

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Lerninhalte

### Europarecht

#### - Übersicht über die wichtigsten Lerninhalte -

Wir empfehlen, mit den Überblickskarteikarten im Europarecht sowie den Überblickskarteikarten im Öffentlichen Recht zu arbeiten

#### Fall 1: ÜK EuropaR 10-12, 32, 33

- Rechtsquellen des Europarechts
- Unmittelbare Anwendbarkeit
- Verhältnis zum einfachen nationalen Recht

#### Fall 2: ÜK EuropaR 32, 33; ÜK StaatsR II 3

- Verhältnis Europarecht – nationales Verfassungsrecht aus Sicht des BVerfG
- Konkrete Normenkontrolle zum BVerfG

#### Fall 3: ÜK EuropaR 27-31

- Auswirkungen des Europarechts auf das einfache nationale Recht
- Mitgliedstaatlicher Vollzug des Europarechts
- Auswirkungen auf das Eilverfahren

#### Fall 4: ÜK EuropaR 29, 60, 61

- Zulässigkeit einer Individual-Nichtigkeitsklage
- Rückabwicklung europarechtswidriger Beihilfebescheide des nationalen Rechts

#### Fall 5: ÜK EuropaR 32, 33; ÜK I StaatsR I 1-6

- Recht auf Vergessen
- Kollision Grundgesetz mit Unionsrecht
- Verfassungsbeschwerde

#### Fall 6: ÜK EuropaR 40-47, 66, 67

- Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit der Warenverkehrsfreiheit
- „Keck“- und „Cassis“-Rechtsprechung
- Zulässigkeit einer Richtervorlage

#### Fall 7: ÜK EuropaR 43-47

- Warenverkehrsfreiheit
- Verletzung durch Unterlassung der Verhinderung Eingriffe Privater

#### Fall 8: ÜK EuropaR 50-53; 58, 59

- Zulässigkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens
- Verstöße gegen die Dienst- und Niederlassungsfreiheit

#### Fall 9: ÜK EuropaR 48, 49, 52, 53, 66, 67

- Zulässigkeit einer Richtervorlage
- Frage der Vorlagepflicht
- Negative Dienstleistungsfreiheit
- Arbeitnehmerfreizügigkeit
- Horizontalwirkung

#### Fall 10: ÜK EuropaR 13, 66, 67

- Vorabentscheidungsverfahren
- Europäische Grundrechte/Grundrechtecharta

#### Fall 11: ÜK EuropaR 15, 16, 34-39

- Richtlinienkonforme Auslegung
- Unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinie
- Schadensersatzansprüche wegen Verstößen des nationalen Gesetzgebers gegen Europarecht

## Fall 1

Die deutsche Firma Hammelsprung (H) importiert Fleisch von Frankreich in die Bundesrepublik Deutschland und verarbeitet es hier zu Konserven.

Nach deutschem Recht muss bei der Einfuhr eine gesundheitspolizeiliche Kontrolle unabhängig davon stattfinden, ob eine solche schon im Ursprungsland erfolgt ist.

Als der H ein entsprechender Kostenbescheid zugeht, klagt sie dagegen nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren vor dem zuständigen Verwaltungsgericht mit der Begründung, die Untersuchungspflicht verstoße gegen Art. 34 AEUV. Ihr französischer Geschäftspartner, von dem sie das Fleisch bezieht, lasse eine solche Untersuchung bereits vor der Lieferung in Frankreich vornehmen, da sie auch dort vorgeschrieben sei.

Der Vorsitzende Richter überlegt sich den Fall - ergebnislos. Er liest im Kommentar und gelangt zur Erkenntnis, dass in einer solchen doppelten Kontrolle ein gegen Art. 34 AEUV verstoßendes Handelshemmnis vorliegen könnte. Sicher ist er sich allerdings nicht, da zur Zeit seines Examens „das Europarecht noch nicht erfunden war“.

Er fragt sich auch, ob die H sich überhaupt auf diese Norm berufen kann. Er meint, die Unionsverträge würden, wie jedes Völkerrecht, nur die beteiligten Parteien berechtigen und verpflichten.

Zudem ist ihm unklar, ob der AEU-Vertrag überhaupt deutsches Recht ohne speziellen Aufhebungsakt außer Kraft setzen kann; außerdem sei die fragliche Norm erst im Jahre 1970 erlassen worden und gehe als spätere Norm dem AEUV, dessen unveränderte Vorgängervorschriften aus dem Jahre 1958 stammen, wohl bereits deshalb vor.

Er fragt sich, ob er gegebenenfalls den Vorrang von EU-Recht selbst feststellen kann, was er stark bezweifelt, weil dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 I GG das Verwerfungsmonopol für einfaches Bundesrecht zukommt.

---

### Vermerk für die Bearbeitung:

Beantworten Sie die aufgeworfenen Fragen in einem umfassenden Gutachten. Gehen Sie dabei davon aus, dass die doppelte Kontrolle tatsächlich mit Art. 34 AEUV unvereinbar ist.

## Fall 2

Auch in einem anderen Fall bleibt der Vorsitzende Richter am VG von Problemen mit dem Europarecht nicht verschont: Die Elektronik-Schrott-Import GmbH (S) erhielt einen Bescheid der zuständigen Landesbehörde, mit der ihr die Einfuhr von Schrott aus Nicht-EU-Staaten auf nur noch ein Fünfzigstel der durchschnittlichen Einfuhrmengen der letzten Jahre kontingentiert wird. Hintergrund ist eine im Rahmen der Regelung des Binnenmarktes erlassene EU-Verordnung (Nr. 0815/2010). Wohl aus der Erkenntnis heraus, dass es in Europa sowieso zu viel Schrott auf dem Markt gibt, werden durch die Verordnung EU-weit Elektronik-Schrottimporte beschränkt.

Die S, die bisher große Mengen Elektronik-Schrott aus dem Silicon Valley importierte und nach der Sortierung manches „Schnäppchen“ veräußerte, sieht sich ihres gesamten Geschäfts und damit ihrer wirtschaftlichen Existenzgrundlage beraubt. Sie erhebt daher Anfechtungsklage gegen den Bescheid. Der Bescheid sei rechtswidrig, da er die S in ihren Grundrechten aus Art. 12 und 14 GG verletze.

Auch der Vorsitzende Richter ist der Ansicht, die Verordnung Nr. 0815/2010 sei rechtlich nicht haltbar, und legt diese Verordnung deshalb nach Art. 267 AEUV dem EuGH vor.

Geraume Zeit später lautet der Tenor der Entscheidung des EuGH aber: „Die Verordnung (EU) Nr. 0815/2010 bedeutet keinen unzulässigen Eingriff in das Eigentumsrecht, weil kein Marktteilnehmer ein Eigentumsrecht an einem Marktanteil geltend machen kann, und auch keinen Eingriff in die freie Berufsausübung, weil die Verordnung dem Gemeinwohl dienenden Zwecken entspricht und das Berufsausübungsrecht nicht in seinem Wesensgehalt antastet. Ebenso wahrt die Verordnung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da sie zur Verwirklichung des verfolgten Ziels nicht offensichtlich ungeeignet ist“.

Der Vorsitzende Richter hält die Entscheidung des EuGH für einen Skandal und ist mehr denn je davon überzeugt, dass die Verordnung mit Grundrechten unvereinbar ist. Wenn der Gerichtshof so entscheide, so zeige er doch, dass er die Grundrechte völlig missachte, ja, dass ihm Grundrechtsschutz generell nichts bedeute. Hilfe sei jetzt nur noch vom Bundesverfassungsgericht zu erwarten.

---

### Vermerk für die Bearbeitung:

Beurteilen Sie die Zulässigkeit des in Betracht gezogenen Verfahrens!

## Abwandlung

(zur selbstständigen Bearbeitung)

Angenommen, die Verordnung (EU) Nr. 0815/2010 betrifft die S in der dargelegten Weise, ohne dass es eines nationalen Verwaltungsakts bedarf.

---

### Vermerk für die Bearbeitung:

Wäre die Verordnung zulässiger Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde?

## Fall 3

Der an die Elektronik-Schrott-Import GmbH (S) gerichtete Bescheid, in dem das Kontingent festgelegt wurde (Fall 2), war - formell ordnungsgemäß - durch die Behörde für sofort vollziehbar erklärt worden.

Die S wendet sich daraufhin an das zuständige Verwaltungsgericht, erhebt Anfechtungsklage und stellt einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Die S macht glaubhaft, dass sie bei sofortigem Vollzug des Bescheids unmittelbar vor der Stellung eines Insolvenzantrages stehe. Bei diesem geringen Kontingent, das von heute auf morgen eingeführt worden sei, drohten ihr riesige Verluste, da ihre Ausgaben gegenüber den Vorjahren nahezu unverändert geblieben seien.

---

### Vermerk für die Bearbeitung:

Wie wird das VG über den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheiden bzw. was wird es (sonst) veranlassen? Anders als im Fall 2 steht hier eine Entscheidung des EuGH über die Rechtmäßigkeit der VO noch aus.

## Fall 4

Das Aluminiumunternehmen Alu-AG erhielt auf der Grundlage eines Bewilligungsbescheides vom 08.01.2013 in den Jahren 2013 bis 2015 Beihilfen im Rahmen eines Subventionsprogramms des Bundeslandes Baden-Württemberg in Höhe von insgesamt 8 Mio. €. Damit sollten erheblich erhöhte Stromkosten abgefangen und die Schließung des Werkes verhindert werden. Das zuständige Landesministerium hatte diese Beihilfen von sich aus angeboten, als Pläne zur Werksschließung bekannt wurden.

Die Kommission der EU erhielt aus der Presse davon Kenntnis und bat mit Fernschreiben vom März 2014 die Bundesregierung um Auskunft. Nach mehreren Schriftwechseln teilte die Kommission am 25.11.2014 mit, dass sie das Verfahren nach Art. 108 II UA 1 AEUV eröffnen wird. Dies wurde dem Bundesland am 27.11.2014 mitgeteilt. Dennoch erfolgte am 01.12.2014 eine weitere Auszahlung in Höhe von 4 Mio. €. Mit Schreiben vom 11.12.2014 wurde der Alu-AG vom Land Baden-Württemberg erstmalig – nachdem man sich von Seiten der Alu-AG auch bisher um den Verfahrensablauf gar nicht gekümmert hatte – mitgeteilt, dass eine Benachrichtigung der Kommission der EU über die Beihilfe unterblieben sei.

Mit Beschluss vom 14.12.2016 stellte die Kommission fest, dass die Beihilfe unzulässig sei, da die Gewährung gem. Art. 107 AEUV mit dem Binnenmarkt unvereinbar sei; die Rückforderung der Beihilfe wurde angeordnet. Dieser Beschluss wurde auch der Alu-AG sofort mitgeteilt. Er wurde von keinem Beteiligten angefochten.

Mitte 2022 machte die Bundesregierung geltend, dass der Rückforderung erhebliche rechtliche und politische Schwierigkeiten gegenüberstünden. Die Kommission erhob daraufhin Klage zum EuGH. Dieser stellte durch Urteil vom 10.05.2025 fest, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus dem AEU-Vertrag verstoßen habe, weil sie den Beschluss der Kommission nicht vollzogen habe. Mit Bescheid vom 01.06.2025, den die Alu-AG am 06.06.2025 per Postzustellungsurkunde erhielt, nahm daraufhin das zuständige Landesministerium nach Anhörung den Bewilligungsbescheid vom 08.01.2013 zurück. Dem Bescheid war eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt.

Die Alu-AG erhebt gegen den Aufhebungsbescheid form- und fristgerecht Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht. Inhaltlich wird vorgebracht, dass jegliche Frist, die bei einer Aufhebung eines Bescheides zu beachten ist, schon längst abgelaufen sei. Eine Aufhebung des Bewilligungsbescheides komme zudem wegen Vertrauensschutzes und Entreichung nicht in Frage. Die Entreichung wird darauf gestützt, dass die Mittel nicht mehr im Unternehmen vorhanden seien, da gerade keine Produktionsanlagen angeschafft, sondern lediglich – wie mit dem Subventionsgeber abgesprochen – Stromrechnungen beglichen worden seien. Außerdem hätte das Bundesland Baden-Württemberg der Alu-AG die Subventionen damals förmlich aufgedrängt. Daher sei es nun treuwidrig, den Bewilligungsbescheid aufzuheben.

---

### Vermerk für die Bearbeitung:

1. Hätte eine Möglichkeit der Alu-AG bestanden, gegen den Kommissionsbeschluss, mit der die Rückforderung der Beihilfe gegenüber der Bundesrepublik angeordnet wurde, vor dem EuGH vorzugehen?
2. Erstellen Sie ein Gutachten zu den Erfolgsaussichten der eingeleiteten Klage gegen den Aufhebungsbescheid. Dabei ist auf alle angesprochenen Rechtsfragen einzugehen.

*Hinweis: Es ist die aktuelle Fassung der fraglichen Vorschriften anzuwenden.*

## Fall 5

Babette Bürger (B) ist Geschäftsführerin der Hanse-GmbH. Die GmbH hat ihren Sitz in Karlsruhe und beschäftigt mehrere Mitarbeiter.

Am 21.01.2022 strahlte der Südwestrundfunk (SWR) einen Beitrag des Fernsehmagazins „Report Stuttgart“ mit dem Titel „Kündigung: Die fieseren Tricks der Arbeitgeber“ aus. Gegen Ende dieses Beitrags wurde der Fall eines gekündigten ehemaligen Mitarbeiters der Hanse-GmbH dargestellt. B als Geschäftsführerin wurde in dem Beitrag in Anknüpfung an die geplante Gründung eines Betriebsrats ein unfauler Umgang mit dem Mitarbeiter vorgeworfen. Sie hatte für den „Report Stuttgart“-Beitrag ein Interview gegeben, in dem es unter anderem um die Kündigung dieses Mitarbeiters ging.

Der SWR stellte eine Datei mit einem Transkript des „Report Stuttgart“ Beitrags unter dem Titel „Die fieseren Tricks der Arbeitgeber – Das Erste“ auf seiner Internetseite ein. Bei Eingabe des vollständigen Namens der B in die Suchmaske des Suchmaschinenbetreibers Google, wurde als eines der ersten Suchergebnisse die Verlinkung auf diese Datei angezeigt.

B fühlt sich durch den Beitrag und die Verlinkung bei Google zu diesem Beitrag in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und ihrem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt. Bereits bei der Überschrift des Suchergebnisses („Die fieseren Tricks der Arbeitgeber“) handele es sich um eine verfälschende Darstellung, da sie niemals „fiesere Tricks“ gegenüber Arbeitnehmern angewandt habe und der „Report Stuttgart“-Beitrag auf falschen Tatsachenangaben des ehemaligen Mitarbeiters beruhe. B ist davon überzeugt, dass ihr ein Löschungsanspruch aus Art. 17 DSGVO zustehe. Deswegen möchte sich B gegen die Anzeige dieses Links durch die Internetsuchmaschine wehren.

Im Oktober 2022 forderte B Google auf, die Anzeige des von der Beschwerdeführerin monierten Suchergebnisses zu unterlassen. Google weigerte sich jedoch dem Löschungsbegehren der B nachzukommen.

Daraufhin erhob B im November 2022 Klage vor dem LG Karlsruhe und beantragte, Google zu verurteilen, den bei Eingabe ihres Namens in die Suchmaschine angezeigten Link künftig nicht weiter nachzuweisen (sog. Auslistung).

Das LG Karlsruhe verurteilte den Suchmaschinenbetreiber im Juli 2023 dazu, den bei Eingabe des Namens der B angezeigten Link auf die Internetseite des SWR, auf dem die Datei mit dem Transkript des „Report Stuttgart“-Beitrags eingestellt ist, zu entfernen, eine Weiterleitung auf diese Internetseite zu unterlassen und durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, dass der Link nach der Entfernung erneut erscheint. Dieser Anspruch stehe der B aus Art. 17 I lit. a DSGVO zu.

Auf die Berufung des Suchmaschinenbetreibers hin wies das OLG Karlsruhe im März 2025 die Klage hingegen ab. Die B könne nicht aus Art. 17 I lit. a) DSGVO die Entfernung des Links zum Transkript des Fernsehbeitrags oder die Unterlassung der Weiterleitung auf diesen Link beanspruchen. Die personenbezogenen Daten seien weiterhin notwendig für den Zweck, für die sie erhoben wurden. Insbesondere sei das Recht auf freie Meinungsäußerung und das Informationsrecht zu berücksichtigen, Art. 17 III lit. a DSGVO. Das Berufungsurteil wurde der B am 05.04.2025 zugestellt. Die Revision wurde nicht zugelassen. Die Nichtzulassungsbeschwerde der B wurde vom BGH zurückgewiesen. Diese Entscheidung wurde am 10.05.2025 zugestellt.

Am 20.05.2025 begibt sich B in die Anwaltskanzlei des Dr. Freiherr von Rosen, welcher für seine besondere Fachkenntnis im Europarecht bekannt ist. Soweit möglich, soll dieser rechtliche Schritte gegen die klageabweisende Entscheidung des OLG Karlsruhe einleiten. Dr. Freiherr von Rosen erhebt noch am 21.05.2025 Verfassungsbeschwerde zum BVerfG. Das Berufungsurteil des OLG Karlsruhe verletzt die B in ihrem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I iVm. Art. 1 I GG oder aus Art. 7 und 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

Die Prozessvertreter von Google sind der Auffassung, dass die Verfassungsbeschwerde bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet sei. Es sei bereits nicht ersichtlich, inwieweit das BVerfG zur Kontrolle der Entscheidung des OLG zuständig sei. Schließlich sei die DSGVO ein Rechtsakt

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Sachverhalte - Seite 6

der Europäischen Union. Der Anwendungsvorrang der Unionsgrundrechte und das Kooperationsverhältnis von EuGH und BVerfG verbiete eine Überprüfung der DSGVO anhand deutscher Grundrechte. Zudem sei das BVerfG nicht für die Überprüfung „einfachen Rechts“ zuständig. Es sei nicht die Aufgabe des BVerfG die richtige Anwendung der DSGVO durch das OLG Karlsruhe zu überprüfen. Es wisse doch jeder durchschnittliche Jura-Studierende, dass das BVerfG keine Superrevisionsinstanz sei.

Zudem seien auch die Grundrechte des SWR als Inhabitanten bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Google sei für den SWR ein wichtiges Medium zu dessen Verbreitung. Dieses Mittel werde ihm durch die Auslistung entzogen. Dadurch werde auch der Inhabitant in seiner Meinungsfreiheit (GG und GRCh) eingeschränkt.

Beeindruckt von dieser Argumentation kommen Dr. Freiherr von Rosen Zweifel hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde. Dieser beauftragt deswegen die Rechtsreferendarin Ronja Riehle mit der Erstellung eines Gutachtens hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde.

### Vermerk für die Bearbeitung:

Erstellen Sie das Rechtsgutachten hinsichtlich der Erfolgsaussichten des weiteren Vorgehens.

Bei der DSGVO handelt es sich um eine Verordnung iSd. Art. 288 UAbs. 2 AEUV die vollständig vereinheitlichtes Unionsrecht darstellt. Auf die Öffnungsklausel des Art. 85 DSGVO ist nicht einzugehen.

Eine Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO) der B wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Auf § 93a BVerfGG ist nicht einzugehen.

## Art. 17 DSGVO

### Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“)

(1) Die betroffene Person hat das Recht, von dem Verantwortlichen zu verlangen, dass sie betreffende personenbezogene Daten unverzüglich gelöscht werden, und der Verantwortliche ist verpflichtet, personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, sofern einer der folgenden Gründe zutrifft:

a) Die personenbezogenen Daten sind für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig.

(...)

c) Die betroffene Person legt gemäß Artikel 21 Absatz 1 Widerspruch gegen die Verarbeitung ein und es liegen keine vorrangigen berechtigten Gründe für die Verarbeitung vor, oder die betroffene Person legt gemäß Artikel 21 Absatz 2 Widerspruch gegen die Verarbeitung ein.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, soweit die Verarbeitung erforderlich ist

a) zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information;

(...)

## Fall 6

1. Nach erfolgreichen Jahren auf der iberischen Halbinsel entdeckt die spanische Televisión Total TV S.A. (Sociedad Anónima – spanische Gesellschaftsrechtsform) nunmehr auch den europäischen Kontinent für sich. Sie startet eine umfangreiche Werbekampagne, um sich mit ihren Produkten, Tele-Dummy-Modellen, -spielen, -büchern, -filmen etc., erstmalig auf dem kontinentalen Markt zu etablieren. Die Werbung für diese Erzeugnisse erfolgt unionsweit nach einer einheitlichen Konzeption.

Allmonatlich werden kostenlose Verkaufsprospekte als Postwurfsendungen verteilt. Alle Produkte werden nur in begrenzter Zahl produziert und zweimonatlich werden neue Produkte auf den Markt gebracht. Kurz vor dem Auslaufen der Produktion werden die alten Produkte verbilligt. Daher wird regelmäßig in dem Verkaufsprospekt für die jeweiligen Produkte neben dem durchgestrichenen alten Preis der neue niedrigere Preis in dicken roten Buchstaben angegeben.

Dies ruft in Deutschland die Verbraucherschützer auf den Plan. Da die Blickfangwerbung in den Verkaufsprospekten gegen die Bestimmungen des deutschen UWG verstoße, welches dem Verbraucherschutz diene, verklagt der „Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft“ unter seinem Vorsitzenden Stefan R. die T vor dem Landgericht und verlangt Unterlassung. Der Unterlassungsanspruch kann gemäß den einschlägigen Bestimmungen des deutschen UWG auch von „rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen“ geltend gemacht werden, vgl. § 8 III Nr. 2 UWG.

2. Den eigentlichen Kern der Werbestrategie bildet die kostenpflichtige „Tele-Dummy-Zeitschrift für die junge Familie“, die in neun Sprachfassungen in Madrid gedruckt wird. Sie ist teilweise enzyklopädisch aufgemacht, indem sie populärwissenschaftlich Informationen über Tele-Dummies vermittelt. Weitere feste Bestandteile einer jeden Monatsausgabe sind „Tele-Dummies Geschichten“, „Tele-Dummies Lebensberatung“, „Tele-Dummies Weltsicht“ und (natürlich) „Tele-Dummies Preisrätsel“ mit einem Hauptgewinn von 500 €. Dazwischen werden intensiv die eigenen Erzeugnisse beworben.

Doch was in Spanien und Portugal erlaubt und erfolgreich war, stößt diesmal in Österreich alsbald auf Widerstand.

Vor dem Handelsgericht Wien wird die T von einer Konkurrentin, der South-Park-Company, auf Unterlassung der Preisrätsel verklagt. § 9a I Nr. 1 UWG-Österreich verbiete ganz allgemein, Verbrauchern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben zu gewähren. Die vorgesehenen Ausnahmen gälten nicht für periodische Druckwerke. § 9a I Nr. 1 UWG-Österreich diene u.a. der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt. Demgegenüber beruft sich die Televisión Total TV S.A. auf Art. 34 AEUV. Es sei zudem nicht erforderlich, Preisrätsel ganz zu verbieten.

Die zuständigen Richterinnen und Richter sehen die gesetzlichen Tatbestände jeweils als erfüllt an. Sie sind sich jedoch nicht sicher, ob diese Vorschriften mit dem Unionsrecht kollidieren. Sie legen diese deshalb dem EuGH vorab vor, um sie auf Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht zu prüfen.

---

### Vermerk für die Bearbeitung:

Bereiten Sie die Entscheidung des Gerichtshofs gutachtlich vor! Dabei ist davon auszugehen, dass es kein einschlägiges sekundäres Unionsrecht gibt. Die Gesellschaftsform der Sociedad Anónima (S.A.) entspricht hinsichtlich Rechtsfähigkeit und Grundstruktur der deutschen Aktiengesellschaft.

## Fall 7

Torsten Trucker ist Inhaber einer Spedition, die sich auf den Transport von Holz und Stahl spezialisiert hat. 90 % der Aufträge werden von Deutschland nach Italien bzw. Österreich und umgekehrt abgewickelt. Dabei ist der am häufigsten benutzte Grenzübergang der Autobahnübergang auf der BAB 93 Kufstein/Kiefersfelden.

Diverse Umweltgruppen wenden sich in Deutschland seit vielen Jahren gegen den immer weiter zunehmenden Schwerlastverkehr. Sie sind der Meinung, dass insbesondere die Umweltbelastung an den Grenzübergängen in den letzten zehn Jahren erheblich gestiegen ist. Für die Pfingstfeiertage 2025 will nun die besonders aktive Gruppe „Natur-radikal“ eine Versammlung an dem Grenzübergang abhalten und den Grenzübergang für ca. 30 Stunden blockieren, so dass kein Grenzübertritt möglich ist. Gleichzeitig soll eine identische Versammlung mit gleicher Dauer am Grenzübergang Mittenwald/Scharnitz im Landkreis Garmisch-Partenkirchen stattfinden, die von derselben Gruppierung organisiert werden soll. Die örtlich zuständigen Landratsämter Rosenheim und Garmisch-Partenkirchen, bei denen die Versammlungen angemeldet werden, haben dagegen Bedenken.

Nach Überprüfung der Rechtslage erteilen die Landratsämter jeweils einen Bescheid, in dem die Versammlung nicht verboten, sondern lediglich mit Auflagen versehen wird. U.a. wurde der Veranstalter dazu verpflichtet, die Blockade der Grenzübergänge langfristig vorher öffentlich bekannt zu machen und insbesondere die Automobilclubs von Deutschland und den Nachbarländern zu informieren. Dadurch sollte erreicht werden, dass nicht allzu viele Verkehrsteilnehmer beeinträchtigt werden.

Die Kommission der Europäischen Union wurde noch im September 2024 von mehreren Speditionen, u.a. auch von der von Torsten Trucker, über diesen Sachverhalt informiert. Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass die deutsche Regierung ihre Pflichten aus den Unionsverträgen nicht genügend wahrnehme, wenn sie diese Versammlungen, die zu Übergriffen auf die Rechte von Privatpersonen führen können, nicht ausreichend abwehre. Als Antwort auf ein entsprechendes Mahnschreiben der Kommission erklärte die deutsche Regierung, dass nach deutschem Verfassungsrecht das Versammlungsrecht eine zentrale und erhebliche Stellung einnehme und nur unter besonderen Voraussetzungen eingeschränkt werden könne. Nach Abwägung aller Umstände könne man in diesem besonderen Fall zu dem Ergebnis kommen, dass die Versammlungen stattfinden dürften. Damit könne auch kein Verstoß gegen europarechtliche Bestimmungen vorliegen. Ein Verbot solcher Versammlungen durch deutsche Behörden werde daher nicht stattfinden.

Im November 2024 gab die Kommission, die durch die Antwort der Bundesregierung nicht zufriedengestellt worden war, gegenüber Deutschland eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab, in der die oben genannten Vorwürfe wiederholt wurden. Eine Reaktion erfolgte nicht.

Nach Ablauf aller gesetzten Fristen, innerhalb derer keine Antwort der deutschen Regierung vorlag, erhob die Kommission Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland mit dem Antrag, eine Verletzung des AEU-Vertrages dadurch festzustellen, dass die genannten Versammlungen nicht verboten wurden.

---

### Vermerk für die Bearbeitung:

In einem Gutachten ist zu untersuchen, ob die zulässige Klage der Kommission (Art. 258 AEUV) Aussicht auf Erfolg hat.

## Fall 8

Nachdem am 10.08.2024 ein Gesetz zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers (WpMG, vgl. Anlage) in Kraft getreten war, teilte die Kommission der Europäischen Union mit Schreiben vom 20.12.2024 der Bundesregierung mit, dass sie ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet habe.

Nach Auffassung der Kommission verstoße das Gesetz zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers gegen die Bestimmungen des AEUV, indem es die gemäß Art. 49 AEUV garantierte Niederlassungsfreiheit jedes Unionsbürgers in nicht gerechtfertigter Weise einschränke. So sei kein sachlicher Grund für das Erfordernis einer gesonderten Zulassung durch die nationale Kommission für die Gesellschaften und die Börse, wie sie in § 2 WpMG vorgesehen sei, ersichtlich.

Auch stehe die Verpflichtung, die Tätigkeit des Wertpapiermaklers in Form einer Gesellschaft auszuüben, die ihren Hauptsitz in der Bundesrepublik Deutschland hat (§ 3 WpMG), im Widerspruch zu Art. 49 AEUV.

Diese Vorschrift hindere Makler aus anderen Mitgliedstaaten daran, bestimmte Niederlassungsformen wie die der Geschäftsstelle oder der Zweigniederlassung zu benutzen. Eine Benachteiligung entstehe zusätzlich dadurch, dass die Makler aus anderen Mitgliedstaaten die Kosten der Gründung einer neuen Gesellschaft tragen müssten.

Diese Vorschriften seien entgegen der Gesetzesbegründung auch nicht notwendig, um den Schutz der Investoren und die Stabilität der Märkte zu gewährleisten. Hinsichtlich der Garantien bezüglich des Eigenkapitals der Makler verwendeten die Mitgliedstaaten der Union zwar unterschiedliche Methoden; diese gewährleisteten aber alle ein ähnlich hohes Maß an Sicherheit, selbst wenn eine Methode im Einzelfall einen stärkeren Schutz gewähren könne.

Auch sei es für die Ausübung einer wirksamen Kontrolle sowie für die Verhängung von effektiven Sanktionen nicht notwendig, dass die Maklergesellschaften ihren Hauptsitz in der Bundesrepublik Deutschland hätten. Ebenso ausreichend wäre es, von den Gesellschaften zu verlangen, sich bestimmten Kontrollen zu unterwerfen bzw. Auskünfte zu erteilen und Papiere zu übergeben, die speziell ihre Nebentätigkeit in Deutschland betreffen.

Da die Ungleichbehandlung objektiv nicht gerechtfertigt sei, habe die Bundesrepublik Deutschland durch den Erlass des Gesetzes zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers gegen Art. 49 AEUV verstoßen.

Die Bundesrepublik Deutschland wurde aus diesen Gründen aufgefordert, sich zu den erhobenen Vorwürfen zu äußern und den Vertragsverstoß abzustellen. Für den Fall, dass die Bundesrepublik Deutschland dieser Aufforderung nicht nachkomme, wurde die Abgabe einer mit Gründen versehenen Stellungnahme durch die Kommission gemäß Art. 258 I AEUV angekündigt.

