 ff.

berufen, über die Vereinbarkeit einer nationale Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht zu befinden, welche die Erstattung von in einem anderen Mitgliedstaat angefallenen ärztlichen Heilbehandlungskosten von der vorherigen Genehmigung der zuständigen Krankenkasse abhängig macht. Die Abhängigkeit der Inanspruchnahme ausländischer Dienstleistungen von einer zuvor erteilten speziellen Genehmigung stellt eine Diskriminierung dar, die am Niederlassungsort des Dienstleistungserbringers und damit an der Herkunft der Dienstleistung ansetzt.<sup>634</sup> Obwohl sich die streitige nationale Regelung somit als diskriminierend erweist, griff der EuGH sowohl auf den geschriebenen Rechtfertigungsvorbehalt des Art. 55 i. V. m. 46 I EG, was zu erwarten war, als auch auf die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses zurück, was in Anbetracht der ansonsten betonten strikten Differenzierung auf der Rechtfertigungsebene als inkonsequent erscheint.<sup>635</sup> Diese in der neueren Judikatur des EuGH zuweilen zu beobachtende Aufweichung der bislang strikt gehandhabten Unterscheidung von unterschiedlich und unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen ergreift ferner gleichermaßen die Niederlassungsfreiheit. Als diesbezüglicher Beleg mag die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Imperial Chemical Industries (ICI)<sup>636</sup> von 1998 dienen, in der sich der Gerichtshof mit der Problematik zu beschäftigen hatte, ob eine nationale Rechtsvorschrift eine Steuerermäßigung für Geschäftsverluste an die Voraussetzung binden darf, dass die Tätigkeit einer Holding ganz oder hauptsächlich im Halten von Aktien von in dem

---

<sup>634</sup> Der EuGH vermeidet im Urteil Kohll jedoch den Begriff der Diskriminierung und spricht stattdessen allgemein von der Beschränkung oder Behinderung. Dass sich der EuGH des diskriminierenden Charakters der fraglichen nationalen Regelung wohl bewusst ist, kann indes nicht in Zweifel gezogen werden, EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, S. I-1931 (1946): „Sie (die streitige Regelung) macht aber die Erstattung von Kosten, die in diesem Mitgliedstaat angefallen sind, von einer vorherigen Genehmigung abhängig, und versagt sie den Versicherten, die keine Genehmigung haben. Kosten, die im Versicherungsstaat anfallen, unterliegen hingegen keiner solchen Genehmigung.“; zur Diskriminierung Weiß, EuZW 1999, S. 493 (497 Fn. 26).

<sup>635</sup> EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, S. I-1931 (1948). Ähnlich das Urteil des EuGH im Fall Decker, Rs. C-120/95, Slg. 1998, S. I-1831 (1882 ff.), für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit, in dem es um die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit einer nationalen Regelung ging, wonach die Krankenkasse dem Versicherten die Kostenerstattung für den Kauf einer Brille in einem anderen Mitgliedstaat mit der Begründung versagen kann, dass der Erwerb medizinischer Erzeugnisse im Ausland der vorherigen Genehmigung bedarf. Im Gegensatz zum EuGH spricht sich GA Tesouro in der Rs. Decker mit deutlichen Worten für eine strikte Trennung der Rechtfertigungsgründe aus und bemüht sich infolgedessen konsequent um die richtige Einordnung der fraglichen nationalen Regelung als diskriminierend oder unterschiedslos, Schlussanträge, ebd., S. I-1859 ff., insb. S. I-1862 f.: „Meiner Ansicht nach dürfen aber im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht nicht beliebig und/oder kumulativ entweder die ausdrücklich im Vertrag vorgesehenen Ausnahmen oder Gründe des Allgemeininteresses herangezogen werden, ... , weil es um Rechtfertigungsgründe geht, die verschiedene Fallgestaltungen betreffen und teilweise unterschiedliche Regelungen zur Folge haben.“

<sup>636</sup> EuGH, Rs. C-264/96 (ICI), Slg. 1998, S. I-4695 ff.; Urteilsanalyse bei Weiß, EuZW 1999, S. 493 (495 f.).

betreffenden Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaften besteht. Trotz der rechtlichen Einschätzung des EuGH, es liege eine Ungleichbehandlung vor,<sup>637</sup> beschränkt sich der Gerichtshof nicht auf den ausdrücklich im EG-Vertrag normierten Rechtfertigungsgrund des Art. 46 I EG, sondern vermengt im Rahmen der Prüfung der Eingriffsrechtfertigung den kodifizierten Rechtfertigungsvorbehalt mit den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses.<sup>638</sup> Mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Schöning-Kougebetopoulou<sup>639</sup> aus dem Jahre 1998, welche die Anrechnung einer in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufserfahrung betraf, verwischte der Gerichtshof schließlich mit besonderer Deutlichkeit auch auf dem Gebiet der Arbeitnehmerfreizügigkeit die sonst eher strikt betonte Differenzierung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen, indem er auch im Hinblick auf diskriminierende Regelungen den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der zwingenden Erfordernisse des Gemeinwohls überprüfte.<sup>640</sup>

### c) Die einheitliche Rechtfertigungsdogmatik

Die bislang in der Judikatur des EuGH deutlich betonte Trennungslinie zwischen den kodifizierten Rechtfertigungsvorbehalten des EG-Vertrages und den vom EuGH entwickelten zwingenden Erfordernissen im Sinne des Cassis-Formel sieht sich

<sup>637</sup> EuGH, Rs. C-264/96 (ICI), Slg. 1998, S. I-4695 (4721 f.); gegen Ungleichbehandlung und für Beschränkung der Niederlassungsfreiheit Weiß, EuZW 1999, S. 493 (495).

<sup>638</sup> EuGH, Rs. C-264/96 (ICI), Slg. 1998, S. I-4695 (4723); dazu näher Weiß, EuZW 1999, S. 493 (495 f.); ebenso EuGH, Rs. C-307/97 (Saint-Gobain), EuZW 2000, S. 16 (19 Rn. 44 ff., insb. Rn. 50). Die Auflösung der strikten Differenzierung zwischen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen wurde bereits in EuGH, Rs. C-101/94 (Kommission/Italien), Slg. 1996, S. I-2691 ff., sichtbar, wo der Gerichtshof, nachdem er sich zunächst mit den verschiedenen Rechtfertigungsversuchen auseinander setzte, ebd., S. I-2724 ff., schließlich noch die fehlende Rechtfertigung nach Art. 46 EG nachwies, ebd., S. I-2726 f. Siehe ferner GA Lenz, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-250/95 (Futura Participations und Singer), Slg. 1997, S. I-2471 (2481 ff.), der sich trotz der Annahme einer Diskriminierung, ebd., S. I-2483, keineswegs auf den geschriebenen Rechtfertigungsgrund des Art. 46 I EG beschränkt, ebd., S. I-2483; anders EuGH, Rs. C-250/95 (Futura Participations und Singer), Slg. 1997, S. I-2471 (2500), der eine Beschränkung in der Form einer unterschiedslos anwendbaren nationalen Regelung feststellt und konsequent die „zwingenden Erfordernisse“ prüft; zum Urteil näher von Borries, EuZW 1997, S. 446 ff.; Weiß, EuZW 1999, S. 493 (494 f.); unzutreffend Koenig/Haratsch, Rn. 574, die im Fall Futura Participations und Singer von einer Vermischung der Rechtfertigungsgründe durch den EuGH ausgehen.

<sup>639</sup> EuGH, Rs. C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou), Slg. 1998, S. I-47 ff.

<sup>640</sup> EuGH, Rs. C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou), Slg. 1998, S. I-47 (67): „Es ist nacheinander zu prüfen, ob eine Bestimmung ... das in den Artikeln 48 des Vertrages (jetzt: Art. 39 EG) ... verankerte Diskriminierungsverbot verletzen kann und ob solche Regelungen durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stehen, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird.“ Zwischen den im Urteil genannten „objektiven Erwägungen“ und den zwingenden Allgemeinwohlerfordernissen besteht kein sachlicher Unterschied; dazu näher Weiß, EuZW 1999, S. 493 (497); Koenig/Haratsch, Rn. 546; ebenso EuGH, Rs. C-237/94 (O'Flynn), Slg. 1996, S. I-2617 (2638 f.); Rs. C-350/96 (Clean Car Autoservice), Slg. 1998, S. I-2521 (2547).

einem kontinuierlichen Prozess der Verwässerung ausgesetzt, der alle Grundfreiheiten zu durchdringen scheint. Die einst behütete formale Differenzierung zwischen unterschiedlich und unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen mit den entsprechenden Konsequenzen für die zulässigen Rechtfertigungsgründe verliert damit an entscheidender Bedeutung.<sup>641</sup> Diskriminierungen, unabhängig von ihrer konkreten Erscheinungsform als offen oder versteckt diskriminierende Maßnahmen, können also auch durch die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. Die unterschiedlich strukturierte Rechtfertigungssystematik bei diskriminierenden und unterschiedslosen Maßnahmen weicht einer einheitlichen Rechtfertigungsdogmatik; ein weiterer Baustein zur Konvergenz der Grundfreiheiten wird gesetzt, konkret zur Konvergenz der grundfreiheitlichen Rechtfertigungsebene. Dabei gilt es aber zu beachten, dass es sich bei der unübersehbaren Vermengung der Rechtfertigungsgründe in der Rechtsprechung des EuGH keineswegs bereits um einen abgeschlossenen Prozess hin zu einer einheitlichen Rechtfertigungsdogmatik handelt. Eine endgültige Abkehr des EuGH von der unterschiedlichen Rechtfertigungssystematik hin zu einheitlichen Rechtfertigungsanforderungen ist insoweit noch nicht erfolgt, halten doch auch neuere Urteile des EuGH an der alt bekannten strikten Differenzierung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen mit den entsprechenden Folgen für die zulässigen Rechtfertigungsgründe im Grundsatz fest.<sup>642</sup> Erst zukünftige Entscheidungen des EuGH werden gesicherte Einschätzungen über eine dauerhafte Konvergenz der grundfreiheitlichen Rechtfertigungsebene ermöglichen.

#### d) Zusammenfassung

aa) Man wird den vornehmlich in der neuen Judikatur des EuGH beschrittenen Weg hin zu einer einheitlichen Rechtfertigungsdogmatik letztlich nur begrüßen können, weil sich der Gerichtshof allein auf diese Weise der selbst auferlegten schwerwiegenden Last zu entledigen vermag, welche die exakte juristische Abgrenzung zwischen versteckten, mittelbaren Diskriminierungen einerseits und

<sup>641</sup> Siehe auch Novak, DB 1997, S. 2589 (2592 f.); Maduro, MJ 1998, S. 298 (310); Weiß, EuZW 1999, S. 493 (497 f.); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (462 f.); Koenig/Haratsch, Rn. 511, 546, 574, 603 und Prüfungsschemata Rn. 529, 553, 582, 612.

<sup>642</sup> Deutlich zuletzt EuGH, Rs. C-224/97 (Ciola), Slg. 1999, S. I-2517 (2536): „Innerstaatliche Vorschriften, die ... diskriminierend sind, lassen sich mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbaren, wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung, wie z. B. Artikel 56 EWG-Vertrag (jetzt: Art. 46 EG), fallen.“

bloßen Beschränkungen andererseits zwangsläufig mit sich bringt. Die Unsicherheit des EuGH im Umgang mit dieser grundlegenden Differenzierung zwischen versteckten, mittelbaren Diskriminierungen und Beschränkungen in Verbindung mit den entsprechenden Folgen für die zulässigen Rechtfertigungsgründe ist jedenfalls kaum noch zu verbergen. Sowohl die versteckten, mittelbaren Diskriminierungen als auch die Beschränkungen können folglich über die zwingenden Allgemeinwohlintereessen gerechtfertigt werden, wobei vornehmlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Korrektiv dazu berufen ist, die notwendige differenzierende Feinarbeit zu bewerkstelligen.

bb) Eindeutig zu weit geht die Konzeption einer einheitlichen Rechtfertigungsdogmatik allerdings dort, wo für unmittelbare Diskriminierungen im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses greifen sollen, die über die strikten ausdrücklichen Rechtfertigungsvorbehalte des EG-Vertrages deutlich hinausgehen.<sup>643</sup> Damit würde man im Bereich der unmittelbaren Diskriminierungen den nationalen Rückgriff auf die weit zu verstehenden zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls zulassen, obwohl solche unmittelbar diskriminierenden Maßnahmen die Verwirklichung des Binnenmarktes als herausragendes Vertragsziel der Gemeinschaft in weitaus schwerwiegenderer Weise gefährden als nichtdiskriminierende Maßnahmen. Selbstverständlich trifft das genannte Argument gleichermaßen für die Erscheinungsform der mittelbaren Diskriminierung zu. Die befürwortete Differenzierung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Diskriminierungen mit den entsprechenden Konsequenzen für die Schrankentatbestände orientiert sich insoweit allein an der Praktikabilität. Unmittelbare Diskriminierungen sind bekanntlich offen, mittelbare Diskriminierungen hingegen versteckt. Mag die Aufgabe der Entdeckung der ersten Erscheinungsform dem EuGH als lösbar erscheinen, dies wird man wohl annehmen und erwarten dürfen, wengleich der Gerichtshof selbst in diesen Fällen, die an der richtigen Einordnung der streitigen Regelung keine juristischen Zweifel

---

<sup>643</sup> Ebenso GA Tesauo, Schlussanträge, EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, S. I-1831 (1862 f.); vergleichbar Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (463), die aber nicht nur bei unmittelbaren Diskriminierungen, sondern auch bei eng zu verstehenden gleichartigen Fällen die Begrenzung der Rechtfertigungsgründe auf die geschriebenen Schrankentatbestände des EG-Vertrages favorisieren, zugleich jedoch zugestehen, dass damit das Abgrenzungsproblem wieder auftaucht, das es doch eigentlich zu vermeiden gilt; demgegenüber stets für den einheitlichen Maßstab der zwingenden Allgemeinwohlerfordernisse ohne Unterschied Schneider, NJ 1996, S. 512 (515); Eberhartinger, EWS 1997, S. 43 (51f.); Novak, DB 1997, S. 2589 (2592); Weiß, EuZW 1999, S. 493 (497 f.).

aufkommen lassen, zuweilen wenig Selbstvertrauen verbreitet und vor eindeutigen Stellungnahmen offensichtlich zurückschreckt,<sup>644</sup> gilt es im Falle der versteckten, mittelbaren Diskriminierungen die sich als höchst diffizil erweisende Abgrenzungsfrage zu den bloßen Beschränkungen zu lösen, die nicht nur dem EuGH mitunter wohl als unlösbar erscheint.

### 3. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls und staatliche Untätigkeit?

Die obigen Ausführungen bezogen sich auf die klassische Konstellation des grundfreiheitsbeeinträchtigenden staatlichen Handelns, wo die aufgezeigte strikte Unterscheidung zwischen diskriminierenden und diskriminierungsfreien Maßnahmen mit den entsprechenden Konsequenzen für die zulässigen Rechtfertigungsgründe ihr eigentliches Anwendungsfeld findet. Im Falle grundfreiheitlicher Schutzpflichten steht aber die eher neutrale Erscheinungsform der staatlichen Untätigkeit im Vordergrund, die sich der formalen Kategorisierung nach den grundlegenden Kriterien Diskriminierung und Beschränkung von vornherein entzieht. Die solchermaßen vorgenommene Abgrenzung ist nämlich passend allein auf den Bereich der staatlichen Beeinträchtigungsmaßnahmen zugeschnitten, wenngleich die exakte Bestimmung der Trennungslinie mitunter erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt. Die ansonsten betonte Differenzierung zwischen Diskriminierung und Beschränkung, die Aufschluss über die Einschlägigkeit der Rechtfertigungsmöglichkeit der „zwingenden Erfordernisse“ zu geben vermag, hilft also im Bereich der staatlichen Untätigkeit nicht weiter, weil sich das staatliche Unterlassen dieser Abgrenzung als nicht zugänglich erweist.<sup>645</sup> Es stellt sich die Frage, ob damit der Weg zum ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der „zwingenden Erfordernisse“ in den Fällen der Nichterfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten durch staatliche Untätigkeit versperrt ist.