Die Bundesregierung erwiderte mit Schreiben vom 23.01.2025, dass für sie nicht ersichtlich sei, inwiefern sie durch den Erlass des Gesetzes zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers gegen die Vorschriften des AEUV, namentlich gegen Art. 49 AEUV, verstoßen haben soll.

Zum einen liege bereits keine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit vor. Das Erfordernis der Zulassung zum Beruf des Wertpapiermaklers durch die nationale Kommission für die Gesellschaften und die Börse (§ 2 WpMG) betreffe deutsche Staatsangehörige und Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten in gleicher Weise. Das Recht auf freie Niederlassung sei somit nicht in diskriminierender Weise eingeschränkt.

Zum anderen sei zu beachten, dass es sich beim Wertpapierhandel um einen äußerst sensiblen Bereich handele, der im besonderen Maße des staatlichen Schutzes bedürfe. Die Voraussetzungen für die Teilnahme an diesem Markt müssten eng gesteckt sein, um dem Schutz der Investoren und der Stabilität der Märkte Rechnung tragen zu können. Aus diesem Grund sei auch eine Hauptniederlassung im nationalen Hoheitsgebiet zu fordern.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Sachverhalte - Seite 10

Da die Bundesrepublik Deutschland der Aufforderung der Kommission nicht nachgekommen war, gab die Kommission am 17.03.2025 eine mit Gründen versehene Stellungnahme gemäß Art. 258 AEUV ab. Die ordnungsgemäße Zustellung des Schreibens an die Bundesrepublik erfolgte am 22.03.2025.

Die Kommission hielt ihre Auffassung, der Erlass des Gesetzes zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers stelle einen Verstoß gegen Art. 49 AEUV dar, aufrecht. Darüber hinaus verstoße das Gesetz aber auch gegen die vom AEUV garantierte Freiheit des Dienstleistungsverkehrs. Das Erfordernis, die Tätigkeit eines Wertpapiermaklers allein in Form einer Gesellschaft ausüben zu können, verstoße in eklatanter Weise gegen Art. 56 AEUV, da die Erbringung von Dienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland durch selbständige Erwerbstätige verhindert werde. Aus den oben genannten Gründen sei auch hier eine Rechtfertigung des Verstoßes nicht gegeben.

Die Kommission der Europäischen Union sei daher davon überzeugt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch den Erlass des Gesetzes zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers gegen Art. 49 und Art. 56 AEUV verstoßen habe.

In dem Schreiben forderte die Kommission die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 258 II AEUV auf, die Vertragsverletzung innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Zugang des Schreibens zu beseitigen. Für den Fall der Nichtbefolgung dieser Aufforderung wurde die Erhebung der Klage der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 258 AEUV angekündigt.

Da auf die Stellungnahme der Kommission seitens der Bundesrepublik Deutschland keine Reaktion erfolgte und die Bundesrepublik Deutschland auch nichts dahingehend unternahm, eine Änderung des Gesetzes zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers herbeizuführen, erhob die Kommission am 12.06.2025 Klage zum Europäischen Gerichtshof mit dem Antrag, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland durch den Erlass des Gesetzes zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers, in Kraft getreten am 10.08.2024, gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 und 56 AEUV verstoßen hat.

Die Vertreterin der Bundesrepublik Deutschland beantragte, die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet abzuweisen. In der mündlichen Verhandlung trug sie vor, die Klage sei unzulässig, weil das Vorverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei. Die Kommission habe es versäumt, der Bundesrepublik Deutschland in dem Mahnschreiben vom 20.12.2024 eine Frist zur Stellungnahme zu setzen. Außerdem könne es wohl nicht angehen, dass die Kommission ihre Vorwürfe gegenüber der Bundesrepublik Deutschland verglichen mit dem Mahnschreiben in der begründeten Stellungnahme vom 17.03.2025 in unerhörter Weise ausdehne. Von einem Verstoß auch gegen Art. 56 AEUV sei vorher nie die Rede gewesen. Schon aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten könne daher kein Urteil ergehen. Zudem sei die in der begründeten Stellungnahme gesetzte Frist zur Behebung eines etwaigen Vertragsverstoßes viel zu kurz gewesen. Eine Gesetzesänderung innerhalb von zwei Monaten sei aufgrund des langwierigen deutschen Gesetzgebungsverfahrens schon rein technisch nicht möglich.

Sollte der Gerichtshof dennoch die Zulässigkeit der Klage bejahen, so sei sie jedenfalls unbegründet. Wie bereits dargelegt, bestehe materiell kein Verstoß gegen Vorschriften des AEUV. Etwaige Ungleichbehandlungen seien zumindest gerechtfertigt.

---

### **Vermerk für die Bearbeitung:**

Fertigen Sie ein Gutachten zu den Erfolgsaussichten der Klage. Dabei ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen. Der Tatsachenvortrag der Kommission ist dabei als wahr zu unterstellen.

Auf die Anlage wird hingewiesen. Sonstige Vorschriften des Wertpapierrechts bleiben unbeachtet.

**Anlage:**

**Auszug aus dem Gesetz zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers (WpMG) vom 10.08.2024**

**§ 1**

Unter die Tätigkeiten des Wertpapiermaklers fallen:

- a) Wertpapierhandel für eigene oder für fremde Rechnung oder sowohl für eigene als auch für fremde Rechnung;
- b) Platzierung und Verkauf von Wertpapieren mit oder ohne vorherige Zeichnung oder Fixkauf oder Übernahme von Garantien gegenüber dem Emittenten;
- c) Vermögensverwaltung durch Operationen, deren Gegenstand Wertpapiere sind;
- d) Entgegennahme von Aufträgen zum Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren;
- e) Beratung in Wertpapierangelegenheiten;
- f) auf die Ersparnisse der Öffentlichkeit abzielende Werbeaktionen an anderen Orten als dem gesetzlichen oder administrativen Hauptsitz des Emittenten, des Investors oder dessen, der die Platzierung vornimmt...

**§ 2**

Der Beruf des Wertpapiermaklers darf in der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Öffentlichkeit außer durch Banken nur von Gesellschaften ausgeübt werden, die durch die nationale Kommission für die Gesellschaften und die Börse dafür zugelassen worden sind. ...

**§ 3**

Die Wertpapiermaklergesellschaft muss die Form einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien besitzen. Die Gesellschaft muss ihren Hauptsitz im nationalen Hoheitsgebiet haben....

## Fall 9

### (Vertiefungsfall zur selbstständigen Bearbeitung)

#### Teil 1:

In seinem Spanienurlaub möchte der kulturell interessierte deutsche Jurastudent Josef Jägerhuber ein Museum zur spanischen Nationalgeschichte besuchen. Als er eine Eintrittskarte zum ermäßigten Studentenpreis unter Vorlage seines Studentenausweises kaufen möchte, wird er darüber aufgeklärt, dass die Studentenermäßigung nur für Personen gilt, die in Spanien studieren. Dies bestimmt eine vom Kultusministerium erlassene Verordnung, die alle staatlichen spanischen Museen erfasst.

Jägerhuber kommt diese Regelung spanisch vor, er macht sich trotz Urlaubs sogleich an die Überprüfung der Frage, ob diese Regelung mit europäischem Recht vereinbar ist. Das Ergebnis seiner Überlegungen schickt er als EU-Beschwerde an die Kommission der Europäischen Union nach Brüssel mit der Bitte, entsprechende Schritte zu unternehmen. Spanien rechtfertigt die Regelung damit, dass eine Ermäßigung angesichts der durch die Verwaltung der Museen entstehenden Kosten nicht unabhängig von wirtschaftlichen Erwägungen gewährt werden könne. Eine Ermäßigung für alle Studenten wäre nicht finanzierbar.

#### Teil 2:

Auf dem Rückflug von Spanien lernt Jägerhuber den spanischen, bei einem deutschen Erstligaverein unter Vertrag stehenden Profifußballer Prima Donna (P) im Flugzeug kennen. Dieser erzählt Jägerhuber, dass er sich gerade in seiner spanischen Heimat nach einem neuen Verein umgeschaut habe, weil er bei seinem deutschen Verein praktisch nicht mehr zum Einsatz komme.

Im weiteren Verlauf des Gesprächs schildert P dem Jägerhuber, dass das neue Ligastatut des DFB (Deutscher Fußballbund) an allem schuld sei. Auf Wunsch von „Riese Rudi“ sei darin neuerdings geregelt, dass in den Meisterschafts- und Pokalspielen nur noch maximal drei Ausländer eingesetzt werden dürften. Hintergrund sei, dass seine „Jungspunds“ auch in ihren Vereinsmannschaften einmal zum Einsatz kommen sollten, damit sie für die Spiele der Nationalmannschaft auch über die nötige Spielpraxis verfügten. Verstößt eine Mannschaft gegen die Drei-Ausländer-Regelung, habe dies zur Konsequenz, dass das Spiel als mit 0 : 2 verloren gewertet werde. Auch sein Verein habe dies bereits leidvoll erfahren. Ein gewonnenes Punktspiel, bei dem vier Ausländer zum Einsatz gekommen seien, sei hinterher vom Verband als verloren gewertet worden. Allerdings sei der Verein nicht bereit, diese Niederlage am „Grünen Tisch“ so einfach hinzunehmen. Man sei daher gegen diese Entscheidung vor das Schiedsgericht des Verbandes gezogen. Dessen Entscheidung stehe allerdings noch aus.

Jägerhuber erklärt dem P daraufhin, dass er dies zwar noch einmal prüfen müsse, er sich aber durchaus vorstellen könne, dass in diesem Fall Brüssel helfen könne. Erst kürzlich habe er sich nämlich, s.o., mit den EU-Verträgen näher beschäftigt und dort die Grundfreiheiten entdeckt, die auch für P gelten müssten. Schließlich sei er, auch als Besserverdiener, wohl Arbeitnehmer.

---

#### Vermerk für die Bearbeitung:

##### Teil 1:

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten eines Vorgehens der Kommission gegen Spanien vor dem EuGH.

##### Teil 2:

1. Verstößt die Ausländerklausel gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sodass sie nicht gegen den Verein angewandt werden darf?
2. Muss das Schiedsgericht gegebenenfalls diese Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen?

**Anmerkung:** Das Schiedsgericht ist durch das Verbandsstatut zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus diesem Statut errichtet worden. Es entscheidet sachlich unabhängig in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren. Seine Entscheidungen sind für die Parteien verbindlich und unanfechtbar.

## Fall 10

(Orientiert an EuGH C-544/10)

Das Deutsche Weintor ist eine Winzergenossenschaft – organisiert als eingetragene Genossenschaft (eG) – mit Sitz in Ilbesheim in Rheinland-Pfalz (Deutschland). Sie vermarktet Weine der Rebsorten Dornfelder und Grauer/Weißer Burgunder unter der Bezeichnung „Edition Mild“ mit dem Zusatz „sanfte Säure“. Auf dem Etikett heißt es u.a.: „Zum milden Genuss wird er durch Anwendung unseres besonderen LO3-Schonverfahrens zur biologischen Säurereduzierung.“ Die Halsschleife der Weinflaschen trägt den Aufdruck „Edition Mild bekömmlich“. Im Preisverzeichnis wird der Wein als „Edition Mild – sanfte Säure/bekömmlich“ bezeichnet. Die in Rheinland-Pfalz für die Überwachung des Vertriebs alkoholischer Getränke zuständige Behörde beanstandete die Verwendung der Bezeichnung „bekömmlich“ mit der Begründung, dass es sich um eine „gesundheitsbezogene Angabe“ im Sinne von Art. 2 II Nr. 5 VO 1924/2006 (sog. Health-Claims-Verordnung der Europäischen Union) handle. Eine solche Angabe ist nach Art. 4 III lit. a (Art. 4 III UA 1 a.F.) dieser Verordnung bei alkoholischen Getränken unzulässig.

Die Deutsches Weintor eG erhob vor dem zuständigen Verwaltungsgericht Klage auf Feststellung, dass sie befugt sei, die Angabe „bekömmlich“ zur Etikettierung der betreffenden Weine und in der Werbung für diese zu verwenden. Im Laufe des Verfahrens gelangt man – aufgrund einschlägiger Rechtsprechung des EuGH – zu dem Schluss, dass die Verwendung der Bezeichnung „bekömmlich“ mit dem Hinweis auf eine „sanfte Säure“ auf den Etiketten der Deutsches Weintor eG eine „gesundheitsbezogene Angabe“ i.S.v. Art. 2 II Nr. 5 VO 1924/2006 darstellt und deshalb nach Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 verboten ist.

Die Deutsches Weintor eG macht aber geltend, der Hinweis auf die Bekömmlichkeit der von ihr vertriebenen Weine erschöpfe sich in der Behauptung, der Wein verursache bei der Verdauung keine oder weniger Magenbeschwerden als üblicherweise bei einem Wein dieser Art und Güte zu erwarten sei. Dies trifft auch zu. Eine solch pauschale Aussage, die gleichwohl einen Vorteil gegen andere Weine am Markt mit sich bringe, müsse im Wege unternehmerischer Freiheit erlaubt sein. Verbrauchern sei bewusst, dass kein alkoholisches Getränk „gesund“ sei. Die Deutsches Weintor eG wendet daher ein, dass Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 sie in ihren Grundrechten verletze. Das Verwaltungsgericht hält diese Argumentation für schlüssig: Es bestünden Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Verbots gesundheitsbezogener Angaben bei Wein mit den Grundrechten auf Berufsfreiheit und auf unternehmerische Freiheit, wenn einem Erzeuger oder Vermarkter von Wein der Hinweis auf die Bekömmlichkeit seines Produkts wegen einer milden Säure selbst dann verboten werde, wenn diese Angabe zutreffe.

Das Verwaltungsgericht möchte deshalb die streitige Vorschrift nicht anwenden, schließlich sei diese ungültig. Die Deutsches Weintor eG drängt aber darauf, dass das Verwaltungsgericht in dieser Sache den EuGH befragt. Man will sichergehen, dass das oberste Gericht der EU die eigene Auffassung absegne. Das Verwaltungsgericht kommt diesem Begehren nach. Unter diesen Umständen hat das Verwaltungsgericht das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist es mit Art. 15 I GRC (Berufsfreiheit) und Art. 16 GRC (Unternehmerische Freiheit) vereinbar, einem Erzeuger oder Vermarkter von Wein die Werbung mit einer gesundheitsbezogenen Angabe, wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art, ausnahmslos zu verbieten, sofern diese Angabe zutrifft?

### Frage 1

Wie wird der EuGH entscheiden?

### Frage 2

Hätte die Deutsches Weintor eG gerichtliche Schritte unternehmen können, hätte das Verwaltungsgericht ihrem Wunsch nicht entsprochen und die Frage nicht dem EuGH vorlegt?

**Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (Auszüge)**

DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION —  
gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,  
insbesondere auf Artikel 95,  
auf Vorschlag der Kommission,  
nach Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses,  
gemäß dem Verfahren des Artikels 251 des Vertrags,  
in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Zunehmend werden Lebensmittel in der Gemeinschaft mit nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben gekennzeichnet, und es wird mit diesen Angaben für sie Werbung gemacht. Um dem Verbraucher ein hohes Schutzniveau zu gewährleisten und ihm die Wahl zu erleichtern, müssen die im Handel befindlichen Produkte sicher sein und eine angemessene Kennzeichnung aufweisen.

...

(10) Lebensmittel, die mit entsprechenden Angaben beworben werden, können vom Verbraucher als Produkte wahrgenommen werden, die gegenüber ähnlichen oder anderen Produkten, denen solche Nährstoffe oder andere Stoffe nicht zugesetzt sind, einen nährwertbezogenen, physiologischen oder anderweitigen gesundheitlichen Vorteil bieten. Dies kann den Verbraucher zu Entscheidungen veranlassen, die die Gesamtaufnahme einzelner Nährstoffe oder anderer Substanzen unmittelbar in einer Weise beeinflussen, die den einschlägigen wissenschaftlichen Empfehlungen widersprechen könnte. Um diesem potenziellen unerwünschten Effekt entgegenzuwirken, wird es für angemessen erachtet, gewisse Einschränkungen für Produkte, die solche Angaben tragen, festzulegen.

...

(18) Eine nährwert- oder gesundheitsbezogene Angabe sollte nicht gemacht werden, wenn sie den allgemein akzeptierten Ernährungs- und Gesundheitsgrundsätzen zuwiderläuft oder wenn sie zum übermäßigen Verzehr eines Lebensmittels verleitet oder diesen gutheißt oder von vernünftigen Ernährungsgewohnheiten abbringt.

...

## **Art. 2 Begriffsbestimmungen**

...

(2) Ferner bezeichnet der Ausdruck

...

5. „gesundheitsbezogene Angabe“ jede Angabe, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht;

...

## Art. 4 Bedingungen für die Verwendung nährwert- und gesundheitsbezogener Angaben

...

(3) Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent dürfen

a) keine gesundheitsbezogenen Angaben,

b) keine nährwertbezogenen Angaben mit Ausnahme solcher, die sich auf eine Reduzierung des Alkoholgehalts oder des Brennwertes beziehen, tragen.

...

## Fall 11

### Teil 1

Lehrer Stefan aus Heidelberg ersteht bei dem Elektronikriesen „Pluto GmbH“ den Multi-Media-Laptop Milo C 5000 Super Power für 998,- €.

Als er diesen zu Hause auspackt, erscheint auf dem Bildschirm nur ein sog. bluescreen (Mangel i.S.v. § 434 BGB). Er fährt daraufhin zurück zum „Pluto“, wo er sich zur Service-Theke begibt. Dort stellt Stefan den Laptop auf den Tisch und sagt: „*Entschuldigung, der Laptop ist defekt. Könnten Sie ihn reparieren?*“ Der Mitarbeiter an der Service-Theke nimmt wortlos den Laptop entgegen und stellt dem Stefan eine Annahmebescheinigung aus.

Als Stefan nach vier Wochen immer noch nichts von der Pluto-GmbH gehört hat, geht er zum „Pluto“, lässt den Geschäftsführer kommen und erklärt diesem gegenüber den Rücktritt, da er mittlerweile das gleiche Produkt beim Konkurrenten „Medien Markt“ billiger entdeckt hat. Nachdem der „Pluto“ auch nach mehrfacher Aufforderung das Geld nicht zurückgezahlt hat, geht Stefan zum Anwalt A. Dieser erhebt für S Klage auf Zahlung von 998,- € zum zuständigen Amtsgericht Heidelberg.

In der mündlichen Verhandlung wendet der Rechtsanwalt R der Pluto-GmbH ein, dass die nach dem Gesetz erforderliche Frist nicht gesetzt wurde. A ist bei diesem Argument zunächst mit seinem Anwaltlatein am Ende. Dann fällt ihm ein, dass Verbraucherschutz heutzutage fast immer aus Brüssel kommt. Er entdeckt Art. 3 V der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Das Setzen einer Frist sei dort gerade nicht Voraussetzung. Dies habe, was tatsächlich zutrifft, sogar der deutsche Gesetzgeber als möglich erkannt, sich aber dann doch bei der Schuldrechtsreform für das Einfügen des Fristsetzungserfordernisses in den Gesetzestext entschieden. A hält den Fall damit für so gut wie gewonnen.

In einem Gutachten ist die Begründetheit der Klage zu untersuchen.

**Hinweis:** Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25.05.1999 zu den bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantie für Verbrauchsgüter (Ablauf der Umsetzungsfrist gem. Art. 11: 01.01.2002):

Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie lautet:

*„Der Verbraucher kann eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen, [...] wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat [...].“*

### Teil 2:

Der Richter am Amtsgericht Heidelberg kommt zu dem Ergebnis, dass das deutsche Recht eindeutig eine Fristsetzung verlange. Er ist (vertretbar) der Meinung, dass eine andere Auslegung oder Anwendung nicht möglich sei.

Frage 1: Wie wird der Richter in Teil 1 und 2 entscheiden, wenn Stefan eine weitere Frist nicht setzt, sondern vielmehr auf der sofortigen Rückzahlung des Kaufpreises besteht?

Frage 2: Kann Stefan auch noch auf anderem Wege zu seinen 998,- € kommen?

Wiederholungsfragen Fall 6:

1. **Wie ist die Vorlageberechtigung i.S.v. Art. 267 II AEUV bei einem Verfahren vor dem bei der Apothekenkammer gebildeten Berufsgericht zu beurteilen? Dabei ist davon auszugehen, dass sich dieses Berufsgericht aus Mitgliedern zusammensetzt, die von der Kammer berufen und seitens der Landesregierung bestätigt werden. Es entscheidet nach Maßgabe der Berufsordnung und in einem geregelten Verfahren, bei dem der Betroffene und Vertreter der Kammer gehört werden.**

Das Berufsgericht müsste als Gericht im Sinne des Art. 267 II AEUV grundsätzlich zur Vorlage der Frage berechtigt sein. Dagegen könnte hier sprechen, dass die Mitglieder des Berufsgerichts hier durch die Apothekenkammer bestellt werden, die im Grunde genommen eine Berufsvereinigung darstellt.

**1. Begriffsdefinition**

Der Begriff des Gerichts nach Art. 267 II AEUV bedarf also der Auslegung.

a) Teilweise wird vertreten, dass es Art. 267 II AEUV insoweit nur auf die jeweiligen Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten verweist.<sup>1</sup> Ausgehend davon wäre die Gerichtsqualität in diesem Fall zweifelhaft, weil das Berufsgericht der Apothekenkammer nicht Teil des normalen Instanzenzuges in Deutschland ist. Eine bloße Verweisung auf das nationale Recht würde jedoch zur unterschiedlichen Anwendung in den einzelnen Mitgliedstaaten führen und deshalb dem Zweck des Verfahrens, also der Gewährleistung der einheitlichen Anwendung und Durchsetzung des Unionsrechts widersprechen.<sup>2</sup>

b) Der Begriff des „Gerichts“ ist daher als Begriff des Unionsrechts eigenständig zu interpretieren.<sup>3</sup>

c) Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung verschiedene Kriterien herausgearbeitet, anhand derer der Gerichtsbegriff zu bestimmen ist.

Es muss sich danach um einen ständigen Spruchkörper handeln, der in einem justizförmig ausgestalteten Verfahren Streitigkeiten verbindlich entscheidet und sachlich unabhängig ist.<sup>4</sup>

Das Berufsgericht bei der Apothekenkammer wird nicht nur „ad hoc“ zu bestimmten Anlässen eingesetzt, sondern entscheidet für einen festen Zeitraum über alle Streitigkeiten, die im Zusammenhang mit der Anwendung der Landesregeln des Berufsverbandes auftreten.<sup>5</sup> Es handelt sich daher um einen ständigen Spruchkörper im Sinne dieser Rechtsprechung.

Das Verfahren ist außerdem streitig, d.h. es werden beide Seiten zur Sache gehört und ihre Ansichten bei der Entscheidung berücksichtigt.

Es folgt festen Regeln, die rechtsstaatlichen Anforderungen jedenfalls grundsätzlich genügen.

**2. Erfordernis der Zurechnung zum Mitgliedstaat**

Fraglich ist darüber hinaus, welche Anforderungen an die vorlegende Instanz zu stellen sind, um sie entsprechend Art. 267 II AEUV als das „Gericht eines Mitgliedstaats“ ansehen zu können.

So wird gefordert, dass der Spruchkörper durch oder auch aufgrund eines Gesetzes seine Funktionen wahrnimmt.<sup>6</sup> Dabei geht es allerdings nicht im engeren Sinne um das Erfordernis einer direkten gesetzlichen Grundlage für die Arbeit des Spruchkörpers, sondern im weiteren Sinne um eine Frage der Zurechnung zum Bereich der öffentlichen Hand.<sup>7</sup>

a) Gegen eine solche Zurechnung kann insbesondere sprechen, wenn die Befassung der jeweiligen Instanz allein auf die freie Entscheidung der Parteien zurückgeht und die öffentliche Hand nicht von Amts wegen in den Ablauf des Verfahrens eingreifen kann. Deshalb hat der Gerichtshof die Vorlage eines privaten Schiedsgerichts nicht angenommen.<sup>8</sup>

b) Fraglich ist, ob das Berufsgericht der Apothekenkammer hier die hinreichende Nähe zur öffentlichen Hand aufweist.

<sup>1</sup> Vgl. Tomuschat, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die EG, S. 33.

<sup>2</sup> Dauses, Das Vorabentscheidungsverfahren, S. 84.

<sup>3</sup> Dauses, a.a.O.; Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rn. 358.

<sup>4</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1966, 583, Tz. 2, 3, „Vassen-Göbbels“; Slg. 1981, 2311, Tz. 9 ff., „Broekmeulen“; GA Lenz, Slg.

1989, 3199 (3211, Tz. 17), „Danfoss A/S“ = **juris**byhemmer.

<sup>5</sup> Vgl. dazu GA Lenz, a.a.O., Tz. 21.

<sup>6</sup> G/T/E, EG, Art. 177, Rn. 46; R/M/G a.a.O., Rn. 358.

<sup>7</sup> G/T/E, a.a.O., Rn. 46; R/M/G, a.a.O., Rn. 358.

<sup>8</sup> EuGH, Slg. 1982, 1095, Tz. 11 f., „Nordsee“ = **juris**byhemmer.

So hat der Gerichtshof zunächst eine Vorlage des französischen Conseil de l'Ordre des Avocats abgelehnt, allerdings in erster Linie weil der Anwaltsverband in dem konkreten Fall nicht über einen Rechtsstreit, sondern nur über einen Antrag auf Erklärung zu entscheiden hatte.<sup>9</sup>

Auf der anderen Seite hat der EuGH später den Streitsachenausschuss der Königlich-Niederländischen Gesellschaft zur Förderung der Medizin mit dem Hinweis darauf als vorlageberechtigt angesehen, dass sie in einem Rechtsstreit über die Zulassung als praktischer Arzt in den Niederlanden zu entscheiden habe.<sup>10</sup> Organe von Berufskammern können daher grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des Art. 267 II AEUV fallen, wenn sie mit Zustimmung der Behörden ihre Aufgaben wahrnehmen. Auf die Mitwirkung der Behörden im konkreten Verfahren kann es jedoch nicht notwendig ankommen. Denn eine zu strenge Fassung dieses Erfordernisses widerspräche dem unbedingt zu fordernden Kriterium der sachlichen Unabhängigkeit.<sup>11</sup>

Im Hinblick darauf, dass die Tätigkeit des Berufsgerichts eindeutig rechtsprechenden Charakter hat und vor allem die Besetzung zwar auf die alleinige Initiative des Berufsverbandes zurückgeht, aber von Seiten der Landesbehörden abgesegnet wird, erscheint es hier im konkreten Fall durchaus gerechtfertigt, das Berufsgerecht als "staatliches" Gericht im weiteren Sinne des Art. 267 II AEUV anzusehen.<sup>12</sup>

**Anmerkung:** Längere Zeit gehörte es außerdem zur ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass eine Entscheidung anhand von Rechtsnormen erforderlich sei; ein Spruchkörper, der sich allein oder vorrangig auf Billigkeitserwägungen zu stützen habe, könne nicht als Gericht im Sinne der Norm gelten (EuGH, Slg. 1966, 583 Tz. 3 a.E. „Vaassen-Göbbels“ = *jurisbyhemmer*; Dausen, a.a.O., S. 86). Im Fall "Gemeinde Almelo" (Slg. 1994, I-1477 Tz. 21 ff. = *jurisbyhemmer*) hat der EuGH auf diese Einschränkung ausdrücklich verzichtet, da auch diejenige Instanz, die allein nach Billigkeit entscheidet, die Regeln der Verträge zu berücksichtigen habe.

*Allerdings ging es in diesem Fall um gerichtliche Berufung gegen einen Schiedsspruch, wobei das niederländische Gericht nach billigem Ermessen zu entscheiden hatte. Spruchkörper, die schon nach nationalem Recht unzweifelhaft als Gericht anzusehen sind, pflegt der Gerichtshof immer als vorlageberechtigt anzusehen.*

### 2. Stellt die durch die Apothekenkammer erlassene Berufsordnung eine die Grundfreiheiten begrenzende staatliche Maßnahme dar?

Dagegen könnte eingewandt werden, dass die Apothekenkammer, die die Berufsordnung erlässt, als Interessenvertretung der Apotheker vorrangig dem privaten Bereich zuzuordnen sei, da nur Privatleute Mitglied sein können. Maßgeblich muss jedoch sein, dass die Mitgliedschaft in der Apothekenkammer obligatorisch ist, wenn man den Beruf des Apothekers ausüben will. Die Berufsorganisation erlässt außerdem das für die Berufsausübung verbindliche Standesrecht.

Darüber hinaus werden bei der Kammer Organe gebildet, die die Befolgung der Standesregeln beaufsichtigen und eventuelle Verstöße ahnden können (Berufsgerecht).

Im Hinblick darauf hat der Gerichtshof den Erlass von Standesregeln durch die Berufsvertretungen als staatliche Maßnahme angesehen, selbst wenn es sich um Vereinigungen privaten Rechts handelte.<sup>13</sup> Dies muss erst Recht so sein, wenn die Apothekenkammer sogar als eine Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert ist, die die Kontrolle zumindest auch in Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben ausübt.

### 3. Was ist ein Zoll i.S.v. Art. 30 AEUV?

Dies dürfte mit Abstand die einfachste Definition Ihres juristischen Lebens sein: Zoll ist, was (natürlich in der jeweiligen Sprache) Zoll heißt.

### 4. Wie unterschieden sich Abgaben gleicher Wirkung i.S.v. Art. 30 AEUV von Steuern i.S.v. Art. 110 ff. AEUV?

Eine Abgabe gleicher Wirkung ist jede noch so geringfügige finanzielle Belastung, die einseitig vom Staat **wegen** des Grenzüberschritts einer Ware auferlegt wird.<sup>14</sup>

Unerheblich ist, ob die Abgabe diskriminierende oder protektionistische Wirkung hat. Ist

<sup>9</sup> EuGH, Slg. 1980, 1975, Tz. 4, „Borcker“ = *jurisbyhemmer*.

<sup>10</sup> EuGH, Slg. 1981, 2311, „Broekmeulen“ = *jurisbyhemmer*.

<sup>11</sup> Zu eng R/M/G, a.a.O.; richtig insoweit Dausen, a.a.O., 90.