---

<sup>644</sup> Sichtbares Zeichen für eine solche Unsicherheit des EuGH ist die bewusste Vermeidung der Begriffe Diskriminierung und unterschiedliche Behandlung und die Bevorzugung der allgemein gehaltenen Worte Beschränkung und Behinderung; siehe nur EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, S. I-4921 (5074 f.), im Hinblick auf die Ausländersperrklausel als eindeutig diskriminierende Regelung; dazu Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (462 f.) m. w. N. aus der Rspr.

<sup>645</sup> Die staatliche Untätigkeit erhält nicht dadurch einen diskriminierenden Charakter, dass der betroffene Mitgliedstaat gegenüber diskriminierenden Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Privatpersonen untätig bleibt, wie im Fall französische Bauernproteste, wo sich die Agrarblockaden der französischen Landwirte ausschließlich gegen Waren aus anderen Mitgliedstaaten richteten und sich somit als diskriminierend erwiesen.

Mit der vornehmlich in der neueren Judikatur des EuGH sich deutlich offenbarenden Tendenz zu einer einheitlichen Rechtfertigungsdogmatik verliert die genaue Unterscheidung zwischen Diskriminierung und Beschränkung an maßgeblicher Bedeutung, so dass die einst so strikt betonte Abgrenzungsfrage keiner eingehenden juristischen Aufklärung mehr bedarf. Wenn die Differenzierung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen dem EuGH zufolge im Bereich staatlicher Beeinträchtigungshandlungen damit hinfällig wird, wo sie doch realisierbar ist, wenn auch zuweilen mit nennenswerten Schwierigkeiten, dann muss Gleiches doch erst recht auf dem Gebiet der staatlichen Untätigkeit gelten, wo sich solche Unterscheidungen von vornherein nicht durchführen lassen. Auch die Nichterfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten durch staatliche Untätigkeit kann deshalb unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes über die zwingenden Gründe des Allgemeinwohl gerechtfertigt werden.

Dafür spricht auch ein Vergleich zu der vom EuGH vertretenen Rechtfertigungsdogmatik im Falle grundfreiheitsbeeinträchtigender privater Verhaltensweisen. Obwohl die Rechtfertigungsgründe, geschriebene und ungeschriebene, für von privater Seite ausgehende Behinderungen der Grundfreiheiten eigentlich nicht passen, weil sich die verfolgten privaten Interessen, zumeist wirtschaftlicher Natur, in die Rechtfertigungsgründe nicht integrieren lassen, besonders offenkundig im Fall des kodifizierten Rechtfertigungsvorbehalts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, scheint die Rechtsprechung des EuGH die Differenzierung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen mit den entsprechenden Folgen für die Rechtfertigungsebene auf den Bereich der privaten Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten zu übertragen, ohne allerdings die strikte Trennungslinie zu wahren.<sup>646</sup> Privatpersonen im Falle positiver grundfreiheitsbehindernder Handlungen die „zwingende Erfordernisse“ als Rechtfertigung zuzugestehen, dem betroffenen Mitgliedstaat im Falle der Nichterfüllung grundfreiheitlicher Schutzpflichten durch staatliche Untätigkeit

---

<sup>646</sup> Die angesprochene Differenzierung wird sichtbar im Bosman-Urteil des EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, S. I-4921ff.: Im Hinblick auf die diskriminierungsfreien Transferregeln zieht der Gerichtshof die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses heran, ebd., S. I-5071; bei den eindeutig diskriminierenden Ausländerklauseln beschränkt sich der EuGH dann aber nicht auf den geschriebenen Rechtfertigungsgrund, sondern greift auch auf die zwingenden Allgemeininteressen zurück, ebd., S. I-5075 ff., womit er ein deutliches Zeichen für die Vermischung der Rechtfertigungsgründe auch im Bereich privater Beeinträchtigungshandlungen setzt; für Rechtfertigungsgründe zugunsten Privater auch EuGH, Rs. C-350/96 (Clean Car Autoservice), Slg. 1998, S. I-2521 (2545 f.).

hingegen zu versagen, dürfte sich wohl kaum argumentativ begründen lassen. Allein der Umstand, dass man die privaten Störungshandlungen nach den formalen Kriterien der Diskriminierung und der bloßen Beschränkung trennen kann, vermag eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die zwingenden Allgemeininteressen nicht überzeugend zu tragen.

### **Ausblick**

Zur dogmatischen Verarbeitung der Problematik der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch Handlungen von Privatpersonen stehen dem EuGH seit dem Urteil französische Agrarblockaden vom 9. 12. 1997 nun zwei dogmatische Figuren zur Verfügung, nämlich zum einen die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten und zum anderen die grundfreiheitlichen Schutzpflichten. Die Rechtsprechung des EuGH wird also insoweit durch zwei Lösungsmodelle geprägt, die mit beachtlichem zeitlichem Abstand vom EuGH entwickelt wurden und die es deutlich voneinander abzugrenzen gilt. Mit der Figur der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten erfasst der EuGH all diejenigen Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Handlungen Privater, die sich im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen vollziehen, wo also eine privatrechtliche Verbundenheit zwischen den privaten Kontrahenten besteht, die widerstreitende Interessen verfolgen. Allein dieser privatrechtlich geprägte Teilbereich aus der Gesamtheit der möglichen Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Privatpersonen kann mit Hilfe des Lösungsmodells der unmittelbaren Drittwirkung der Freiheiten dogmatisch aufgearbeitet werden. Die übrigbleibenden, von der unmittelbaren Drittwirkung nicht aufgefangenen Beeinträchtigungsfälle, in denen die Ausübung der Grundfreiheiten durch Private beeinträchtigt wird, es aber an einer privatrechtlich geordneten Rechtsbeziehung zwischen den Privatpersonen fehlt, die vom privaten Störer ausgehende Beeinträchtigung der Grundfreiheiten des privaten Opfers spielt sich also außerhalb einer privatrechtlichen Verbindung ab, löst der EuGH hingegen mit der Rechtsfigur der grundfreiheitlichen Schutzpflicht, die mit dem grundlegenden Urteil französische Bauernproteste aus dem Jahre 1997 vom EuGH neu geschaffen wird.

Wie bereits ausführlich dargelegt,<sup>647</sup> lässt sich die besondere rechtliche Problematik, die der Fall französische Agrarblockaden beispielhaft aufwirft, nicht über die dogmatische Figur der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten lösen, auf die der EuGH in seiner bisherigen Judikatur jahrzehntelang zurückgriff. Diese „Schutzpflichtenfälle“ kann man mit der unmittelbaren Drittwirkung der Freiheiten nicht erfassen. Es stellt sich aber umgekehrt die Frage, ob sich nicht die „Drittwirkungsfälle“ mit Hilfe der neuen Figur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten dogmatischen aufarbeiten lassen. Der Vorteil einer solchen einheitlichen Lösungskonstruktion ist offensichtlich. Die Gesamtheit der möglichen Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Handlungen Privater ließe sich über eine einzige Rechtsfigur des Gemeinschaftsrechts dogmatisch bewältigen, mit der Folge, dass an die Stelle des bisherigen zweigeteilten Lösungsmodells, das in der Judikatur des EuGH nun vorherrscht, ein einheitliches Lösungskonzept, nämlich die Schutzpflichtenkonstruktion, treten könnte. Der Gedanke, der Gesamtproblematik der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch Privatpersonen allein mit der neuen dogmatischen Figur der grundfreiheitlichen Schutzpflichten zu begegnen, liegt vor allem auch deshalb nahe, weil sich die nicht nur vom EuGH vertretene These der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten kritischen Einwänden ausgesetzt sieht, die Zweifel an ihrer dogmatischen Überzeugungskraft zur Lösung der eigentlichen Drittwirkungsfälle nähren und infolgedessen zum Nachdenken über alternative, problemadäquatere Lösungsmodelle zwingen.

## **A. Die Kritik an der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten**

### **I. Allgemeines**

Die dogmatische Figur der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten, in der Rechtsprechung des EuGH für die Bereiche Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit anerkannt, sieht sich kritischen Einwänden aus der Literatur ausgesetzt. Die einzelnen im Schrifttum herangezogenen Gegenargumente unterscheiden sich dabei deutlich voneinander,

---

<sup>647</sup> Siehe oben 1. Teil B. II.

was ihre dogmatische Stichhaltigkeit anbelangt.<sup>648</sup> Vertragssystematischen Überlegungen, die recht eindeutig der Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung der Freiheiten entgegenstehen, dürfte im Rahmen der Argumentation gegen eine unmittelbare Drittwirkung die wohl stärkste Überzeugungskraft zukommen. Damit gilt es den juristischen Blick auf solche vertragssystematischen Argumente zu lenken, die Zweifel an der dogmatischen Gültigkeit der These einer umfassenden Drittwirkung der Grundfreiheiten nähren. Neben dem regelmäßig wiederkehrend angeführten Gegenargument, allein die Mitgliedstaaten können sich auf die kodifizierten Rechtfertigungstatbestände der Grundfreiheiten berufen, besonders offenkundig im Bereich der Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (Art. 30 S. 1, 39 III, 46 I, 55 i. V. m. 46 I EG), so dass es an einem vertraglichen Zuschnitt der grundfreiheitlichen Rechtfertigungsebene auf private Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten gerade mangelt,<sup>649</sup> liefert vor allem die Existenz der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages, also die Art. 81 ff. EG, deutliche Antworten auf die Frage, ob auch Privatpersonen an die Grundfreiheiten unmittelbar gebunden sein können.<sup>650</sup> Wie bereits dargestellt,<sup>651</sup> greift auch der EuGH selbst im Urteil Sülhhofer<sup>652</sup> aus dem Jahre 1988 auf die vertraglichen Wettbewerbsvorschriften zurück, um die Ablehnung der unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit zu begründen. Die damit in der Entscheidung Sülhhofer aufgedeckte Trennungslinie zwischen der staatsgerichteten Grundfreiheit des freien Warenverkehrs einerseits und den unternehmensgerichteten Wettbewerbsregeln andererseits erscheint keineswegs notwendigerweise beschränkt auf den Bereich der Warenverkehrsfreiheit, vielmehr dürfte sich die richterliche Erkenntnis der strikten

<sup>648</sup> Überblick über die einzelnen Argumente für und gegen eine unmittelbare Drittwirkung bei Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1241 ff.); Burgi, EWS 1999, S. 327 (328 f.) m. w. N.; U. Forsthoff, EWS 2000, S. 389 (392 f.) m. w. N.; speziell im Hinblick auf Art. 39 EG aus Anlass des jüngsten EuGH-Urteils Angonese Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (460 ff.) m. w. N.

<sup>649</sup> Dazu Kingreen, S. 195 f.; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1241 f.); Burgi, EWS 1999, S. 327 (329); Michaelis, NJW 2001, S. 1841 (1842); kritisch U. Forsthoff, EWS 2000, S. 389 (392); anders freilich EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, S. I-4921 (5066): „Nichts spricht nämlich dagegen, dass die Rechtfertigungsgründe in bezug auf die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit von Privatpersonen geltend gemacht werden. Der öffentliche oder private Charakter der betreffenden Regelung hat keinen Einfluss auf die Tragweite oder den Inhalt dieser Rechtfertigungsgründe.“; ebenso EuGH, Rs. C-350/96 (Clean Car Autoservice), Slg. 1998, S. I-2521 (2545 f.); dazu Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (463), mit dem Hinweis, dass der EuGH eine dogmatisch nachvollziehbare Begründung für die Öffnung der Rechtfertigungsmöglichkeiten zugunsten von Privatpersonen bislang schuldig geblieben ist.

<sup>650</sup> Siehe vor allem Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1242 ff.); Kluth, AöR 122 (1997), S. 557 (572 f.); Burgi, EWS 1999, S. 327 (329); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (464); Michaelis, NJW 2001, S. 1841 (1842).

<sup>651</sup> Siehe oben 1. Teil B. I. 3. b).

<sup>652</sup> EuGH, Rs. 65/86 (Sülhhofer), Slg. 1988, S. 5249 (5285).

vertragssystematischen Aufteilung der beiden Normenkomplexe auch auf die anderen Grundfreiheiten übertragen und damit verallgemeinern lassen, so dass sich die Art. 81 ff. EG in grundsätzlicher Weise gegen die These einer unmittelbaren Drittwirkung der Freiheiten wenden.

## II. Die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages

Gem. Art. 86 II EG gelten die Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, für private Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 86 II EG gilt es nun inhaltlich weiter zu präzisieren, um den Aussagegehalt der Bestimmung vollständig zu erschließen. Die in Art. 86 II EG angesprochene Betrauung der Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse liegt dabei nur dann vor, wenn die Übertragung dieser besonderen Aufgabe durch einen staatlichen Hoheitsakt erfolgt.<sup>653</sup> Bei den ebenfalls in Art. 86 II EG genannten Finanzmonopolen handelt es sich um Unternehmen, denen der Staat zum Zwecke der Erzielung von Einnahmen für den Staatshaushalt ein ausschließliches Recht zugewiesen hat.<sup>654</sup> Damit bleibt schließlich noch die entscheidende Frage zu klären, was mit den „Vorschriften dieses Vertrags“ in Art. 86 II EG gemeint ist, ob sich der Normverweis des Art. 86 II EG also auch auf die Grundfreiheiten bezieht. Bereits die allgemein gehaltene Formulierung des Normverweises in Art. 86 II EG, aber auch der systematische Zusammenhang mit Art. 86 I EG, der auf sämtliche Vertragsvorschriften einschließlich der Grundfreiheiten Bezug nimmt, dürften die Antwort nahe legen, dass auch die Grundfreiheiten zu den „Vorschriften dieses Vertrags“ zu zählen sind.<sup>655</sup>

<sup>653</sup> Siehe EuGH, Rs. 127/73 (BRT/SABAM), Slg. 1974, S. 313 (318); Rs. 172/80 (Züchner), Slg. 1981, S. 2021 (2030); ferner Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 Rn. 39 m. w. N.; Geiger, Art. 86 Rn. 10; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 90 Rn. 33; Grill, in: Lenz, Art. 86 Rn. 24 m. w. N.; ausführlich zur restriktiven und extensiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Betrauung i. S. d. Art. 86 II EG Jaensch, S. 246 ff., der selbst die weite Auslegung befürwortet, ebd., S. 249.

<sup>654</sup> Siehe Geiger, Art. 86 Rn. 11; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 90 Rn. 39; Grill, in: Lenz, Art. 86 Rn. 26.

<sup>655</sup> Ebenso Page, ELRev. 1982, S. 19 (27); von Wilmsowsky, ZHR 155 (1991), S. 545 (556); Kapteyn/VerLoren van Themaat, S. 583 f.; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1244), der aber auch die teilweise in der Lit. vertretene Beschränkung des allgemeinen Verweises in Art. 86 II EG auf unternehmensbezogene Normen des EG-Vertrages für gut begründbar hält, ebd., S. 1245 Fn. 87; VerLoren van Themaat, S. 240 (247); für umfassendes Verständnis des Verweises auf sämtliche Normen des EG-Vertrages einschließlich der Grundfreiheiten auch Jaensch, S. 239 f., mit

Für die in Art. 86 II EG ausdrücklich genannten Privatunternehmen gelten also die Grundfreiheiten. Dass die Bestimmung Art. 86 II EG damit eine eindeutige Anordnung der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten enthält, kann jedoch keineswegs als vertraglicher Beleg für die These einer grundsätzlichen Drittwirkung der Grundfreiheiten verstanden werden, weil sich die konkret normierte Rechtsfolge der unmittelbaren Drittwirkung als eine schlichte, aber auch notwendige Konsequenz aus dem besonderen Rechtscharakter der in Art. 86 II EG genannten Unternehmen darstellt. Wie die inhaltliche Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Betrauung in Art. 86 II EG nämlich deutlich zutage förderte, ist der Staat durch den staatlichen Hoheitsakt der Übertragung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse aufs engste mit den betrauten Privatunternehmen i. S. d. Art. 86 II EG verbunden, die sich folglich durch eine eigentümliche Nähe zum involvierten Staat auszeichnen, mitnichten also durch Staatsferne. Geht es aber um staatsnahe betraute Dienstleistungsunternehmen, denen zur staatlichen Entlastung besondere öffentliche Aufgaben zur Erfüllung zugewiesen werden, bedarf es zwingend der in Art. 86 II EG angeordneten unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten, gilt es doch zu verhindern, dass sich die einzelnen Mitgliedstaaten durch die Übertragung bestimmter öffentlicher Aufgaben an nichtstaatliche Rechtsträger ihrer eigenen Bindung an die Grundfreiheiten entziehen, die stets dann greift, wenn der Staat selbst die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben übernimmt.<sup>656</sup> Deshalb darf es für die Frage der Bindung an die Grundfreiheiten keinen Unterschied machen, ob der Staat selbst die öffentliche Aufgabe erfüllt oder ein privates Unternehmen mit der Aufgabenerledigung betraut.<sup>657</sup>

Damit tritt aber deutlich in Erscheinung, dass die in Art. 86 II EG angeordnete Drittwirkung der Grundfreiheiten nur ganz bestimmte private Unternehmen erfasst, nämlich die in dieser Norm ausdrücklich genannten staatsnahen Unternehmen. Allen

---

eingehenden Ausführungen zum Umfang des Normverweises in Art. 86 II EG, ebd., S. 236 ff., insb. auch zu den genannten Argumenten Wortlaut und Systematik der Norm, ebd., S. 237 f.

<sup>656</sup> Siehe Jaensch, S. 240 f.; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1244 f.); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (464).

<sup>657</sup> Die Verteilung der öffentlichen Aufgaben zwischen Staat und Privatwirtschaft ist in den einzelnen Mitgliedstaaten aus historischen Gründen unterschiedlich ausgestaltet. Der Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts verlangt, dass die Bindung an die Grundfreiheiten einheitlich gilt, dass sich also nicht einzelne Mitgliedstaaten durch die Betrauung von Unternehmen den Grundfreiheiten entziehen, andere hingegen, die selbst die öffentlichen Aufgaben erfüllen, den Grundfreiheiten unterworfen sind; dazu Jaensch, S. 241; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1245).

übrigen privaten Unternehmen wird demgegenüber die Beachtung der Grundfreiheiten nicht aufgegeben, so der naheliegende Gegenschluss aus Art. 86 II EG, weil ihnen die Staatsnähe fehlt, die den in Art. 86 II EG genannten Unternehmen anhaftet, so dass sich die Ausdehnung des Adressatenkreises der Grundfreiheiten über die Mitgliedstaaten hinaus erübrigt.<sup>658</sup> Kommt eine Bindung an die Grundfreiheiten folglich für die anderen Privatunternehmen, die dem Anwendungsbereich des Art. 86 II EG entgehen, nicht in Betracht, selbstverständlich auch nicht für alle übrigen Privatpersonen, bedeutet dies keineswegs, dass diese Privaten frei von jeder EG-vertraglichen Bindung wirtschaftlich agieren könnten, wie es ihnen beliebt. Die Grenze des wirtschaftlichen Handelns von Privatpersonen wird von den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages gezogen. Dabei zeichnen sich die Art. 81 ff. EG als vertragliche Begrenzungen der wirtschaftlichen Handlungsspielräume durch ein hohes Maß an Spezialisierung aus. Zum einen ist der Adressatenkreis der Art. 81 ff. EG eng begrenzt, nur Unternehmen fungieren als Adressaten, nicht hingegen jede Privatperson, Art. 82 EG spricht sogar von marktbeherrschenden Unternehmen. Zum anderen werden nicht sämtliche handels- und wettbewerbsbeeinträchtigenden privaten Verhaltensweisen vom Verbotstatbestand des Art. 81 EG erfasst, sondern nur solche, die vor allem das einschränkende Kriterium der Spürbarkeit erfüllen.<sup>659</sup> Damit handelt es sich bei den Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages um ganz spezielle Verhaltensmaßstäbe für privates wirtschaftliches Handeln, die sich von den Grundfreiheiten deutlich unterscheiden, weil den Grundfreiheiten eben das besondere Maß an Spezialisierung fehlt, das die Art. 81 ff. EG charakterisiert. Hält der EG-Vertrag mit den Art. 81 ff. EG aber von den Grundfreiheiten deutlich abweichende spezielle Verhaltensmaßstäbe bereit, verbietet es sich konsequenterweise den diagnostizierten Abstand durch die These einer prinzipiellen unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten vollends aufzuheben, denn nichts anderes bedeutet die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf die Beziehungen Privater

<sup>658</sup> Den Umkehrschluss aus Art. 86 II EG bejahen Jaensch, S. 252; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1245); ders., in: Dausen, E I Rn. 17; Weiß, S. 109; Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (464).

<sup>659</sup> Zum speziellen Zuschnitt der Art. 81 ff. EG Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1242 f.); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (464). Das Spürbarkeitserfordernis des Art. 81 EG gilt sowohl für die Wettbewerbsbeschränkung als auch für die Handelsbeeinträchtigung; st. Rspr. seit EuGH, Rs. 5/69 (Völk/Vervaecke), Slg. 1969, S. 295 (302); Rs. 22/71 (Béguelin/SAGL), Slg. 1971, S. 949 (960); ferner zum Spürbarkeitserfordernis Arndt, S. 144; Geiger, Art. 81 Rn. 16; Koch, in: Grabitz/Hilf, Art. 85 Rn. 97 ff.; Grill, in: Lenz, Art. 81 Rn. 17 ff.; siehe auch zur Ablehnung der Einführung eines Spürbarkeitserfordernisses im Bereich der Warenverkehrsfreiheit durch den EuGH, gefolgt von weiten Teilen der Lit., oben 4. Teil B. II. 2. b)

untereinander, weil durch die umfassende Bindung an die Grundfreiheiten die dargestellten einschränkenden Voraussetzungen der Art. 81 ff. EG ihrer eigenständigen Bedeutung beraubt werden.<sup>660</sup> Deshalb spricht bereits die Existenz der Art. 81 ff. EG aus vertragssystematischer Sicht gegen die These einer unbeschränkten Drittwirkung der Grundfreiheiten, vielmehr gilt es vom Grundsatz her die EG-vertraglich eindeutig vorgezeichnete Trennungslinie zwischen den staatsgerichteten Grundfreiheiten einerseits und den unternehmensgerichteten Wettbewerbsregeln andererseits zu wahren, die allein bei den vertraglich ausdrücklich normierten Ausnahmefällen, man denke nur an Art. 86 II EG, durchbrochen werden darf.<sup>661</sup>

## **B. Grundfreiheitliche Schutzpflichten statt unmittelbarer Drittwirkung der Grundfreiheiten**

Förderten die obigen Ausführungen deutlich zutage, dass die Annahme einer grundsätzlichen unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten mit vertragssystematischen Überlegungen argumentativ angreifbar ist,<sup>662</sup> stellt sich

<sup>660</sup> Dazu Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1242, 1245); Kluth, AöR 122 (1997), S. 557 (572 f.); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (464); Michaelis, NJW 2001, S. 1841 (1842).

<sup>661</sup> Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 RN. 46; Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 30 Rn. 303; Jaensch, S. 152; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1242, 1245); ders., in: Dausen, E I Rn. 17; Weiß, S. 109; Joliet, GRUR Int. 1994, S. 1 (13); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (464); a. A. Burgi, EWS 1999, S. 327 (329); Schubert, S. 208; vor allem Steindorff, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 575 (586 ff.); ders., S. 291 ff., mit Überblick über die Rspr. des EuGH zur Konkurrenzfrage zwischen Grundfreiheiten und Kartellrecht, der zudem mit der strikten Zu- bzw. Aufteilung staatlicher und privater Maßnahmen auf verschiedene Normgruppen nicht alle Probleme gelöst sieht.

<sup>662</sup> Deshalb findet man im Schrifttum auch eine beachtliche Anzahl von Stimmen, die die These von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten ablehnen; siehe etwa Dausen, RIW 1984, S. 197 (202); Quinn/MacGowan, ELRev. 1987, S. 163 (175 ff.); Schödermeier, GRUR Int. 1987, S. 85 (87); Giegerich, JuS 1997, S. 522 (528); Kluth, AöR 122 (1997), S. 557 (566 ff.); Burgi, EWS 1999, S. 327 (330 f.); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (464 ff.); Herdegen, Rn. 284 f.; Jaeckel, S. 230 f.; Jarass, in: Festschrift für Everling, Bd. I, 1995, S. 593 (594 f.); Kingreen, S. 195 ff.; Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 Rn. 46; Dausen, in: ders., C I Rn. 93 f.; Hailbronner, in: Dausen, D I Rn. 41 e; Roth, in: Dausen, E I Rn. 17; Matthies, in: Grabitz/Hilf, Art. 30 Rn. 5, 43; Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 52 Rn. 43, Art. 59 Rn. 32; Hailbronner, in: ders./Klein/Magiera/Müller-Graff, Art. 30 Rn. 3, Art. 52 Rn. 15; Lux, in: Lenz, Art. 28 Rn. 16. Zustimmung erfährt der Gedanke einer unmittelbaren Drittwirkung der Freiheiten dagegen bei Sorensen, EuGRZ 1978, S. 33 (35 f.); Reichold, ZEuP 1996, S. 434 (447 ff.); Bleckmann, Europarecht, Rn. 1517; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, S. 211, 297 f.; Ganten, S. 94 ff.; Huber, S. 94; Pernice, S. 87, 144 f., 234; Schaefer, S. 180 f., 189 ff., 210; Schnichels, S. 82 ff.; Steindorff, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 575 ff.; ders., JZ 1994, S. 95 (97); ders., S. 277 ff. Für eine eingeschränkte Variante der Drittwirkung, d. h. unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten bei dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 I EG und bei sog. intermediären Gewalten, sprechen sich aus Jaensch, S. 81 ff., 253 ff., 263 ff.; Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1240

zwangsläufig die Frage nach alternativen Lösungskonzepten zur dogmatischen Verarbeitung der Drittwirkungsfälle. Dem hier interessierenden Problem der Wirkung der Grundfreiheiten in der Privatrechtsordnung gilt es dabei differenziert zu begegnen.<sup>663</sup> Allein ein solches differenziertes Vorgehen ermöglicht die Konzentration auf die eigentliche Drittwirkungsproblematik, nämlich auf die Frage nach der Wirkung der Freiheiten auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander, also auf die Frage, ob auch Privatpersonen an die Grundfreiheiten gebunden sind und sie folglich zu beachten haben, wenn sie in rechtsgeschäftlichen oder sonstigen privatrechtlichen Kontakt mit anderen Privatrechtssubjekten treten. Von der eigentlich interessierenden Drittwirkungsproblematik ist deshalb die rechtlich unspektakuläre Fragestellung nach der Bindung des Privatrechtsgesetzgebers und der von ihm erlassenen privatrechtlichen Normen an die Grundfreiheiten zu scheiden, deren Beantwortung keine allzu großen juristischen Schwierigkeiten mit sich bringt. Die grundfreiheitliche Drittwirkungsproblematik bedarf folglich einer differenzierten juristischen Behandlung, die zwei unterschiedliche Fälle auseinander zuhalten hat, nämlich zum einen die rechtlich unproblematische Konstellation, in welcher der Privatrechtsgesetzgeber selbst mit den von ihm erlassenen Rechtsnormen eine Beschränkung der Freiheiten verursacht, sowie zum anderen die eigentlich problemgeladene Fallgruppe, wo die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten auf das privatautonome Verhalten einzelner Privatrechtssubjekte zurückzuführen ist.<sup>664</sup> Die folgenden Ausführungen sind zunächst dem rechtlich Unspektakulären gewidmet, kurz gefasste Anmerkungen mögen insoweit genügen.

## I. Grundfreiheitsbeeinträchtigende privatrechtliche Normen

---

f., 1245 ff.); siehe ausführlich zum Begriff intermediäre Gewalten Jaensch, S. 263 ff., der dafür drei Voraussetzungen aufstellt: 1. die Fähigkeit zur Normschöpfung; 2. die Unentrinnbarkeit für den einzelnen; 3. die Verfolgung öffentlicher Interessen; ferner Roth, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1246 f.); Burgi, EWS 1999, S. 327 (331). Möllers, EuR 1998, S. 20 (36 f.), bejaht eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, wenn die *Privatautonomie* als Gestaltungselement und Garant der Wirtschaftsverfassung der EG *massiv gestört* ist, d. h. bei spürbaren Beschränkungen und bei Diskriminierungen.

<sup>663</sup> Ebenso Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 (228), bezogen auf die Drittwirkungsproblematik im deutschen Recht; ferner Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1563, der für eine Unterscheidung nach mindestens vier Richtungen plädiert.

<sup>664</sup> Ebenso Kingreen, S. 197; Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (465 f.).

Privatrechtliche Normen können die Grundfreiheiten des EG-Vertrages beeinträchtigen, so dass die Belastung der Marktbürger, die von ihren Grundfreiheiten Gebrauch machen, normkausal ist. Die Beschränkung der Grundfreiheiten geht damit nicht von privatautonomen Verhaltensweisen einzelner aus, sondern von den nationalen Normen des Zivilrechts selbst, die dem privaten Handeln zugrunde liegen.<sup>665</sup> Für die Frage der Bindung an die Grundfreiheiten kann es aber keinen rechtlichen Unterschied machen, ob die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten auf privatrechtliche Rechtsnormen oder sonstige staatliche Maßnahmen zurückzuführen ist. Die Grundfreiheiten sind nämlich an die gesamte öffentliche Gewalt mit all ihren Funktionen und Gliederungen gerichtet, so dass der nationale Privatrechtsgesetzgeber nicht außerhalb dieser gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung steht, es sei denn, seine Herausnahme aus der grundsätzlichen Bindung an die Freiheiten ließe sich argumentativ belegen.<sup>666</sup> Der allgemeine Hinweis, erst das Zivilrecht stelle die rechtsgeschäftlichen Instrumentarien zur Verfügung, ohne die von den Grundfreiheiten kein sinnvoller Gebrauch gemacht werden könne, vermag eine solche Ausnahmestellung des Zivilgesetzgebers indes nicht zu begründen, weil das den privatrechtlichen Normen innewohnende Beeinträchtigungspotential im Hinblick auf die Grundfreiheiten im Vergleich zu sonstigen staatlichen Maßnahmen als keineswegs vermindert erscheint.<sup>667</sup> Den nationalen Privatrechtsgesetzgeber trifft folglich ebenfalls die Bindung an die Grundfreiheiten, so dass jedem Marktbürger ein subjektives Abwehrrecht gegen privatrechtlichen Normen eines Mitgliedstaates zusteht, die einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in seine Grundfreiheiten darstellen.<sup>668</sup> Ebenso wie der Zivilgesetzgeber die Grundfreiheiten zu beachten hat, ist dem nationalen Gericht die Verpflichtung aufgegeben, die streitentscheidenden Privatrechtsnormen

---

<sup>665</sup> Siehe Kingreen, S. 197; Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (465).

<sup>666</sup> Im deutschen Verfassungsrecht trifft den nationalen Privatrechtsgesetzgeber die Verpflichtung, die Grundrechte sowie speziell die grundrechtliche Schutzgebotsfunktion zu beachten, also den Grundrechten entsprechende Privatrechtsnormen zu erlassen, bereits wegen seiner Bindung gem. Art. 1 III GG; siehe etwa BVerfGE 31, S. 58 (72 f.); 63, S. 181 (195); ferner Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 (212 f.); ders., JuS 1989, S. 161 (162); Dreier, Jura 1994, S. 505 (509 f.); Hager, JZ 1994, S. 373 (374 ff.); Paulus/Zenker, JuS 2001, S. 1 (4 f.); Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 1 Rn. 23; Isensee, in: Festschrift für Großfeld, 1999, S. 485 (490); Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1563 ff., speziell mit Bezug auf die grundrechtliche Schutzgebotsfunktion S. 1578 ff.; a. A. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), S. 1 (2 f.); Pietzcker, in: Festschrift für Dürig, 1990, S. 345 (352); unentschieden Medicus, AcP 192 (1992), S. 35 (45 f.). Auch im Falle dispositiver Regelungen muss der Privatrechtsgesetzgeber die Grundrechte berücksichtigen; so BVerfGE 84, S. 9 (18); anders Pieroth/Schlink, Rn. 178.

<sup>667</sup> Ebenso U. Forsthoft, EWS 2000, S. 389 (391).