<sup>12</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 686.

<sup>13</sup> EuGH, Slg. 1989, 1295 (1326 f., Tz. 13 ff.), „Royal Pharmaceutical Society of Great Britain“ = *jurisbyhemmer*.

<sup>14</sup> EuGH, „Diamantarbeiders“, Slg. 1969, 211 = *jurisbyhemmer*.

die Abgabe aber nur **anlässlich** oder bei Gelegenheit des Grenzübertrittes zu zahlen, so scheidet eine Abgabe gleicher Wirkung aus, vielmehr ist sie dann anhand der steuerlichen Vorschriften der Art. 110 ff. AEUV zu prüfen.<sup>15</sup>

Der wesentliche Unterschied zwischen Abgaben gleicher Wirkung gem. Art. 30 S. 1 Alt. 2 AEUV und solchen Abgaben, die nach den steuerlichen Vorschriften der Art. 110 ff. AEUV zu prüfen sind, liegt darin, dass die Abgaben zollgleicher Wirkung ausschließlich auf das eingeführte Erzeugnis als solches, die inländische Abgaben im Sinne von Art. 110 AEUV dagegen gleichermaßen auf in- und ausländische Produkte erhoben werden oder nur dem Ausgleich der Abgabenbelastung in- und ausländischer Produkte dienen und sich somit nicht gegen Importe richten.<sup>16</sup> Steuern i.S.v. Art. 110 AEUV gelten somit für alle Waren, unabhängig von der Herkunft, und führen nach angewandten objektiven Kriterien eine einheitliche Gesamtbelastung herbei.<sup>17</sup>

Abgaben gleicher Wirkung sind z.B.: Gebühren für Qualitäts- und Gesundheitskontrollen, für Statistiken und Lizenzen. Außerdem fallen sog. parafiskalische Abgaben darunter, welche zwar allgemein erhoben werden, deren Ertrag aber nur einheimischen Produkten zugutekommt.

Entsprechende Gebühren werden nur dann als erlaubt angesehen, wenn sie als Gegenleistung für tatsächlich erwiesene Dienste erhoben werden, die den Importeur/Exporteur individuell bevorteilen, und zudem die Höhe der Gebühr diesem Vorteil angemessen ist. Von einer solchen Gegenleistung kann aber dann nicht gesprochen werden, wenn die Dienste nicht im Interesse des Im-/Exporteurs sondern im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden.

Da bei Art. 30 AEUV keine Rechtfertigung möglich ist, handelt es sich hierbei dogmatisch wohl um eine Einschränkung des Tatbestandes des Art. 30 S. 1 Alt. 2 AEUV.

Steuern i.S.v. Art. 110 I AEUV: Abs. I verbietet, auf gleichartige ausländische Waren höhere inländische Abgaben zu erheben, als dies für inländische Waren der Fall ist<sup>18</sup> (z.B. gewisse niedrigere Branntweinsteuersätze). Abs. II

hingegen verbietet einen Substitutionswettbewerb. Wenn gleichartige Waren im Inland nicht vorhanden sind, so dürfen ausländische Waren nicht steuerlich stärker belastet werden, um eine andere inländische Ware mittelbar zu schützen, weil diese von der ausländischen substituiert werden könnte. Abs. II erstreckt das Verbot also auch auf Waren, die zwar nicht gleichartig sind, die aber aus Verbrauchersicht in einem gewissen Grad im Wettbewerb miteinander stehen.<sup>19</sup>

### Wiederholungsfragen Fall 11:

#### 1. Welches Gericht ist für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zuständig?

Da sowohl für die Folgen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs als auch für die Bestimmung des zuständigen Gerichts sowie für das Verfahren das nationale Recht maßgeblich ist, ist für die Klage unabhängig vom Streitwert gem. § 71 II GVG das Landgericht zuständig.

#### 2. Gibt es auch eine unionsrechtliche Staatshaftung für unionsrechtswidriges Verhalten von Gerichten (judikatives Unrecht)?

1. Im Europarecht ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt, dass der Grundsatz der Haftung eines Mitgliedstaats für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, aus dem Wesen der Verträge folgt.<sup>20</sup>

Dieser Grundsatz gilt für jeden Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Unionsrecht unabhängig davon, welches mitgliedstaatliche Organ durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat.

<sup>15</sup> Vgl. dazu jetzt auch den interessanten Fall: EuGH, „Nygård“, Rs. C-234/99, Slg. 2002, I-3657, v. 23.04.2002 = **juris**byhemmer.

<sup>16</sup> **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 412**; vgl. z.B. zu dem Bsp. der Einfuhrausgleichsabgaben: Streinz, Europarecht Rn. 719.

<sup>17</sup> Vgl. Streinz, Europarecht, Rn. 718.

<sup>18</sup> EuGH, „Hansen & Balle“, Slg. 1978 S. 1787, Rs. 148/77 = **juris**byhemmer: wo grundsätzlich Steuervergünstigungen (es handelte sich um die Branntweinsteuer) für aus bestimmten Rohstoffen (Obst) hergestellten Branntwein auch für ausländische Erzeugnisse gelten müssen, wenn diese das Kriterium der Gleichartigkeit erfüllen.

<sup>19</sup> Als Bsp. könnte hier die im Vergleich zum Bier höhere Besteuerung von Tafelwein in Großbritannien dienen. Damit sollte der Wechsel der Verbraucher von Bier zum grundsätzlich billigeren Wein verhindert werden; EuGH, „Kom./GB“ (Wein und Bier), Rs. 170/78, Slg. 1980, S. 417; eine kurze Zusammenfassung z.B. bei: Emmert, Europarecht, S. 342 ff. (Rn. 18); sowie EuGH „Kom./Frankreich“ (Whisky/Cognac), Slg. 1980, 347 = **juris**byhemmer.

<sup>20</sup> Grundlegend EuGH „Francovich“, Slg. 1991, I-5357, und „Brasserie du pêcheur“, NJW 1996, 1267 = **juris**byhemmer.

Im Völkerrecht wird der Staat, dessen Haftung wegen Verstoßes gegen eine völkerrechtliche Verpflichtung ausgelöst wird, als Einheit betrachtet, ohne dass danach unterschieden würde, ob der schadensverursachende Verstoß der Legislative, der Judikative oder der Exekutive zuzurechnen ist. Dasselbe muss erst recht in der Unionsrechtsordnung gelten, da alle staatlichen Instanzen einschließlich der Legislative bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die vom Unionsrecht vorgeschriebenen Normen, die die Situation des Einzelnen unmittelbar regeln, zu beachten haben.

In Anbetracht der entscheidenden Rolle, die die Judikative beim Schutz der dem Einzelnen aufgrund unionsrechtlicher Bestimmungen zustehenden Rechte spielt, wäre die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne unter bestimmten Voraussetzungen dann keine Entschädigung erlangen könnte, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht verletzt werden, der einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaats zuzurechnen ist.

Hierbei ist von Belang, dass ein letztinstanzliches Gericht definitionsgemäß die letzte Instanz ist, vor der der Einzelne die ihm aufgrund des Unionsrechts zustehenden Rechte geltend machen kann. Da eine durch eine rechtskräftige Entscheidung eines solchen Gerichts erfolgte Verletzung dieser Rechte regelmäßig nicht rückgängig gemacht werden kann, darf dem Einzelnen nicht die Befugnis genommen werden, den Staat haftbar zu machen, um auf diesem Wege den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen.

Im Übrigen ist ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, insbesondere deshalb nach Art. 267 AEUV zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet, um zu verhindern, dass dem Einzelnen durch das Unionsrecht verliehene Rechte verletzt werden.

Auch aus dieser Verpflichtung folgt, dass es der Schutz der Rechte des Einzelnen, der sich auf das Unionsrecht beruft, zwingend verlangt, dass diesem das Recht zustehen muss, vor einem nationalen Gericht den Ersatz des Schadens zu verlangen, der auf die Verletzung

seiner Rechte durch eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts zurückzuführen ist.<sup>21</sup>

Weiter kann auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte insbesondere nach Art. 41 EMRK einen Staat, der ein Grundrecht verletzt hat, zur Entschädigung der verletzten Partei verpflichten.

Nach der Rechtsprechung des EGMR kann er eine solche Entschädigung auch zusprechen, wenn die Verletzung auf einer Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts beruht.<sup>22</sup>

2. Fraglich ist, ob dieser Gedanke der unbedingten Staatshaftung bei der Verletzung europarechtlicher Pflichten nicht mit anderen Rechtsgrundsätzen kollidiert, die ebenfalls als generelle Maßstäbe des Europarechts anzusehen sind.

Vor allem ist hier auf den Grundsatz der Rechtssicherheit, insbesondere die Rechtskraft sowie auf die richterliche Unabhängigkeit und Autorität abzustellen.

### a) Argument der Rechtskraft

Vor allem die Möglichkeit der erneuten Überprüfung der Rechtsmeinung eines auch letztinstanzlichen Gerichts durch ein weiteres „Staatshaftungs“-gericht könnte als mit der Funktion dieses Gerichts unvereinbar angesehen werden, da dessen Entscheidungen den Streitfall gerade endgültig bereinigen sollten. Außerdem könnte es mit der Kompetenzordnung der Gerichte unvereinbar sein, wenn ein letztinstanzliches (Verwaltungs-) Gericht seine Entscheidung wieder vom erstinstanzlichen (zivilrechtlichen) „Staatshaftungsgericht“ überprüfen lassen müsste.

Darüber hinaus könnte man anführen, dass die Voraussetzungen für die Haftung eines Mitgliedstaats nicht von denjenigen abweichen dürfen, die für die Haftung der Union unter vergleichbaren Umständen gelten. Da Art. 340 II AEUV nicht auf einen Verstoß des Gerichtshofes gegen Unionsrecht Anwendung finden könne, da dieser in einem solchen Fall zur Entscheidung über Schäden, die er selbst verursacht hätte, berufen wäre und damit gleichzeitig als Richter und als Partei aufträte, könnten Mitgliedstaaten auch nicht für Schäden haften, die ein letztinstanzliches Gericht verursacht habe.

<sup>21</sup> Vgl. in diesem Sinne EuGH, NJW 1996, 1267 (Brasserie du pêcheur) und EuGH, Rs. C-224/01, NJW 2003, 3539 (Köbler) = **Life&LAW 02/2004, 125 ff.** = **jurisbyhemmer.**

<sup>22</sup> Vgl. EGMR, Urteil Dulaurans/Frankreich vom 21.03.2000 = **jurisbyhemmer.**

Gerade der Grundsatz der Rechtskraft, der europarechtlich anerkannt ist, besage, dass das Gesetz verhindere, dass wegen derselben Streitfragen - außer im Wege eines Rechtsmittels - noch einmal prozessiert werde. Dies geschehe zum Schutz der Interessen der obsiegenden Partei und diene dem allgemeinen Interesse an Rechtssicherheit.

Das Argument der Rechtskraft ist beachtlich, greift aber letztlich nicht durch. Die Anerkennung des Grundsatzes der Staatshaftung für Entscheidungen letztinstanzlicher Gerichte stellt die Rechtskraft einer solchen Entscheidung letztlich nicht in Frage. Ein Verfahren zur Feststellung der Haftung des Staates hat nicht denselben Gegenstand und nicht zwangsläufig dieselben Parteien wie das Verfahren, das zur rechtskräftigen Entscheidung geführt hat. Obsiegt nämlich der Kläger mit einer Haftungsklage gegen den Staat, so erlangt er dessen Verurteilung zum Ersatz des entstandenen Schadens, aber nicht zwangsläufig die Aufhebung der Rechtskraft der Gerichtsentscheidung, die den Schaden verursacht hat.

Der Grundsatz der Rechtskraft steht demnach der Anerkennung der Haftung des Staates für letztinstanzliche Gerichtsentscheidungen nicht entgegen.

Auch ist das nationale Gericht eben nicht Partei und Richter.

### b) Argument richterliche Unabhängigkeit und Autorität

Was die richterliche Unabhängigkeit betrifft, so geht es bei dem genannten Haftungsgrundsatz gerade nicht um die persönliche Haftung des Richters, sondern um die des Staates. Es ist nicht ersichtlich, dass die Unabhängigkeit eines letztinstanzlichen Gerichts durch die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die Haftung des Staates für unionsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen feststellen zu lassen, gefährdet würde.

Weiterhin könnte man einwenden, die Autorität eines letztinstanzlichen Gerichts könnte dadurch geschmälert werden, dass seine rechtskräftigen Entscheidungen implizit in einem Verfahren gerügt werden könnten, das die Feststellung der Haftung des Staates für diese Entscheidungen ermöglicht. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass das Bestehen eines Rechtswegs, der unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedergutmachung der nachteiligen Auswirkungen einer fehlerhaften Gerichtsentscheidung ermöglicht, auch als Bekräftigung der Qualität einer Rechtsordnung und damit schließlich auch der Autorität der Judikative angesehen werden kann.

**Anmerkung:** Bzgl. der Schwierigkeiten, das zuständige Gericht für eine derartige Haftungsklage zu bestimmen, bemerkt der EuGH lediglich, dass es nicht seine Aufgabe sei, bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mitzuwirken, die die Qualifizierung einer bestimmten, auf dem Unionsrecht beruhenden Rechtslage im Bereich der nationalen Gerichtsbarkeit aufwerfe. Vielmehr müsste die Rechtsordnung des einzelnen Mitgliedstaates dieses Problem jeweils eigenständig lösen.

Nach alledem ist der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden verpflichtet sind, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, auch dann anwendbar, wenn der fragliche Verstoß in einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts besteht.

### 3. Was sind die Voraussetzungen für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch für judikatives Unrecht?

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes muss ein Mitgliedstaat Schäden, die einem Einzelnen durch Verstöße gegen das Unionsrecht entstanden sind, ersetzen, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:

Die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß ist hinreichend qualifiziert, und zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.

Das gilt auch für die Haftung des Staates für Schäden, die durch eine unionsrechtswidrige Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts verursacht wurden.

Was die zweite dieser Voraussetzungen und ihre Anwendung bei der Prüfung einer Haftung des Staates für eine Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts angeht, so sind die Besonderheit der richterlichen Funktion sowie die berechtigten Belange der Rechtssicherheit zu berücksichtigen. Der Staat haftet für eine solche unionsrechtswidrige Entscheidung nur in dem Ausnahmefall, dass das Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat. Dabei sind alle Gesichtspunkte des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Zu diesen Gesichtspunkten gehören u.a. das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldigbarkeit des Rechtsirrtums, gegebenenfalls die Stellungnahme eines Unionsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 III AEUV durch das in Rede stehende Gericht.

Ein Verstoß gegen das Unionsrecht durch ein Organ der Justiz ist jedenfalls dann hinreichend qualifiziert, wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes offenkundig verkennt.<sup>23</sup>



Mit **juris by hemmer** lernen Sie leichter, schneller und fundierter. Die Auswahl von Entscheidungen, Normen, Fachzeitschriften und der **juris Praxis-Kommentar** zum BGB sind genau auf die Bedürfnisse der **hemmer-Ausbildung** abgestimmt. Und das Beste daran: Die perfekte Examensvorbereitung nur für 2,90 € im Monat. Voraussetzung ist die kostenlose **hemmer.club** Mitgliedschaft.

Für **hemmer KursteilnehmerInnen** sind die ersten 6 Monate **juris by hemmer** sogar kostenfrei.

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

**Anmelden unter „juris by hemmer“:**  
[www.hemmer.de](http://www.hemmer.de)

<sup>23</sup> Vgl. in diesem Sinne auch schon das Urteil *Brasserie du pêcheur*, EuGH, NJW 1996, 1267 = **jurisbyhemmer**.

## Lösung Fall 1

### ÜBERSICHT

#### Frage 1: Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 34 AEUV?

⇒ unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit des Europarechts? ⇒ nur dann ist Kollisions-/Rangfrage möglich

hier: Primärrecht

⇒ unmittelbar anwendbar, wenn

- rechtlich vollkommen
  - inhaltlich unbedingt
  - Mitgliedstaaten Handlungs- oder Unterlassungspflichten auferlegt (grds. keine horizontale Wirkung)
- ⇒ bei Grundfreiheiten sowie Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV (+)

**EXKURS:** Unmittelbare Anwendbarkeit sekundären Unionsrechts

⇒ problematisch Richtlinien

#### Frage 2: Verhältnis zum nationalen Recht (Rangfrage)

- EuGH: uneingeschränkter Anwendungsvorrang europarechtlicher Normen ⇒ Unionsrecht jeder Stufe geht nationalem Recht jeder Stufe vor  
⇒ Lex-posterior-Regel hat keine Geltung, vgl. Art. 4 III EUV
- BVerfG: Europarecht geht jedenfalls dem einfachen nationalen Recht vor

#### Frage 3: Befugnisse des nationalen Gerichts

- Verwerfungsmonopol des BVerfG, vgl. Art. 100 I GG, für nationales Recht  
**aber:**  
keine Verwerfung, kein Verstoß gegen GG
- EuGH: praktische Wirksamkeit des Unionsrechts ⇒ jeder Rechtsanwender darf und muss selbständig nationales Recht unangewendet lassen, wenn Unionsrecht vorgeht

**Ergebnis:** Art. 34 AEUV geht vor

**Anmerkung:** Dieser Fall ist ein „Einstiegsfall“, der das Grundverständnis für die (eigentlich gar nicht so) schwierige Materie „Europarecht“ schaffen soll. Deswegen muss mit der Frage begonnen werden, was „das Europarecht“ eigentlich ist und vor allem, wie es die nationale Rechtsanwendung beeinflusst. Allein darin besteht der Zweck dieses - sicherlich nicht examenstypischen - Falles.

Der Richter stellt sich mehrere Fragen. Er will zunächst wissen, ob Europarecht, hier insbesondere Art. 34 AEUV, in Verfahren vor nationalen Gerichten überhaupt Anwendung findet. Sollte dies zu bejahen sein, stellt sich für ihn die Vorrangfrage hinsichtlich des gleichfalls einschlägigen nationalen Rechts. Schließlich möchte er wissen, ob er einen etwaigen Vorrang des Europarechts selbst feststellen könnte oder ob er an den EuGH oder das BVerfG vorlegen muss.

**Exkurs:** Entwicklung der Europäischen Union  
09.05.1950 Schumann-Plan  
(Robert Schumann = ehem. frz. Außenminister):  
18.04.1951 Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) in Paris, in Kraft am 23.07.1952 mit D, I, F und BENELUX  
23.03.1957 Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und der Europäischen Atomgemeinschaft (EAG) in Rom, in Kraft am 01.01.1958; Gründungsmitglieder D, I, F und BENELUX;  
01.01.1973: Beitritt GB, Irland, Dänemark  
01.01.1981: Beitritt Griechenland  
01.01.1986: Beitritt Spanien und Portugal  
weitere wichtige Daten/Ereignisse:  
25.03.1957 Organfusionierung: Ein Gerichtshof und ein EP für alle drei Gemeinschaften; rechtliche Selbständigkeit der Gemeinschaften bleibt unberührt.  
08.04.1965 Fusionsvertrag: Bis dahin noch getrennte Organe der drei Gemeinschaften werden zu einem Rat bzw. einer Kommission fusioniert.  
17. - 28.02.1986 Einheitliche Europäische Akte (EEA), in Kraft getreten am 01.07.1987: Vertragsziel war Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes; Binnenmarkt trat am 01.01.1993 in Kraft.  
07.02.1992 Unterzeichnung des „Vertrags über die Europäische Union“ (EUV) in Maastricht, in Kraft getreten am 01.11.1993;

### Inhalt:

⇒ Aufnahme neuer Aufgaben und Ziele/Politikbereiche:

- Wirtschafts- und Währungsunion
  - Unionsbürgerschaft
  - Zusammenarbeit in Außen- und Sicherheitspolitik sowie in Justiz- und Innenpolitik
- ⇒ Gründung der EU

Die EU ruht als „Dach“ auf den drei „Säulen“: GASP/Zusammenarbeit in Justiz- und Innenpolitik/drei Europäische Gemeinschaften (KS,<sup>1</sup> EA, EG), die aber im Übrigen rechtlich selbstständige, supranationale Organisationen bleiben.

01.01.1995 Beitritt: Finnland, Schweden und Österreich

02.10.1997: Vertrag von Amsterdam: Die Rechte des Europaparlaments werden gestärkt, indem der Anwendungsbereich des Mitentscheidungsverfahrens nach Art. 251 EG ausgedehnt wird, zudem hängt die Kommission künftig von der Billigung des Parlaments ab, Art. 214 II EG.<sup>2</sup>

Wichtig ist die Neunummerierung innerhalb der Verträge. Der EuGH zitiert die Verträge in der Fassung seit Amsterdam mit EG, EA, EU.<sup>3</sup>

26.02.2001: Vertrag von Nizza: Durch den Vertrag von Nizza werden die Weichen für die „Osterweiterung“ der EU gestellt. Aus diesem Grund wird vor allem das Recht der Organe der EG geändert (vgl. oben).

15.12.2001: Einberufung des Europäischen Verfassungskonvents

23.07.2002: Der EGKS-Vertrag läuft nach 50 Jahren aus.

01.05.2004: Osterweiterung der Europäischen Gemeinschaft durch Beitritt von Estland, Lettland, Litauen, Polen, Tschechien, Slowakei, Slowenien, Ungarn, Malta, Zypern.

29.10.2004: Der Vertrag über eine Verfassung für Europa wird in Rom feierlich unterzeichnet. Die Ratifizierung aller Mitgliedstaaten scheitert aber am „Nein“ Frankreichs (29.05.2005) und der Niederlande (1.6.2005) in einem Referendum.

01.01.2007: Beitritt von Rumänien und Bulgarien

13.12.2007: Staats- und Regierungschefs unterzeichnen an diesem Tag den am 18./19.10.2007 beschlossenen Vertrag von Lissabon als Ersatz für die gescheiterte EU-Verfassung.

01.12.2009: Nach Ratifikation in allen Mitgliedstaaten Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon. Er gestaltet die Verträge neu. Der EG-Vertrag und die Gemeinschaft werden aufgelöst. Die EU tritt an die Stelle der Gemeinschaft. Neue Vertragsgrundlage sind EUV und AEUV (genannt: „die Verträge“<sup>4</sup>). Der Vertrag über Euratom bleibt.<sup>5</sup>

01.07.2013: Beitritt von Kroatien

Mit Einführung des Art. 6 III EUV wird die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu geschriebenem Primärrecht; nach Art. 6 II hat die EU die Möglichkeit, der EMRK beizutreten.

18.12.2014: In einem Gutachten hat der Gerichtshof einen Übereinkommensentwurf als nicht mit Art. 6 II EUV vereinbar gesehen. Somit ist derzeit das Beitrittsverfahren im Stillstand.

23.06.2016: In einem Referendum spricht sich die Mehrheit der Wahlberechtigten für den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU zum 29.03.2019 aus.

Frühjahr 2019: Mehrmaliger Aufschub des „Brexit“ mit vereinbartem Austrittsdatum zum 31.10.2019.

24.01.2020: Unterzeichnung des Austrittsabkommens.

31.01.2020: Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU zum 31.01.2020, 24.00 MEZ, mit Übergangsregelungen bis zum 31.12.2020.

### **Frage 1: Unmittelbare Anwendbarkeit des Europarechts**

Zu klären ist dabei zunächst, ob Art. 34 AEUV direkt auf die nationalen Sachverhalte Anwendung finden kann, da sich nur dann eine Kollision mit den Vorschriften des deutschen Rechts und die daran anschließende Rangfrage ergeben kann.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> 2002 ausgelaufen nach 50 Jahren.

<sup>2</sup> Zu den Einzelheiten vgl. Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 10a ff.

<sup>3</sup> Vgl. die Hinweise des EuGH, Amtl. Slg. 1999, Teil I und II, Heft 5 (Mai), S. 1 ff.

<sup>4</sup> Ob in Zukunft diese Verträge auch so zitiert werden, bleibt vorerst offen. Die meisten Beiträge in der Literatur haben diese Zitierweise gewählt.

<sup>5</sup> Zur Rechtsnatur der EU vgl. Schöbener, JA 2011, 885 ff.

<sup>6</sup> Jarass/Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts, NVwZ 2004, 1 ff.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, Einf., Rn. 60.

### I. Bindung der Mitgliedstaaten

Verträge wirken, auch im Völkerrecht, aber typischerweise nur inter partes. Dies bedeutet aber, dass die Bundesrepublik als Vertragspartner an die Vorschriften der Verträge gebunden ist. Dies gilt auch für den nationalen Gesetzgeber als Organ des „Vertragspartners“ BRD. So muss der deutsche Gesetzgeber bei seiner Tätigkeit auch die Vorgaben von EUV und AEUV einhalten.

#### **Exkurs: Rechtsquellen des Unionsrechts<sup>7</sup>**

##### **I. Primäres Unionsrecht**

###### **1. Geschriebenes Recht**

EU- und AEU-Vertrag sowie der Euratom-Vertrag (EGKS-Vertrag<sup>8</sup>) samt Anhängen und Protokollen (Art. 51 EUV). Die Europäische Grundrechtecharta (EGC) gehört nun ebenfalls zum geschriebenen Primärrecht, vgl. Art. 6 I UA 1 HS 2 EUV.

Diese Verträge wurden zuletzt geändert durch den Vertrag von Lissabon, welcher am 01.12.2009 in Kraft getreten ist. Hierbei wurden vor allem die Verträge neu nummeriert und die EG aufgelöst. Sie geht in der EU auf, welche eine eigene Rechtspersönlichkeit erhält.

Entsprechend entfällt die bisherige Säulenstruktur der EU. Weitreichende Änderungen ergeben sich auch bei den Organen und im Gesetzgebungsverfahren.

Der Vertrag über eine Verfassung für Europa sollte ursprünglich 2007 in Kraft treten.

Voraussetzung war allerdings nach Art. 48 III EU die Ratifizierung in allen Mitgliedstaaten. Nach dem „Nein“ aus Frankreich und den Niederlanden ist die Europäische Verfassung gescheitert.

###### **2. Ungeschriebenes Unionsrecht**

a) Grundrechte des Unionsrechts sind weiterhin auch als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts verankert, Art. 6 III EUV: Der EuGH ermittelt diese ungeschriebenen Grundrechte durch einen Vergleich der Verfassungen der Mitgliedstaaten und die EMRK als Rechtserkenntnisquellen.

b) *Rechtsstaatliche Prinzipien (Verhältnismäßigkeit, etc.)*

##### **II. Völkerrechtliche Verträge der EU**

- *Recht, welches die EU selbst gesetzt hat, vgl. Art. 216 I AEUV; sog. integraler Bestandteil<sup>9</sup> des Unionsrechts (Art. 216 II AEUV). Die unmittelbare Heranziehung der EMRK kann erst nach dem Beitritt der EU zur EMRK erfolgen, vgl. Art. 6 II EUV.*

##### **III. Sekundäres Unionsrecht**

- *durch Organe der EU gesetztes Recht*  
Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, d.h. Handeln nur bei ausdrücklicher Ermächtigungsgrundlage im EUV und AEUV, vgl. Art. 5 II EUV

###### **1. Verordnung, Art. 288 II AEUV**

(⇒ europäisches Gesetz)  
- *allgemeine Geltung (= abstrakt-generell)*  
- *unmittelbare Geltung und Gesamtverbindlichkeit (= keine Umsetzungsakte erforderlich; Bindung aller Gerichte und Behörden)*

###### **2. Richtlinie, Art. 288 III AEUV**

- *Verbindlichkeit nur für Mitgliedstaat und nur hinsichtlich des zu erreichenden Zieles; Pflicht zur Umsetzung in nationales Recht mit Gestaltungsspielraum ⇒ grds. keine unmittelbare Geltung,<sup>10</sup> aber sog. richtlinienkonforme Auslegung, zumindest wenn die Umsetzungsfrist bereits verstrichen ist.<sup>11</sup>*

*Ziele der Richtlinie bereits vor Umsetzung für Behörden und Gerichte u.U. beachtlich.*

- *zweistufiges Rechtssetzungsverfahren*

###### **3. Beschluss, Art. 288 IV AEUV (⇒ u.a. VA)**

- *Verbindlichkeit u.a. für den, den er bezeichnet (die Entscheidung in ex-Art. 249 IV EG-Vertrag wurde mit dem Vertrag von Lissabon durch den Beschluss ersetzt)*

###### **4. Empfehlungen, Stellungnahmen**

Art. 288 V AEUV

- *unverbindlich, evtl. zur Auslegung heranzuziehen*

### II. Begründung von Individualrechten

Die Bestimmungen der Verträge (d.h. EUV und AEUV) müssten aber auch zugunsten einzelner natürlicher oder juristischer Personen anwendbar sein, damit im vorliegenden Fall eine

<sup>7</sup> Vgl. Hemmer/Wüst, *Europarecht*, Rn. 50 ff.

<sup>8</sup> Diese Europäische Gemeinschaft ist 2002 ausgelaufen.

<sup>9</sup> Sog. Haegeman-Formel, vgl. EuGH, Haegeman, Slg. 1974, S. 449 = *jurisbyhemmer*. In Haegeman sprach der EuGH allerdings noch von „integrierender Bestandteil“. Dies dürfte aber ein bloßer Übersetzungsfehler sein, vgl. nunmehr EuGH, IATA, Rs.C-344/04, EuZW 06, 112, Rn. 36; EuGH, Seerechtsübereinkommen, Rs. C-459/03, EuZW 06, 464, Rn. 62 = *jurisbyhemmer*.

<sup>10</sup> Zu den Ausnahmen siehe Fall 5 sowie unten; zu der zweifachen Möglichkeit der unmittelbaren Anwendung vgl. Jarrass/Beljin, „Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts“, NVwZ 2004, 1 ff., 5; sehr lesenswert auch Böhm, JA 2008, 838; Möller, Jura 2006, 91; Frenz/Kühl, Jura 2009, 401.

<sup>11</sup> EuGH, NJW 1997, 3365 (Dorsch-Consulting); BGH, NJW 1998, 2208 (Bspr. in NJW 1998, 2507) = *jurisbyhemmer*, s. auch unten.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 1 - Lösung - Seite 4

Kollision zwischen Europarecht und nationalem Recht vorliegen kann (sog. unmittelbare Anwendbarkeit oder unmittelbare Geltung von EU-Normen).<sup>12</sup>

Gegen eine solche subjektiv-rechtliche Wirkung könnte zunächst sprechen, dass es sich bei den Verträgen zumindest dem Grundsatz nach um völkerrechtliche Abkommen handelt, die grundsätzlich nur die Vertragsparteien berechtigen und verpflichten.