<sup>668</sup> So Kingreen, S. 197; ferner Roth, ZEuP 1994, S. 5 ff.; Steindorff, JZ 1994, S. 95 (97); von Wilimowsky, JZ 1996, S. 590 ff.

grundfreiheitskonform auszulegen.<sup>669</sup> Sollte sich die gebotene Konformität mit den Grundfreiheiten nicht mit Hilfe der anerkannten nationalen Auslegungsmethoden herstellen lassen, müssen die Normen des Privatrechts wegen des Grundsatzes vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts unangewendet bleiben.<sup>670</sup>

## II. Grundfreiheitsbeeinträchtigendes privatautonomes Handeln

Die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten geht keineswegs stets von privatrechtlichen Normen aus, so dass sich die Urheberschaft für Beschränkungen der Freiheiten nicht allein auf den Privatrechtsgesetzgeber fixieren lässt. Die Beeinträchtigungsquellen erschöpfen sich folglich nicht in den dargestellten normkausalen Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten. Als weitere Fallgruppe kommen privatautonome Verhaltensweisen in Betracht, die zu Beschränkungen der Grundfreiheiten führen.<sup>671</sup> Sie sind in keiner Weise staatlich veranlasst, vor allem nicht unmittelbar normativ, denn an nationalen Normen des Privatrechts als Anknüpfungspunkt und Ursache für Beschränkungen der Grundfreiheiten mangelt es gerade in diesen Fällen. Eine Zurechnung privater Störungshandlungen zum Staat bleibt deshalb vollumfänglich versagt, ist der betreffende Staat doch in das grundfreiheitsbeschränkende private Handeln nicht involviert. Privatautonomes Verhalten kann dabei vielfältige Formen annehmen, es schließt sowohl rechtsgeschäftliches als auch sonstiges privatrechtliches Handeln mit ein, es erfasst selbstverständlich die klassischen Individualverträge zwischen zwei Privatrechtssubjekten, die entgegengesetzte Interessen verfolgen, aber insbesondere auch die kollektive Rechtsetzung durch Wirtschafts-, Berufs-, Sport- oder sonstige Verbände, mit der sich die Rechtsprechung des EuGH regelmäßig wiederkehrend in der Vergangenheit zu beschäftigen hatte und wohl auch in der Zukunft noch befassen wird. Solche nicht individuell, sondern kollektiv ausgeübten Verhaltensweisen zeichnen sich durch einen rein privaten Ursprung aus, sie haben ausschließlich privatrechtlichen Charakter, selbst wenn sich die Auswirkungen kollektiver Rechtsetzung durch

---

<sup>669</sup> Siehe Forsthoff, EWS 2000, S. 389 (391); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (466); Kingreen, S. 197.

<sup>670</sup> Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (466).

<sup>671</sup> Dazu Kingreen, S. 197; Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (466); siehe auch Steiner, in: Festschrift für Maurer, 2001, S. 1005 (1013).

Verbände von denen staatlicher Normgebung zuweilen nur schwerlich unterscheiden lassen.<sup>672</sup>

### 1. Die grundfreiheitlichen Schutzpflichten zur dogmatischen Lösung der Drittwirkungsproblematik

Die dargestellte Fallgruppe der grundfreiheitsbeschränkenden privaten Verhaltensweisen wirft nun, wie bereits betont, die eigentliche Drittwirkungsproblematik auf, die Frage nach der Wirkung der Grundfreiheiten auf die Privatrechtsbeziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander, wenn es zum rechtlichen Kontakt zwischen den Privatpersonen kommt, der Interessenkonflikte hervorbringt. Wenngleich der EuGH zur dogmatischen Verarbeitung dieser Drittwirkungskonstellationen für die Bereiche Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auf die These der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten zurückgreift, deutet der Gerichtshof in seiner jüngeren Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit aber auch eine neue Lösungskonstruktion an, die zur juristischen Bewältigung der in den privatrechtlichen Beziehungen angelegten Konflikte als dogmatisch angemessener erscheint. Der EuGH lehnt nunmehr in ständiger Rechtsprechung die unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit ab, wobei die Wende in der Judikatur des EuGH zur Drittwirkungsproblematik vor allem durch die Urteile *Vlaamse Reisebureaus*<sup>673</sup> und *Süllhöfer*<sup>674</sup> markiert wird, die in Anbetracht ihrer besonders klaren Diktion keine Zweifel über die Motivation des EuGH aufkommen lassen. Scheidet als Problemlösungsansatz also die These einer unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit aus, schließt sich unmittelbar die Frage an, welches alternative Lösungskonzept zur juristischen Behandlung der Drittwirkungsfälle in Betracht kommen könnte. Mit dem Urteil vom 9. 12. 1997 zeigt der EuGH speziell für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit ein mögliches problemadäquates Lösungsmodell auf, das sich in Anbetracht des hohen Maßes an grundfreiheitlicher Konvergenz auch auf die anderen Marktfreiheiten übertragen lässt: die grundfreiheitlichen Schutzpflichten der Mitgliedstaaten.<sup>675</sup>

<sup>672</sup> Siehe Kingreen, S. 197.

<sup>673</sup> EuGH, Rs. 311/85 (*Vlaamse Reisebureaus*), Slg. 1987, S. 3801 (3830).

<sup>674</sup> EuGH, Rs. 65/86 (*Süllhöfer*), Slg. 1988, S. 5249 (5285).

<sup>675</sup> Skeptisch gegenüber der dogmatischen Leistungsfähigkeit des Schutzpflichtenkonzepts U. Forsthoff, EWS 2000, S. 389 (396); für grundfreiheitliche Schutzpflicht als Lösungsmodell Giegerich,

Dass in der Rechtssache französische Agrarblockaden die Beeinträchtigung der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs nicht auf ein rechtsgeschäftliches oder sonstiges privatrechtliches Handeln der Privatrechtssubjekte zurückzuführen ist, die Beeinträchtigung der konkret betroffenen Warenverkehrsfreiheit durch Privatpersonen sich also außerhalb einer privatrechtlichen Rechtsbeziehung vollzieht, so dass sich der staatliche Zugriff auf die privaten Unruhestifter im Vergleich zum eigentlichen Privatrechtsverkehrs als deutlich schwieriger zu

---

JuS 1997, S. 522 (528); Burgi, EWS 1999, S. 327 (330 f.); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (466 f.); Kingreen, S. 199 f.; für Nebeneinander von unmittelbarer Drittwirkung und staatlicher Schutzpflicht Röthel, EuZW 2000, S. 379 (380). Im deutschen Recht favorisiert die mittlerweile wohl h. M. im Schrifttum die grundrechtliche Schutzgebotsfunktion zur juristischen Lösung der Drittwirkungsproblematik; siehe etwa Badura, in: Festschrift für Molitor, 1988, S. 1 (9); Eckhoff, S. 291 ff.; Herdegen, in: Heckmann/Meßerschmidt, S. 161 (176); Höfling, S. 52 ff.; Lübke-Wolff, S. 159 ff.; Oldiges, in: Festschrift für Friauf, 1996, S. 281 (299 ff.); Pieroth/Schlink, Rn. 88, 92; Robbers, S. 201 ff.; Sachs, A 5 Rn. 41 f.; Starck, S. 66 ff.; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1560 f., insb. S. 1572 ff.; Unruh, S. 71 ff.; Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 (225 ff., 232 ff.); ders., JuS 1989, S. 161 (163); E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1639 f.); Böckenförde, Der Staat 1990, S. 1 (12 f.); Hermes, NJW 1990, S. 1764 ff.; Hillgruber, AcP 191 (1991), S. 69 (73 ff.); Hager, JZ 1994, S. 373 (378 ff.); Oeter, AöR 119 (1994), S. 529 (549 ff.); Wiedemann, JZ 1994, S. 411 (412); Jarass, AöR 120 (1995), S. 345 (352 f.); Classen, AöR 122 (1997), S. 65 (75 ff.); Groß, JZ 1999, S. 326 (331); siehe auch Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Rn. 16, 131 f., der bereits frühzeitig den grundrechtlichen Schutzpflichtgedanken (aus Art. 1 I 2 GG) mit der Drittwirkungsfrage in Verbindung brachte; a. A. insb. Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 128 ff., insb. Rn. 134 f.; ders., in: Festschrift für Großfeld, 1999, S. 485 (501 f.); ferner Lerche, in: Festschrift für Odersky, 1996, S. 215 (227 ff.); Zöllner, AcP 196 (1996), S. 1 (11); von Münch, JuS 1997, S. 248 (249 f.); Windel, Der Staat 37 (1998), S. 385 (389 ff.); Lücke, JZ 1999, S. 377 (382); Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 37 a. Die in der Lit. vertretene Ausdehnung des grundrechtlichen Schutzpflichtgedanken auf den Bereich der privatrechtlichen Rechtsbeziehungen findet ihre Bestätigung in der Entscheidung des BVerfG vom 7. 2. 1990 zum Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter, BVerfGE 81, S. 242 ff., in der das Gericht bereits in Leitsatz 1 des Beschlusses mit klarer Diktion festschreibt: „1. Art. 12 Abs. 1 GG kann gebieten, dass der Gesetzgeber im Zivilrecht Vorkehrungen zum Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen schafft, namentlich, wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt.“; zu den konstruktiven Schwachstellen des Urteils Schwabe, DVBl. 1990, S. 477 ff. Der zitierte Leitsatz 1 offenbart ein doch recht deutliches Bekenntnis des BVerfG zur staatlichen Schutzpflicht im Privatrechtsverkehr, vornehmlich an den Gesetzgeber adressiert; ebenso Wiedemann, JZ 1990, S. 695 (696 ff.); Hillgruber, AcP 191 (1991), S. S. 69 (73 f., 75 ff., 85 f.); andere Beurteilung bei Isensee, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 131, demzufolge die Handelvertreterentscheidung des BVerfG nicht die grundrechtlichen Schutzpflichten zum Gegenstand hat, sondern die Schutzvorkehrungen des Sozialstaates. Siehe auch die anderen auf den grundrechtlichen Schutzpflichtgedanken hindeutenden Formulierungen BVerfGE 81, S. 242 (255): „Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen auch ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.“; BVerfGE 81, S. 242 (256): „Schutzauftrag der Verfassung“; BVerfGE 81, S. 242 (260): „Gesetzliche Beschränkungen der Privatautonomie sind zum Schutz und Ausgleich von Grundrechtspositionen auch dann erforderlich, wenn die Vertragsparität auf andere Weise nachhaltig gestört ist.“ Das BVerfG knüpft in der Handelsvertreterentscheidung trotz der deutlich gewählten Wortwahl aber nicht ausdrücklich an die bisherige Judikatur zu den grundrechtlichen Schutzpflichten an. Siehe aus der neueren Rspr. des BVerfG zur Schutzpflicht im Privatrecht vor allem auch das Urteil zur Nachtarbeit, BVerfGE 85, S. 191 (212 f.), mit ausdrücklichem Hinweis auf die bisherige Rspr. zur grundrechtlichen Schutzpflicht, sowie die Bürgerschaftsentscheidung, BVerfGE 89, S. 214 (232); ferner BVerfGE 86, S. 122 (127 ff.); dazu kritisch Hillgruber, ZRP 1995, S. 6 ff.; BVerfGE 89, S. 276 (285 ff.).

realisieren erweist, kann für das dogmatische Lösungskonstrukt keine entscheidende Rolle spielen.<sup>676</sup>

Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass sich die Drittwirkungsfälle, strukturell betrachtet, mitunter als schutzpflichtrelevante Dreiecksbeziehungen darstellen, bestehend aus dem Binnenverhältnis zwischen den beiden Privatpersonen und der Relation zwischen jedem dieser Privatrechtssubjekte und dem Staat, der die Vermittlerrolle im Falle von privaten Meinungsverschiedenheiten, zwangsläufige Folge der Wahrnehmung gegenläufiger Interessen, auf privates Verlangen oder unabhängig davon als staatliche Verpflichtung übernimmt, so dass sich die Einschaltung des Staates als Streitschlichter letztlich als unumgänglich erweist.<sup>677</sup> Der Staat ist folglich keineswegs stets außerhalb des privatrechtlichen Rechtsverkehrs positioniert, sondern mitunter in die Rechtsbeziehungen der beiden Privatpersonen verwickelt.

## 2. Die Erfüllung der grundfreiheitlichen Schutzpflichten im Privatrecht

Die konkrete Umsetzung der grundfreiheitlichen Schutzpflicht der Mitgliedstaaten in der Privatrechtsordnung lässt sich in Anbetracht der Komplexität der zu erfüllenden Aufgabe nicht in allgemein gehaltenen Zügen skizzieren.<sup>678</sup> Mit inhaltlicher Präzision vermag man jedoch der Adressatenfrage zu begegnen. Der nationale Gesetzgeber stellt insoweit den bevorzugten Adressat des grundfreiheitlichen Schutzgebots dar, ihm gebührt der Vorrang vor dem nationalen Richter, den er durch eindeutige und detaillierte normative Vorgaben zu leiten hat.<sup>679</sup> Im Rahmen des auferlegten Schutzauftrags hat sich die Legislative eingehend mit der Frage zu beschäftigen, wie das nationale Privatrecht konkret ausgestaltet sein muss, um die notwendige Konformität mit den Anforderungen grundfreiheitlicher Schutzpflichten zu erzielen. Dafür bedarf es einer normativen Gestaltung der Privatrechtsordnung, welche die grundfreiheitsbeeinträchtigenden privaten Handlungen im Privatrechtsverkehr mit

---

<sup>676</sup> Ebenso Kingreen, S. 198.

<sup>677</sup> Siehe auch Kingreen, S. 196.

<sup>678</sup> So auch für die Problematik im deutschen Recht etwa Höfling, S. 54; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1576.

<sup>679</sup> Siehe bezogen auf die grundrechtliche Schutzgebotsfunktion im deutschen Recht etwa E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1640); Röhl, VerwArch 86 (1995), S. 531 (555); Groß, JZ 1999, S. 326 (331); Höfling, S. 54; Rübner, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 117 Rn. 78; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1507 f.

anderen Privatrechtssubjekten, die sich als schutzpflichtrelevant erweisen, abzuwehren ermöglicht. Der nationale Gesetzgeber schreitet aber bei der konkreten Umsetzung der grundfreiheitlichen Schutzgebotsfunktion in die Privatrechtsordnung nicht nur der nationalen Judikative voran, sondern vor allem auch der europäischen, weil durch die Schutzpflichtenkonstruktion gerade direkte Eingriffe in die nationalen Privatrechtssysteme durch die europäische Ebene vermieden werden, die mit der These von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten unlösbar verbunden sind.<sup>680</sup> Damit tritt der wohl entscheidende Vorteil der Ablösung der unmittelbaren Drittwirkung durch die Ausdehnung des staatlichen Schutzpflichtgedankens auch auf die Privatrechtsbeziehungen deutlich in Erscheinung: die Wahrung des Kompetenzgefüges.<sup>681</sup>

Allein der dargestellte Lösungsansatz von der grundfreiheitlichen Schutzpflicht der Mitgliedstaaten vermag dem Kompetenzgefüge in der Gemeinschaft konsequent Rechnung zu tragen, also Verschiebungen auf Kosten mitgliedstaatlicher Kompetenzen zu verhindern, die sich in Gefolge der Anerkennung einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten zwangsläufig einstellen. Denn durch die These einer unmittelbaren Drittwirkung werden weite Bereiche des den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Staat-Bürger-Verhältnisses vergemeinschaftet, weil an die Stelle des nationalen Privatrechts das Gemeinschaftsrecht und an die Stelle des nationalen Gesetzgebers und Richters der EuGH tritt.<sup>682</sup> Was das Verhältnis der privaten Wirtschaftsteilnehmer zueinander anbelangt, büßen die Mitgliedstaaten also bei einer horizontalen Anwendbarkeit der Freiheiten beachtliche

<sup>680</sup> Dazu vor allem Burgi, EWS 1999, S. 327 (330); ferner Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (466 f.); Jaeckel, S. 231.

<sup>681</sup> Darüber hinaus bietet die grundfreiheitliche Schutzpflichtenkonstruktion die Chance zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit, wohingegen der These von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten die Tendenz zur Verallgemeinerung anhaftet; siehe dazu Burgi, EWS 1999, S. 327 (330); Kingreen, S. 199. Sicherlich ermöglicht die unmittelbare Drittwirkung aber im Vergleich zu der staatlichen Schutzpflicht eine effektivere Durchsetzung der Grundfreiheiten, weil sie dem einzelnen Marktbürger sofort durchsetzbare Rechte verleiht, wohingegen die Schutzpflicht notwendigerweise zur Einschaltung des Mitgliedstaates zwecks ihrer konkreten Umsetzung ins Privatrecht zwingt, die der schnellen Rechtsdurchsetzung eher abträglich erscheint; dazu Jarvis, CMLRev. 1998, S. 1371 (1379 f.). Dennoch dürften sich Kompetenzverschiebungen im Bereich des nationalen Privatrechts zu Lasten der Mitgliedstaaten allein mit Effektivitätsüberlegungen wohl nicht überzeugend rechtfertigen lassen; siehe Burgi, EWS 1999, S. 327 (330 f.); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (466 f.), mit dem Hinweis, dass sich die Rspr. des EuGH keineswegs stets von Effektivitätsgesichtspunkten leiten lässt, man denke insoweit vor allem an die Ablehnung der horizontalen Wirkung von Richtlinien in st. Rspr., obwohl einige GAe in ihren Schlussanträgen und vereinzelte Stimmen im Schrifttum das Argument des „effet utile“ zur dogmatischen Stützung des gegenteiligen Ergebnisses ins Feld führen; siehe dazu auch Jarass, in: Festschrift für Everling, Bd. I, 1995, S. 593 (594), sowie oben 3. Teil B. II. 2. b) aa (2).

<sup>682</sup> So Burgi, EWS 1999, S. 327 (330); ihm zustimmend Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (466).

Regelungsbefugnisse ein bzw. die alternative Möglichkeit, den Vertragspartnern eine eigenverantwortliche Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen auf der Grundlage der Privatautonomie zu überlassen.<sup>683</sup>

---

<sup>683</sup> Siehe Burgi, EWS 1999, S. 327 (330).

**Literaturverzeichnis:**

Ackermann, Thomas: Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalitäten“, RIW 1994, S. 189 ff.

Adam, Winfried Anselm: Die Kontrolldichte-Konzeption des EuGH und deutscher Gerichte, Baden-Baden 1993.

Ahlfeld, Martin: Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV, Baden-Baden 1997.

Ahlt, Michael: Europarecht, 2. Aufl., München 1996.

Albrecht, Rüdiger K.: Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Berlin 1995.

Alexy, Robert: Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz, DÖV 1984, S. 953 ff.

ders.: Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 1990, S. 49 ff.

ders.: Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994.

Anweiler, Jochen: Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt a. M. 1997.

Bach, Albrecht: Direkte Wirkung von EG-Richtlinien, JZ 1990, S. 1108 ff.

Bachof, Otto: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff.

Badura, Peter: Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 14 (1975), S. 17 ff.

ders.: Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung“ von Gesetzen, in: Müller, Georg u. a. (Hrsg.), Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel 1982, S. 481 ff.

ders.: Arbeit als Beruf (Art. 12 Abs. 1 GG), in: Hanau, Peter/Müller, Gerhard/Wiedemann, Herbert/Wlotzke, Otfried (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Herschel, München 1982, S. 21 ff.

ders.: Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht, in: Gamillscheg, Franz/Rüthers, Bernd/Stahlhacke, Eugen (Hrsg.), Festschrift für Karl Molitor, München 1988, S. 1 ff.

ders.: Kodifikatorische und rechtsgestaltende Wirkung von Grundrechten, in: Böttcher, Reinhard/Hueck, Götz/Jähnke, Burkhard (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky, Berlin u. a. 1996, S. 159 ff.

Bahlmann, Kai: Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1982, S. 1 ff.

Baltes, Joachim: Immissionsgrenzwerte und Art. 2 Abs. 2 GG, BB 1978, S. 130 ff.

Basedow, Jürgen: Zwischen Amt und Wettbewerb - Perspektiven des Notariats in Europa, RabelsZ 55 (1991), S. 409 ff.

Baumann, Fritz-Achim: Die Nachprüfungsbefugnis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften gegenüber Würdigungen der wirtschaftlichen Gesamtlage durch Exekutivorgane der Gemeinschaften, Diss. Hamburg 1965.

Baur, Jürgen F.: Der Europäische Binnenmarkt - normative Grundlagen (Teil 1), JA 1992, S. 65 ff.

Bayreuther, Frank: Anmerkung, EuZW 1998, S. 478 f.

Becker, Joachim: Die Anwendbarkeit der Theorie von den implied powers im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Diss. Münster 1976.

Becker, Ulrich: Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ - Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 1994, S. 162 ff.

ders.: Das Verbot tarifärer und nichttarifärer Hemmnisse des EU-Warenverkehrs, JA 1997, S. 65 ff.

Behrens, Peter: Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, RabelsZ 52 (1988), S. 498 ff.

ders.: Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145 ff.

Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., Berlin u. a. 1994.

Bender, Bernd: Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1974.

Benjes, Silke: Die Personenverkehrsfreiheiten des EWG-Vertrages und ihre Auswirkungen auf das deutsche Verfassungsrecht, Baden-Baden, 1992.

Berber, Friedrich: Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 3, 2. Aufl., München 1977.

Bernhard, Peter: „Keck“ und „Mars“ - die neueste Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV, EWS 1995, S. 404 ff.

Berrisch, Georg M.: Zum „Bananen“-Urteil des EuGH vom 5. 10. 1994 - Rs. C-280/93, Deutschland ./ Rat der Europäischen Union, EuR 1994, S. 461 ff.

Bethge, Herbert: Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 7 ff.

Beutler, Bengt/Bieber, Roland/Pipkorn, Jörn/Streil, Jochen: Die Europäische Union, 4. Aufl., Baden-Baden 1993.

Bieber, Roland u. a. (Hrsg.): 1992: one European market?, Baden-Baden 1988.

Bleckmann, Albert: Art. 5 EWG-Vertrag und die Gemeinschaftstreue, DVBl. 1976, S. 483 ff.

ders.: Teleologische und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1979, S. 239 ff.

ders.: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Gemeinschaftstreue, RIW 1981, S. 653 ff.

ders.: Zum Ermessensmißbrauch im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Grewe, Wilhelm G./Rupp, Hans/Schneider, Hans (Hrsg.), Festschrift für Hans Kutscher, Baden-Baden 1981, S. 25 ff.

ders.: Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in: Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, Bd. II, Kehl am Rhein u. a. 1981, S. 665 ff.

ders.: Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, S. 1177 ff.

ders.: Die Personenverkehrsfreiheit im Recht der EG, DVBl. 1986, S. 69 ff.

ders.: Die Bindungswirkung der Praxis der Organe und der Mitgliedstaaten der EG bei der Auslegung und Lückenfüllung des Europäischen Gemeinschaftsrechts: Die Rolle des Art. 5 EWG-Vertrag, in: Bieber, Roland/Ress, Georg (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 1987, S. 161 ff.

ders.: Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl. 1988, S. 942 ff.

ders.: Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Beyerlin, Ulrich/Bothe, Michael/Hofmann, Rainer/Petersmann, Ernst-Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin u. a. 1995, S. 309 ff.

ders.: Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl., Köln u. a. 1997(zitiert: Bleckmann, Grundrechte).

ders.: Europarecht, 6. Aufl., Köln u. a. 1997(zitiert: Bleckmann, Europarecht).

Blumenwitz, Dieter: Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts der freien Berufe, NJW 1989, S. 621 ff.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff.

ders.: Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, München 1990 (zitiert: Böckenförde, Grundrechtsdogmatik).

ders.: Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S. 1 ff.

ders.: Recht, Staat, Freiheit, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992.

Börner, Bodo: Schutzmaßnahmen auf dem Gebiet des Warenverkehrs, in: Institut für das Recht der Europäischen Gemeinschaften der Universität Köln (Hrsg.), Schutzmaßnahmen im Gemeinsamen Markt, Köln u. a. 1976, S. 63 ff.

ders.: Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften zur Bedeutung der allgemeinen Ziele der europäischen Verträge für den Wettbewerb, in: ders. (Hrsg.), Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, Bd. 2, 1977, S. 39 ff.

Böse, Martin: Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln u. a. 1996.

von Borries, Rainer: Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, EuR 1994, S. 263 ff.

ders.: Anmerkung, EuZW 1997, S. 446 ff.

Boujong, Karlheinz: Staatshaftung für legislatives und normatives Unrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Faller, Hans Joachim/Kirchhof/Träger, Ernst (Hrsg.), Festschrift für Willi Geiger, Tübingen 1989, S. 430 ff.

Brechmann, Winfried: Die richtlinienkonforme Auslegung, München 1994.

Brenner, Michael: Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts, *Der Staat* 32 (1993), S. 493 ff.

Breuer, Rüdiger: Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht, *DVBl.* 1978, S. 829 ff.

Bröhmer, Jürgen: Die Weiterentwicklung des europäischen Staatshaftungsrechts - EuGH, *EuGRZ* 1996, 144, *JuS* 1997, S. 117 ff.

Brüning, Christoph: Voraussetzungen und Inhalt eines grundrechtlichen Schutzanspruchs - *BVerwG*, *NVwZ* 1999, 1234, *JuS* 2000, S. 955 ff.

Brüsselbach, Christiane: Vorvertragliche Rechtspflichten als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung - EuGH, *EuZW* 1993, S. 743, *JuS* 1995, S. 21 ff.

Buck, Carsten: Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main u. a. 1998.

Bullinger, Martin: Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, *JZ* 1984, S. 1001 ff.

Burgi, Martin: Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, *EWS* 1999, S. 327 ff.

Calliess, Christian/Kallmayer, Axel: Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Abwehrrechte und Schutzpflichten aus Grundrechten, *JuS* 1999, S. 785 ff.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Neuwied 1999.

Canaris, Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, *AcP* 184 (1984), S. 201 ff.

ders.: Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, *JuS* 1989, S. 161 ff.

Chwolik-Lanfermann, Ellen: Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, Frankfurt am Main u. a. 1994.

dies.: Braucht die Europäische Union einen Grundrechtskatalog?, *ZRP* 1995, S. 126 ff.

Classen, Claus-Dieter: Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, *EuZW* 1993, S. 83 ff.

ders.: Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht, NJW 1995, S. 2457 ff.

ders.: Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, EWS 1995, S. 97 ff.

ders.: Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1996.

ders.: Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 65 ff.

Clérico, Laura: Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden 2001.

Clever, Friedrich: Ermessensmißbrauch und détournement de pouvoir nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 1967.

Dänzer-Vanotti, Wolfgang: Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, RIW 1992, S. 733 ff.

Dagtoglu, Prodromos D.: Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht?, Tübingen 1963.

Daig, Hans-Wolfram: Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1985.

von Danwitz, Thomas: Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften und Gemeinschaftsrecht, VerwArch 84 (1993), S. 73 ff.

ders.: Zur Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, JZ 1994, S. 335 ff.

ders.: Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, Tübingen 1996.

ders.: Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten, DVBl. 1997, S. 1 ff.

ders.: Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht, DVBl. 1998, S. 421 ff.

Dauses, Manfred: Dogmatik des Freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1984, S. 197 ff.

ders.: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattslg., 8. Ergänzungslieferung, München 1999.

Decaux, Emmanuel: La réciprocité en droit international, Paris 1980.

Deckert, Martina R.: Zur Haftung des Mitgliedstaates bei Verstößen seiner Organe gegen europäisches Gemeinschaftsrechts, EuR 1997, S. 203 ff.

Defalque, Lucette: Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises, CDE 23 (1987), S. 471 ff.

Degenhart, Christoph: Staatsrecht I, 13. Aufl., Heidelberg 1997.

Denninger, Erhard: Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung. Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1975, S. 545 ff.

ders.: Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, in: Däubler-Gmelin, Herta/Kinkel, Klaus/Meyer, Hans/Simon, Helmut (Hrsg.), Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S.561 ff.

Deutsch, Erwin: Anmerkung, NJW 1990, S. 339.

Dietlein, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992.

ders.: Das Untermaßverbot, ZG 1995, S. 131 ff.

Di Fabio, Udo: Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, S. 947 ff.

Dirnberger, Franz: Grundrechtliche Schutzpflicht und Gestaltungsspielraum, DVBl. 1992, S. 879 ff.

Dohnold, Heike: Die Haftung des Staates für legislatives und normatives Unrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DÖV 1991, S. 152 ff.

Dolderer, Michael: Objektive Grundrechtsgehalte, Berlin 2000.

Donner, J. P. H.: Articles 30 - 36 EEC in general, SEW 1982, S. 362 ff.

Dreier, Horst: Dimensionen der Grundrechte, Hannover 1993.

ders.: Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte, Jura 1994, S. 505 ff.

ders. (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Bd. I 1996, Bd. II 1998, jeweils Tübingen.

Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang: Gefahrenabwehr, 9. Aufl., Köln u.a. 1986.

Due, Ole: Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue in der Europäischen Gemeinschaft nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht Bonn, Vorträge und Berichte Nr. 9 (1992).

Dürig, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 121 ff.

Ebenroth, Carsten Thomas: Neue Ansätze zur Warenverkehrsfreiheit im Binnenmarkt der Europäischen Union, in: Erdmann, Willi/Gloy, Wolfgang/Herber, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München 1996, S. 133 ff.

Eberhartinger, Michael: Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, S. 43 ff.

Eckhoff, Rolf: Der Grundrechtseingriff, Köln u. a. 1992.

Ehlermann, Claus-Dieter: Die Bedeutung des Artikels 36 EWGV für die Freiheit des Warenverkehrs, EuR 1973, S. 1 ff.

ders.: Die Europäische Gemeinschaft und das Recht, in: Börner, Bodo/Jahrreiß, Hermann/Stern, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Karl Carstens, Bd. 1, Köln u. a. 1984, S. 81 ff.

Ehlers, Dirk: Der Schutz wirtschaftlicher Unternehmen vor terroristischen Anschlägen, Spionage und Sabotage, in: Leßmann, Herbert/Großfeld, Bernhard/Vollmer, Lothar (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes, Köln u. a. 1989, S. 337 ff.

ders.: Das Wirtschaftsverwaltungsrecht im europäischen Binnenmarkt, NVwZ 1990, S. 810 ff.

ders.: Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl. 1991, S. 605 ff.

ders.: Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht, JZ 1996, S. 776 ff.

Ehlers, Dirk/Lackhoff, Klaus: Urteilsanmerkung, JZ 1996, S. 467 ff.

Ehricke, Ulrich: Das Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis und Gemeinschaftsrecht, WuW 1994, S. 108 ff.

ders.: Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, RabelsZ 59 (1995), S. 598 ff.

Eichenberger, Kurt: Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, in: ders. (Hrsg.), Der Staat der Gegenwart, Basel u. a. 1980, S. 73 ff.

Enders, Christoph: Neubegründung des öffentlich-rechtlichen Nachbarrechts aus der grundrechtlichen Schutzpflicht? Konsequenzen aus dem Gentechnikbeschluß des VGH Kassel vom 6. 11. 1989, AöR 115 (1990), S. 610 ff.

ders.: Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken, Der Staat 35 (1996), S. 351 ff.

Engel, Christoph: Die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25 (1992), S. 437 ff.

Emiliou, Nicholas: The Principle of Proportionality in European Law, London u. a. 1996.

Emmert, Frank: Horizontale Drittwirkung von Richtlinien?, EWS 1992, S. 56 ff.

ders.: Europarecht, München 1996.

Erichsen, Hans-Uwe: Das Übermaßverbot, Jura 1988, S. 387 f.

ders. (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., Berlin u. a. 1995.

ders.: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Jura 1995, S. 550 ff.

ders.: Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S. 527 ff.

ders.: Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, S. 85 ff.

Everling, Ulrich: Zur neueren EuGH-Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, EuR 1982, S. 301 ff.

ders.: Elemente eines europäischen Verwaltungsrechts, DVBl. 1983, S. 649 ff.

ders.: Zum Vorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht, DVBl. 1985, S. 1201 ff.

ders.: Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RabelsZ 50 (1986), S. 193 ff.

ders.: Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1989, S. 338 ff.

ders.: Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, DB 1990, S. 1853 ff.

ders.: Der Gegenstand des Niederlassungsrechts in der Europäischen Gemeinschaft, Europa-Institut Saarbrücken, Vorträge, Reden und Berichte Nr. 208 (1990).

ders.: Der Ausschluß der Rückwirkung bei der Feststellung der Ungültigkeit von Verordnungen durch den Gerichtshof der EG, in: Baur, Jürgen F./Müller-Graff, Peter-Christian/Zuleeg, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Bodo Börner, Köln u. a. 1992, S. 57 ff.

ders.: Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1994, S. 127 ff.

ders.: Wirtschaftsverfassung und Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, in: Immenga, Ulrich u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, S. 365 ff.

ders.: Will Europe slip on bananas? The bananas judgement of the Court of Justice and national courts, CMLRev. 1996, S. 401 ff.

ders.: Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot - Tragweite und Grenzen, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 607 ff.