Außerdem ist der Wortlaut der Normen der Verträge in aller Regel so formuliert, dass eine subjektive Berechtigung des Einzelnen ausgeschlossen erscheint.

### a) Im Hinblick auf völkerrechtliche Grundsätze

Aus dem völkerrechtlichen Gesichtspunkt lässt sich grundsätzlich nichts gegen eine unmittelbare Wirksamkeit herleiten. Es steht Völkerrechtssubjekten frei, ihren Abmachungen subjektiv-rechtliche Wirkung beizulegen. Dann können sich auch Individuen darauf berufen. Rechtsdogmatisch lassen sich solche völkerrechtliche Vereinbarungen als Verträge zugunsten Dritter qualifizieren.

Nur auf die ungeschriebenen allgemeinen Regeln des Völkerrechts kann sich der Einzelne grundsätzlich nicht berufen, um solche handelt es sich aber hier nicht.

### b) Vorstehende völkerrechtliche Grundsätze legt der EuGH zu Grunde und spricht einer Vorschrift der Verträge dann unmittelbare Wirkung zu, wenn sie

- rechtlich vollkommen ist (d.h. die Bestimmung muss klar und hinreichend genau sein, so dass sie ohne jede weitere Konkretisierung anwendbar ist),
- inhaltlich unbedingt ist (d.h. die Bestimmung darf mit keinem Vorbehalt oder zeitlichen Aufschub versehen sein. Insbesondere darf ihre Anwendbarkeit nicht von weiteren Rechtsakten der EU oder der Mitgliedstaaten abhängig sein)
- und den Mitgliedstaaten Handlungs- oder Unterlassungspflichten auferlegt.<sup>13</sup>

### c) Ob eine Vorschrift in diesem Sinne unmittelbar anwendbar ist, ist vom Sinn und Zweck, von ihrer Systematik und von ihrem Wortlaut her zu entscheiden.

Wenn es also auf den konkreten Inhalt der Norm der Verträge ankommt, so könnte das Wortlautargument zunächst gegen eine subjektive Berechtigung sprechen. Nur bei Art. 101 und 102 AEUV ist eine unmittelbare Wirkung klar aus dem Wortlaut zu entnehmen.

Zunächst ist aber festzuhalten, dass aus der Tatsache, dass ein Mitgliedstaat durch die Norm verpflichtet ist, noch nicht folgt, wer aus der Norm berechtigt sein soll. Hier ist im Gegenteil vom Sinn der Verträge her klar, dass die Regelungen gerade den einzelnen Marktteilnehmern individuell zugutekommen sollen.

Mit der Schaffung der Europäischen Union haben die Mitgliedstaaten ihren innerstaatlichen Rechtsraum geöffnet. Mit dem primären Unionsrecht wurde eine Rechtsordnung geschaffen, deren Recht ohne weiteren Umsetzungsakt im innerstaatlichen Rechtsraum wirken kann. Dieser innerstaatliche Rechtsraum wurde auch für sekundäre Rechtsakte geöffnet, die von der Union erlassen werden. Wenn schon sekundäres Recht unmittelbar anwendbar sein kann, muss dies erst recht für dessen Grundlage, das Primärrecht, gelten.

**Anmerkung:** Deshalb kann eine Norm auch dann subjektive Rechte beinhalten, wenn sie objektiv formuliert ist. Die Formulierung ist nämlich im historischen Kontext zu sehen: Bis 31.12.1968 galt die „Übergangszeit“, in der die damals bestehenden innergemeinschaftlichen tarifären Handelsbeschränkungen (z.B. Zölle) schrittweise aufgehoben wurden. In dieser Zeit waren naturgemäß die Regelungen des Vertrages nur an die Mitgliedstaaten adressiert. Nach dem Ablauf dieser Zeit war der gemeinsame Markt geschaffen; auf dessen Funktionieren, also auf die Marktfreiheiten, können sich die Marktteilnehmer seither berufen. Dies ist auch mit der Änderung des Wortlauts durch das Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages zum 01.05.1999 klargestellt; auch früher stand der Wortlaut einer Annahme subjektiver Rechte jedenfalls nicht entgegen.

Wichtig ist aber, dass nicht der ganze Inhalt der Verträge pauschal unmittelbar anwendbar ist, sondern dies für jede einzelne Bestimmung gesondert festgestellt werden muss.

Der EuGH<sup>14</sup> hat mittlerweile allen Bestimmungen über die Marktfreiheiten unmittelbare Wirkung beigemessen. Bei Art. 34 AEUV ist dies ohne weiteres anzunehmen.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Streinz, Europarecht, Rn. 453 ff.

<sup>13</sup> Dies gilt selbstverständlich nicht für Verordnungen, die bereits aufgrund des ausdrücklichen Wortlauts des Art. 288 II AEUV unmittelbar anwendbar sind (vgl. Streinz, Europarecht, Rn. 475 ff.).

<sup>14</sup> Seit EuGH, Slg. 1963, 1 (Van Gend & Loos) = jurisbyhemmer.

<sup>15</sup> Vgl. auch Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 55; vgl. zu diesem Problemkreis auch EuGH, NJW 2002, 3610 = DVBl. 2003, 1616 = jurisbyhemmer (unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 18 EG).

**Anmerkung:** Vorschriften des AEUV sind demnach grundsätzlich nur zugunsten des einzelnen Bürgers unmittelbar anwendbar, nicht zu seinen Lasten.

Eine horizontale Anwendbarkeit zwischen zwei Privaten scheidet damit grundsätzlich aus.<sup>16</sup> Ausnahmen macht der EuGH für Art. 101 f., 157 AEUV und in seiner neueren Rspr. auch für die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV.<sup>17</sup>

So hat der EuGH die Arbeitnehmerfreizügigkeit insb. dann zu Lasten eines Privaten angewendet, wenn dieser anderen Privaten gegenüber eine dem Staat vergleichbare Machtposition innehat.<sup>18</sup>

### **Sonderfall: Unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinienvorschrift**

- die Richtlinienvorschrift ist inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt
- die Umsetzungsfrist ist abgelaufen und die Richtlinie nicht oder unzulänglich umgesetzt
- [die Richtlinie muss dem Einzelnen Rechte einräumen (sehr str.)]
- in der Richtlinienbestimmung darf keine rechtliche Verpflichtung für Private enthalten sein

Fraglich ist insbesondere, ob die Verleihung einer Rechtsposition gegenüber einem Privaten bzw. die Auferlegung von Pflichten gegenüber dem Staat für die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie noch Voraussetzung ist.

So kann auch eine Richtlinie, die die Rechtsstellung eines Privaten verschlechtert, derart unmittelbar anwendbar sein, dass sie die Anwendung des entgegenstehenden nationalen Rechts verhindert.<sup>19</sup>

Soweit ein Privater aber unmittelbar aus der Richtlinie Rechte geltend macht, ist der EuGH bislang nicht von seiner Rechtsprechung abgerückt, die eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie zwischen zwei Privaten ausschließt.

Allerdings befindet sich auch hier die Rechtsprechung des EuGH im Wandel und es lässt sich nur schwer voraussagen, „wohin der Zug fährt“.<sup>20</sup>

In jüngerer Zeit gibt es immer mehr Richtlinien, die vollharmonisierend wirken. D.h. die Regulationsintensität ist höher als bei mindestharmonisierenden Richtlinien. Ziel der Vollharmonisierung soll die Schaffung von einheitlichen Standards sein.<sup>21</sup>

### **Gebot der richtlinienkonformen Auslegung:**

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist aber auch eine Richtlinie, die nicht die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit erfüllt, nicht völlig bedeutungslos für die nationalen Behörden.

Diese haben vielmehr **nach Ablauf der Umsetzungsfrist** bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts die Richtlinie zu beachten und so zu verfahren, dass das mit der Richtlinie verfolgte Ziel möglichst erreicht wird („richtlinienkonforme Auslegung“).<sup>22</sup> Dies soll nach Ansicht des BGH **vor Ablauf der Umsetzungsfrist** allerdings nicht gelten.<sup>23</sup>

Begründung: Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung; vor Ablauf seien nur den Zielen der Richtlinie zuwiderlaufende Maßnahmen verboten, vgl. Art. 4 III EUV. In letzterem Sinne hat auch der EuGH bereits entschieden.<sup>24</sup> Wegen Art. 288 III AEUV und Art. 4 III EUV dürfe allerdings ein Staat bereits während der Umsetzungsfrist keine Vorschriften erlassen, die geeignet seien, die Erreichung des in der Richtlinie vorgeschriebenen Zwecks ernstlich zu gefährden.<sup>25</sup>

**Ergebnis:** Art. 34 AEUV ist im nationalen deutschen Recht unmittelbar anwendbar.

<sup>16</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 56.

<sup>17</sup> EuGH, JuS 2000, 1112 = jurisbyhemmer.

<sup>18</sup> EuGH, EuZW 1996, 82 ff. (Bosman), vgl. auch EuGH, JuS 2000, 809; EuGH, DVBl. 2002, 464 = jurisbyhemmer sowie Fall 9.

<sup>19</sup> EuGH-Slg. 1995, I-2189; EuGH, NJW 2002, 281 = jurisbyhemmer.

<sup>20</sup> Sehr instruktiv Herrmann, EuZW 2006, 69 ff.; vgl. hierzu auch Fall 5.

<sup>21</sup> Vgl. zum Ganzen Gsell/Schellhase, JZ 2009, 20 ff.

<sup>22</sup> EuGH, NJW 1997, 3365 (Dorsch-Consulting); NJW 2000, 3267 = jurisbyhemmer; ausführlich Fall 5.

<sup>23</sup> BGH, NJW 1998, 2208 = jurisbyhemmer (Bspr. in NJW 1998, 2507).

<sup>24</sup> EuGH, NJW 1998, 2809 (Inter-Environnement) = jurisbyhemmer.

<sup>25</sup> Umfassend zu diesem Problem der „Vorwirkung“ Schliesky, DVBl. 2003, 631.

**Beachte:** Eine derart ausführliche Herleitung wird in der Klausur selbstverständlich nicht erwartet. Geht es um Primärrecht, genügt die Feststellung, dass die Verbürgungen der Marktfreiheiten seit Ablauf der Übergangszeit unmittelbar wirken, da sie unbedingt und hinreichend genau sind.

Wenn aber Rechte aus sekundärem Unionsrecht hergeleitet werden sollen, das nicht evident eine subjektive Berechtigung vorsieht, oder im Falle einer RL, ist dagegen immer eine genaue Subsumtion unter den „Tatbestand“ von „unbedingt und hinreichend genau“ vorzunehmen.

### Frage 2: Verhältnis zum nationalen Recht (Rangfrage)

Da es durch die innerstaatliche Wirksamkeit des EU-Rechts ein Nebeneinander zweier Rechtsordnungen, nämlich von nationalen und unionsrechtlichen Rechtsregeln geben kann, ist das Kollisions- bzw. Rangverhältnis zu klären.

1. Der **EuGH** geht hier seit jeher von einem uneingeschränkten Anwendungsvorrang der europarechtlichen Norm aus. Dabei geht Unionsrecht jeder Stufe nationalem Recht jeder Stufe vor. Begründet wird dies zum einen mit Art. 4 III EUV, da die Wirksamkeit und effektive Umsetzung des Europarechts und die Erreichung der Ziele des Art. 3 EUV in Frage gestellt würde, wenn es den einzelnen Mitgliedstaaten möglich wäre, den EU-Verträgen vorrangige Rechtsquellen zu schaffen. Zum anderen argumentiert der EuGH, dass die Mitgliedstaaten mit ihrer Zustimmung zu den Verträgen eine neue höherrangige Rechtsordnung geschaffen haben, die sie nun auch selbst zu beachten haben.

Die entgegenstehende nationale Norm ist nicht etwa insgesamt nichtig (das wäre die Folge bei einem Geltungsvorrang), sondern nur bei Eingreifen der europarechtlichen Norm **unanwendbar (Anwendungsvorrang)**.<sup>26</sup>

**Exkurs:** Reine Inlandssachverhalte werden also u.U. von dem **Anwendungsvorrang** nicht erfasst (Problem der **Inländerdiskriminierung**). Da es sich hierbei um eine reine Inlandsproblematik handelt, ist diese auch nicht vom **unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot** (Art. 18 AEUV) erfasst.

**Bsp.:** Einem deutschen Anwalt war die Gründung einer Zweigniederlassung durch §§ 27, 28 BRAO a.F. untersagt. Auf einen französischen Anwalt durfte diese Vorschrift aber nicht angewendet werden, da sie das in Art. 49 I S. 2 AEUV gewährte Recht, Zweigniederlassungen zu gründen, leerlaufen gelassen hätte.<sup>27</sup> Maßstab ist vielmehr allein das nationale Verfassungsrecht, in Deutschland also insbesondere Art. 3 I GG:

Ob der Unterschied, dass es sich um keinen Sachverhalt mit Unionsbezug handelt, zur sachlichen Differenzierung ausreicht, muss im Einzelfall geklärt werden.

Im Fall geht Art. 34 AEUV – dessen Tatbestandsmerkmale nach der Aufgabenstellung erfüllt sind – der entgegenstehenden deutschen Norm vor.

Die lex-posterior-Regel (ein jüngeres Gesetz geht dem älteren vor) kann in diesem Bereich nicht gelten. Der EuGH hat bereits in der Sache Costa/ENEL<sup>28</sup> entschieden, dass ein Mitgliedsstaat sich nicht durch einen späteren gegenläufigen Akt von früheren Verpflichtungen lossagen kann, die ihm aus Unionsrecht obliegen. Das folgt einerseits bereits aus dem generellen Anwendungsvorrang, andererseits auch aus dem Gedanken von Treu und Glauben, vgl. Art. 4 III EUV.

**Anmerkung:** Die Anwendung der lex-posterior-Regel setzt ohnehin voraus, dass es sich um gleichrangige Vorschriften handelt, was (zumindest nach Ansicht des EuGH) hier nicht der Fall ist.

2. Auch das **BVerfG** erkennt den grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Europarechts gegenüber dem deutschen Recht grundsätzlich an,<sup>29</sup> da der Deutsche Bundestag durch seine Zustimmung zu den Verträgen der Europäischen Union das Recht übertragen hat, vorrangige Rechtsnormen zu schaffen, vgl. Art. 23 I S. 2 GG.

Lediglich im Bereich des Verfassungsrechts ist nach BVerfG ein Vorrang des deutschen Rechts denkbar.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Streinz, Europarecht, Rn. 225.

<sup>27</sup> EuGH, Slg. 1984, 2971 (Klopp) = jurisbyhemmer; Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 518 ff.

<sup>28</sup> EuGH, Slg. 1964, 1251 = jurisbyhemmer.

<sup>29</sup> BVerfGE 31, 145 = jurisbyhemmer.

<sup>30</sup> Vgl. dazu Fall 2.

### Frage 3: Befugnisse des nationalen Gerichtes

Es bleibt die Frage, ob der Richter dies selbst feststellen und die nationale Norm ohne weiteres **unangewendet lassen kann**.

1. Dagegen würde sprechen, dass viele nationale Rechtsordnungen die Verwerfung einer nationalen (formellen) Norm bei einem Verfassungsgericht monopolisieren, wie in Deutschland Art. 100 GG beim BVerfG.

Allerdings ist Art. 100 I GG hier nicht einschlägig, da hier weder die Unwirksamkeit noch ein Verstoß gegen das GG in Frage steht.

Vorliegend geht es nur um einen Verstoß gegen den AEUV und die daraus folgende Nichtanwendbarkeit einer Vorschrift des deutschen Rechts. Der AEUV ist aber nicht Prüfungsmaßstab für Entscheidungen des BVerfG.

2. Der EuGH geht hier unter dem Gesichtspunkt der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts davon aus, dass es eines solchen Verfahrens nicht bedarf. Jeder Rechtsanwender, also Gerichte und Verwaltung, darf und muss selbstständig nationales Recht unangewendet lassen, wenn Unionsrecht entgegensteht.<sup>31</sup> Würde ein innerstaatliches Vorlageverfahren akzeptiert, so würde die Anwendung der unionsrechtlichen Normen zumindest noch zusätzlich hinausgeschoben. Darüber hinaus wäre auch das nationale Verfassungsgericht, wollte es über diese Frage entscheiden, gem. Art. 267 III AEUV zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. An die Entscheidung des EuGH wäre aber auch das nationale Verfassungsgericht gebunden. Seine Rolle wäre deshalb nur rein formal.<sup>32</sup>

### Ergebnis:

Der Richter muss die Vorschrift des nationalen Rechts aufgrund des Vorrangs des Art. 34 AEUV unangewendet lassen.

#### **Arbeitshinweis:**

*Bearbeiten Sie Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 50 ff. (Rechtsquellen des Unionsrechts) sowie Rn. 264 ff. (Verhältnis des Unionsrechts zum Recht der Mitgliedstaaten).*



Mit **juris by hemmer** lernen Sie leichter, schneller und fundierter. Die Auswahl von Entscheidungen, Normen, Fachzeitschriften und der juris Praxis-Kommentar zum BGB sind genau auf die Bedürfnisse der hemmer-Ausbildung abgestimmt. Und das Beste daran: Die perfekte Examensvorbereitung nur für 2,90 € im Monat. Voraussetzung ist die kostenlose hemmer.club Mitgliedschaft.

Für hemmer KursteilnehmerInnen sind die ersten 6 Monate juris by hemmer sogar kostenfrei.

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter „**juris by hemmer**“: [www.hemmer.de](http://www.hemmer.de)

<sup>31</sup> EuGH, NVwZ 2001, 421 = **juris**byhemmer.

<sup>32</sup> Vgl. dazu EuGH, Slg. 1978, 629 ff. = **juris**byhemmer.

## Lösung Fall 2

### ÜBERSICHT

**Ausgangsfall:** Konkrete Normenkontrolle zum BVerfG

#### I. Zuständigkeit

BVerfG gem. Art. 100 I GG,  
§§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG

#### II. Zulässigkeit

##### 1. Vorlageberechtigung

staatliche Gerichte; VG (+)

##### 2. Vorlagegegenstand

förmliche, nachkonstitutionelle deutsche Ge-  
setze

EU-Verordnungen keine Akte deutscher  
Staatsgewalt, entfaltet aber im deutschen  
Rechtsraum Wirkung

##### 3. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzung

P.: Kann EU-Recht verfassungswidrig sein?

BVerfG: (Anwendungs-)Vorrang nicht schran-  
kenlos

⇒ Übertragung von Hoheitsbefugnissen gem.  
Art. 23 I S. 2 GG auf EU enthält Anwendungs-  
befehl

Aber: Art. 23 I S. 3 GG i.V.m. Art. 79 III GG  
(sog. Ewigkeitsklausel) Grenze des Anwen-  
dungsbefehls

⇒ sog. Identitäts- und ultra-vires-Kontrolle

⇒ BVerfG übt Kontrollrecht in Kooperation mit  
EuGH nur aus, wenn sich der EuGH mit seiner  
Rspr. zum Grundrechtsschutz in der Union *of-  
fensichtlich, schwerwiegend und anhaltend* –  
also *nicht nur im Einzelfall* – außerhalb der Uni-  
onsordnung befände.

⇒ Rüge einer „qualifizierten Verfassungswid-  
rigkeit“ erforderlich!

hier: bloße Behauptung von Grundrechtsver-  
stoß nicht ausreichend

##### 4. Ergebnis: Vorlage ist unzulässig.

**Abwandlung:** Zulässigkeit der Verfassungsbe-  
schwerde

Beschwerdegegenstand (+): EU-VO ist Akt der  
öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 19 GG; aber „So-  
lange“-Vorbehalt des BVerfG: schlichte Grund-  
rechtsrüge nicht ausreichend

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 2 - Lösung - Seite 2

### Ausgangsfall:

In Betracht kommt eine konkrete Normenkontrolle zum BVerfG.<sup>1</sup>

### I. Zuständigkeit

Zuständig für die konkrete Normenkontrolle ist gemäß Art. 100 I GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG das BVerfG.

### II. Zulässigkeit

#### 1. Vorlageberechtigung

Zur Vorlage berechtigt sind gemäß Art. 100 I GG nur staatliche Gerichte. Das VG ist also vorlageberechtigt.

#### 2. Vorlagegegenstand

Fraglich ist, ob die Verordnung ein zulässiger Vorlagegegenstand ist. Zulässige Vorlagegegenstände sind grundsätzlich nur förmliche, nachkonstitutionelle **Gesetze**, die Akte **deutscher Staatsgewalt** sind.

Jedoch unterscheidet das Unionsrecht nicht zwischen formellem und materiellem Gesetz. Für beides steht funktionell die Verordnung, so dass auch hier die Behandlung wie ein formelles Gesetz gerechtfertigt ist.

EU-Verordnungen sind aber außerdem auch keine Akte deutscher Staatsgewalt. Das BVerfG stellt in dieser Hinsicht jedoch darauf ab, ob der entsprechende Hoheitsakt im deutschen Rechtsraum Wirkung entfaltet. Die EU-VO entfaltet gemäß Art. 288 II AEUV Wirkung im innerstaatlichen Rechtsraum der Mitgliedstaaten, also auch im deutschen Rechtsraum.<sup>2</sup> Die EU-VO ist also zulässiger Vorlagegegenstand.

**Anmerkung:** Gleiches muss konsequenterweise für eine ausnahmsweise<sup>3</sup> unmittelbar anwendbare EU-Richtlinie gelten. Unproblematisch zulässig ist hingegen die Vorlage primären Unionsrechts. Hier wird nicht der EUV oder AEUV selbst, sondern das nach Art. 59 II GG erforderliche Zustimmungsgesetz vorgelegt.

*Dabei handelt es sich zweifellos um ein formelles nachkonstitutionelles Gesetz eines deutschen Gesetzgebers.<sup>4</sup>*

*Hier wird sich allerdings häufig das Problem der „präventiven“ Normenkontrolle stellen, da das Zustimmungsgesetz bereits vor der Ausfertigung angegriffen werden wird.*

*Eine vorbeugende Klage ist in einem solchen Fall ausnahmsweise zulässig, da die Bundesrepublik nach der Ausfertigung des Gesetzes den Vertragspartnern gegenüber gebunden wäre und diese Bindung auch nicht durch eine Entscheidung des BVerfG beseitigt werden könnte.<sup>5</sup>*

#### 3. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzung - Überzeugung von der qualifizierten Verfassungswidrigkeit

**Anmerkung:** An welcher Stelle das nun folgende Problem zu prüfen ist, ist nicht ganz klar. Im Beschluss zur Bananenmarkt-VO spricht das BVerfG von einer **besonderen Zulässigkeitsvoraussetzung**.<sup>6</sup> Denkbar ist aber auch, das Problem bei der Frage zu prüfen, ob das vorliegende Gericht von der Verfassungswidrigkeit überzeugt ist und besondere Anforderungen an die Überzeugung zu stellen sind. In einer weiteren Entscheidung werden diese Fragen unter dem Aspekt der Entscheidungserheblichkeit geprüft. Nicht nur die vorgelegte Norm, sondern auch die mögliche Antwort des BVerfG auf die Vorlage muss demnach entscheidungserheblich sein – was nicht der Fall ist, wenn das BVerfG aufgrund europarechtlicher Besonderheiten in der Sache keine Stellung nimmt.<sup>7</sup>

Prüfungsmaßstab der konkreten Normenkontrolle sind grundsätzlich die Verfassungsnormen („schlichte Verfassungswidrigkeit“). Der Prüfungsmaßstab könnte hier aber verschoben sein, da der Vorlagegegenstand die EU-Verordnung, also sekundäres Unionsrecht ist, welches grundsätzlich jedem nationalen Recht vorgeht. Fraglich erscheint jedoch, ob dieser Vorrang schrankenlos ist.

<sup>1</sup> Vgl. Hemmer/Wüst/Christensen, Staatsrecht II, Rn. 26 ff.

<sup>2</sup> Vgl. die geschichtliche Entwicklung hinsichtlich der Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts mit Blick auf die Überprüfungscompetenz von Sekundärrechtsakten, BVerfG, NJW 1993, 3047 (Maastricht); BVerfG, NJW 2000, 3124 = BayVBl. 2000, 754 = **Life&LAW 01/2001, 64** (Bananenmarktverordnung); vgl. ferner die Rechtssachen Lissabon, BVerfG, NJW 2009, 2267 und Honeywell, BVerfG, NJW 2010, 3422 = **jurisbyhemmer**.

<sup>3</sup> Vgl. Fall 1, 5.

<sup>4</sup> Vgl. Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 309.

<sup>5</sup> Vgl. **Fall 14 Verfassungsrecht**.

<sup>6</sup> BVerfG, NJW 2000, 3124 = BayVBl. 2000, 754 = **Life&LAW 01/2001, 64** (Rn. 64 des Beschlusses) = **jurisbyhemmer**.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss vom 04.10.2011, 1 BvL 3/08 = **Life&LAW 12/2011, 906** = **jurisbyhemmer**.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 2 - Lösung - Seite 3

a) Aus der Sicht des EuGH – Europarecht jeder Stufe verdrängt nationales Recht jeder Stufe – ist eine Vorlage nach Art. 100 I GG undenkbar, da im Kollisionsfall das deutsche Recht europarechtswidrig und nicht Europarecht grundgesetzwidrig ist. I.R.d. konkreten Normenkontrolle kommt es aber nicht auf die Sicht des EuGH, sondern allein auf die im Folgenden dargestellte Sicht des BVerfG an!

b) Die Ansicht des BVerfG:

Gemäß Art. 23 I S. 1 u. 2 GG ist die Bundesrepublik zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die EU ermächtigt. Mit der EU wurde so ein neuer, weiterer Träger von Hoheitsgewalt geschaffen und der ausschließliche Herrschaftsanspruch der deutschen Staatsgewalt im innerstaatlichen Rechtsraum zurückgenommen. Somit wirkt innerhalb Deutschlands das Recht zweier, voneinander verschiedener Rechtsquellen.

Soweit ein Akt hoheitlicher Gewalt unionsrechtlich determiniert ist, kann er grundsätzlich auch nur am Maßstab des Rechts derselben Rechtsquelle, am Unionsrecht, gemessen werden. Eine Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes findet insoweit also nicht statt.

aa) Fraglich ist aber, ob es sich dabei um einen vollständigen Kontrollverzicht handelt. Die Grenze des Kontrollverzichts könnte bei Art. 79 III GG liegen.<sup>8</sup>

Die sog. **Ewigkeitsklausel** schützt die Kernbestandteile der Verfassungsordnung vor jeglichem Zugriff, auch dem der verfassungsändernden Gewalt. Ein Einbruch in die Identität der geltenden Verfassungsordnung soll auch nicht über den Umweg der „Übertragung von Hoheitsbefugnissen“ stattfinden.

Deshalb stellt Art. 23 I S. 3 GG klar, dass auch ein Vertragsgesetz, das den Rechtsanwendungsbefehl i.R.d. Übertragung von Hoheitsrechten beinhaltet, in Art. 79 III GG seine Grenze findet. Wenn aber schon die EU-Verträge bzw. das entsprechende Zustimmungsgesetz des Deutschen Bundestages als der Rechtsanwendungsbefehl sich an Art. 23 I S. 3 GG messen lassen müssen, dann gilt dies erst recht für das auf Grundlagen im AEU-Vertrag gestützte Sekundärrecht.

Sollte das Sekundärrecht gegen die in Art. 23 I S. 3, 79 III GG enthaltenen Grundsätze verstoßen, kann es daher nicht mehr von einem wirksamen Anwendungsbefehl des deutschen Gesetzgebers gedeckt sein und darf aus diesem Grund im Geltungsbereich des Grundgesetzes auch nicht angewendet werden.

bb) Zu den unabänderlichen, in Art. 1 und 20 GG enthaltenen Verfassungsstrukturen gehören auch die dem Grundrechtsteil zugrundeliegenden Rechtsprinzipien wie eine generelle Grundrechtsverbürgung.

**Anmerkung:** Art. 79 III GG erfasst nicht Art. 1 bis 20 GG, sondern Art. 1 und 20 GG. Keinesfalls ausreichend ist damit ein „einfacher Grundrechtsverstoß“!

Art. 20 GG erfasst auch das Demokratieprinzip. Dieses wäre bspw. bei einer Änderung des Art. 5 I, II EUV (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung) in eine Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft verletzt, zumindest wenn diese Änderung des EUV nicht mit einer deutlichen Stärkung des Parlaments der EU einherginge. Die Europäische Union leidet nach Ansicht des BVerfG auch nach dem Vertrag von Lissabon weiterhin an einem Demokratiedefizit, da das Parlament als einziges unmittelbar demokratisch legitimes Organ der Union zu wenige Rechte hat.

Solange sich dies nicht grundlegend ändert, müssen dem Deutschen Bundestag trotz der europäischen Integration Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben.<sup>9</sup> Eine Kompetenz-Kompetenz der Union wäre damit nicht in Einklang zu bringen. Auch das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren des Art. 48 VI EUV oder die neue Flexibilitätsklausel (Art. 352 AEUV) ändern daran nichts. Die Rechte der deutschen Gesetzgebungsorgane sind im IntVG sowie im EUZBBG und EUZBLG geregelt.

c) Des Weiteren ist aber zu berücksichtigen, dass auch der EuGH die Vereinbarkeit der EU-Verordnung mit den Grundrechten des Unionsrechts prüft.

Zwar kann die Befugnis, Grundrechtsverletzungen zu prüfen, wegen Art. 23 I S. 3, 79 III GG nicht grenzenlos auf die EU übertragen werden. Dennoch kann der deutsche Gesetzgeber in dem von Art. 23 I S. 3 GG vorgegebenen Umfang auch die Prüfungskompetenz des BVerfG auf den EuGH übertragen.

Nach BVerfG führt dies zu einem **Kooperationsverhältnis** zwischen ihm und dem EuGH.

Das BVerfG nimmt seine grundsätzlich gegebene Kompetenz, die Anwendbarkeit sekundären Unionsrechts im Geltungsbereich des Grundgesetzes zu überprüfen, solange nicht mehr wahr, wie der EuGH einen ausreichenden Grundrechtsschutz gewährleistet.