Eyles, Uwe: Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1990.

Fabis; Henrich: Die Auswirkungen der Freizügigkeit gemäß Art. 48 EG-Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht, Frankfurt am Main 1995.

Fasshold, Dagobert: Freier Warenverkehr in der EG und nationale Absatzregelungen, Diss. Mannheim 1986.

Fezer, Karl Heinz: Europäisierung des Wettbewerbsrechts, JZ 1994, S. 317 ff.

ders.: Anmerkung, JZ 1994, S. 623 ff.

Fischer, Hans-Georg: Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, JA 2000, S. 348 ff.

Fischer, Peter/Köck, Herbert Franz: Europarecht, 3. Aufl., Wien 1997.

Fluck, Jürgen: Grundrechtliche Schutzpflichten und Gentechnik, UPR 1990, S. 81 ff.

Forsthoff, Ernst: Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, *Der Staat* 2 (1963), S. 385 ff.

ders.: *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart 1964.

ders.: Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in: Barion, Hans/Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Forsthoff, Ernst/Weber, Werner (Hrsg.), *Epirrhosis*, Festgabe für Carl Schmitt, Bd. 1, Berlin 1968, S. 185 ff.

Forsthoff, Ulrich: Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil *Angonese*, *EWS* 2000, S. 389 ff.

Friauf, Karl/Höfling, Wolfram (Hrsg.): *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Berlin 2000.

Furrer, Andreas: *Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen*, Baden-Baden 1994.

Furrer, Andreas/Epiney, Astrid: Staatliche Haftung für qualifizierbare Wettbewerbsnachteile aus nicht umgesetzten Richtlinien, *JZ* 1995, S. 1025 ff.

Gallwas, Hans-Ullrich: *Grundrechte*, 2. Aufl., Neuwied u. a. 1995.

Ganten, Ted Oliver: *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Berlin 2000.

Gassner, Ulrich M.: Horizontale Direktwirkung von EG-Richtlinien – EuGH, *Slg. I* 1994, 3325, *JuS* 1996, S. 303 ff.

Geiger, Jutta: Die Entwicklung eines europäischen Staatshaftungsrechts, *DVBl.* 1993, S. 465 ff.

Geiger, Rudolf: *EUV/EGV*, 3. Aufl., München 2000.

Gersdorf, Hubertus: Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des *Solange-II*-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 1994, S. 400 ff.

van Gerven, Walter/Zuleeg, Manfred (Hrsg.): *Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts*, Köln 1996.

Giegerich, Thomas: *Privatwirkung der Grundrechte in den USA*, Berlin u. a. 1992.

ders.: *Europarecht und deutsches Recht - Wechselwirkungen in der Fallbearbeitung*, *JuS* 1997, S. 522 ff.

Goerlich, Helmut: *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden 1973.

ders.: Schutzpflicht - Grundrechte - Verfahrensschutz, NJW 1981, S. 2616 f.

ders.: Nachbarschutz und Verfahrensrechte - Zur Entwicklung formeller Rechte gegen Verfahrensfehler zu Lasten Dritter, DÖV 1982, S. 631 ff.

Götz, Volkmar: Probleme des Verwaltungsrechtes auf dem Gebiet des gemeinsamen Agrarmarktes, EuR 1986, S. 29 ff.

Gornig, Gilbert: Probleme der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte in den Europäischen Gemeinschaften, NJW 1989, S. 1120 ff.

Gornig, Gilbert/Trüe, Christiane: Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen allgemeinen Verwaltungsrecht - Teil 1 und Teil 2, JZ 1991, S. 884 ff., S. 934 ff.

Grabitz, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 568 ff.

ders.: Freiheit und Verfassungsrecht, Tübingen 1976.

ders.: Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: Stödter, Rolf/Thieme, Werner (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen, Tübingen 1977, S. 645 ff.

ders.: Europäisches Verwaltungsrecht - Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, NJW 1989, S. 1776 ff.

ders.: Über die Verfassung des Binnenmarktes, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin u. a. 1990, S. 1229 ff.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.): Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsig., 12. Ergänzungsifg., München 1998.

Gramlich, Ludwig: Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht?, DÖV 1996, S. 801 ff.

Grimm, Dieter: Die Fristenlösungsurteile in Österreich und Deutschland und die Grundrechtstheorie, JBl. 1976, S. 74 ff.

von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.): Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. I, IV, V, 5. Aufl. 1997; Bd. III, 4. Aufl. 1991, jeweils Baden-Baden.

Grote, Rainer: Ermessenslehre und Ermessenspraxis in Frankreich, NVwZ 1986, S. 269 ff.

Grundmann, Stephan M.: Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts - insbesondere: Der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze, ZEuP 1996, S. 399 ff.

ders.: Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, Konstanz 1997.

Guégan, Jean: Les méthodes de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Diss. Rennes 1979.

Gündisch, Jürgen: Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, Baden-Baden 1983, S. 97 ff.

Gusy, Christoph: Der Freiheitsschutz des Grundgesetzes, JA 1980, S. 78 ff.

ders.: Anmerkung, JZ 1989, S. 1003 ff.

Häberle, Peter: Europäische Rechtskultur, Baden-Baden 1994.

Hager, Johannes: Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373 ff.

Haibach, Georg: Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, S. 456 ff.

Hailbronner, Kay: Prüfungspflicht der Mitgliedstaaten zur Vergleichbarkeit ausländischer Diplome und Prüfungszeugnisse, JuS 1991, S. 917 ff.

ders.: Staatshaftung bei säumiger Umsetzung von EG-Richtlinien, JZ 1992, S. 284 ff.

Hailbronner, Kay/Klein, Eckart/Magiera, Siegfried/Müller-Graff, Peter-Christian: Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union (EUV/EGV), Loseblattsfg., 6. Ergänzungslfg., Köln u. a. 1997.

Hailbronner, Kay/Nachbaur, Andreas: Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1992, S. 105 ff.

Hain, Karl-Eberhard: Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBl. 1993, S. 982 ff.

ders.: Das Untermaßverbot in der Kontroverse, ZG 1996, S. 75 ff.

Hallstein, Walter: Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl., Düsseldorf u. a. 1979.

ders.: Europäische Reden, Stuttgart 1979.

Hanning, A./Schmieder, K.: Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atom- und Immissionsschutzrecht, DB Beilage 14/1977.

Hatje, Armin: Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, Baden-Baden 1998.

Hauschild, Malte: Das neue „Frühwarnsystem“ für den freien Warenverkehr in der EG, EuZW 1999, S. 236 ff.

Hauschka, Christoph E.: Zur privatrechtlichen Wirkung des Verbots nichttarifärer Handelshemmnisse in der EG, DB 1990, S. 873 ff.

Heinsohn, Stephanie: Der öffentlichrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Diss. Münster 1997.

Hellermann, Johannes: Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, Berlin 1993.

Herdegen, Matthias: Objektives Recht und subjektive Rechte. Bemerkungen zu verfassungsrechtlichen Wechselbeziehungen, in: Heckmann, Dirk/Messerschmidt, Klaus (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Öffentlichen Rechts - Bundesstaatliche Ordnung und europäische Integration. Objektives Recht und subjektive Rechte. Information als Staatsfunktion, Berlin 1988, S. 161 ff.

ders.: Europarecht, 2. Aufl., München 1999.

Herdegen, Matthias/Richter, Stefan: Die Rechtslage in den Europäischen Gemeinschaften, in: Frowein, Jochen Abr. (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, Berlin u. a. 1993, S. 209 ff.

Hermes, Georg: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987.

ders.: Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, NJW 1990, S. 1764 ff.

Hermes, Georg/Walther, Susanne: Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht, NJW 1993, S. 2337 ff.

Herzog, Roman: Verfassung und Verwaltungsgerichte - zurück zu mehr Kontrolldichte?, NJW 1992, S. 2601 ff.

Hesse, Konrad: Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: Däubler-Gmelin, Herta/Kinkel, Klaus/Meyer, Hans/Simon, Helmut (Hrsg.), Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 541 ff.

ders.: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., Heidelberg 1993.

Heun, Werner: Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Rechtsfigur, Baden-Baden 1992.

Hilf, Meinhard/Pache, Eckard: Das Bosman-Urteil des EuGH, NJW 1996, S. 1169 ff.

Hilf, Meinhard/Staebe, Erik: The Duty to Protect and to Ensure Human Rights According to the Law of the European Community/European Union, in: Klein, Eckart (Hrsg.), The Duty to Protect and to Ensure Human Rights, Berlin 2000.

Hillgruber, Christian: Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, AcP 191 (1991), S. 69 ff.

ders.: Abschied von der Privatautonomie?, ZRP 1995, S. 6 ff.

Hirsch, Günther: Keine Gentechnik ohne Gesetz?, NJW 1990, S. 1445 ff.

Hirschberg, Lothar: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981.

Hobe, Stephan/Tietje, Christian: Europäische Grundrechte auch für Profisportler, JuS 1996, S. 486 ff.

Höffe, Otfried: Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt?, Der Staat 38 (1999), S. 171 ff.

Höfling, Wolfram: Vertragsfreiheit, Heidelberg 1991.

ders.: Die Unantastbarkeit der Menschenwürde - Annäherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, JuS 1995, S. 857 ff.

ders.: Grundrechtstatbestand - Grundrechtsschranken - Grundrechtsschrankenschranken, Jura 1994, S. 169 ff.

Hofmann, Christian: Der Beitrag der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums, NVwZ 1995, S. 740 ff.

Hofmann, Hasso: Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, Stuttgart 1981.

- Hofmann, Rainer: Die Bindung staatlicher Macht, in: ders./Marko, Joseph/Merli, Franz/Wiederin, Ewald (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 3 ff.
- Holoubek, Michael: Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, Wien u. a. 1997.
- Hoppe, Werner: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, S. 684 ff.
- Huber, Peter M.: Recht der Europäischen Integration, München 1996.
- Immenga, Ulrich: Binnenmarkt durch europäisches Gemeinschaftsrecht, JA 1993, S. 257 ff.
- Imping, Andreas: Ausländer-Quote und Ablösesummen im Profi-Fußball, EWS 1996, S. 193 ff.
- Ipsen, Hans Peter: Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- ders.: Vier Glossen zur Einheitlichen Europäischen Akte, in: Jekewitz, Jürgen/Klein, Karl Heinz/Kühne, Jörg Detlef/Petersmann, Hans/Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), Festschrift für Karl Josef Partsch, Berlin 1989, S. 327 ff.
- ders.: Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, EuR 1994, S. 1 ff.
- Ipsen, Jörn: Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung, DVBl. 1983, S. 1029 ff.
- ders.: Staatsrecht II - Grundrechte, 3. Aufl., Neuwied u. a. 2000.
- Isaac, Guy: Droit communautaire général, Paris u. a. 1983.
- Isensee, Josef: Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: Müller, Georg u. a. (Hrsg.), Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel 1982, S. 23 ff.
- ders.: Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin u. a. 1983 (zitiert: Isensee, Grundrecht auf Sicherheit).
- ders.: Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, in: Franßen, Everhardt/Redeker, Konrad/Schlichter, Otto/Wilke, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Horst Sendler, München 1991, S. 39 ff.
- ders.: Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte, in: Hübner, Ulrich/Ebke, Werner F. (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld, Heidelberg 1999, S. 485 ff.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, Bd. V, 1992, Bd. VII, 1992, jeweils Heidelberg.

Jaensch, Michael: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Baden-Baden 1997.

Jaeckel, Liv: Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 2001.

Jakobs, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Köln u. a. 1985.

Jarass, Hans D.: Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 363 ff.

ders.: Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, S. 211 ff.

ders.: Die Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1993, S. 1 ff.

ders.: Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger, NJW 1994, S. 881 ff.

ders.: Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten, in: Due, Ole/Lutter, Markus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, Baden-Baden 1995, S. 593 ff.

ders.: Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, S. 202 ff.

ders.: Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 345 ff.

ders.: Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 173 ff.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., München 1997.

Jarvis, Malcolm A.: Anmerkung, CMLRev. 1998, S. 1371 ff.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.

ders.: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, Nachdruck Bad Homburg 1960.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, Nachdruck Bad Homburg 1966.

Jestaedt, Thomas/Kästle, Florian: Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art. 30 EG-Vertrag: das *Keck*-Urteil, EWS 1994, S. 26 ff.

Joliet, René: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie Warenverkehr, GRUR Int. 1994, S. 1 ff.

Kainer, Friedemann: Grundfreiheiten und staatliche Schutzpflichten - EuGH, NJW 1998, 1931, JuS 2000, S. 431 ff.

Kapteyn, P. J. G./VerLoren van Themaat, P.: Introduction to the Law of the European Communities, 2. Aufl., Deventer u. a. 1990.

Karl, Joachim: Die Schadensersatzpflicht der Mitgliedstaaten bei Verletzungen des Gemeinschaftsrechts, RIW 1992, S. 440 ff.

Kasten, Hans-Hermann: Entwicklung eines Europäischen Allgemeinen Verwaltungsrechts, DÖV 1985, S. 570 ff.

Katz, Alfred: Staatsrecht, 11. Aufl., Heidelberg 1992.

Kingreen, Thorsten: Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999.

Kingreen, Thorsten/Störmer, Rainer: Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, S. 263 ff.

Kirchhof, Paul: Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Hommelhoff, Peter/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, Heidelberg 1994, S. 11 ff.

Kirschner, Heinrich: Die Kontrolldichte bei der Überprüfung der Entscheidungen der Kommission durch das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, Nr. 61 (1996).

Klein, Eckart: Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht, DÖV 1977, S. 704 ff.

ders.: Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht, Saarbrücken 1988.

ders.: Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633 ff.

ders.: Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, Der Staat 33 (1994), S. 39 ff.

Klein, Hans-Hugo: Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, S. 489 ff.

Kloepfer, Michael: Grenzüberschreitende Umweltbelastungen als Rechtsproblem, DVBl. 1984, S. 245 ff.

ders.: Umweltschutz und Verfassungsrecht. Zum Umweltschutz als Staatspflicht, DVBl. 1988, S. 305 ff.

ders.: Umweltrecht, 2. Aufl., München 1998.

Kluth, Winfried: Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), S. 557 ff.

Knobbe-Keuk, Brigitte: Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot, DB 1990, S. 2573 ff.

Koch, Hans-Joachim: Winterdienst auf öffentlichen Straßen, Die Verwaltung 30 (1997), S. 1 ff.

Köck, Heribert Franz: Die „implied powers“ der Europäischen Gemeinschaft als Anwendungsfall der „implied powers“ internationaler Organisationen überhaupt, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Folz, Hans-Ernst/Mössner, Jörg Manfred/Zemanek, Karl (Hrsg.), Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern, Köln u. a. 1988, S. 279 ff.

Koenig, Christian: Zur gerichtlichen Kontrolle sogenannter Beurteilungsspielräume im Prüfungsrecht, VerwArch 83 (1992), S. 351 ff.

Koenig, Christian/Haratsch, Andreas: Europarecht, 2. Aufl., Tübingen 1998.

Koenig, Christian/Haratsch, Andreas: Europarecht, 3. Aufl., Tübingen 2000.

Kort, Michael: Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht, JZ 1996, S. 132 ff.

Kratzmann, Horst: Grundrechte - Rechte auf Leistungen, Frankfurt a. M. 1974.

von Krauss, Rupprecht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955 (zitiert: von Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

Kraußer, Hans-Peter: Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, Berlin 1991.

Krebs, Walter: Freiheitsschutz durch Grundrechte, Jura 1988, S. 617 ff.

Kühling, Jürgen: Staatliche Handlungspflichten zur Sicherung der Grundfreiheiten, NJW 1999, S. 403 f.

Kugelmann, Dieter: Grundrechte in Europa, Hamburg 1997.

Kunig, Philip: Grundrechtlicher Schutz des Lebens, Jura 1991, S. 415 ff.

Kutscher, Hans: Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters, in: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Hrsg.), Begegnung von Justiz und Hochschule 27. - 28. September 1976, I., Luxemburg 1976.

ders.: Abschied vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1981, S. 1 ff.

ders.: Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1981, S. 392 ff.

ders.: Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission (Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, Deutsch-Französische Juristenkonferenz am 26./27. November 1982 in Straßburg, Heidelberg 1985, S. 89 ff.

Lackhoff, Klaus: Deutsches Wirtschaftsverwaltungsrecht und die Grundfreiheiten der Art. 30, 34, 48, 52, 59 EGV, Baden-Baden 1994.

Lang, John Temple: Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice, Fordham International Law Journal 10 (1987), S. 503 ff.

Langer, Stefan: Staatshaftung für Waldschäden wegen Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten?, NVwZ 1987, S. 195 ff.

Langenfeld, Christine: Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, S. 955 ff.

Lecheler, Helmut: Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Berlin 1971.

Lenz, Carl Otto: Immanente Grenzen des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 1993, S. 57 ff.

ders. (Hrsg.): EG-Vertrag, Kommentar, 2. Aufl., Köln u. a. 1999.

Lepa, Manfred: Der Inhalt der Grundrechte, 5. Aufl., Köln 1985.

Lerche, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht, Köln u. a. 1961.

ders.: Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, JuS 1961, S. 237 ff.

ders.: Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), S. 341 ff.

ders.: Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung, in: Böttcher, Reinhard/Hueck, Götz/Jähnke, Burkhard (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky, Berlin u. a. 1996, S. 215 ff.

Lindner, Josef Franz: Anmerkung, BayVBl. 1999, S. 337 ff.

Link, Heinz-Christoph: Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), S. 7 ff.

Lübbe-Wolff, Gertrude: Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988.

Lück, Michael: Die Gemeinschaftstreue als allgemeines Rechtsprinzip im Recht der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1992.

Lücke, Jörg: Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG, JZ 1999, S. 377 ff.

Maduro, Miguel Poiares: The Saga of Article 30 EC Treaty: To Be Continued, MJ 1998, S. 298 ff.

von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl., München 1999.

Manssen, Gerrit: Staatsrecht I - Grundrechtsdogmatik, München 1995.

ders.: Grundrechte, München 2000.

Marburger, Peter: Rechtliche Grenzen technischer Sicherheitspflichten, WiVerw 1981, S. 241 ff.

Martens, Joachim: Beurteilungsspielraum zur Quantifizierung unbestimmter Rechtsbegriffe - BSGE 55, 245, JuS 1987, S. 103 ff.

Martin-Ehlers, Andrés: Grundlagen einer gemeinschaftsrechtlich entwickelten Staatshaftung, EuR 1996, S. 376 ff.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Lerche, Peter/Papier, Hans-Jürgen/Randelzhofer, Albrecht/Schmidt-Aßmann, Eberhard: Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsig., 33. Ergänzungsfig., München 1998.

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., München 1997.

Medicus, Dieter: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), S. 35 ff.

Meier, Gert: Anmerkung, RIW/AWD 1978, S. 537 f.

ders.: Integrationskraft und Rechtsgemeinschaft, RIW/AWD 1980, S. 39 ff.

ders.: Die Europäische Gemeinschaft am Scheideweg, RIW/AWD 1981, S. 246 ff.

ders.: Anmerkung, EuZW 1991, S. 576 ff.

ders.: Anmerkung, EuZW 1998, S. 87 f.

Meister, Burkhardt W.: Ermessensmißbrauch oder détournement de pouvoir als Fehlertatbestand der Nichtigkeitsklage des Montanvertrages, Bielefeld 1971.

Meurer, Thomas: Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz des freien Warenverkehrs, EWS 1998, S. 196 ff.

Meyer, Andreas: Europäischer Binnenmarkt und produktspezifisches Werberecht, GRUR Int. 1996, S. 697 ff.

Meyer, Peter: Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Jura 1994, S. 455 ff.

Michael, Lothar: Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbots und der Gleichheitssätze, JuS 2001, S. 148 ff.

ders.: Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, S. 764 ff.

Michaelis, Lars Oliver: Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten - Zum Fall Angonese, NJW 2001, S. 1841 f.

Middeke, Andreas: Nationaler Umweltschutz und Binnenmarkt, Köln u. a. 1994.

Millarg, Eberhard: Anmerkung, EuR 1973, S. 231 ff.

Mögele, Rudolf: Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht - wechselseitige Einwirkungen, BayVBl. 1993, S. 552 ff.

Möllers, Thomas: Doppelte Rechtsfortbildung contra legem? Zur Umgestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch den EuGH und nationale Gerichte, EuR 1998, S. 20 ff.

Moench, Christoph: Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt, NJW 1982, S. 2689 ff.

Möschel, Wernhard: Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, NJW 1994, S. 429 ff.

Mortelmans, Kamiel: Article 30 of the EEC treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?, CMLRev. 1991, S. 115 ff.

Müller, Friedrich: Juristische Methodik, 5. Aufl., Berlin 1993.

Müller-Graff, Peter-Christian: Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: ders./Zuleeg, Manfred (Hrsg.), Staat und Wirtschaft in der EG, Baden-Baden 1987, S. 17 ff.

ders.: Binnenmarktziel und Rechtsordnung, Köln 1989.

ders.: Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarkts, EuR 1989, S. 107 ff.

ders. (Hrsg.): Technische Regeln im Binnenmarkt, Baden-Baden 1991.

Müller-Michaels, Olaf: Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, Berlin 1997.

von Münch, Ingo: Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Das Baby von Erlangen, JuS 1997, S. 248 ff.

von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl., München 1992.

Murswiek, Dietrich: Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985.

ders.: Entschädigung für immissionsbedingte Waldschäden, NVwZ 1986, S. 611 ff.

ders.: Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz, WiVerw 1986, S. 179 ff.

ders.: Nochmals: Staatshaftung für Waldschäden?, NVwZ 1987, S. 481.

Muyllé, Koen: Angry Farmers and Passive Policemen: Private Conduct and the Free Movement of Goods, ELRev. 1998, S. 467 ff.

Nachbaur, Andreas: Art. 52 EWGV - Mehr als nur ein Diskriminierungsverbot?, EuZW 1991, S. 470 ff.

Nessler, Volker: Richterrecht wandelt EG-Richtlinien, RIW 1993, S. 206 ff.

Nettesheim, Martin: Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), S. 261 ff.

ders.: Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, EuZW 1995, S. 106 ff.

ders.: Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität, NVwZ 1996, S. 342 ff.

Nicolaysen, Gert: Zur Theorie von den implied powers in den Europäischen Gemeinschaften, EuR 1966, S. 129 ff.

ders.: Anmerkung, EuR 1977, S. 288 f.

ders.: Keine horizontale Wirkung von Richtlinien-Bestimmungen, EuR 1986, S. 370 f.

ders.: Europarecht I, 1991, Europarecht II, 1996, jeweils Baden-Baden.

Nolte, Norbert: Beurteilungsspielräume im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main u. a. 1996.

Novak, Reinhard: Ungleichbehandlung von ausländischen Produkten oder Dienstleistungen - Einheitliche Rechtfertigungstatbestände im EG-Vertrag, DB 1997, S. 2589 ff.

Oeter, Stefan: „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), S. 529 ff.

Ohler, Christoph: Mehr Mut zu Steuerpolitik in Europa, EuZW 1997, S. 370 ff.

Oldenbourg, Andreas: Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien im innerstaatlichen Bereich, München 1984.

Oldiges, Martin: Die Staatshaftung bei legislativem Unrecht, Der Staat 15 (1976), S. 381 ff.

ders.: Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in: Wendt, Rudolf/Höfling, Wolfram/Karpen, Ulrich/Oldiges, Martin (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinrich Friauf, Heidelberg 1996, S. 281 ff.

Oliver, Peter: Free Movement of Goods in the European Community, 2. Aufl., London 1988.

ders.: Free Movement of Goods in the European Community, 3. Aufl., London 1996.

Oppermann, Thomas: Europarecht, 2. Aufl., München 1999.

Ortlepp, Beate Christina: Das Vertragsverletzungsverfahren als Instrument zur Sicherung der Legalität im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1987.

Ossenbühl, Fritz: Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, DVBl. 1992, S. 993 ff.

ders.: Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Festschrift für Peter Lerche, München 1993, S. 151 ff.

ders.: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998.

Pache, Eckhard: Die Kontrolldichte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, DVBl. 1998, S. 380 ff.

ders.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, S. 1033 ff.

Page, Alan C.: Member States, Public Undertakings and Article 90, ELRev. 1989, S. 19 ff.

Pagenkopf, Martin: Zum Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf nationales Wirtschaftsrecht – Versuch einer praktischen Einführung, NVwZ 1993, S. 216 ff.

Palme, Christoph: Das Bosman-Urteil des EuGH: Ein Schlag gegen die Sportautonomie?, JZ 1996, S. 238 ff.

Papier, Hans-Jürgen: Direkte Wirkung von Richtlinien der EG im Umwelt- und Technikrecht, DVBl. 1993, S. 809 ff.

Paulus, Christoph G./Zenker, Wolfgang: Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, S. 1 ff.

Perau, Guido: Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1997.

Pernice, Ingolf: Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1979.

Pernice, Ingolf/Kadelbach, Stefan: Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, DVBl. 1996, S. 1100 ff.

Pescatore, Pierre: Die „Einheitliche Europäische Akte“ - Eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt, EuR 1986, S. 153 ff.

Petschke, Matthias: Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1994, S. 107 ff.

Pieper, Stefan Ulrich: Mitgliedstaatliche Haftung für die Nichtbeachtung von Gemeinschaftsrecht, NJW 1992, S. 2454 ff.

Pieper, Stefan Ulrich/Schollmeier, Andres/Krimphove, Dieter: Europarecht - Das Casebook, 2. Aufl., Köln u. a. 2000.

Pieroth, Bodo/Kemm, Siegmund: Beurteilungsspielraum und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anerkennung eines besonderen pädagogischen Interesses an privaten Grundschulen - BVerfGE 88, 40, JuS 1995, S. 780 ff.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Grundrechte - Staatsrecht II, 16. Aufl., Heidelberg 2000.

Pietrzak, Alexandra: Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext - Überblick und neue Aspekte, JuS 1994, S. 748 ff.

Pietzcker, Jost: Drittwirkung - Schutzpflicht - Eingriff, in: Maurer, Hartmut (Hrsg.), Festschrift für Günter Dürig, München 1990, S. 345 ff.

ders.: Zur Entwicklung des öffentlichen Entschädigungsrechts - insbesondere am Beispiel der Entschädigung von Beschränkungen der landwirtschaftlichen Produktion, NVwZ 1991, S. 418 ff.

Pitschas, Rainer: Integrationsprobleme des Polizeirechts in Europa, NVwZ 1994, S. 625 ff.

Potacs, Michael: Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, Graz 1996.

Pollak, Christiana: Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, Baden-Baden 1991.

Prieß, Hans-Joachim: Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht, NVwZ 1993, S. 118 ff.

Preu, Peter: Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, JZ 1991, S. 265 ff.

Quinn, Mary/MacGowan, Nicholas: Could Article 30 impose obligations on individuals?, ELRev. 1987, S. 163 ff.

Rabe, Hans-Jürgen: Anmerkung, EuR 1983, S. 341 ff.

Randelzhofer, Albrecht: Das Recht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht, ZHR 135 (1971), S. 237 ff.

Rausch, Rolf: Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und -würdigungen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 1994.

Rauschning, Dietrich: Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 167 ff.

Redeker, Konrad: Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, NVwZ 1992, S. 305 ff.

Reich, Norbert: The „November Revolution“ of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited, CMLRev. 1994, S. 459 ff.

ders.: Der Schutz subjektiver Gemeinschaftsrechte durch Staatshaftung, EuZW 1996, S. 709 ff.

Rengeling, Hans-Werner: Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Köln u. a. 1977 (zitiert: Rengeling, Verwaltungsvollzug).

ders.: Die Entwicklung verwaltungsrechtlicher Grundsätze durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1984, S. 331 ff.

ders.: Das Zusammenwirken von Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem, insbesondere deutschem Recht, DVBl. 1986, S. 306 ff.

ders.: Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, München 1993 (zitiert: Rengeling, Grundrechtsschutz).

ders.: Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht - wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), S. 202 (205 f.).

ders.: Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. 1, Allgemeines Umweltrecht, Köln u. a. 1998 (zitiert: Rengeling, Umweltrecht).

Rengeling, Hans-Werner/Middeke, Andreas/Gellermann, Martin: Rechtsschutz in der Europäischen Union, München 1994.

Ress, Georg: Binnenmarkt und Niederlassungsfreiheit, EuZW 1990, S. 521.

ders.: Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), S. 56 ff.

ders.: Die Direktwirkung von Richtlinien: Der Wandel von der prozeßrechtlichen zur materiellrechtlichen Konzeption, in: Leipold, Dieter/Lüke, Wolfgang/Yoshino, Shozaburo (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Arens, München 1993, S. 351 ff.

ders.: Die richtlinienkonforme „Interpretation“ innerstaatlichen Rechts, DÖV 1994, S. 489 ff.

Richter, Stefan: Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien zu Lasten Einzelner, EuR 1988, S. 394 ff.

Robbers, Gerhard: Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987.

Rodriguez Iglesias, Gil Carlos/Riechenberg, Kurt: Zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts, in: Due, Ole/Lutter, Markus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, Baden-Baden 1995, S. 1213 ff.

Röhl, Hans Christian: Verwaltung und Privatrecht - Verwaltungsprivatrecht?, VerwArch 86 (1995), S. 531 ff.

Rohe, Mathias: Binnenmarkt oder Interessenverband?, RabelsZ 61 (1997), S. 1 ff.

Rohde, Christian/Lorenzmeier, Stefan: Europarecht, 2. Aufl., Berlin u. a. 1999.

Röthel, Anne: Anmerkung, EuZW 2000, S. 379 f.

Rose, Matthias: Gentechnik und Vorbehalt des Gesetzes, DVBl. 1990, S. 279 ff.

Roßnagel, Alexander: Europäische Techniknormen im Lichte des Gemeinschaftsvertragsrechts, DVBl. 1996, S. 1181 ff.

Roth, Wulf-Henning: Drittwirkung der Grundfreiheiten?, in: Due, Ole/Lutter, Markus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, Baden-Baden 1995, S. 1231 ff.

Rozek, Jochen: Neubestimmung der Justitiabilität von Prüfungsentscheidungen, NVwZ 1992, S. 343 ff.

Rupp, Hans Heinrich: Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976), S. 161 ff.

ders.: Anmerkung, JZ 1990, S. 91 f.

Ruffert, Matthias: Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, Heidelberg 1996.

Rupprecht, Wilfried: Die Nachprüfungsbefugnis des Europäischen Gerichtshofes gegenüber Ermessenshandlungen der Exekutive in der Montanunion und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Diss. Kiel 1962.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz, München 1996.

ders.: Verfassungsrecht II - Grundrechte, Berlin u. a. 2000.

Sack, Rolf: Auswirkungen der Art. 52, 58 EWGV auf das internationale Gesellschaftsrecht, JuS 1990, S. 352 ff.

ders.: Staatliche Regelungen sogenannter „Verkaufsmodalitäten“ und Art. 30 EG-Vertrag, EWS 1994, S. 37 ff.

ders.: Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag, WRP 1998, S. 103 ff.

Saenger, Ingo: Staatshaftung wegen Verletzung europäischen Gemeinschaftsrechts, JuS 1997, S. 865 ff.

Sandrock, Otto/Austmann, Andreas: Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?, RIW 1989, S. 249 ff.

Sass, Wolfgang: Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis, Heidelberg 1992.

Schaefer, Detlef: Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, Frankfurt am Main u. a. 1987.

Schärf, Wolf-Georg: Vertragsverletzung wegen Nichteinschreitens von Behörden, EuZW 1998, S. 617 f.

Schenke, Wolf-Rüdiger: Die Haftung des Staates bei normativem Unrecht, DVBl. 1975, S. 121 ff.

ders.: Rechtsschutz gegen Unterlassen von Rechtsnormen, VerwArch 82 (1991), S. 307 ff.

Schenke, Wolf-Rüdiger/Guttenberg, Ulrich: Rechtsprobleme einer Haftung bei normativem Unrecht, DÖV 1991, S. 945 ff.

Scherzberg, Arno: Unterverfassungsrechtliche Rechtssätze als Grundlage subjektiv-öffentlicher Rechte, Jura 1988, S. 455 ff.

ders.: „Objektiver“ Grundrechtsschutz und subjektives Recht. Überlegungen zur Neukonzeption des grundrechtlichen Abwehrrechts, DVBl. 1989, S. 1128 ff.

ders.: Die Subsidiarität des „enteignungsgleichen Eingriffs“, DVBl. 1991, S. 84 ff.

ders.: Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, S. 225 ff.