<sup>8</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 286 ff.

<sup>9</sup> BVerfG, NJW 1993, 3047 (Maastricht) = jurisbyhemmer.

**Anmerkung:** Dies bedeutet, dass zwingend zunächst eine Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 I lit. b Alt. 1 AEUV erfolgen muss, bevor das BVerfG i.R.e. konkreten Normenkontrolle mit der Sache befasst werden darf. Im Extremfall würde das BVerfG sogar selbst den EuGH nach Art. 267 AEUV anrufen.<sup>10</sup>

Ein deckungsgleicher Schutz in den einzelnen Grundrechtsbereichen des Grundgesetzes durch das Unionsrecht und die darauf fußende Rechtsprechung des EuGH ist aber nicht erforderlich. Art. 23 I GG ist genügt, wenn die Rechtsprechung des EuGH generell einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der EU gewährleistet, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist und den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt. Eine entsprechende Gewährleistung durch den EuGH sieht das BVerfG zurzeit als gegeben an.<sup>11</sup>

**Anmerkung:** (1) In seiner Solange-I-Entscheidung<sup>12</sup> hat das BVerfG noch festgestellt, dass der Grundrechtsschutz in der EWG generell nicht ausreichend gewährleistet ist. Solange dies so sei, seien schlichte Verfassungsfragen zulässig.

(2) In seiner Solange-II-Entscheidung<sup>13</sup> hat das BVerfG dann festgestellt, dass der Grundrechtsschutz in der EG generell ausreichend gewährleistet ist. Solange dies so sei, seien schlichte Verfassungsfragen unzulässig.

(3) Im Maastricht-Urteil<sup>14</sup> hat es dieser Aufgabenverteilung den Namen „Kooperationsverhältnis“ gegeben.

Diese Entscheidungen ergingen allesamt vor der Einführung des Art. 23 I GG. Das Verhältnis zwischen der Solange-Rspr. und Art. 23 I S. 3 GG ist noch nicht hinreichend geklärt.

Da das BVerfG sich auch weiterhin auf seine Solange-Rspr. beruft, ist wohl beides kumulativ zu prüfen.<sup>15</sup>

In seiner Maastricht-Entscheidung hat das BVerfG auch die Möglichkeit einer Vorlage für den Fall angedeutet, dass sekundäres Unionsrecht die in den Verträgen vorgegebenen Kompetenzen überschreitet und somit vom Rechtsanwendungsbefehl des deutschen Gesetzgebers nicht mehr getragen ist.

Im **Lissabon-Urteil**<sup>16</sup> hat das BVerfG die Thematik erneut aufgegriffen. Es bestätigt seine grundsätzliche Prüfungskompetenz i.R.d. Art. 23 I GG. Dabei unterscheidet es zwischen der sog. **Identitätskontrolle**, zu der auch die Verletzung des deutschen Grundrechtskerns durch Handlungen der EU-Organe gehört, und die sog. **ultra-vires-Kontrolle**, mit dem das BVerfG Grenzdurchbrechungen bei der Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch Unionsorgane prüft (sog. **ausbrechender Rechtsakt**).<sup>17</sup>

In der **Honeywell-Entscheidung**<sup>18</sup> ist das BVerfG wohl nicht zurückgerudert, sondern hat seine bewusst im Lissabon-Urteil gelassene Lücke hinsichtlich der **ultra-vires-Kontrolle** geschlossen. Eine ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kommt danach nur in Betracht, wenn ersichtlich ist, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind. Ersichtlich ist ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, **wenn der Kompetenzverstoß mit anderen Worten hinreichend qualifiziert** ist. Dies bedeutet, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fällt.

Diese Beschränkung auf eine Evidenzkontrolle betrifft nicht nur den Erlass des sekundären Unionsrechts, sondern, da einer Entscheidung über eine ultra-vires-Rüge nach dem Grundsatz der Subsidiarität immer eine Entscheidung des Gerichtshofs vorangehen muss, gerade auch die Überprüfung der Entscheidungen des Gerichtshofs.

Der Gerichtshof hat im Ergebnis aber einen Anspruch auf Fehlertoleranz. Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, bei Auslegungsfragen des Unionsrechts, die bei methodischer Gesetzesauslegung im üblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen zu verschiedenen Ergebnissen führen können, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.01.2014, 2 BvR 2728/13 u.a. = **Life&LAW 04/2014, 288** = jurisbyhemmer.

<sup>11</sup> Zur Vertiefung: Streinz, Europarecht, Rn. 227 ff.

<sup>12</sup> BVerfGE 37, 271 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>13</sup> BVerfGE 73, 339 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>14</sup> BVerfG, NJW 1993, 3047 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>15</sup> BVerfG, NJW 2000, 3124 = BayVBl. 2000, 754 = **Life&LAW 01/2001, 64** (Bananenmarktverordnung) = jurisbyhemmer.

<sup>16</sup> BVerfG, NJW 2009, 2267 ff. = **Life&LAW 09/2009, 618 ff.** = jurisbyhemmer.

<sup>17</sup> BVerfG, NJW 2009, 2267 ff., Tz. 240 = jurisbyhemmer.

<sup>18</sup> BVerfG, Honeywell, NJW 2010, 3422 = **Life&LAW 10/2010, 695 ff.** = jurisbyhemmer.

*Hinzunehmen sind auch Interpretationen der vertraglichen Grundlagen, die sich ohne gewichtige Verschiebung im Kompetenzgefüge auf Einzelfälle beschränken und belastende Wirkungen auf Grundrechte entweder nicht entstehen lassen oder einem innerstaatlichen Ausgleich solcher Belastungen nicht entgegenstehen.*

**Zusammengefasst bedeutet das, dass eine ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht nur in Betracht kommt, wenn ein Kompetenzverstoß der europäischen Organe hinreichend qualifiziert ist. Das setzt voraus, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt. Diese Voraussetzungen bejahet das BVerfG in seinem OMT-Beschluss.<sup>19</sup>**

*Wie allerdings das BVerfG seine Prüfungskompetenz hinsichtlich der **Identitätskontrolle** in Zukunft ausüben wird, ist im Detail derzeit noch nicht absehbar. Es dürfte aber in etwa nach wie vor die vorstehend beschriebene qualifizierte Verfassungsprüfung erforderlich sein. In seinem OMT-Beschluss behandelt das BVerfG die Identitätskontrolle bei Sekundärrecht als Unterfall der ultra-vires-Kontrolle: Sekundärrecht, das Art. 79 III, 1, 20 GG verletzt, muss zwingend ultra vires sein.<sup>20</sup>*

*Insgesamt kann festgehalten werden, dass das Bundesverfassungsgericht nach einer kurzen Zäsur, die durch das Lissabon-Urteil eingeläutet wurde, von seiner europarechtskritischen Haltung wieder weitestgehend abgerückt ist.*

*Zu beachten ist auch, dass eine unmittelbare Kontrolle der ultra-vires-Akte durch das Bundesverfassungsgericht stets europarechtsunfreundlich ist.*

*Für die judizielle Auslegung des Unionsrechts hat jedoch der EuGH gem. Art. 19 I EUV ein Monopol, das sich das Bundesverfassungsgericht nicht einfach so aneignen kann. Dies ist der Grund, weshalb ultra-vires-Akte zuerst dem EuGH vorzulegen sind, der sodann über die Auslegung und Gültigkeit der Maßnahme zu entscheiden hat.*

Unter Berücksichtigung dieses Kooperationsverhältnisses und der Regelung des Art. 23 I GG ist daher eine besonders qualifizierte Verfassungsprüfung erforderlich.

Der durch Art. 79 III GG geschützte Kern des Grundgesetzes, den Art. 23 I S. 3 GG als Schranke der Hoheitsrechtsübertragung auf die EU fest schreibt, wird also nur dann als verletzt angesehen, „wenn sich der EuGH mit seiner Rspr. [...] zum Grundrechtsschutz in der [Union] offensichtlich, schwerwiegend und anhaltend – also nicht nur im Einzelfall – außerhalb der [Unionsrechts]ordnung befände.“<sup>21</sup>

Erst wenn das vorliegende Gericht darlegt, dass der EuGH *grundsätzlich und generell* keinen Grundrechtsschutz mehr gewährleistet, der in Inhalt und Wirksamkeit im Wesentlichen dem Schutz entspricht, der nach dem Grundgesetz geboten ist, ist eine Vorlage zum BVerfG zulässig.<sup>22</sup>

- d) Hier rügt das VG zwar das Fehlen der Gewährleistung eines unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH, indem es feststellt, dass der EuGH die Grundrechte völlig missachte und Grundrechtsschutz ihm generell nichts bedeute. Die bloße Behauptung allein reicht jedoch nicht aus.

Aufgrund der tatsächlichen Rechtsprechung des EuGH zu den Unionsgrundrechten wird es dem VG auch kaum möglich sein, seine Behauptung zu untermauern. Eine einzelne Abweichung von den deutschen Standards reicht jedenfalls nach h.M. nicht aus. Das BVerfG verlangt nur, dass die unabdingbaren Grundrechtsstandards generell gewährleistet sind.<sup>23</sup>

**Anmerkung:** Beachten Sie, dass diese „Solange“-Rspr. nur die Vorlage sekundären, nicht die primären Europarechts betrifft. Hier ist ein Kooperationsverhältnis zwischen EuGH und BVerfG nicht denkbar, da der EuGH überhaupt nicht zuständig ist, primäres EU-Recht auf seine Wirksamkeit hin zu überprüfen.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.01.2014, 2 BvR 2728/13 u.a. = **Life&LAW 04/2014, 288** = jurisbyhemmer.

<sup>20</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.01.2014, 2 BvR 2728/13 u.a. = **Life&LAW 04/2014, 288** = jurisbyhemmer.

<sup>21</sup> So ausdrücklich Limbach, NJW 2001, 2917.

<sup>22</sup> BVerfG, NVwZ 2004, 1346 = jurisbyhemmer.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 73, 339 (387) - Solange II; BVerfG, NJW 2000, 3124 = BayVBl. 2000, 754 = **Life&LAW 01/2001, 64** (Bananenmarktverordnung); BVerfG, DVBl. 2001, 1130 = NJW 2001, 2705 = jurisbyhemmer.

<sup>24</sup> Vgl. Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 691.

Die dargestellten Grundsätze gelten aber entsprechend, wenn ein deutsches Gesetz angegriffen wird, das die Umsetzung einer EU-Richtlinie darstellt, ohne dass der nationale Gesetzgeber über den Inhalt der Richtlinie hinausgegangen wäre,<sup>25</sup> oder für den Fall eines Gesetzes, mit dem der Deutsche Bundestag Vorgaben der EU-Kommission umsetzte.

Allerdings ist die Vorlage eines Gesetzes, das Recht der Europäischen Union umsetzt, nach Art. 100 I S. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht unzulässig, wenn das vorlegende Gericht nicht geklärt hat, ob das von ihm als verfassungswidrig beurteilte Gesetz in Umsetzung eines dem nationalen Gesetzgeber durch das Unionsrecht verbleibenden Gestaltungsspielraums ergangen ist. Das vorlegende Gericht muss hierfür gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren zum Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 I AEUV einleiten, unabhängig davon, ob es ein letztinstanzliches Gericht ist (zusätzliche Prozessvoraussetzung).<sup>26</sup>

#### 4. Ergebnis: Die Vorlage ist unzulässig.

**Anmerkung:** Das BVerfG hat den drohenden Konflikt mit dem EuGH bei der Entscheidung um den Europäischen Haftbefehl geschickt umgangen. Hintergrund ist das Gesetz über den Europäischen Haftbefehl, der auf einen Rahmenbeschluss der Europäischen Union zurückgeht. Ein solcher Rahmenbeschluss ist – vergleichbar einer Richtlinie – für die Mitgliedstaaten verbindlich und von diesen in nationales Recht umzusetzen. Das BVerfG hat eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Haftbefehl auf Grundlage des deutschen Umsetzungsgesetzes zur Entscheidung angenommen und die Vollziehung des Haftbefehls im Wege einer einstweiligen Anordnung ausgesetzt.<sup>27</sup>

In der mündlichen Verhandlung äußerten die Richter deutliche Zweifel an der Vereinbarkeit des Gesetzes mit dem Grundgesetz.

Nach der Solange-Rechtsprechung und dem darin beschworenen Kooperationsverhältnis mit dem EuGH wäre zur Überprüfung des Rahmenbeschlusses aber vorrangig der EuGH zuständig. Nur wenn dieser keinen ausreichenden Grundrechtsschutz mehr gewährt, darf eine Entscheidung des BVerfG ergehen. Das BVerfG hat dann das deutsche Gesetz aus anderen Gründen gekippt.<sup>28</sup>

Die Frage, ob eine Überprüfung von EU-Recht durch das BVerfG in Betracht kommt, ist letztlich eine Machtfrage. Wer hat das letzte Wort? Das BVerfG oder der EuGH? Beide beanspruchen dieses letztlich für sich, ein offener Konflikt wird aber vermieden. Neues Streitpotential bietet dabei die sehr großzügige Anwendung der Grundrechte der Grundrechtecharta durch den EuGH. Gem. Art. 51 I EU-Grundrechtecharta sind die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht an EU-Grundrechte gebunden. Hierfür genügt es nach Ansicht des EuGH, dass Unionsrecht nur (sehr) indirekt betroffen ist.<sup>29</sup> Das BVerfG hat diesen Ansatz umgehend bei nächster Gelegenheit zurückgewiesen bzw. unterstellt, dass der EuGH hinsichtlich der großzügigen Anwendung der Grundrechtecharta missverstanden worden sei.<sup>30</sup> Hier bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Einen vorläufigen Schlusspunkt bildete das Verfahren ESM/EZB im Widerstreit der Kompetenzen zwischen dem BVerfG und dem EuGH, vgl. BVerfG, NJW 2014, 907 = Life&LAW 04/2014, 288 = jurisbyhemmer.

<sup>25</sup> BVerfG, Beschluss vom 04.10.2011, 1 BvL 3/08 = Life&LAW 12/2011, 906; BVerfG, NVwZ 2004, 1346; BVerfG, BayVBl. 2001, 340 = jurisbyhemmer; dazu lehrenswert Tillmanns, BayVBl. 2002, 723.

<sup>26</sup> BVerfG, Beschluss vom 04.10.2011, 1 BvL 3/08 = Life&LAW 12/2011, 906 (hierzu Wendel, EuZW 2012, 213) = jurisbyhemmer.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.11.2004 – 2 BvR 2236/04, Life&LAW 02/2005, 117 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG, Life&LAW 10/2005, 622 = NJW 2005, 2289 = jurisbyhemmer.

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), NVwZ 2013, 561 = Life&LAW 07/2013, 528 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>30</sup> BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 = jurisbyhemmer.

### Abwandlung

#### Verfassungsbeschwerde

Nach früherer Rechtsprechung des BVerfG zählten zu den „Akten öffentlicher Gewalt“ nur die der deutschen Staatsgewalt. Hinsichtlich des ehemaligen Gemeinschaftsrechts hatte das BVerfG in seiner EUROCONTROL-Entscheidung<sup>31</sup> noch darauf abgestellt, dass es mit der Anwendung der VO durch die nationalen Behörden und Gerichte zur Ausübung deutscher Staatsgewalt komme.

Da vorliegend die VO die S ohne dieses Dazwischentreten betrifft, wäre die Beschwerde bereits insoweit unzulässig.

Von dieser Rechtsprechung ist das BVerfG im Maastricht-Urteil abgerückt. Es stellt nur noch darauf ab, dass Hoheitsakte Wirkung im deutschen Rechtsraum entfalten. Auch Unionsrechtsakte sind danach Akte der öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 19 IV GG.

Die VO ist also zulässiger Beschwerdegegenstand.<sup>32</sup>

Als schlichte Grundrechtsrüge ist die Verfassungsbeschwerde allerdings aus den o.g. Gründen unzulässig, da weder die Rüge qualifizierter Verfassungswidrigkeit möglich ist, noch die Voraussetzungen der „Solange“-Rspr. für die Anrufung des BVerfG vorliegen.<sup>33</sup>

**Anmerkung: „Recht auf Vergessen I + II**  
Mit seinen Beschlüssen zum „Recht auf Vergessen“ hat das BVerfG jüngst den Prüfungsmaßstab i.R.e. Verfassungsbeschwerde neu bestimmt.

Derjenige, der sich auf seine Menschen- und Bürgerrechte beruft, kann sich sowohl auf den nationalen Grundrechtskatalog sowie der EMRK als auch auf die GRC berufen. Letztere gelangt bei mitgliedstaatlichem Handeln gemäß Art. 51 I S. 1 GRC allerdings nur dann zur Anwendung, wenn Mitgliedstaaten Unionsrecht „durchführen“, was jedenfalls dann gegeben ist, wenn zwingendes Unionsrecht (bspw. Verordnungen i.S.d. Art. 288 II AEUV) mitgliedstaatlich vollzogen wird.

Wie bereits dargestellt, führt dies dazu, dass nationale Grundrechte grundsätzlich zurücktreten, soweit wie das zwingende Unionsrecht reicht und der europäische Grundrechtsstandard mit dem nationalen Grundrechtsniveau vergleichbar ist, um die einheitliche Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten. Unionsrechtliche Umsetzungsspielräume lassen die Grundrechte des Grundgesetzes weiterhin anwendbar.

In seinem Beschluss „Recht auf Vergessen I“ knüpft das BVerfG an die bereits gefestigte Rechtsprechung an, wonach die Grundrechte des GG innerhalb mitgliedstaatlicher Umsetzungsspielräume anwendbar bleiben. Allerdings hat der EuGH die GRC bisher auch in mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielräumen zur Anwendung gebracht, sodass sich in diesem Bereich beide Grundrechtessphären überlagern müssten. In diesem Zusammenhang stellt das BVerfG nun ausdrücklich fest, dass die nationalen Grundrechte neben die Grundrechte der GRC treten, sofern mitgliedstaatliche Umsetzungsspielräume bestehen.

Hierdurch gelangt man zu einer parallelen Anwendbarkeit von mitgliedstaatlichem Recht und Unionsrecht. Eine parallele Anwendbarkeit der beiden Grundrechtskataloge ist insofern auch möglich, weil man sich nicht im Bereich des zwingenden Unionsrechts befindet und dadurch die einheitliche Anwendung des Unionsrechts nicht bedroht ist. Gelangen innerhalb mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume beide Grundrechtskataloge parallel zur Anwendung, richtet sich der Grundrechtsschutz grundsätzlich nach dem jeweils höheren Schutzniveau (vgl. Art. 53 GRC).

Hierfür stellt das BVerfG nun erstmals die im Einzelfall widerlegliche Vermutung auf, „dass durch eine Prüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Europäischen Gerichtshof ausgelegt wird, in der Regel mitgewährleistet ist.“<sup>34</sup> Aufgrund dieser Vermutung genießen die Grundrechte des Grundgesetzes innerhalb des Überlagerungsbereiches also einen grundsätzlichen Prüfungsvorrang, auch wenn das BVerfG die Intention äußert, die Grundrechte des Grundgesetzes im Lichte der GRC auszulegen.

<sup>31</sup> BVerfGE 58, 1 (27) = jurisbyhemmer.

<sup>32</sup> Nicht unstrittig; eine Entscheidung des BVerfG liegt jedenfalls noch nicht vor, vgl. auch Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 303.

<sup>33</sup> BVerfG, NVwZ 2004, 1346 = jurisbyhemmer.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 = jurisbyhemmer.

Mit seinem Beschluss zum „Recht auf Vergessen II“<sup>35</sup> geht das BVerfG noch einen Schritt weiter und gibt zu erkennen, dass es ab sofort die Grundrechte der GRC künftig selbst anwendet und somit unmittelbar als Prüfungsmaßstab im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde heranzieht. Begründet wird dies damit, dass die GRC das Funktionsäquivalent zu den nationalen Grundrechten sei, weshalb das BVerfG damit seiner Aufgabe zur Gewährung eines wirksamen Grundrechtsschutzes nachkomme, denn auf Unionsebene stehe diesbezüglich bislang kein effektiver Rechtsschutz zur Verfügung.

**Folgen der Rechtsprechungsänderung:**

Die Rechtssprechungsänderung hat zur Folge, dass i.R.d. Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG durch die Entscheidung „Recht auf Vergessen II“ im Falle einer Urteilsverfassungsbeschwerde für die Geltendmachung der Verletzung grundrechtlicher bzw. grundrechtsähnlicher Rechte nun auch eine Berufung auf die Grundrechte der GRC offensteht, sofern diese anwendbar sind (vgl. Art. 51 I GRC). Hierdurch hat sich die Rechtsschutzmöglichkeit des Bürgers schlagartig erweitert.

Auch das BVerfG hat sich, gerade durch die Rechtsprechungsänderung „Recht auf Vergessen II“, wieder einen Platz im europäischen Grundrechteverbund zurückerobert. Durch den vermehrten Erlass zwingenden, vollharmonisierenden Sekundärrechts schwindet der Anwendungsbereich des GG sowie der Zuständigkeitsbereich des BVerfG. Treten nun aufgrund zunehmenden Sekundärrechts die Grundrechte der Charta an die Stelle der nationalen Grundrechte, bleibt das BVerfG trotz unanwendbaren GG für die Anwendung der Grundrechte der Charta zuständig. Allerdings wird das BVerfG künftig grundsätzlich dazu verpflichtet sein, dem EuGH etwaige Auslegungsfragen im Wege der Vorabentscheidung vorzulegen. Überlagern sich hingegen beide Grundrechtssphären, hat das BVerfG durch die von ihm postulierte Vermutung für den Prüfungsvorrang der Grundrechte des Grundgesetzes sogar seine Auslegungskompetenz bewahrt („Recht auf Vergessen I“).

**Arbeitshinweise:**

Bearbeiten Sie **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 285 ff.** zu den Problemkreisen europäisches Recht und deutsches Verfassungsrecht. Lesenswert hierzu ist auch der Aufsatz von Limbach in NJW 2001, 2913; vgl. zudem als äußerst empfehlenswerte Lektüre auch Bergmann, EuGRZ 2004, 620; Böhm, JA 2008, 838; Classen, JZ 2000, 1157; Lecheler, JuS 2001, 120; Frenz/Kühl, Jura 2009, 401.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 = jurisbyhemmer.

## Lösung Fall 3

### ÜBERSICHT

#### Grundfall: Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung

#### A. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO

Vollzug von unmittelbar anwendbarem Europarecht durch deutsche Behörde ist Ausübung deutscher Hoheitsgewalt ⇒ Verwaltungsrechtsweg (+)

#### B. Zulässigkeit

##### I. Statthafte Verfahrensart

§ 80 V VwGO (+), vgl. § 123 V VwGO

Entgegenstehen von Art. 4 III EUV (Effizienzgebot), da VA in Vollzug von EU-VO ergangen?

(-), effektiver Rechtsschutz ungeschriebener Grundsatz auch des Europarechts, auch EU kennt einstweiligen Rechtsschutz, vgl. Art. 279 AEUV

##### II. Antragsbefugnis

Analog § 42 II VwGO Verletzung der Unionsgrundrechte Eigentums- bzw. Berufsfreiheit möglich

##### III. Rechtsschutzbedürfnis

(+), da Anfechtungsklage erhoben, vorheriger Antrag an Behörde nicht erforderlich

**Zwischenergebnis:** Antrag zulässig

#### C. Begründetheit

Richtiger Antragsgegner, formelle Rechtmäßigkeit des Sofortvollzugs, Interessenabwägung des VG

##### I. Richtiger Antragsgegner, § 78 I Nr. 1 VwGO analog ⇒ Land BaWü

##### II. Formelle Rechtmäßigkeit (+)

##### III. Interessenabwägung: Einheitlichkeit der Anwendung des Unionsrechts verlangt unionsweit einheitliche Voraussetzungen

Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nur, wenn

##### 1. erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Handlung der EU bestehen (Notwendigkeit der Anordnung)

*[hier: erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Verordnung aufgrund eines Verstoßes gegen Grundrechte auf Unionsebene],*

##### 2. die Entscheidung dringlich ist (Dringlichkeit der Anordnung)

*[hier: Insolvenz bedroht Existenz, damit schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden (+)]*

und

##### 3. die Unionsinteressen angemessen berücksichtigt werden (Gebotenheit der Anordnung) ⇒ Art. 4 III EUV ⇒ VO darf nicht jede Wirksamkeit verlieren

*[hier: Wirksamkeit der Verordnung durch Aussetzung lediglich verzögert]*

**Ergebnis:** VG stellt aufschiebende Wirkung wieder her, aber Verwerfungsmonopol für Unionsrecht beim EuGH ⇒ Vorlage gem. Art. 267 AEUV erforderlich

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 3 - Lösung - Seite 2

**Das VG wird dem Antrag stattgeben, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist und er zulässig und soweit er begründet ist.**

### A. Verwaltungsrechtswegeröffnung

In der Hauptsache müsste der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet sein. Hier handelt es sich um eine (deutsche) öffentlich-rechtliche Streitigkeit, weil Streitgegenstand ein Verwaltungsakt (VA) einer deutschen Behörde ist. Daran ändert nichts, dass die Behörde hier EU-Recht vollzieht, welches mithin streitentscheidend ist, da dieses in der Bundesrepublik unmittelbare Geltung beansprucht und es sich daher um die Ausübung deutscher Hoheitsgewalt handelt.

**Anmerkung:** *Europarecht wird grundsätzlich durch die Mitgliedstaaten vollzogen, sog. unmittelbarer mitgliedstaatlicher Vollzug.<sup>1</sup> Dies muss so effizient wie möglich sein und darf auf keinen Fall schlechter als beim Vollzug nationalen Rechts geschehen, Art. 4 III EUV.<sup>2</sup>*

Ein Rechtsweg zum EuGH ist hier gerade nicht eröffnet, da dieser gem. Art. 19 EUV nur über die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge zu entscheiden hat. Gerade darum geht es hier aber nicht.

Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

### B. Zulässigkeit

#### I. Statthafte Verfahrensart

S begehrt eine Entscheidung im Wege eines Eilverfahrens. Das zur Erlangung von Eilrechtsschutz statthafte Verfahren ist gemäß § 123 V VwGO zu bestimmen.

Da der Bescheid ein die S belastender VA ist, gegen den eine Klage wegen der Anordnung des sofortigen Vollzugs keine aufschiebende Wirkung hat (vgl. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO) und der in der Hauptsache mit einer Anfechtungsklage anzugreifen wäre, ist grundsätzlich das Verfahren zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft.

Fraglich ist allerdings, ob ein nationales Gericht in Fällen, in denen der nationale VA unmittelbar auf einer EU-Verordnung beruht, überhaupt befugt ist, eine derartige Anordnung zu erlassen.

Art. 288 AEUV bzw. das in Art. 4 III EUV enthaltene Effizienzgebot könnten diese Befugnis ausschließen, denn bei Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung fände der Vollzug vorübergehend nicht statt.

In den Fällen, in denen die verwaltungsmäßige Durchführung von EU-Verordnungen nationalen Stellen obliegt, umfasst aber der unionsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz das Recht der Bürger, die Rechtmäßigkeit dieser Normen vor Gericht inzident zu bestreiten und dieses zur Vorlage der Sache an den EuGH zu veranlassen.

Dieses Recht wäre gefährdet, wenn der Bürger, solange es an einem Urteil des EuGH fehlt, trotz des Vorliegens bestimmter Voraussetzungen nicht in der Lage wäre, einstweiligen Rechtsschutz zu erlangen.<sup>3</sup>

Des Weiteren ist das Gebot effektiven Rechtsschutzes ein ungeschriebener Grundsatz des Unionsrechts. Zudem gibt Art. 279 AEUV innerhalb des unionsrechtlichen Rechtsschutzes dem EuGH das Recht, im Rahmen einer Nichtigkeitsklage einstweilige Anordnungen zu erlassen. Die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ist dem Unionsrecht daher nicht fremd. Ein Antrag nach § 80 V VwGO ist daher nicht generell unstatthaft.

Statthafte Verfahrensart ist daher das Verfahren gem. § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO.<sup>4</sup>

#### II. Antragsbefugnis

Die S müsste analog § 42 II VwGO antragsbefugt sein. Im Hinblick auf die Akzessorietät des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens zum Hauptverfahren ist S nur antragsbefugt, wenn sie im Hauptverfahren klagebefugt ist.

Die S behauptet, in ihren Grundrechten auf Schutz des Eigentums sowie auf Berufsfreiheit verletzt zu sein. Die S beruft sich dabei auf Art. 12 und 14 GG.

Prüfungsmaßstab einer EU-Verordnung sind grundsätzlich aber ausschließlich Unionsgrundrechte. Nationalen Grundrechten geht dagegen jedes Unionsrecht grundsätzlich vor.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 256 ff.

<sup>2</sup> Ausführlich zu diesen beiden Elementen des Art. 4 III EUV Fall 4.

<sup>3</sup> Vgl. EuGH, NJW 1996, 1334 Tz. 20 f. = jurisbyhemmer.

<sup>4</sup> NVwZ 1991, 460; vgl. auch Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 367 ff.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Fall 1 und 2.

Da aber zu den auch auf Unionsebene zu beachtenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen, denen jede Rechtsordnung verpflichtet ist, auch die Grundrechte gehören, hat der EuGH schon früh auf europäischer Ebene im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auf der Grundlage der gemeinsamen verfassungsrechtlichen Überlieferungen der Mitgliedstaaten und der internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte (vor allem der EMRK) eigene Unionsgrundrechte entwickelt, vgl. nun Art. 6 III EUV.<sup>6</sup>

Seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon gibt es auch einen geschriebenen und verbindlichen Grundrechtskatalog in Form der Europäischen Grundrechtecharta. Der Vertrag von Lissabon erklärte die Grundrechtecharta sodann auch mit einem Verweis, der in Art. 6 I EUV eingefügt wurde, zum verbindlichen Primärrecht. Ein Beitritt der EU gem. Art. 6 II EUV zur europäischen Menschenrechtskonvention ist bislang nicht erfolgt.

**Anmerkung:** Zwar wurde bereits am 07.12.2000 in Nizza die (recht ausführliche) Grundrechtecharta der Europäischen Union verabschiedet.<sup>8</sup> Diese Charta war damals aber noch unverbindlich. Mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon ist die GRC in der Fassung vom 12.12.2007 nun verbindliches geschriebenes Primärrecht, vgl. Art. 6 I EUV.