Scheuing, Dieter H.: Haftung für Gesetze, in: Püttner, Günter (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof, München 1984, S. 343 ff.

ders.: Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 289 ff.

Schilling, Theodor: Rechtsfragen zu Art. 30 EGV, EuR 1994, S. 50 ff.

ders.: Zu den Grenzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, Der Staat 33 (1994), S. 555 ff.

ders.: Singularia non sunt extendenda. Die Auslegung der Ausnahme in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1996, S. 44 ff.

ders.: Zum Verhältnis von Gemeinschafts- und nationalem Recht, ZfRV 1998, S. 149 ff.

Schlemmer-Schulte, Sabine/Ukrow, Jörg: Haftung des Staates gegenüber dem Marktbürger für gemeinschaftswidriges Verhalten, EuR 1992, S. 82 ff.

Schlette, Volker: Die Verfassungswidrigkeit des „Ozon-Gesetzes“, JZ 1996, S. 327 ff.

Schlink, Bernhard: Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S. 457 ff.

Schmidhuber, Peter M.: Perspektiven zum europäischen Binnenmarkt, WuW 1992, S. 981 ff.

Schmidhuber, Peter M./Hitzler, Gerhard: Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag - ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft, NVwZ 1992, S. 720 ff.

Schmid-Lossberg, Alexander: Kontrolldichte im EG-Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main 1992.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Anwendungsprobleme des Art. 2 Abs. 2 GG im Immissionsschutzrecht, AöR 106 (1981), S. 205 ff.

ders.: Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, S. 924 ff.

ders.: Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Festschrift für Peter Lerche, München 1993, S. 513 ff.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/Groß, Thomas: Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privatgrundschul-Entscheidung des BVerfG, NVwZ 1993, S. 617 ff.

Schmidt-Eichstaedt, Gerd: Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, AöR 98 (1973), S. 173 ff.

Schmitt, Carl: Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie, Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Stuttgart u. a. 1967, S. 37 ff.

Schneider, Hartmut: Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, NJ 1996, S. 512 ff.

ders.: Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag, Baden-Baden 1998 (zitiert: Schneider, Öffentliche Ordnung).

Schneider, Hildegard: Die Anerkennung von Diplomen in der Europäischen Gemeinschaft, Antwerpen u. a. 1995 (zitiert: Schneider, Anerkennung von Diplomen).

Schnichels, Dominik: Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Baden-Baden 1995.

Schoch, Friedrich: Amtshaftung, Jura 1988, S. 585 ff.

ders.: Die Haftungsinstitute des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs im System des Staatshaftungsrechts, Jura 1989, S. 529 ff.

ders.: Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, S. 109 ff.

ders.: Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 1999, Beiheft 2, S. 135 ff.

Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Pietzner, Rainer (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt-Kommentar, München 1996.

Schockweiler, Fernand: La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire, AJDA 1990, S. 435 ff.

ders.: Die richterliche Kontrollfunktion: Umfang und Grenzen in Bezug auf den Europäischen Gerichtshof, EuR 1995, S. 191 ff.

Schödermeier, Martin: Die Ernte der „Maissaat“: Einige Anmerkungen zum Verhältnis von Art. 30 und 85 EWG-Vertrag, GRUR Int. 85 ff.

Scholz, Rupert: Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrenrecht, DÖV 1998, S. 261 ff.

Schorkopf, Frank: Neuer Interventionsmechanismus der Kommission zur Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit, EuZW 1998, S. 237 ff.

ders.: Der neue Mechanismus zur Gewährleistung des freien Warenverkehrs, EWS 2000, S. 156 ff.

Schroeder, Werner: Sport und europäische Integration: Die Diskriminierung von Sportlern in der Europäischen Gemeinschaft, München 1989.

ders.: Kein Glücksspiel ohne Grenzen, EuGRZ 1994, S. 373 ff.

ders.: Anmerkung, JZ 1996, S. 254 ff.

Schubert, Thure: Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, München 1999.

Schulze-Fielitz, Helmuth: Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, JZ 1993, S. 772 ff.

Schwabe, Jürgen: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, München 1971.

ders.: Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte, AöR 100 (1975), S. 442 ff.

ders.: Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977.

ders.: Anmerkung, DVBl. 1990, S. 477 ff.

Schwartz, Ivo E.: Artikel 235 EG-Vertrag nach „Maastricht“, in: Immenga, Ulrich u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, S. 467 ff.

Schwarze, Jürgen: Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen, EuR 1983, S. 1 ff.

ders.: Der Schutz des Gemeinschaftsbürgers durch allgemeine Verwaltungsrechtsgrundsätze im EG-Recht, NJW 1986, S. 1067 ff.

ders.: Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, Bd. II, jeweils Baden-Baden 1988.

ders.: Die gerichtliche Kontrolle der europäischen Wirtschaftsverwaltung, in: ders./Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, Baden-Baden 1992, S. 203 ff.

ders. (Hrsg.): Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Baden-Baden 1996 (zitiert: Schwarze, Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß).

ders.: Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur Europäisierung des Verwaltungsrechts, EuR 1997, S. 419 ff.

ders.: Zum Anspruch der Gemeinschaft auf polizeiliches Einschreiten der Mitgliedstaaten bei Störungen des grenzüberschreitenden Warenverkehrs durch Private, EuR 1998, S. 53 ff.

Schweitzer, Michael (Hrsg.): Europäisches Verwaltungsrecht, Wien 1991.

Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar: Europarecht, 5. Aufl., Neuwied u. a. 1996.

Schwerdtfeger, Gunther: Eigentumsgarantie, Inhaltsbestimmung und Enteignung - BVerfGE 58, 300 („Naßauskiesung“), JuS 1983, S. 104 ff.

ders.: Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, Berlin u. a. 1983 (zitiert: Schwerdtfeger, Eigentumsgarantie).

ders.: Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 10. Aufl., München 1997 (zitiert: Schwerdtfeger, Öffentliches Recht).

Sendler, Horst: Gesetzes- und Richtervorbehalt im Gentechnikrecht, NVwZ 1990, S. 231 ff.

Sharpston, Eleanor: Legitimate Expectations and Economic Reality, ELRev. 1990, S. 103 ff.

Simma, Bruno: Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, Berlin 1972.

Smith, Lesley Jane: Postgraduate Degrees, vocational training and reverse discrimination: the narrow divide, ELRev. 1994, S. 67 ff.

Soell, Hermann: Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, Heidelberg 1973.

Söllner, Renate: Art. 5 EWG-Vertrag in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, München 1985.

Sorensen, Max: Berührungspunkte zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1978, S. 33 ff.

Spetzler, Eugen: Die Kollision des Europäischen Gemeinschaftsrechts mit nationalem Recht und deren Lösung, RIW 1990, S. 286 ff.

Starck, Christian: Frieden als Staatsziel, in: Börner, Bodo/Jahrreiß, Hermann/Stern, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Karl Carstens, Bd. 2, Köln u. a. 1984, S. 867 ff.

ders.: Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens, JZ 1993, S. 816 ff.

ders.: Praxis der Verfassungsauslegung, Baden-Baden 1994.

Steiger, Heinhard: Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Salzwedel, Jürgen (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Berlin 1982, S. 21 ff.

Steinberg, Rudolf: Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts, NJW 1984, S. 457 ff.

ders.: Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, S. 1985 ff.

Steinberg, Rudolf/Lubberger, Andreas: Aufopferung - Enteignung und Staatshaftung, Baden-Baden 1991.

Steinberger, Helmut: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Verhältnis zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht, in: Hailbronner, Kay/Ress, Georg/Stein, Thorsten (Hrsg.), Festschrift für Karl Doehring, Berlin u. a. 1989, S. 951 ff.

ders.: Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 9 ff.

Steindorff, Ernst: Reichweite der Niederlassungsfreiheit, EuR 1988, S. 19 ff.

ders.: Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Festschrift für Peter Lerche, München 1993, S. 575 ff.

ders.: Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 158 (1994), S. 149 ff.

ders.: Urteilsanmerkung, JZ 1994, S. 95 ff.

ders.: EG-Richtlinien und Illusionen, in: Due, Ole/Lutter, Markus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, Baden-Baden 1995, S. 1455 ff.

ders.: EG-Vertrag und Privatrecht, Baden-Baden 1996.

Steiner, Udo: Richterliche Grundrechtsverantwortung in Europa, in: Geis, Max-Emanuel/Lorenz, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 1005 ff.

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael: Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., München 2001.

Stern, Klaus: Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: Achterberg, Norbert/Krawietz, Werner/Wyduckel, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ulrich Scupin, Berlin 1983, S. 632 ff.

ders.: Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 III GG für die Grundrechte, JuS 1985, S. 329 ff.

ders.: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1 (unter Mitwirkung von Michael Sachs), München 1988 (zitiert: [Sachs, in:] Stern, Staatsrecht, Bd. III/1); Bd. III/2 (unter Mitwirkung von Michael Sachs), München 1994 (zitiert: [Sachs, in:] Stern, Staatsrecht, Bd. III/2).

ders.: Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Badura, Peter (Hrsg.), Festschrift für Peter Lerche, München 1993, S. 165 ff.

Stöhr, Karlheinz: Schadensersatzansprüche wegen verspäteter Umsetzung der EG-Pauschalreiserichtlinie, NJW 1999, S. 1063 ff.

Streinz, Rudolf: Staatshaftung für Verletzungen primären Gemeinschaftsrechts durch die Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1993, S. 599 ff.

ders.: Der „effet utile“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: Due, Ole/Lutter, Markus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, Baden-Baden 1995, S. 1491 ff.

ders.: Anmerkungen zu dem EuGH-Urteil in der Rechtssache Brasserie du Pêcheur und Factortame, EuZW 1996, S. 201 ff.

ders.: Europarecht, 4. Aufl., Heidelberg 1999.

ders.: Diskriminierungsverbot - Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, JuS 1999, S. 1222 f.

Streinz, Rudolf/Leible, Stefan: Staatshaftung wegen verspäteter Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie, ZIP 1996, S. 1931 ff.

dies.: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 459 ff.

Szczekalla, Peter: Grundfreiheitenliche Schutzpflichten - eine „neue“ Funktion der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1998, S. 219 ff.

Taschner, Hans Claudius: Schengen: die Übereinkommen zum Abbau der Personenkontrollen an den Binnengrenzen von EU-Staaten, Baden-Baden 1997.

Tiedemann, Klaus: Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1990, S. 2226 ff.

Thoma, Richard: Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Nipperdey, Hans-Carl (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung I, 1929, S. 1 ff.

Tomuschat, Christian, Das Francovich-Urteil des EuGH - Ein Lehrstück zum Europarecht, in: Due, Ole/Lutter, Markus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, Baden-Baden 1995, S. 1585 ff.

Tonne, Michael: Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Köln u. a. 1997.

Trautwein, Thomas: Dienstleistungsfreiheit und Diskriminierungsverbot im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Jura 1995, S. 191 ff.

Triantafyllou, Dimitris: Haftung der Mitgliedstaaten für Nichtumsetzung von EG-Recht, DÖV 1992, S. 564 ff.

ders.: Zur Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, DÖV 1997, S. 192 ff.

Ule, Carl-Hermann: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Bachof, Otto/Drath, Martin/Gönnenwein, Otto/Walz, Ernst (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 309 ff.

ders.: Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht, DVBl. 1973, S. 756 ff.

ders.: Rechtsstaat und Verwaltung, VerwArch 76 (1985), S. 1 ff. und S. 129 ff.

ders.: Anmerkung, DVBl. 1986, S. 93 f.

ders.: Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., München 1987.

Ule, Carl-Hermann/Laubinger, Hans-Werner: Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., Köln u. a. 1995.

Unruh, Peter: Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996.

Vallender, Klaus A.: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, Mélanges André Grisel 1983, S. 819 ff.

Veelken, Winfried: Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen, EuR 1977, S. 311 ff.

Verdross, Alfred: Die Würde des Menschen als Grundlage der Menschenrechte, EuGRZ 1977, S. 207 f.

VerLoren van Themaat, Pieter: A case involving Article 90 of the EEC-Treaty, European Competition Policy, The Europa Institute of the University of Leiden (Hrsg.), Leiden 1973, S. 240 ff.

Viebrock, Jan: Direktwirkung von EG-Richtlinien, JZ 1991, S. 555 f.

Virally, Michel: Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain, RdC 122 (1967, III), S. 1 ff.

Graf Vitzthum, Wolfgang: Gentechnik und Grundrechtsschutz, VBIBW 1990, S. 48 ff.

Waelbroeck, Denis: L` harmonisation des règles et normes technique dans la CEE, CDE (24) 1988, S. 243 ff.

Wägenbaur, Rolf: Inhalt und Etappen der Niederlassungsfreiheit, EuZW 1991, S. 427 ff.

Wahl, Rainer: Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte – Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409 ff.

Wahl, Rainer/Masing, Johannes: Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff.

Wassermann, Rudolf (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Bd. 1, 2. Aufl., Neuwied u. a. 1989.

Weber, Albrecht: Verwaltungskollisionsrecht der Europäischen Gemeinschaften im Lichte neuerer Rechtsentwicklungen, EuR 1986, S. 1 ff.

De Weerth, Jan: EG-Recht und direkte Steuern, RIW 1997, S. 482 ff.

Wendt, Rudolf: Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104 (1979), S. 414 ff.

Weyer, Hartmut: Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt, Berlin u. a. 1997.

Weiß, Wolfgang: Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, 1998.

ders.: Zur Wirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist, DVBl. 1998, S. 568 ff.

ders.: Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit, EuZW 1999, S. 493 ff.

Wiedemann, Herbert: Anmerkung, JZ 1990, S. 695 ff.

ders.: Anmerkung, JZ 1994, S. 411 ff.

Wielsch, Torsten: Die europäische Gefahrenabwehr, Stand und Perspektiven europäischer Polizeiarbeit nach dem Maastrichter Vertrag, Leipzig 1998.

Wilke, Dieter: Die gerichtliche Kontrolle unbestimmter Rechtsbegriffe im Umweltrecht, insbes. Im Atomrecht, Jura 1992, S. 186 ff.

von Wilmowsky, Peter: Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag, ZHR 155 (1991), S. 545 ff.

ders.: EG-Freiheiten und Vertragsrecht, JZ 1996, S. 590 ff.

ders.: Ausnahmereiche gegenüber EG-Grundfreiheiten?, EuR 1996, S. 362 ff.

Windel, Peter A.: Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts, Der Staat 37 (1998), S. 385 ff.

Windthorst, Kay: Verfassungsrecht I - Grundlagen, München 1994.

Winter, Gerd: Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl. 1991, S. 657 ff.

Witte, Jürgen: Staatshaftung bei gentechnisch veränderten Mikroorganismen, Köln u. a. 1989.

Wittkowski, Ralf: Der „MP Travel Line“ - Konkurs im Lichte der „Francovich-Rechtsprechung“ des EuGH, NVwZ 1994, S. 326 ff.

Wolf, Christian: Die faktische Grundrechtsbeeinträchtigung als Systematisierungsmethode der Begleitfreiheiten nach dem EG-Vertrag, JZ 1994, S. 1155 ff.

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf: Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl., München 1999, Bd. 2, 6. Aufl., München 2000.

Wollenteit, Ulrich/Wenzel, Frank: Das Bundesverfassungsgericht und das „Ozongesetz“, NuR 1997, S. 60 ff.

Wuermeling, Joachim: Die Gemeinschaftstreue und die Rechtsakte der Gesamtheit der Mitgliedstaaten der EG, EuR 1987, S. 237 ff.

Wurm, Michael: Drittgerichtetheit und Schutzzweck der Amtspflicht als Voraussetzungen für die Amtshaftung, JA 1992, S. 1 ff.

Zöllner, Wolfgang: Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), S. 1 ff.

Zuleeg, Manfred: Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, Köln u. a. 1969.

ders.: Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1969, S. 97 ff.

ders.: Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften gegenüber den Mitgliedstaaten, JöR N. F. 20 (1971), S. 1 ff.

ders.: Stichwort International Organisations, implied powers, in: Bernhardt, Rudolf (Hrsg.), Encyclopedia of public international law, Bd. 7, 1984, S. 312 ff.

ders.: Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 545 ff.

ders.: Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, BB 1994, S. 581 ff.

ders.: Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht - wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), S. 154 ff.

ders.: Die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Markts im Wandel, in: Due, Ole/Lutter, Markus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, Baden-Baden 1995, S. 1717 ff.