Die Grundrechte der Grundrechtecharta umfassen unter anderem auch die Eigentums- (Art. 17 GrCh) und die Berufsfreiheit (Art. 15 GrCh).<sup>9</sup>

Da S Adressatin eines VA ist, der sie in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt, ist eine Verletzung dieser Unionsgrundrechte möglich.

**Anmerkung:** Verdeutlichen Sie sich also nochmals die Normenhierarchie aus Sicht des EuGH:

- Primäres Unionsrecht (EUV, AEUV, EAV, EGC, Allgemeine Rechtsgrundsätze inkl. Unionsgrundrechte, sonst. Unionsgewohnheitsrecht)
- Völkerrechtliche Verträge der EU
- Sekundäres Unionsrecht (vgl. Art. 288 AEUV)

• Verfassungsrecht des Mitgliedstaates  
• Einfaches Recht des Mitgliedstaates  
Aus Sicht des BVerfG wären an erster Stelle das in Art. 23 I S. 3, 79 III, 1 und 20 GG genannte Verfassungsrecht aufzuführen.

### III. Rechtsschutzbedürfnis

1. Die Einreichung eines Antrags nach § 80 V VwGO ist schon vor Einreichung der Anfechtungsklage möglich, § 80 V S. 2 VwGO. Die Erhebung der Klage muss aber noch fristgerecht möglich sein.<sup>10</sup> T hat bereits fristgerecht Klage erhoben, sodass dies hier irrelevant ist.
2. Für das Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses ist es **nicht** erforderlich, dass die S zunächst einen Antrag an die Behörde gemäß § 80 IV VwGO stellt. Dieser Antrag stellt keinen günstigeren, besseren und schnelleren Weg dar, der zur Erreichung von gleich effektivem Rechtsschutz führt.

Vielmehr trifft das Gericht im Rahmen des Eilverfahrens nach § 80 V VwGO eine eigene, **originäre** Entscheidung und prüft nicht eine Verwaltungsentscheidung nach.<sup>11</sup> Das ergibt sich im Umkehrschluss auch aus § 80 VI VwGO, der nur für den Fall des § 80 II Nr. 1 VwGO einen vorherigen Behördenantrag fordert.

**Zwischenergebnis:** Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig.

### C. Begründetheit

Ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsklage ist gemäß § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO begründet, wenn der Antrag sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet, die Vollzugsanordnung formell rechtswidrig ist oder im Wege einer eigenen Interessenabwägung des Gerichts das Aussetzungs- das Vollzugsinteresse überwiegt.

**Anmerkung:** Zeigen Sie schon im Obersatz, dass Sie den Aufbau des § 80 V VwGO beherrschen. Vergessen Sie keinesfalls die formelle Rechtmäßigkeit der Vollzugsanordnung in den Fällen des § 80 II S. 2 Nr. 4 VwGO (z.B. § 80 III VwGO). Nach ganz h.M.<sup>12</sup> wird anschließend

<sup>6</sup> Vgl. hierzu auch die Rechtssache Stauder, EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419, 424 = **juris**byhemmer. Mit dieser Entscheidung wurde begonnen, den Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene zu entwickeln.

<sup>8</sup> Sartorius I, Nr. 1002.

<sup>9</sup> Näher zu den einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungen auf Unionsebene **Hemmer/Wüst, Europarecht**,

**Rn. 104** sowie bzgl. der EMRK: Streinz, Europarecht, Rn. 771 ff.

<sup>10</sup> Vgl. zum Meinungsstand Kopp/Schenke, § 80 VwGO, Rn. 139 sowie **Fall 12 Hauptkurs VerwR AT**.

<sup>11</sup> Kopp/Schenke, § 80 VwGO, Rn. 138.

<sup>12</sup> A.A. soweit ersichtlich Kopp/Schenke, § 80 VwGO, Rn. 146.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 3 - Lösung - Seite 4

*nicht die materielle Rechtmäßigkeit der behördlichen Vollzugsanordnung überprüft. Vielmehr führt das Gericht eine eigene Interessenabwägung durch. Das ist übrigens keine europarechtliche Besonderheit.*

### I. Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO analog

Der Antrag ist gegen das Land Baden-Württemberg als Rechtsträger der Ausgangsbehörde zu richten, § 78 I Nr. 1 VwGO analog.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit der Sofortvollzugsanordnung und Interessenabwägung

In formeller Hinsicht war die Vollzugsanordnung rechtmäßig.

### III. Interessenabwägung

Damit hängen die Erfolgsaussichten des Eilantrages davon ab, ob im Rahmen einer eigenen Interessenabwägung des Gerichts das Aussetzungsinteresse des Bürgers schwerer wiegt als das Vollzugsinteresse der Behörde.

Hierbei ist „normalerweise“ auf die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage in der Hauptsache abzustellen,<sup>13</sup> da es an einem rechtswidrigen Verwaltungsakt kein überwiegendes Vollzugsinteresse geben kann.

Fraglich ist jedoch, ob diese Voraussetzungen auch auf einen VA anwendbar sind, der eine EU-Verordnung vollzieht.

Würde nämlich jedes nationale Gericht in der EU seine eigenen Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes anwenden, dann würde die VO in einem Mitgliedstaat mit strengen Voraussetzungen vollzogen, während in einem anderen Mitgliedstaat die Vollziehung wegen der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nicht erfolgen würde. Dadurch wären die Marktteilnehmer im zweiten Mitgliedstaat ihren Konkurrenten gegenüber im Vorteil. Sie könnten weiter Elektronikschrott importieren und sich so einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Der Binnenmarkt würde so erheblich gestört.

Erforderlich ist daher, dass die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegenüber dem Vollzug von EU-Verordnungen einheitlich erfolgt. Um daher die **Einheitlichkeit der Anwendung des Unionsrechts auch hinsichtlich des einstweiligen Rechtsschutzes** zu wahren, müssen auch die Voraussetzungen unionsweit einheitlich sein. Anderenfalls wären

die Ziele des Binnenmarktes und der für dessen Funktionieren unentbehrlichen gemeinsamen Rechtsordnung nicht zu erreichen.<sup>14</sup>

**Anmerkung:** *Der Erlass von Vorschriften sekundären Unionsrechts ist der eigentlich effektivste Weg zur Rechtseinheit. Diese Effektivität würde aber in großem Maße verloren gehen, wenn die Umsetzung und der Vollzug des sekundären Unionsrechts in jedem Mitgliedstaat unterschiedlich erfolgen würden. Aus diesem Grund müssen auch hier einheitliche Vorgaben geschaffen werden.*

Der EuGH stellt als Maßstab diejenigen Voraussetzungen auf, die er für seinen eigenen einstweiligen Rechtsschutz nach Art. 278 S. 2, 279 AEUV verwendet.

**Das nationale Gericht darf den Vollzug eines auf Unionsrecht beruhenden VA daher nur aussetzen,**

- wenn erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Handlung der Union bestehen (Notwendigkeit der Anordnung),
- wenn die Entscheidung dringlich ist (Dringlichkeit der Anordnung) und
- wenn die Unionsinteressen angemessen berücksichtigt werden (Gebotenheit der Anordnung).<sup>15</sup>

*Dabei ist der Prüfungsmaßstab insoweit eingeschränkt, als der EuGH oder das Gericht bereits über die Rechtmäßigkeit der Handlung der EU-Organe entschieden haben oder gleichartige Anordnungen zum einstweiligen Rechtsschutz getroffen haben.*

*Sollte bereits eine entsprechende Entscheidung existieren, die im gegenteiligen Sinne wie die vom nationalen Gericht vertretene Auffassung lautet, wäre dieses gezwungen, dem zu folgen und gegebenenfalls von einer Aussetzung der Vollziehung abzusehen.<sup>16</sup>*

<sup>13</sup> St. Rspr. und h.M.; vgl. etwa: BayVGH, BayVBl. 1987, 535 = jurisbyhemmer; Kopp/Schenke, § 80 VwGO, Rn. 158; vgl. auch **Fall 12 Hauptkurs AVR**.

<sup>14</sup> Vgl. zu allem auch Huber, „Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes“, BayVBl. 2001, 577.

<sup>15</sup> Vgl. auch BayVGH, BayVBl. 2005, 280 = jurisbyhemmer.

<sup>16</sup> Diese Grundsätze sind grundsätzlich mit Art. 19 IV GG vereinbar; BVerfG, NVwZ 2004, 1346 = jurisbyhemmer.

### 1. Notwendigkeit der Anordnung

Die Anordnung ist nur notwendig, wenn das Gericht erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Norm des Unionsrechts – hier in Form der EU-Verordnung – hat. Diese bestehen nur, **wenn bei summarischer Prüfung ein Verstoß gegen höherrangiges Unionsrecht** festgestellt wird. Die Verordnung könnte gegen Unionsgrundrechte, insbesondere die Eigentums- und die Berufsfreiheit, verstoßen.

Neben der **GRC** als **geschriebenes Primärrecht** (Art. 6 I EUV) sind Grundrechte wie bisher auch als **allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts** verbürgt, vgl. Art. 6 III EUV. Als solche allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten in der Union die Grundrechte, die den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Ihr konkreter Inhalt wird durch wertende Rechtsvergleichung zwischen den nationalen Rechtsordnungen ermittelt. Zudem finden solche Grundrechte Berücksichtigung, die in internationalen Verträgen verankert sind, welche von allen Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden (z.B. EMRK).

**Hinweis:** Art. 6 II EUV sieht den Beitritt der EU zur EMRK vor. Hiermit wird endlich die Kompetenz zum Beitritt geschaffen, die der EuGH 1994 noch abgelehnt hatte. Mit Art. 6 III EUV wird die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu geschriebenem Primärrecht; nach Art. 6 II hat die EU die Möglichkeit, der EMRK beizutreten.

18.12.2014: In einem Gutachten hat der Gerichtshof einen Übereinkommensentwurf als nicht mit Art. 6 II EUV vereinbar gesehen. Somit ist derzeit das Beitrittsverfahren im Stillstand.

Bei der EMRK mussten ebenfalls die Voraussetzungen für einen Beitritt geschaffen werden, da nach Art. 59 I EMRK nur Mitglieder des Europarats die EMRK unterzeichnen können und die Mitgliedschaft im Europarat nur Staaten vorbehalten ist (Art. 4 Satzung des Europarats). Die EMRK wurde daraufhin geändert. Art. 59 II EMRK sieht nun die Beitrittsmöglichkeit für die EU vor.

Nach dem (bisher noch nicht erfolgten) Beitritt kann die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag der EU auch direkt angewendet werden (hierzu ausführlicher Fall 7).

Die **Schranken** des Grundrechtsschutzes liegen im Allgemeinwohl der Union.

Die **Schranken-Schranken** liegen in der Wesensgehaltsgarantie sowie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Da das Unionsrecht den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie die freie wirtschaftliche Betätigung schützt, in die hier durch die Verordnung unverhältnismäßig stark eingegriffen wird, bestehen erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Verordnung.

### 2. Dringlichkeit der Anordnung

Eine Dringlichkeit der Entscheidung besteht nur, wenn sie vor der Entscheidung in der Hauptsache verfügt werden muss, damit der Antragsteller keinen **schweren und nicht wieder gutzumachenden Schaden** erleidet. Dringlichkeit bedeutet dabei, dass der Schaden eintreten kann, bevor der EuGH über die Vorlagefrage entscheidet. Zu beachten ist, dass ein reiner Geldschaden nach st. Rspr. grundsätzlich nicht ausreicht (da dieser in Geld reparabel ist). Da hier die S durch den Bescheid droht, insolvent zu gehen, also in ihrer Existenz bedroht ist, ist die Entscheidung dringend.

**Anmerkung:** Die durch eine Insolvenz oder sogar eine drohende Insolvenz zu befürchtende Rufschädigung ist nicht mit Geld rückgängig zu machen.

### 3. Gebotenheit der Anordnung

Die Anordnung muss auch unter angemessener Berücksichtigung betroffener Unionsinteressen noch geboten sein. Dies erfordert

- sicherzustellen, dass der Verordnung nicht praktisch jede Wirksamkeit genommen wird, sowie
- die Union vor finanziellen Risiken zu bewahren.

Hier wird die Wirksamkeit der Verordnung durch die Aussetzung lediglich verzögert, keinesfalls völlig beseitigt. Auch finanzielle Risiken sind nicht erkennbar. Sie könnten im Übrigen durch Anordnung von Sicherheitsleistungen (Kautions- oder Hinterlegung) abgewendet werden.

**Ergebnis:** Das VG stellt die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage durch Beschluss wieder her.

Damit setzt sich das VG aber über Unionsrecht hinweg, da es die für ungültig gehaltene Verordnung nicht anwenden will. Das **Verwerfungsmonopol** für Unionsrecht liegt jedoch beim EuGH. Der EuGH begründet dies mit dem in den Verträgen angelegten Rechtsschutzsystem (Art. 19 EUV, 263, 277 AEUV), nach welchem die Entscheidung über die Gültigkeit von Unionsrechtsakten ausschließlich dem EuGH bzw. Gericht übertragen ist.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 3 - Lösung - Seite 6

Es entspricht der ständigen - im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten - Rechtsprechung des EuGH, dass über die in Art. 267 III AEUV genannten Fälle hinaus ein mitgliedstaatliches Gericht immer dann zur Vorlage verpflichtet ist - und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein letztinstanzliches Gericht handelt -, wenn es von der Ungültigkeit eines Unionsrechtsaktes ausgehen will (sog. Foto-Frost-Rechtsprechung<sup>17</sup>).

Das VG wird daher die aufgeworfene Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen. Zugleich wird die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bis zur endgültigen Entscheidung durch den EuGH befristet.

**Anmerkung:** Im Unterschied zum normalen Klageverfahren darf das nationale Gericht, welches sich über EU-Recht hinwegsetzen will, im Eilverfahren ausnahmsweise sogleich (allerdings nur vorläufig, d.h. bis der EuGH über die Vorlage entschieden hat) selbst Rechtsschutz gewähren und muss erst dann dem EuGH vorlegen.

Im normalen Klageverfahren müsste das nationale Gericht hingegen immer zuerst dem EuGH vorlegen und bis zu dessen Entscheidung über die Vorlage das Verfahren aussetzen.<sup>18</sup>

**Hinweis:** Die obigen Voraussetzungen für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gelten auch für das Verfahren nach § 123 I VwGO. Beachten Sie aber, dass das nur gilt, wenn es inzident um die Frage der Nichtigkeit einer EU-Verordnung geht. Nur dann macht der erste Prüfungspunkt Sinn.

**Vertiefungshinweis:** Manche Verordnungen sehen die Möglichkeit vor, bei der Kommission z.B. die Gewährung eines Zusatzkontingents (um bei dem Elektroschrott zu bleiben) in Härtefällen zu beantragen. In solchen Fällen findet kein Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten statt. Der AEUV sieht nämlich keine Möglichkeit für ein nationales Gericht vor, den Gerichtshof im Wege der Vorlage zu ersuchen, durch Vorabentscheidung die Untätigkeit eines Organs festzustellen.<sup>19</sup> Auch kann das nationale Gericht nicht die Kommission zu einem Verhalten veranlassen. Daher fehlt den nationalen Gerichten nach dieser Wertung des AEUV jede Möglichkeit, direkt auf das Handeln der Organe der EU Einfluss zu nehmen.

Eine Befugnis zum Erlass vorläufiger Maßnahmen, bis das Organ tätig geworden ist, kann nicht festgestellt werden.

*Vielmehr fällt die Kontrolle der Untätigkeit der EU-Organe in die ausschließliche Zuständigkeit des EuGH bzw. des Gerichts.*

*Diese können aber nur auf Antrag tätig werden, d.h. ein Mitgliedstaat müsste sich an die Kommission wenden, damit diese im Verwaltungsausschussverfahren Maßnahmen zur Linderung des Härtefalles erlässt.*

*Der von einem Härtefall Betroffene kann sich selbst entweder an seinen Mitgliedstaat wenden und um Tätigwerden ersuchen, er kann sich aber auch direkt an die Kommission wenden und besondere Maßnahmen beantragen.*

*Bleibt dieses Organ dann immer noch untätig, kommt die Erhebung einer Untätigkeitsklage nach Art. 265 AEUV in Frage. Diese ist vom Betroffenen selbst zu erheben. Er wäre Begünstigter eines Beschlusses nach Art. 288 IV AEUV und kann diesen deshalb einklagen.*

*Selbst wenn das Ergebnis eines Tätigwerdens der Kommission lediglich eine generelle Änderung der Kontingente sein kann, so bestünde eine Klagemöglichkeit des Einzelnen gem. Art. 265 III AEUV i.V.m. Art. 263 IV AEUV, da er dann zwar nicht Adressat des Beschlusses wäre, dieser ihn aber doch unmittelbar und individuell betrifft.*

*Gerade innerhalb eines derartigen Verfahrens kann dann aber der Betroffene vor der europäischen Gerichtsbarkeit selbst den Erlass einstweiliger Anordnungen gem. Art. 278, 279 AEUV beantragen. Die nationalen Gerichte sind nicht befugt, dieser eigenständigen Möglichkeit des EuGH vorzugreifen.*

*Danach ist die Rechtsschutzgewährung durch ein deutsches Gericht nicht möglich, der Antragsteller müsste sich sofort an die europäische Gerichtsbarkeit wenden. Ein Antrag zum VG wäre unzulässig.*

### Arbeitshinweise:

Bearbeiten Sie **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 366 ff.** (Einwirkungen des Europarechts auf den mitgliedstaatlichen Vollzug), **Rn. 703 ff.** (Nichtanwendung von EU-Recht im Eilrechtsschutz), **Rn. 285 ff.** (Europäisches Recht und deutsches Verfassungsrecht) sowie **Rn. 597 ff.** (Nichtigkeitsklage).

<sup>17</sup> EuGH, Foto-Frost, Slg. 1987, 4199 = jurisbyhemmer.

<sup>18</sup> Vgl. zur Problematik **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 702 ff.**

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, EuZW 1997, 61; Tz. 53 = jurisbyhemmer.

## Lösung Fall 4

### ÜBERSICHT

#### Frage 1: Zulässigkeit des Vorgehens gegen den Beschluss der Kommission

Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 IV AEUV

#### A) Zulässigkeit einer Klage der Alu-AG

##### I. Zuständigkeit

Gem. Art. 256 AEUV ist das Gericht zuständig

##### II. Beteiligtenfähigkeit

Alu-AG als juristische Person gem. Art. 263 IV AEUV aktiv beteiligtenfähig

Kommission passiv beteiligtenfähig gem. Art. 263 I AEUV

##### III. Tauglicher Prüfungsgegenstand

Gem. Art. 263 I AEUV „Handlungen“ der Organe

⇒ Beschluss der Kommission (+)

##### IV. Klagebefugnis

Gem. Art. 263 IV AEUV bei natürlichen oder juristischen Personen erforderlich

hier: Adressatenstellung (-), aber bei Bezeichnung in Kommissionsbeschluss unmittelbare und individuelle Betroffenheit (+)

[selbst wenn keine Bezeichnung in Kommissionsbeschluss: Klagebefugnis (+), da Mitgliedstaat kein Entscheidungsspielraum bzgl. Subventionsrückforderung verbleibt (unmittelbare Betroffenheit) und Individualisierung durch konkrete Rückforderungsaufforderung]

##### V. Klagefrist

zwei Monate gem. Art. 263 V AEUV

##### VI. Geltendmachung der Gründe

⇒ Art. 263 II AEUV

**Ergebnis:** Klage wäre zulässig gewesen

#### Frage 2: Klage gegen den Aufhebungsbescheid

#### A) Verwaltungsrechtswegeröffnung

Streitgegenstand Bescheid einer Landesbehörde

#### B) Zulässigkeit der Klage

##### I. Richtige Klageart: Anfechtungsklage

##### II. Klagebefugnis: möglicherweise in Art. 2 I, 19 III GG verletzt

##### III. Vorverfahren gem. § 68 I S. 2 Nr. 1 VwGO nicht erforderlich

##### IV. Monatsfrist des § 74 I VwGO (+)

#### C) Begründetheit der Klage

§§ 78 I Nr. 1, 113 I S. 1 VwGO

##### I. Rechtsgrundlage

§ 48 I LVwVfG; gewährte Subvention rechtswidrig aufgrund bindender Feststellung der Unvereinbarkeit der Beihilfe mit Unionsrecht durch die Kommission

##### II. Formelle Rechtmäßigkeit (+)

##### III. Materielle Rechtmäßigkeit

##### 1. § 48 II S. 1 LVwVfG, schutzwürdiges Vertrauen?

##### a) § 48 II S. 3 Nr. 3 LVwVfG wohl (-)

##### b) Verbrauch der Mittel i.S.d. S. 2 (+); aber nur Regelwirkung

hier: gesteigertes öffentliches Rücknahmeinteresse, Art. 4 III EUV ⇒ Art. 107, 108 AEUV laufen bei Anwendung der Regelvermutung leer

##### c) Abwägung nach S. 1 ⇒ gesteigertes Rücknahmeinteresse des Staates und Begünstigter nicht schutzwürdig, da keine Erkundigungen gemacht

⇒ Vertrauensschutz überwiegt Rücknahmeinteresse nur bei Vorliegen besonderer Umstände

⇒ Aufdrängen der Subvention ausreichend ?

wohl (-), Art. 4 III EUV

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 4 - Lösung - Seite 2

2. § 48 I LVwVfG, Ermessen:
- a) Art. 4 III EUV  
⇒ grds. kein Rücknahmeermessen
  - b) Problem: Ermessensfehler, wenn anschließend keine Rückforderung möglich:  
§ 49a II LVwVfG ⇒ Entreicherung? ⇒ (-)  
⇒ schon zivilrechtlich keine Entreicherung  
⇒ Art. 4 III EUV ⇒ weite Auslegung des § 49a II S. 2 LVwVfG: auch ohne Vorliegen von grober Fahrlässigkeit keine Berufung auf Entreicherung
3. § 48 IV S. 1 LVwVfG: Jahresfrist nicht eingehalten, aber überlagert durch  
⇒ Art. 4 III EUV  
(Äquivalenzgebot / Effektivitätsgrundsatz)
- a) Äquivalenzgebot nicht verletzt
  - b) Effektivitätsgrds: kein Leerlaufen der Art. 107 f. AEUV  
§ 48 IV LVwVfG dient der Rechtssicherheit ⇒ ist auch Grds. des Unionsrechts ⇒ Kenntnis und damit Rechtssicherheit spätestens 2016 nach Kommissionsbeschluss ⇒ Vertrauenselement (-)
- IV. **Rücknahme** von § 48 LVwVfG gedeckt; Klage unbegründet

### LÖSUNG

#### Frage 1: Zulässigkeit des Vorgehens gegen den Beschluss der Kommission

Individuelle Rechtsbehelfe gegen Beschlüsse der Kommission stellen nach den Regelungen des AEUV die Ausnahme dar, sie sind lediglich in Art. 263 IV AEUV vorgesehen.<sup>1</sup> Fraglich ist deshalb, ob ein derartiges Vorgehen Erfolg versprechend gewesen wäre.<sup>2</sup>

#### A) Zulässigkeit einer Klage der Alu-AG

##### I. Zuständigkeit

Für das Verfahren nach Art. 263 IV AEUV ist nicht die Zuständigkeit des EuGH eröffnet. Gem. Art. 256 I S. 1 AEUV entscheidet das „Gericht“ über die Klage der Alu-AG. Zweitinstanzlich ist gem. Art. 256 I S. 3 AEUV stets der EuGH zuständig.

**Anmerkung:** Nach Art. 256 I AEUV entscheidet das Gericht grds. über alle Nichtigkeitsklagen nach Art. 263 AEUV, soweit diese Klagen nicht „gemäß der Satzung dem Gerichtshof vorbehalten sind“. Gemeint ist hiermit Art. 51 der Satzung des Gerichtshofs.<sup>3</sup> Diese etwas unübersichtliche Vorschrift sollten Sie sich in einer ruhigen Minute einmal anschauen.

##### II. Beteiligtenfähigkeit

Die Alu-AG ist als juristische Person gem. Art. 263 IV AEUV aktiv beteiligtenfähig. Passiv beteiligtenfähig ist die Kommission gem. Art. 263 I AEUV.

##### III. Tauglicher Prüfungsgegenstand

Da der AEUV ein umfassendes Rechtsschutzsystem geschaffen hat, können Klagegegenstand alle Handlungen der Unionsorgane sein, die dazu bestimmt sind, eine Rechtswirkung zu erzeugen.<sup>4</sup> Handlungen i.S.d. Art. 263 I AEUV sind damit vor allem die in Art. 288 II - IV AEUV genannten Rechtsakte (Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse). Eine solche Handlung liegt mit dem Kommissionsbeschluss

gem. Art. 288 IV AEUV vor.

#### **Exkurs: EU-Organe (vgl. Art. 13 I EUV)**

Die Organe der drei bzw. jetzt zwei Gemeinschaften (EGKS, 1952; EWG und EAG, 1958) wurden durch Fusionierung (1957/1965/1986) zu gemeinsamen Organen verbunden. Mit Abschaffung der EG gibt es nunmehr nur noch Organe der EU. Die Organe der EU sind in Art. 13 EUV aufgelistet. Art. 14 ff. EUV konkretisieren näher die rechtlichen Rahmenbedingungen der einzelnen Organe. Eine weitere Substantiierung erfahren die Organe in Art. 223 ff. EUV.<sup>5</sup>

#### **I. Der Europäische Rat,<sup>6</sup> Art. 15 EUV, Art. 235 AEUV**

gibt Impulse und legt allg. politische Zielvorstellungen für Entwicklung der EU fest; hat für 2 ½ Jahre gewählten Präsidenten

#### **II. Der Rat, Art. 16 EUV, Art. 237 ff. AEUV**

Bestehend aus jeweiligen Fachministern der Mitgliedstaaten; weisungsgebunden; Rechtssetzungsorgan der EU; Vorsitz weiterhin alle sechs Monate rotierend unter den MS, Art. 16 IX EUV (aber Teampräsidentschaften von drei MS für achtzehn Monate möglich), Ausnahme Rat für Auswärtige Angelegenheiten

#### Abgrenzung vom „Europarat“:

Hat mit EU nichts zu tun. Internationale Organisation mit Sitz in Strasbourg. Aufgabe ist Förderung der Zusammenarbeit zwischen den 46 europäischen Mitgliedstaaten. Europarat hat EMRK erarbeitet, im Rahmen derer der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) errichtet wurde.

#### **III. Kommission, Art. 17 EUV, Art. 244 ff. AEUV**

Kollegialorgan: seit 01.01.2007 27 Mitglieder aus Mitgliedstaaten (seit 2014 Art. 17 V EUV); weisungsunabhängig (Art. 17 III UA 3 EUV); auf fünf Jahre ernannt (Art. 17 III UA 1 EUV); Wahl durch das EP (Art. 17 VII EUV)

<sup>1</sup> Und im Art. 265 III AEUV, der in der Klausur aber eher selten vorkommt.

<sup>2</sup> Die Nichtigkeitsklage wird erhoben, um die Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte der EU zu überprüfen. Durch die Untätigkeitsklage kann die vertragswidrige Untätigkeit von EP, Europäischen Rat, Rat, der Kommission und der EZB gerügt werden. Die Untätigkeitsklage ist von geringerer Bedeutung und wird entsprechend den Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage geprüft; sehr lesenswert zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nichtigkeitsklage vgl.

Ehlers, Jura 2009, 31; König, JuS 2003, 257; Saurer, EuR 2010, 51.

<sup>3</sup> Nomos-Texte Nr. 12.

<sup>4</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 601.

<sup>5</sup> Vgl. zu den Organen den sehr guten Überblick von Cole/Haus, JuS 2003, 145.

<sup>6</sup> Zur Abgrenzung von Ministerrat, Europäischer Rat, Europarat vor Lissabon etc. vgl. umfassend Diehm, JuS 2007, 209 ff.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 4 - Lösung - Seite 4

### Aufgaben (Art. 17 EUV):

- *Initiativrecht bei Rechtsetzung*
- *Hüterin der Verträge*
- *Entscheidungs- und Ausführungsorgan*

*Hoher Vertreter der Union für die Außen- und Sicherheitspolitik als Vizepräsident der Kommission, Art. 18 EUV*

### **IV. Europäisches Parlament, Art. 14 EUV, Art. 223 ff. AEUV**

*Wahl auf fünf Jahre*

#### Aufgabe/Befugnisse:

- *politische Kontrolle*
- *Rechtsetzung zusammen mit Rat (Art. 14 EUV)*
- *Budgetrecht zusammen mit Rat (Art. 14 EUV)*

### **V. EuGH (Gerichtshof, Gericht und Fachgerichte<sup>7</sup>, Art. 19 EUV, Art. 251 ff. AEUV)**

*Aufgabe ist Wahrung des primären und sekundären EU-Rechts, nicht des nationalen Rechts, expressis verbis Art. 19 I S. 2 EUV („Er sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“)*

### **VI. Europäischer Rechnungshof (Art. 285 AEUV)**

- *keine unmittelbaren Eingriffsbefugnisse*

### **VII. Europäische Zentralbank (Art. 282 AEUV)**

#### „Hilfsorgane“: Beratende Einrichtungen:

#### **I. Wirtschafts- und Sozialausschuss (Art. 301 ff. AEUV)**

- *bloße Beratungsfunktion*

#### **II. Ausschuss der Regionen (Art. 305 ff. AEUV)**

- *bloße Beratungsfunktion*

„Handlungen“ der Organe ist dabei weit zu verstehen. Es fallen insbesondere die Rechtssetzungsakte wie Verordnungen und Richtlinien darunter, aber auch die Einzelfallbeschlüsse.

Daher sind auch Kommissionsbeschlüsse erfasst.

**Anmerkung:** Dies ist also kein Verfahren, um die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit EU-Recht zu beurteilen, sondern hier wird EU-Sekundärrecht am Maßstab des EU-Primärrechts gemessen!

### IV. Klagebefugnis

Gem. Art. 263 IV AEUV sind natürliche oder juristische Personen nur dann in der Lage, eine Nichtigkeitsklage zu erheben, wenn sie auch klagebefugt sind. Dies ist dann der Fall, wenn eine Handlung gegen sie gerichtet ist oder sie von einer Handlung unmittelbar und individuell betroffen sind. Da die Alu-AG nicht Adressat des Kommissionsbeschlusses ist, ist ihre unmittelbare und individuelle Betroffenheit durch den Beschluss erforderlich.

Grundsätzlich ist damit der Beschluss nach Art. 288 IV AEUV gemeint, der gerade die von ihm Betroffenen in ihrem Wortlaut bezeichnet. Wenn eine derartige Bezeichnung vorliegend im Kommissionsbeschluss erfolgt ist, steht die Klageberechtigung der Alu-AG als Adressatin der Maßnahme außer Frage. Sollte dies nicht der Fall sein, so müsste eine unmittelbare Betroffenheit durch den Beschluss gegenüber der Bundesrepublik festgestellt werden.

1. Bei der Aufforderung, die Subvention zurückzunehmen, bleibt dem Mitgliedstaat grundsätzlich kein Entscheidungsspielraum. Daher kann die unmittelbare Betroffenheit des jeweiligen Unternehmens bereits festgestellt werden, bevor der nationale Rücknahmebescheid erlassen wird.<sup>8</sup>

**Anmerkung:** Bei einer Verordnung liegt eine unmittelbare Betroffenheit dann vor, wenn kein Umsetzungsakt erforderlich ist oder dieser Umsetzungsakt nicht im Ermessen der Behörde steht.

2. Eine individuelle Betroffenheit liegt auch nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon auf jeden Fall dann vor, wenn der Beschluss den Kläger wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer ihn aus dem Kreis der Allgemeinheit heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den eigentlichen Adressaten. Dies ist bei konkreten Rückforderungsentscheidungen immer der Fall, da sie nur diejenigen betreffen, die die Subvention erhalten haben.

**Exkurs:** Besonders strittig war bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon die Frage, ob und wann auch eine EU-Verordnung ausnahmsweise individuelle Wirkung haben kann und damit im Rahmen eines Verfahrens nach ex-Art. 234 IV EG auch von einer einzelnen natürlichen oder juristischen Person angefochten werden kann.

<sup>7</sup> Z.B. Gericht für den öffentlichen Dienst (EuGöD), vgl. Anhang zur EuGH-Satzung.

<sup>8</sup> Vgl. EuGHE 1987, 921 = jurisbyhemmer.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 4 - Lösung - Seite 5

Der EuGH verlangte zunächst, dass die Anzahl der Adressaten von Anfang an feststeht und im Nachhinein nicht mehr erweitert werden kann, vgl. näher die „Methode Champegnoise“-Entscheidung des EuGH in NJW 1987, 1140.<sup>9</sup> Eine Verordnung kann nach dieser Rechtsprechung nur angegriffen werden, wenn es sich tatsächlich um ein Bündel von Entscheidungen in Gestalt einer Verordnung handelt.

Das EuG sah in dieser Rechtsprechung eine Rechtsschutzlücke. Der Einzelne kann damit regelmäßig gegen Verordnungen nicht vorgehen: Vor nationalen Gerichten nicht, da diese zumindest nach der Rechtsprechung des EuGH nicht befugt sind, eine Verordnung der Gemeinschaft in Frage zu stellen; vor dem EuGH nicht, da es an einer individuellen Betroffenheit fehlt. Der Einzelne kann allenfalls auf eine Vorlage des nationalen Gerichts nach ex-Art. 234 EG hoffen. Aufgrund dieser Rechtsschutzlücke wollte das EuG die individuelle Betroffenheit bereits dann bejahen, wenn feststeht, dass der Einzelne sicher in seinen Rechten betroffen sein wird.<sup>10</sup> Der EuGH stellt sich dieser Ansicht entgegen und beharrt auf seiner bisherigen Rechtsprechung.<sup>11</sup>

Für den EuGH spricht, dass nach der Auslegung durch das EuG die Merkmale der individuellen und der unmittelbaren Betroffenheit inhaltsgleich wären, was sicherlich nicht im Sinne des „Erfinders“ ist.<sup>12</sup>

Keine individuelle Betroffenheit liegt nach EuGH auch dann vor, wenn sich die Kommission weigert, auf Antrag eines Bürgers gegen einen Mitgliedsstaat vorzugehen.<sup>13</sup>

**Änderung durch Lissabon?:** Nach Art. 263 IV AEUV kann nun jede natürliche oder juristische Personen gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.

Am Individualrechtsschutz gegen Verordnungen i.S.d. Art. 288 II AEUV ändert sich dadurch nach Ansicht des EuGH nichts. Dieser ist der Ansicht, dass der Begriff „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ lediglich untergesetzliche Normen meint (solche, die nicht Gegenstand eines Gesetzgebungsverfahrens waren) und nur für diese eine Art vereinfachte Normenkontrolle einführt.<sup>14</sup>

### V. Klagefrist

Die Klagefrist von zwei Monaten<sup>15</sup> gem. Art. 263 VI AEUV ist einzuhalten. Die Fristberechnung regeln die Art. 49 ff. VerFO EuGH.<sup>16</sup>

**Anmerkung:** Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die Sonderregelung des Art. 277 AEUV (kommentieren!), wonach die Zwei-Monats-Frist in allen anderen Verfahrensarten keine Rolle spielt, auch wenn es inzident auf die Nichtigkeit der Rechtsnorm ankommt.

### VI. Geltendmachung der Klagegründe

Die Alu-AG müsste einen der in Art. 263 II AEUV genannten Gründe für die Aufhebung des Beschlusses plausibel geltend machen. Die Klage wäre unter dieser Voraussetzung zulässig gewesen.

**Anmerkung:** Innerhalb der – hier nicht verlangten – Begründetheitsprüfung ist **ausschließlich** auf die in Art. 263 II AEUV enumerativ aufgezählten Nichtigkeitsgründe einzugehen. Unter „einer bei seiner Durchführung zu beachtenden Rechtsnorm“ fallen auch die Unionsgrundrechte. Der Obersatz der Begründetheitsprüfung würde daher wie folgt lauten: „Die Klage wäre dann begründet, wenn einer der Klagegründe tatsächlich vorliegt.“ Die angefochtene Handlung wird sodann gem. Art. 264 I AEUV für nichtig erklärt.

<sup>9</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 614 ff.

<sup>10</sup> EuG, DVBl. 2002, 1038 = jurisbyhemmer; hierzu Königeter, „Erweiterte Klageberechtigung bei Individualnichtigkeitsklagen gegen EG-Verordnungen“, NJW 2002, 2216.

<sup>11</sup> EuGH, NJW 2002, 2935 = Life&LAW 12/2002, 846 = jurisbyhemmer; Lindner, „Zur Klagebefugnis natürlicher und juristischer Personen für Nichtigkeitsklagen gem. Art. 230 IV EG gegen EG-Verordnungen“, NVwZ 2003, 569; so auch EuGH, NJW 2004, 2006 = BayVBl. 2005, 14 m. Anm. Lindner.

<sup>12</sup> Umfassend hierzu auch Mayer, „Individualrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht“, DVBl. 2004, 607.

<sup>13</sup> EuGH, NJW 2005, 1177 = jurisbyhemmer.

<sup>14</sup> EuGH, Große Kammer, Urteil vom 03.10.2013, C-583/11 = Life&LAW 06/2014, 445 ff.; EuG, 06.09.2011, Rs. T-18/10, Inuit Tapiriit Kanatami = jurisbyhemmer.

<sup>15</sup> Beachten Sie auch die Anlaufhemmung um 14 Tage gem. Art. 50 VerFO EuGH und die Verlängerung der Frist um eine pauschale Entfernungsfrist von 10 Tagen gem. Art. 51 VerFO EuGH.

<sup>16</sup> Diese ist im Nomos-Gesetzestext nicht abgedruckt. Die Vorschrift entspricht aber wortgleich Art. 80/81 VerFO-GH (Nomos-Texte Nr. 13).

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 4 - Lösung - Seite 6

### Frage 2:

#### A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Fraglich ist zunächst, ob der Rechtsweg zu den deutschen Verwaltungsgerichten in dieser Streitigkeit mit europarechtlichem Bezug eröffnet ist, d.h. ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 I S. 1 VwGO gegeben ist.

Dies ist dann der Fall, wenn sich die wahre Rechtsnatur des vom Kläger behaupteten Rechtsverhältnisses aus dem deutschen öffentlichen Recht ergibt.<sup>17</sup>

Im vorliegenden Fall wird die Rechtswidrigkeit eines Rücknahmebescheides geltend gemacht. Die Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Bewilligungsbescheides ergibt sich zumindest nach den Feststellungen der Kommission aus einem Verstoß gegen das Europarecht; dies wirkt sich allerdings nicht automatisch auf den Rücknahmeakt aus.

Dieser richtet sich nach bundesdeutschem allgemeinem Verwaltungsrecht, da europäische Vorschriften in Bezug auf die Rücknahme von nationalen Bewilligungsbescheiden nicht vorliegen. Es handelt sich, da ein „deutscher VA“ von einer „deutschen“ Behörde zurückgenommen wird, um eine innerstaatliche und nicht um eine europarechtliche Angelegenheit.<sup>18</sup>

Ein Rechtsweg zum EuGH ist hier nicht eröffnet, da dieser gem. Art. 19 EUV nur über die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge zu entscheiden hat. Gerade darum geht es aber hier nicht mehr. Der Bewilligungsbescheid wird nicht von der Kommission selbst, sondern von einer baden-württembergischen Behörde zurückgenommen.

Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit liegt trotz der Beteiligung eines Ministeriums ebenfalls nicht vor, da dieses nur als Behörde, nicht aber als Verfassungsorgan tätig wurde, vgl. § 1 II LVwVfG.

Mangels anderweitiger Zuweisung der Streitigkeit an ein Gericht eines anderen Rechtsweges ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet.

#### B) Zulässigkeit der Klage

##### I. Statthafte Klageart

Die richtige Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren. Die Alu-AG begehrt die Aufhebung des Aufhebungsbescheides vom 01.06.2025.

Einschlägige Klageart ist hier die Anfechtungsklage gem. § 42 I Alt. 1 VwGO, da der Aufhebungsbescheid eindeutig ein VA i.S.d. § 35 S. 1 LVwVfG ist.

Gem. § 43 II LVwVfG wäre der Bewilligungsbescheid nach Aufhebung des Aufhebungsbescheides wieder wirksam, sodass eine Verpflichtungsklage auf Neuerlass der Vergünstigung nicht erforderlich ist, es fehlt ihr m.a.W. das Rechtsschutzbedürfnis.

**Anmerkung:** Es finden hier die Vorschriften des LVwVfG Anwendung, da mit dem Landesministerium eine Landesbehörde gem. § 1 I LVwVfG gehandelt hat.

##### II. Klagebefugnis

Die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO ist gegeben, da die Alu-AG durch den an sie adressierten Bescheid zumindest möglicherweise in ihrem Grundrecht auf unternehmerische Freiheit gem. Art. 2 I, 12 I, 19 III GG verletzt ist.

Zudem ist der Aufhebungsbescheid für die Alu-AG ein belastender VA, durch den ihr die ursprüngliche Begünstigung als subjektive Rechtsposition wieder genommen wird.

III. Ein Vorverfahren war gem. § 68 I S. 2 Nr. 1 VwGO nicht erforderlich, da der Bescheid von einem Ministerium und damit von einer obersten Landesbehörde erlassen wurde.

IV. Die Monatsfrist des § 74 I VwGO zur Klageerhebung ist eingehalten worden.

V. Die Klägerin ist als juristische Person des Privatrechts parteifähig gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. § 1 I S. 1 AktG und wird durch ihren Vorstand vertreten, § 62 III VwGO i.V.m. § 78 I AktG.

<sup>17</sup> Kopp/Schenke, § 40 VwGO, Rn. 6.

<sup>18</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 342.

## Europarecht / Baden-Württemberg

Das Land Baden-Württemberg ist als juristische Person des öffentlichen Rechts parteifähig gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO und wird nach § 62 III VwGO durch das Ministerium als Ausgangsbehörde vertreten.

Baden-Württemberg hat von der Ermächtigungsgrundlage zur Bestellung eines Vertreters des öffentlichen Interesses aus § 36 I 2 VwGO bislang keinen Gebrauch gemacht. Anders aber z.B. Bayern: Vertreter des öffentlichen Interesses ist dort die sog. Landesrechtsanwaltschaft, vgl. Art. 13 BayAGVwGO, § 3 I, II, III LABV.

VI. Das nach § 45 VwGO sachlich und nach § 52 I Nr. 3 VwGO örtlich zuständige VG wurde lt. Sachverhalt angerufen.

### C) Begründetheit der Klage

Die gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen das Land Baden-Württemberg als Rechtsträger des Landesministeriums zu richtende Klage ist begründet, wenn der Aufhebungsbescheid rechtswidrig und die Klägerin in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt ist, § 113 I S. 1 VwGO.

#### I. Rechtsgrundlage

Vor dem Hintergrund, dass der Aufhebungsbescheid primär wegen eines Verstoßes gegen Unionsrecht erlassen wurde, ist bereits die rechtliche Grundlage für den diesen fraglich.

1. Europarechtliche Normen, die einen derartigen Tatbestand der Aufhebung von Subventionierungen regeln, existieren nicht. Bei Verstoß gegen Unionsrecht gibt es auch keine umfassende unionsrechtliche Rechtsgrundlage.<sup>20</sup>

Da zudem keine spezielle nationale Aufhebungsrechtsgrundlage existiert, sind schließlich die §§ 48, 49 LVwVfG einschlägig.

Es ist letztlich Aufgabe der jeweiligen Mitgliedstaaten, europarechtliche Grundsätze auf nationaler Ebene durchzusetzen, Art. 4 III EUV. Auch daraus lässt sich begründen, dass es sich um eine Rechtsgrundlage aus dem nationalen Recht handelt.

## Fall 4 - Lösung - Seite 7

2. Rechtsgrundlage könnte § 48 I LVwVfG sein.

Der VA ist als Bewilligungsbescheid Voraussetzung einer Geldleistung und fielen daher als begünstigender VA unter § 48 I S. 2, II LVwVfG. Die Vergabe der Subvention durch Bescheid müsste hierzu **rechtswidrig** sein.

Da allgemein anerkannt ist, dass Europarecht den Vorrang vor einfachem nationalen Recht<sup>21</sup> – hier den entsprechenden Subventionierungsvorschriften – genießt, wäre der Bewilligungsbescheid rechtswidrig, wenn er gegen Europarecht, hier Art. 107 f. AEUV, verstoßen würde.

Die Unvereinbarkeit der Beihilfe<sup>22</sup> mit Unionsrecht steht durch den Beschluss der Kommission und der sich daran anschließenden Entscheidung des EuGH fest.

Mangels Anfechtung des Beschlusses der Kommission (Art. 288 IV AEUV) mittels Nichtigkeitsklage innerhalb der zweimonatigen Klagefrist des Art. 263 VI AEUV ist Bestandskraft und damit eine Bindungswirkung eingetreten.<sup>23</sup>

Eine weitere Rechtmäßigkeitsprüfung ist nicht möglich. Die gewährte Bewilligung ist somit rechtswidrig.<sup>24</sup> § 48 I LVwVfG ist daher die richtige Rechtsgrundlage.

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Rücknahme ist formell rechtmäßig. Die den VA erlassende Behörde ist auch zur Rücknahme sachlich und örtlich zuständig.<sup>25</sup> Die nach § 28 I LVwVfG erforderliche Anhörung wurde durchgeführt.

#### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 I S. 1 LVwVfG – Vorliegen eines rechtswidrigen VAs – sind gegeben (s.o.), sodass es maßgeblich auf die fehlerfreie Ermessensausübung ankommt.<sup>26</sup> Zudem sind aber, da es sich bei dem Bewilligungsbescheid um einen „Geldleistungs-VA“ handelt, die Einschränkungen des § 48 I S. 2, II, IV LVwVfG zu berücksichtigen.

<sup>20</sup> EuGH, EuZW 1997, 276 = jurisbyhemmer.

<sup>21</sup> Vgl. Fall 1.

<sup>22</sup> Gem. Art. 107 I AEUV „... sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Sinn und Zweck dieses umfassenden Gebots ist sicherzustellen, dass Mitgliedstaaten ihren Unternehmen nicht dadurch einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, dass sie ihnen Mittel der Allgemeinheit zufließen lassen.

<sup>23</sup> EuGH, NJW 2000, 1933 = jurisbyhemmer.

<sup>24</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 359.

<sup>25</sup> Kopp/Ramsauer, § 48 VwVfG, Rn. 162.

<sup>26</sup> Vgl. auch, dass Ausgangspunkt der meisten Prüfungen im deutschen Recht die Rechtssache Alcan ist. Hier wurden die unionsrechtlichen Voraussetzungen mit Blick auf die Rücknahme eines beihilfewidrigen Verwaltungsaktes lehrbuchartig geprüft; EuGH C-24/95, Slg. 1997, I-159 Alcan = jurisbyhemmer, vgl. hierzu auch Fn. 35, 36, 37 im hiesigen Fall.

## Europarecht / Baden-Württemberg

1. Eine Rücknahme käme demnach nicht in Frage, soweit gem. § 48 II S. 1 LVwVfG ein schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand des VA vorläge.

Die Gewährung von Vertrauensschutz verstößt auch nicht als solche bereits gegen Art. 4 III EUV, da Vertrauensschutz als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch dem Unionsrecht immanent ist.

In der Regel ist das gem. Satz 2 der Norm der Fall bei einem Verbrauch der Mittel, so wie es hier wegen der bereits vollständig erfolgten Bezahlung der Stromrechnungen anzunehmen ist.

- a) Jedoch könnte dann § 48 II S. 3 Nr. 3 LVwVfG eingreifen, der genau bestimmte Tatbestände für den Ausschluss von Vertrauen enthält. Eine Bösgläubigkeit oder grobe Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides kann der Alu-AG aber nicht vorgeworfen werden, diesbezüglich ist dem Sachverhalt nichts zu entnehmen.

Insbesondere kann auch keine grobe Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Nichtkenntnis der Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides angenommen werden. Soweit man sich über die Beachtung der Benachrichtigungspflicht des zuständigen Landesministeriums nach Art. 108 III AEUV nicht vorab informiert hat, kann hierin allenfalls eine leichte Fahrlässigkeit gesehen werden (a.A. vertr.).

**Anmerkung:** Der EuGH ist hier eigentlich sehr streng. Insb. bei großen Unternehmen muss das Notifizierungsverfahren des Art. 108 AEUV bekannt sein. Eine Nachfrage bei der Kommission drängt sich daher grundsätzlich auf. Klausurtaktisch ist es allerdings schlecht, § 48 II S. 3 LVwVfG anzunehmen, da ansonsten der Fall bereits hier zu Ende wäre. Es empfiehlt sich daher, einfache Fahrlässigkeit anzunehmen oder die Frage zumindest offen zu lassen.

Kenntnis von der Unterlassung der Benachrichtigung der Kommission erhielt die Alu-AG erst am 11.12.2014, lange nach Erlass des Bewilligungsbescheides vom 08.01.2013.

- b) Damit kann grundsätzlich § 48 II S. 2 LVwVfG angewendet werden, wonach das Vertrauen in der Regel schutzwürdig ist, wenn wie im vorliegenden Fall die gewährten Leistungen verbraucht worden sind.

## Fall 4 - Lösung - Seite 8

Allerdings handelt es sich bereits nach dem Gesetzeswortlaut nur um eine Regelfallvermutung. Der Gesetzgeber geht hier davon aus, dass es bei der Rücknahme nur um fiskalische Interessen des Staates geht und dass im Fall der Rücknahme ohnehin eine Entschädigung nach § 48 III LVwVfG zu zahlen wäre.

Angesichts dessen erscheint es dem Gesetzgeber im Sinne der Verfahrensökonomie angebracht, von einer Rücknahme abzusehen.

Im Fall der europarechtswidrigen Beihilfe geht es aber nicht nur um fiskalische Interessen des Staates. Hier geht es auch um die Verpflichtung der Bundesrepublik, an der effektiven Durchsetzung des Europarechts mitzuwirken, zumindest aber keine den Zielen der Verträge zuwiderlaufenden Maßnahmen zu treffen, vgl. Art. 4 III EUV.

Da somit zu den fiskalischen Interessen an der Rücknahme weitere Aspekte hinzutreten, kann die Regelfallvermutung des § 48 II S. 2 LVwVfG nicht angewendet werden, zumal andernfalls die Art. 107 f. AEUV weitgehend leerlaufen, was im krassen Widerspruch zu Art. 4 III EUV stünde.

- c) Letztlich kommt es damit auf die Einzelfallabwägung nach § 48 II S. 1 LVwVfG an.

Hierbei ist wegen Art. 4 III EUV grundsätzlich von einem gesteigerten öffentlichen Rücknahmeinteresse auszugehen, da ohne eine Rücknahme die Erreichung der Ziele der Art. 107 f. AEUV gefährdet wäre.

Das Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten tritt angesichts dieses besonderen Gewichts des Rücknahmeinteresses schon dann zurück, wenn die staatliche Beihilfe ohne Beachtung des in Art. 108 AEUV vorgeschriebenen Überwachungsverfahrens erfolgte. Von einem sorgfältig arbeitenden Wirtschaftsunternehmen kann jedenfalls erwartet werden, dass es sich erkundigt, ob dieses Verfahren eingehalten wurde. Auch wenn der Umstand, dass keine Erkundigungen angestellt wurden, nicht geeignet ist, den Vorwurf grober Fahrlässigkeit zu rechtfertigen (a.A. vertretbar, s.o.), so kann er doch zumindest insoweit herangezogen werden, als es um die Schutzwürdigkeit des Vertrauens geht.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 4 - Lösung - Seite 9

**Anmerkung:** In der zugrundeliegenden Entscheidung wird nicht mehr darauf abgestellt, ob es sich um ein europaweit tätiges Unternehmen handelt, das sich mit den Gepflogenheiten des Binnenmarktes auskennt. Vielmehr wird nur noch allgemein auf den „sorgfältigen Gewerbetreibenden“ abgestellt, dem eine Kontrolle der Einhaltung des Verfahrens nach Art. 108 AEUV ohne Weiteres möglich sei.

Bei Nichteinhaltung des Verfahrens und fehlender Erkundigung durch das Unternehmen müssen besondere Umstände hinzukommen, damit noch ein schutzwürdiges Vertrauen bejaht werden kann.

Ein solches Indiz könnte hier darin liegen, dass die Behörden des Landes Baden-Württemberg dem betroffenen Unternehmen die Beihilfe regelrecht aufdrängten und das Versäumnis der Benachrichtigung der Kommission allein in ihren Tätigkeitsbereich fällt.

Im Falle einer Rücknahme könnte hieraus eine Treuwidrigkeit der öffentlichen Hand resultieren.

Allerdings ist unabhängig vom Verursachungsbeitrag der Behörde festzustellen, dass die Verpflichtung des Begünstigten bestehen bleibt, sich bei der Beihilfegewährung zu vergewissern, dass eine Beteiligung der Kommission nach Art. 107, 108 AEUV stattgefunden hat. Ohne diese Nachfrage besteht kein schutzwürdiges Vertrauen in das Behaltendürfen der Beihilfe, unabhängig vom Verschulden der Behörde.

**Exkurs:** Würde man in diesen Fällen aufgrund des behördlichen Fehlverhaltens einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB zuerkennen, hätte man – abgesehen vom Problem der Drittgerichtetheit – das unerwünschte Ergebnis des Behaltendürfens der unzulässigen Beihilfe „durch die Hintertüre“.

Daher dürfte dieser Anspruch wohl ausscheiden – ein (soweit ersichtlich) noch ungelöstes Problem.

Beachten Sie also: Schutzwürdiges Vertrauen kann in diesen Fällen **nur durch ein Verhalten der Kommission** (oder sonstiger Organe der EU) begründet werden, nicht durch ein Verhalten der Behörden des Mitgliedstaates! Dem entspricht der Fall, dass eine europäische Beihilfe rechtswidrig gewährt wurde (vgl. unten).

In den Fällen, in denen sich der Mitgliedstaat ein Fehlverhalten gegenüber der Kommission vorzuwerfen hat, wird dieses i.E. dem Beihilfempfänger wie eigenes Verschulden zugerechnet. Seine eigene Verpflichtung, sich zu vergewissern, ob das Verfahren nach Art. 108 III

AEUV durch die Behörden des Mitgliedstaates eingehalten wurde, besteht nämlich unabhängig vom Verhalten der Behörde.

**Hinweis:** Im Europarecht hilft es, sich den wirtschaftlichen Hintergrund klarzumachen. Bundesland und Beihilfempfänger sitzen quasi in einem Boot, da beide ein Interesse daran haben, dass die Firma in Baden-Württemberg die Beihilfe behält. Auf der anderen Seite stehen die Konkurrenten und der Binnenmarkt. Man kann sich aber natürlich nicht auf Vertrauen berufen, das die eigene Seite gesetzt hat.

Entscheidend ist auch hier, dass die Durchsetzung des Europarechts unmöglich gemacht würde, wenn eine Rücknahme nicht erfolgt, das Unionsinteresse also schweren Schaden nehmen würde.

Ein Vertrauensschutz kommt daher auch in diesem besonderen Fall nicht in Betracht.

**Anmerkung:** Daraus folgt eigentlich, dass in der Praxis kaum ein Fall denkbar ist, in dem besondere Indizien die Rücknahme ausschließen. Jedenfalls können diese Indizien nichts mit dem Verhalten der deutschen Behörde zu tun haben.

2. Grundsätzlich ist gem. § 48 I S. 1 LVwVfG von der Behörde ein Ermessen auszuüben, ob der VA trotz fehlenden Vertrauens nicht doch belassen werden kann.
  - a) Aber auch hier sind wieder die Besonderheiten zu berücksichtigen, die aufgrund des europäischen Bezuges der Rückforderung eintreten. Durch die rechtskräftige Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit der Bewilligung tritt eine Verpflichtung ein, die Rückforderung auch durchzusetzen. Ein Ermessen bei fehlendem entgegenstehendem Vertrauen ist dann nicht mehr eröffnet. Die nationalen Behörden haben in derartigen Fällen keinen eigenen Entscheidungsspielraum mehr, sie sind nur noch „ausführendes Organ“ für den Kommissionsbeschluss.

Das gilt umso mehr, als der EuGH hier die Nichtrückforderung als Verstoß gegen Unionsrecht festgestellt hat.
  - b) Allerdings könnte es ermessensfehlerhaft sein, einen VA zurückzunehmen, wenn nicht auch im Anschluss an diese Rücknahme die gewährten Leistungen nach § 49a LVwVfG zurückgefordert werden können. In einem solchen Fall könnte die Rücknahme als „formaljuristische Schikane“ der Behörde erscheinen.

## Europarecht / Baden-Württemberg

Eine Rückforderung gem. § 49a I LVwVfG wäre ausgeschlossen, wenn sich die Alu-AG auf Entreichung berufen könnte, vgl. § 49a II LVwVfG.

Hier liegt bereits nach zivilrechtlichen Grundsätzen eine Entreichung nicht vor, da zwar die erhaltenen Mittel ausgegeben wurden, andererseits dafür die Befreiung von Verbindlichkeiten erlangt wurde, § 818 II BGB.

Des Weiteren ist § 49a II S. 2 LVwVfG europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass auch ohne das Vorliegen grober Fahrlässigkeit die Berufung auf Entreichung dann ausgeschlossen ist, wenn andernfalls Art. 107 f. AEUV leerlaufen würden.<sup>28</sup>

Somit steht hier § 49a II LVwVfG einer Rücknahme nicht entgegen, das Ermessen der Behörde bleibt nach dem oben Gesagten auf Null reduziert.

3. Eine Rücknahme käme trotz Vorliegens dieser Ermessensreduzierung aber dann nicht mehr in Betracht, wenn die gem. § 48 IV S. 1 LVwVfG für die Rücknahme geforderte Jahresfrist nicht eingehalten wurde.

a) Diese Frist soll insbesondere der Schaffung von Rechtssicherheit dienen. Für den Lauf der Frist kommt es auf positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit und der die Rücknahme rechtfertigenden Umstände an. Bloßes Kennenmüssen reicht nicht. Es handelt sich um eine Entscheidungsfrist, keine Ermittlungsfrist.<sup>29</sup>

Hier erging der Kommissionsbeschluss, der die Rechtswidrigkeit der Bewilligung feststellte und zur Rückforderung aufforderte, bereits am 14.12.2016. Gegen diesen Beschluss wurde keine Klage erhoben, so dass er gem. Art. 263 V AEUV im März 2017 bestandskräftig wurde.

Spätestens in diesem Zeitpunkt lagen die Kenntnis der Rechtswidrigkeit sowie die der damit verbundenen Rücknahmeverpflichtung vor. Der Erlass des Rücknahmebescheides am 01.06.2025 liegt damit in jedem Fall außerhalb der Jahresfrist, sodass eine Rücknahme eigentlich ausscheidet.

b) Allerdings ist wiederum der Einfluss des Europarechts auf die nationale Rechtsordnung zu beachten. Insbesondere gilt Art. 4 III EUV. Aus dieser Norm ist sowohl ein „Äquivalenzgebot“

## Fall 4 - Lösung - Seite 10

als auch ein „Effektivitätsgebot“ („effet utile“)<sup>30</sup> abzuleiten.<sup>31</sup>

aa) Ersteres bedeutet, dass bei der Anwendung nationalen Rechts in Vollzug des Unionsrechts keine Unterschiede zu vergleichbaren rein nationalen Sachverhalten gemacht werden dürfen.

Der Vollzug des Unionsrechts muss genauso gehandhabt werden wie der Vollzug des mitgliedstaatlichen Rechts.<sup>32</sup>

**Anmerkung:** Dieses Äquivalenzgebot wurde früher auch Diskriminierungsverbot genannt. Um Verwechslungen mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zu vermeiden, hat sich aber der Begriff des Äquivalenzgebots durchgesetzt.<sup>33</sup>

Dies ist hier unproblematisch gegeben, da sich die Rücknahme eines Verwaltungsaktes nach deutschem Recht ohne Beteiligung der Kommission ebenfalls nach § 48 LVwVfG richten würde, so dass die Jahresfrist auch bei einem rein nationalen Sachverhalt Beachtung finden müsste. Eine Schlechterstellung von Fällen mit Bezug zum Europarecht ist nicht festzustellen.

bb) Entscheidend ist jedoch das Effizienzgebot (auch Effektivitätsgrundsatz oder effet utile genannt).<sup>34</sup> Danach muss das nationale Recht so angewendet werden, dass die unionsrechtlich vorgesehene Rückforderung von Beihilfen nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird. Das Unionsinteresse muss voll berücksichtigt werden können. Dabei ist allerdings zu beachten, dass bestimmte Rechtsgrundsätze aus dem mitgliedstaatlichen Recht angewendet werden dürfen, wenn diese Grundsätze auch auf europarechtlicher Ebene allgemeine Geltung beanspruchen.

(1) Die Anwendung der Ausschlussfrist des § 48 IV LVwVfG würde hier zur Unmöglichkeit der Rücknahme der unionsrechtswidrigen Beihilfe führen, könnte also eine Beeinträchtigung des Effektivitätsgrundsatzes mit sich bringen. Grundsätzlich muss deshalb von Unanwendbarkeit dieser Norm bei Fällen mit europarechtlichem Bezug ausgegangen werden.

<sup>28</sup> Kopp/Ramsauer, § 48 VwVfG, Rn. 9 ff.

<sup>29</sup> Kopp/Ramsauer, § 48 VwVfG, Rn. 152 ff..

<sup>30</sup> Hierfür werden die Begriffe Effizienzgebot, Effektivitätsgebot und effet utile meist synonym verwendet.

<sup>31</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 332 ff.

<sup>32</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 338.

<sup>33</sup> Dazu Streinz, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EG, Rn. 17/27; zu Art. 18 AEUV: Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 551 ff.

<sup>34</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 339.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 4 - Lösung - Seite 11

- (2) Allerdings ist zu beachten, dass die Frist des § 48 IV LVwVfG eine Regelung ist, die der Schaffung von Rechtssicherheit dient. Dieser allgemeine Rechtsgedanke findet auch auf europarechtlicher Ebene Anwendung. Sollte er also hier eingreifen, so wäre die Rückforderung möglicherweise doch ausgeschlossen.

Die Alu-AG wusste aber spätestens seit der Mitteilung vom 11.12.2014, dass die Kommission von der Beihilfe nicht unterrichtet worden war. Außerdem erlangte die betroffene Firma kurz nach dem 14.12.2016 Kenntnis von dem Beschluss der Kommission, dass die Beihilfe zurückzufordern sei.

Da dieser Beschluss gem. Art. 288 IV AEUV verbindliche Wirkung hat, beschränkte sich die Rolle der nationalen Behörde auf die Durchführung dieses Kommissionsbeschlusses. Sie ist nicht mehr berechtigt, irgendeine abweichende Entscheidung zu treffen.<sup>35</sup>

Damit kann die Situation aber nicht mit derjenigen gleichgesetzt werden, in der ein Wirtschaftsteilnehmer nicht weiß, ob die zuständige Behörde eine Entscheidung treffen wird und wie diese aussehen wird.

Vielmehr erlangt er Rechtssicherheit in dem Moment, in dem ihm der verbindliche Kommissionsbeschluss mitgeteilt wird, da er ab diesem Zeitpunkt Kenntnis davon hat, dass der nationalen Behörde nichts anderes übrig bleibt, als diesen Beschluss wortlautgetreu zu vollziehen. Ein weiterer Fristlauf zur Begründung von Rechtssicherheit ist damit nach europarechtlichen Grundsätzen unnötig.

**Anmerkung:** Auch hier hilft wieder die Vorstellung weiter, dass der Beihilfeempfänger und die Behörde quasi in einem Boot sitzen. Es wäre für die Behörde leicht, einfach die Frist verstreichen zu lassen, um dem Empfänger auf diesem Wege doch noch zu seiner Beihilfe zu verhelfen.

- (3) Damit schließt der Grundsatz des „effet utile“ aus Art. 4 III EUV eine Anwendung des § 48 IV LVwVfG endgültig aus. Das Verstreichen der Jahresfrist ist unbeachtlich und steht der Rückforderung nicht entgegen.

**Anmerkung:** Die der Lösung zugrundeliegende „Alcan“-Entscheidung des EuGH<sup>36</sup> wurde vom BVerwG<sup>37</sup> und vom BVerfG<sup>38</sup> bestätigt. Der EuGH hatte hier im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV über Vorlagefragen entschieden, die die Auslegung des Unionsrechts im Hinblick auf nationale Vorschriften wie Art. 48 LVwVfG betreffen. Der EuGH entscheidet also auf keinen Fall über die Auslegung von Art. 48 LVwVfG, noch wendet er ihn an. Dies ist Aufgabe der nationalen Gerichte.<sup>39</sup>

Das BVerwG hat insoweit festgestellt, dass der EuGH durch eine derartige Auslegung des Unionsrechts nicht die ihm in den Verträgen eingeräumte Kompetenz überschreitet,<sup>40</sup> wenn er Grenzen feststellt, die der nationalen Gesetzgebung bei der Regelung der Rückabwicklung unionsrechtswidriger gewährter Subventionen im Hinblick auf die Festsetzung von Ausschlussfristen und die Gewährung von Vertrauensschutz gezogen sind.

Beachten Sie noch, dass der EuGH im umgekehrten Fall, z.B. bei der Rückerstattung EU-widriger nationaler Abgaben, wesentlich großzügiger gegenüber den mitgliedstaatlichen Rückforderungsregelungen ist als etwa bei den europarechtswidrigen Beihilfen.

Hier kann der Mitgliedstaat gegenüber dem Erstattungsanspruch des Unternehmens/Bürgers viel eher Einwendungen erheben als in der umgekehrten Situation Unternehmen/Bürger gegen den mitgliedstaatlichen Beihilferückforderungsanspruch.

So hat der EuGH Fristen für die Geltendmachung akzeptiert, die kürzer als die allgemeinen Verjährungsfristen waren, wenn sie nur allgemein und nicht nur bei Fällen mit Unionsbezug galten.<sup>41</sup>

Grenze der Zulässigkeit solcher Rückforderungsregelungen ist allerdings wiederum der Effektivitätsgrundsatz (Art. 4 III EUV), d.h. die mitgliedstaatliche Regelung darf die Erstattung nicht gänzlich unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Eine Zusammenfassung von Entscheidungen auf diesem Gebiet findet sich bei Lindner, NVwZ 1999, 1079 ff.

Im Zusammenhang mit Bestandskraft und Rechtssicherheit ist noch eine weitere interessante Entscheidung des EuGH zu erwähnen.

35 EuGH, EuZW 1997, 276 (278 Tz. 34) = jurisbyhemmer.  
36 EuZW, 1997, 276 ff. = NJW 1998, 47 ff. = jurisbyhemmer.  
37 NJW 1998, 3728 ff. = Life&LAW 03/1999, 182 ff. = jurisbyhemmer.  
38 NJW 2000, 2015 = jurisbyhemmer.

39 Vgl. Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 159 ff. und Rn. 683 ff.

40 Zu dieser Problematik Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 320 ff.

41 Vgl. EuGH, NVwZ 1999, 633 – Dilexport = jurisbyhemmer.

## Europarecht / Baden-Württemberg

*Ein europarechtswidriger, den Bürger belastender Bescheid – im konkreten Fall ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit – muss, wenn er bestandskräftig geworden ist, von der Behörde nicht zwingend aufgehoben werden. Es dürfen an einen Verstoß gegen diesen Bescheid aber keine neuen, belastenden Maßnahmen geknüpft werden.<sup>42</sup>*

**IV. Ergebnis:** Nach alledem war die Rücknahme von § 48 LVwVfG gedeckt. Die Klage ist unbegründet.

*Im letzteren Fall erhalten die Punkte „Rechtssicherheit“ und „Vertrauensschutz“ ein anderes Gewicht. Es geht **nicht** um die **Anwendung deutschen Rechts mit europarechtlichem Bezug**, sondern um die Ausführung einer EU-Verordnung mit Hilfe deutscher Rechtsvorschriften.*

*Da in diesem Fall die Beihilfebewilligung unmittelbar aus der EU-Verordnung folgt, gibt es kein Verfahren nach Art. 107, 108 AEUV, sodass dem Empfänger auch kein Versäumnis diesbezüglich vorgeworfen werden kann. Das Vertrauen ist deshalb schutzwürdiger.<sup>43</sup>*

**Vertiefungshinweis:** Während der EuGH dem Durchführungsverbot des Art. 108 III S. 3 AEUV schon bisher auch drittschützende Wirkung zugesprochen hat, waren deutsche Zivilgerichte (anders als die Verwaltungsgerichte) diesem bisher nicht gerecht geworden. Der BGH<sup>44</sup> hat in einem lesenswerten Urteil nunmehr Art. 108 III S. 2 AEUV als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB anerkannt. Der Beihilfeempfänger kann sich wegen § 242 BGB i. V.m. Art. 108 III S. 3 AEUV auch nicht auf Verjährung berufen.<sup>45</sup>

## Fall 4 - Lösung - Seite 12

### Arbeitshinweis:

Bearbeiten Sie **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 597 ff.** (Nichtigkeitsklage) und **Rn. 340 ff.** (Rückforderung von Beihilfen); unbedingt lesenswert ist der Aufsatz von Mähring, JuS 2003, 448.

Auch sehr lesenswert zur Nichtigkeitsklage Hamer, JA 2004, 728.

<sup>42</sup> Vgl. EuGH, NJW 1999, 2355 = jurisbyhemmer.

<sup>43</sup> Vgl. **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 340 ff.** und **Rn. 349 ff.**; vgl. dazu bayerische Examensklausur in BayVBl. 2004, 542 f./572 ff.

<sup>44</sup> BGH, EuZW 2011, 440 – Flughafen Frankfurt/Main gegen Hahn (m. Anm. Fiebelkorn/Petzold).

<sup>45</sup> Ausführlich dazu König/Hellstein, EuZW 2011, 702 ff.; Rennert, EuZW 2011, 566 ff.; BVerwG, EuZW 2011, 269 ff.

## Lösung Fall 5

### ÜBERSICHT

#### A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

##### I. Beschwerdeberechtigung

„Jedermann“ ⇒ Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit (+)

##### II. Beschwerdegegenstand

Jeder Akt der öffentlichen Gewalt

⇒ Entscheidungen des OLG und Nichtzulassungsbeschluss

##### III. Beschwerdebefugnis

###### 1. Verletzung von Grundrechten oder Unionsgrundrechten?

Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Mögliche Verletzung von Art. 7 und Art. 8 GRCh

###### 2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar

#### IV. Auswirkung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts auf die Rolle des BVerfG

###### 1. Verwerfungsmonopol des EuGH?

Unionsrecht darf nur von EuGH überprüft werden

Gegenstand ist nicht Überprüfung von Unionsrecht, sondern die Überprüfung einer Entscheidung eines deutschen Fachgerichts

###### 2. Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH

BVerfG muss Grundrechtsschutz sicherstellen  
Soweit keine Auslegung notwendig, sind Unionsgrundrechte durch BVerfG anzuwenden und zu überprüfen

#### V. Rechtswegerschöpfung

Bereits erfolglos Nichtzulassungsbeschwerde;  
kein weiterer Rechtsweg gegeben

#### VI. Subsidiarität

Grds. Ausschöpfung aller prozessualen Möglichkeiten

Vorgehen gegen „Inhaltebetreiber“ notwendig?  
Kein Vorrangverhältnis, zwei verschiedene Maßnahmen

#### VII. Form und Frist (+)

#### VIII. Zwischenergebnis: VB zulässig

#### B. Begründetheit

##### I. Prüfungsmaßstab

BVerfG ist keine „Superrevisionsinstanz“

⇒ nur Verletzung spezifischen Verfassungsrechts ⇒ nicht Überprüfung der Einhaltung einfachen Rechts

##### II. Auswirkung Unionsgrundrechte auf Privatrecht

Auch Schutz bei privatrechtlichen Streitigkeiten

##### III. Überprüfung der Würdigung des Fachgerichts

###### 1. Bestimmung der abzuwägenden Grundrechte

Unionsgrundrechte der B; Art. 7 und Art. 8 GRCh - Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie der Kommunikation

Unionsgrundrechte von Google; Art. 16 GRCh – Recht auf unternehmerische Freiheit, und Art. 11 GRCh – Freiheit der Meinungsäußerung?

###### 2. Grundrechtsabwägung

###### 3. Überprüfung der Würdigung des Fachgerichts

###### a) Auffindbarkeit

###### b) Betroffene Sphäre

Sozialsphäre oder Privatsphäre?

###### c) Zustimmung zur Ausstrahlung

Zustimmung erteilt

###### d) Zeitfaktor und öffentliches Interesse

###### e) Abwägung

#### C. Ergebnis: Die angegriffene Entscheidung hält sich im fachgerichtlichen Wertungsrahmen. Die Verfassungsbeschwerde ist nicht erfolgreich.

## LÖSUNG

### A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde der B

Es handelt sich um eine Verfassungsbeschwerde, über die das BVerfG gemäß Art. 94 I Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG entscheidet.

#### I. Beschwerdeberechtigung

Nach Art. 94 I Nr. 4a i.V.m. § 90 I BVerfGG ist „jedermann“ befugt, Verfassungsbeschwerde zu erheben, der Träger eines Grundrechts oder grundrechtsähnlichen Rechts (Art. 20 IV sowie Art. 33, 38, 101, 103 und 104 GG) sein kann. Die verfahrensrechtliche Beschwerdefähigkeit folgt also der materiellen Grundrechtsberechtigung.

Als natürliche Person<sup>1</sup> kann B jedenfalls eine Verletzung ihrer Grundrechte geltend machen. Eine Beschwerdeberechtigung der B besteht daher.

**Anmerkung:** Es erscheint vorzugswürdig, die zentrale Rechtsfrage, ob sich B auf die (deutschen) Grundrechte oder ausschließlich auf Unionsgrundrechte berufen kann, erst im Rahmen der Beschwerdebefugnis zu thematisieren. Als natürliche Person ist die B auch Trägerin der Unionsgrundrechte.

#### II. Beschwerdegegenstand

Ein tauglicher Gegenstand der Verfassungsbeschwerde kann gemäß Art. 94 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG **jeder Akt der öffentlichen Gewalt** sein, der zu einer Grundrechtsverletzung führen kann.

Als öffentliche Gewalt in diesem Sinne sind alle drei Gewalten (Gesetzgebung - **Legislative**, vollziehende Gewalt - **Exekutive** und Rechtsprechung - **Judikative**) zu verstehen, vgl. Art. 1 III GG.

**Anmerkung:** Der Begriff der öffentlichen Gewalt unterscheidet sich damit deutlich von der Auslegung des vermeintlich selben Begriffs in Art. 19 IV GG, bei dem jedenfalls die Judikative nach h.M. nicht unter den Begriff der öffentlichen Gewalt zu subsumieren ist.

Damit kann eine Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidungen sämtlicher Gerichte erhoben werden mit Ausnahme der Entscheidungen des BVerfG selbst.

Akte der Rechtsprechung in diesem Sinne sind grundsätzlich alle gerichtlichen Endentscheidungen sowie Zwischenentscheidungen, die ein besonderes Zwischenverfahren abschließen und bei denen der entstandene Mangel bei der Schlussentscheidung nicht mehr behoben werden kann.

#### 1. Entscheidung des OLG

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich somit zunächst gegen die Berufungsentscheidung des OLG Karlsruhe. Das LG Karlsruhe hatte dem Klagebegehren der B zunächst stattgegeben. Auf die Berufung wies jedoch das OLG Karlsruhe die Klage ab. Dieses die Beschwerdeführerin belastende Urteil stellt als ein Akt der Judikative einen tauglichen Beschwerdegegenstand dar.

#### 2. Nichtzulassungsbeschluss

Die B hat zudem gegen die Nichtzulassung der Revision die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 543 I Nr. 2 ZPO) eingelegt. Mit Beschluss wurde die Beschwerde durch das Revisionsgericht zurückgewiesen. Der Nichtzulassungsbeschluss stellt auch eine gerichtliche Entscheidung dar, die das Revisionszulassungsverfahren abschließt. Damit ist auch der Nichtzulassungsbeschluss tauglicher Beschwerdegegenstand.<sup>2</sup>

**Zwischenergebnis:** Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind damit zwei gerichtliche Entscheidungen; es liegt gleichwohl nur eine Verfassungsbeschwerde vor.

#### III. Beschwerdebefugnis

B müsste beschwerdebefugt sein. Hier ist zu prüfen, ob die von B gerügten Grundrechte verletzt sein können (1). Zudem müsste B geltend machen, durch den angefochtenen Hoheitsakt **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen zu sein (2).

#### 1. Grundrechtsverletzung

Fraglich ist, auf welche Grundrechte sich B überhaupt berufen kann. Vorliegend könnten sowohl die Grundrechte des Grundgesetzes als auch die Grundrechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verletzt sein.

<sup>1</sup> An diesem Punkt ergibt sich meist kein Problem. Bei Minderjährigen müssen Sie jedoch auf die Grundrechtsmündigkeit eingehen, also die Frage, ob der Beschwerdeführer seine Rechte auch selbstständig verteidigen kann oder sich vertreten lassen muss.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.09.2010 – 1 BvR 2649/06 = jurisbyhemmer.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 5 - Lösung - Seite 3

In Betracht kommt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Form des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG sowie die Verletzung des Persönlichkeitsrechts aus Art. 7 und Art. 8 GRCh.

Im Wege des **Anwendungsvorrangs** des Unionsrechts könnten ausschließlich die Unionsgrundrechte statt der Grundrechte die Beschwerdebefugnis begründen. Der Anwendungsvorrang führt zur einer Nichtanwendung der deutschen Grundrechte als Kontrollmaßstab im konkreten Anwendungsfall, lässt die Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes als solche jedoch unberührt.

Die ausschließliche Anwendung der Unionsgrundrechte ist die Konsequenz der Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die Europäische Union nach Art. 23 I S. 2 GG. Wenn die Union im Rahmen dieser Befugnisse Regelungen schafft, die in der gesamten Union gelten und **einheitlich angewendet** werden sollen, muss auch der bei der Anwendung dieser Regelungen zu gewährleistende Grundrechtsschutz einheitlich sein. Diesen einheitlichen Grundrechtsschutz gewährleistet die Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

**Anmerkung:** Das Ziel der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung darf somit nicht durch die Anwendung der verschiedenen Grundrechtsregime der Mitgliedstaaten konterkariert werden.

Entscheidend ist somit, ob es sich bei Art. 17 DSGVO um eine Regelung handelt, die in der gesamten Union gelten und einheitlich angewendet werden soll („**vollvereinheitlichte Regelung**“). Eine vollvereinheitlichte Regelung setzt damit einen vollvereinheitlichten Grundrechtsschutz durch die Unionsgrundrechte voraus.

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ist eine vollständig vereinheitlichte Regelung für alle Mitgliedstaaten. Mit ihr hat die Europäische Union in der Rechtsform der **Verordnung** (Art. 288 UAbs. 2 AEUV) in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Recht geschaffen, um so der verbliebenen unterschiedlichen Handhabung des Datenschutzrechts in den Mitgliedstaaten wirksamer entgegenzutreten.

**Anmerkung:** Gegenstand der Originalentscheidung des BVerfG<sup>3</sup> war noch das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Dieses deutsche Gesetz setzt eine europäische Richtlinie zum Datenschutz um. Das BVerfG musste deswegen zunächst klären, ob das BDSG und die zugrundeliegende Richtlinie vollvereinheitlichtes Unionsrecht darstellen. Das BVerfG hat sich jedoch auch zur DSGVO (anzuwenden ab dem 25. Mai 2018) geäußert und festgestellt, dass die DSGVO eine vollvereinheitlichte Regelung darstellt.

Bei der Anwendung unionsrechtlich vollständig vereinheitlichter Regelungen sind die Unionsgrundrechte im Wege des Anwendungsvorrangs alleiniger Prüfungsmaßstab.

**Anmerkung:** Anders ist es in Bereichen, die nicht vollständig vereinheitlicht und in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet sind. Hier prüft das BVerfG primär am Maßstab der Grundrechte, auch wenn daneben gleichzeitig die Unionsgrundrechte gelten. Nur wenn konkrete und hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Schutz des Grundgesetzes nicht ausreicht, behält sich das BVerfG eine ergänzende Prüfung der Unionsgrundrechte in diesen Fällen vor.

B beruft sich mit der Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung ihres Rechts auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit. B hat substantiiert geltend gemacht, dass sie durch die Bereitstellung des streitigen Links durch den beklagten Suchmaschinenbetreiber bei namensbezogenen Suchabfragen bis tief in ihr Privatleben hinein in der Gestaltung ihrer sozialen Kontakte beeinträchtigt sei. Sie rügt damit eine Verletzung ihrer – in diesem Fall allein anwendbaren – Unionsgrundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens und auf Schutz personenbezogener Daten nach Art. 7 und 8 GRCh.

**Anmerkung:** Da auch die Unionsgrundrechte primär die Funktion von subjektiven Abwehrrechten des Bürgers gegen den Staat haben und grundsätzlich nicht unmittelbar zwischen Privaten anwendbar sind, erscheint fraglich, ob B durch eine Entscheidung in einem **zivilrechtlichen Verfahren** überhaupt in ihren Unionsgrundrechten verletzt werden kann. Diese Frage konnte bereits im Rahmen der Beschwerdebefugnis angesprochen werden.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 = jurisbyhemmer.

*Um aber die Zulässigkeit nicht zu „überfrachten“, wird dieser Punkt ausführlich im Rahmen der Begründetheit geprüft. Dieser Aufbau orientiert sich an der Originalentscheidung des BVerfG.<sup>4</sup>*

### 2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert

Die mögliche Verletzung durch die Entscheidungen der deutschen Fachgerichte erfüllt unproblematisch die Kriterien selbst, gegenwärtig und unmittelbar, da B als Adressatin ohne weiteren Vollzugsakt schon und noch betroffen ist.

### IV. Auswirkung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts auf die Rolle des BVerfG

#### 1. Verwerfungsmonopol des EuGH?

Die Verwerfung von Unionsrecht ist allein dem EuGH vorbehalten. Hinsichtlich des Unionsrechts wendet das BVerfG deswegen die grundgesetzlichen Grundrechte nicht an, sondern verzichtet vielmehr ganz auf eine Grundrechtsprüfung. Die Grundrechtskontrolle wird insoweit den Fachgerichten in Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof überlassen. Eine entsprechende Verfassungsbeschwerde wäre unzulässig.

**Anmerkung:** Verknüpfen Sie Ihr Wissen aus dem Europa- und dem Verfassungsrecht:

- Für (formelle) Bundesgesetze besteht ein Verwerfungsmonopol des BVerfG (Art. 93 I Nr. 2, Art. 100 GG). Sinn und Zweck ist die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung im Bundesgebiet.

- Für das Unionsrecht hat der EuGH ein Verwerfungsmonopol (Art. 263 AEUV, Art. 267 AEUV). Sinn und Zweck ist die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung in der gesamten Europäischen Union.

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechungspraxis könnte auch die vorliegende Verfassungsbeschwerde unzulässig sein. Die dargestellte Rechtsprechungspraxis des BVerfG war jedoch auf Fallkonstellationen bezogen, in denen – mittelbar oder unmittelbar – die Gültigkeit von Unionsrecht selbst infrage stand. Es handelte sich um Fälle, in denen darüber zu entscheiden war, ob das BVerfG die Wirksamkeit entweder von bestimmten Entscheidungen oder Rechtsvorschriften der Union selbst oder aber von deutschen Normen, die zwingendes Unionsrecht innerstaatlich umsetzen, prüfen kann.

Vorliegend steht jedoch **nicht die Gültigkeit oder Wirksamkeit von Unionsrecht** in Frage, sondern die richtige Anwendung vollvereinheitlichten Unionsrechts im Lichte der für den Einzelfall konkretisierungsbedürftigen Grundrechte der Charta. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist insoweit die Kontrolle einer Entscheidung eines deutschen Fachgerichts im Hinblick darauf, ob es bei der ihm obliegenden Anwendung des Unionsrechts den hierbei zu beachtenden Anforderungen der Charta Genüge getan hat.

Das BVerfG hat die Aufgabe, einen **umfassenden Grundrechtsschutz** zu gewähren. Im Bereich der Anwendung vollständig vereinheitlichten Unionsrechts wird dieser Grundrechtsschutz durch eine Prüfung der Rechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nach Art. 94 I Nr. 4 a GG gewährleistet.

**Anmerkung:** Die Prüfungskompetenz des BVerfG für die Unionsgrundrechte folgt hier aus Art. 23 I GG in Verbindung mit den grundgesetzlichen Vorschriften über die Aufgaben des BVerfG im Bereich des Grundrechtsschutzes.

Auch die Unionsgrundrechte gehören heute zu dem gegenüber der deutschen Staatsgewalt durchzusetzenden Grundrechtsschutz. Sie sind nach Maßgabe des Art. 51 I GRCh innerstaatlich anwendbar und bilden zu den Grundrechten des Grundgesetzes ein **Funktionsäquivalent**. Eingebettet in einen ausformulierten Grundrechtskatalog haben sie ihrem Inhalt und normativen Anspruch nach für das Unionsrecht und dessen Auslegung heute eine weitgehend gleiche Funktion wie die deutschen Grundrechte für das Recht unter dem Grundgesetz.

Ohne Einbeziehung der Unionsgrundrechte in den Prüfungsmaßstab des BVerfG bliebe danach der Grundrechtsschutz gegenüber der fachgerichtlichen Rechtsanwendung nach dem heutigen Stand des Unionsrechts sonst unvollständig.

Es reicht insoweit auch nicht aus, die Fachgerichte unter der Perspektive der Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 I S. 2 GG)<sup>5</sup> nur daraufhin zu kontrollieren, ob sie ihren unionsrechtlichen Vorlagepflichten (Art. 267 UAbs. 3 AEUV) genügen.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 (Rn. 97) = jurisbyhemmer.

<sup>5</sup> Vgl. BVerfGE 147, 364 [378 f.] = NJW 2018, 686, Rn. 37 m.w.N.; BVerfGE 149, 222 = NJW 2018, 3223, Rn. 138 m.w.N.

Denn mit der Verfassungsbeschwerde ist eine umfassende Grundrechtskontrolle zugesagt, die auch die richtige Anwendung der Grundrechte im Einzelfall umfasst.

**Anmerkung:** Bisher war ein Grundrechtsschutz zumindest insoweit anerkannt, dass bei der Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 267 UAbs. 3 AEUV durch ein deutsches Fachgericht das BVerfG die Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 I S. 2 GG zu prüfen hat.

Die grundrechtliche Verantwortung der Fachgerichte erschöpft sich nicht in der Beachtung der Vorlageverpflichtung und damit der Vergeisserung über die unionsrechtlich zugrunde zu legenden Auslegungsgrundsätze. Vielmehr verbleibt ihnen auch, soweit die Auslegung der Grundrechte geklärt ist, **die Aufgabe, die Unionsgrundrechte im Einzelfall anzuwenden.** Bei der Anwendung des Fachrechts im Lichte der Grundrechte haben sie dabei in der Regel einen Ausgleich von Grundrechtspositionen zu suchen, der eine Abwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände verlangt und sich in jedem Fall anders stellt.

**Anmerkung:** Eine solche Einbeziehung der Unionsgrundrechte verbietet auch nicht der Wortlaut der Verfassung, insbesondere nicht Art. 94 I Nr. 4a GG. Zwar hat diese Vorschrift trotz ihrer offenen Formulierung von ihrer Entstehungsgeschichte her nur die Grundrechte des Grundgesetzes im Blick. Aus der dem BVerfG nach Art. 23 I S. 1 GG aufgetragenen Mitwirkung an der Anwendung von Unionsrecht im Rahmen der hiermit verbundenen Integrationsverantwortung folgt jedoch zugleich, dass Art. 94 I Nr. 4a GG insoweit auf Rügen einer Verletzung von Rechten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entsprechende Anwendung findet.<sup>6</sup>

### 2. Kooperationsverhältnis zwischen EuGH und BVerfG

Soweit das BVerfG die Grundrechte der Grundrechte-Charta als Prüfungsmaßstab anlegt, übt es seine Kontrolle in enger Kooperation mit dem EuGH aus.

Nach Art. 19 I UAbs. 1 S. 2 EUV, Art. 267 AEUV liegt die Zuständigkeit für die letztverbindliche Auslegung des Unionsrechts beim EuGH. Hierzu gehören auch die Auslegung der Grundrechte der Charta und die Entwicklung der aus

ihnen abzuleitenden Grundsätze für deren Anwendung. Demgegenüber betrifft die Prüfungskompetenz des BVerfG die richtige Anwendung der Unionsgrundrechte.

Eine Anwendung der Unionsgrundrechte kommt deshalb nur in Betracht, wenn der EuGH deren Auslegung bereits geklärt hat oder die anzuwendenden Auslegungsgrundsätze aus sich heraus offenkundig sind. Andernfalls sind die Fragen dem EuGH vorzulegen.

Die Anwendung der Unionsgrundrechte (Art. 7 und 8 GRCh) auf den vorliegenden Fall wirft keine Auslegungsfragen auf, die nicht schon aus sich heraus klar oder durch die Rechtsprechung des EuGH hinreichend geklärt sind.

### 3. Zwischenergebnis

Das BVerfG ist somit innerhalb dieses Kooperationsverhältnisses befugt, die gerichtlichen Entscheidungen auf die Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten zu kontrollieren, soweit sich hinsichtlich der Unionsgrundrechte keine Auslegungsfragen ergeben.

### V. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG i.V.m. Art. 94 II S. 2 GG

Nach § 90 II BVerfGG ist vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde grundsätzlich der Rechtsweg zu erschöpfen. Die Beschwerdeführerin muss demnach durch die Einlegung aller statthafter und zumutbaren Rechtsbehelfe versuchen, die Grundrechtsverletzung abzuwenden.

Unter Rechtsweg im Sinne von § 90 II BVerfGG ist der Weg gerichtlicher Nachprüfung des Hoheitsaktes einschließlich der Durchführung vorgeschriebener Vorschaltverfahren (z.B. Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO) und der Erhebung möglicher Rechtsmittel mit oder ohne Devolutiveffekt zu verstehen.

Da das OLG Karlsruhe die Revision nicht zugelassen hat und bereits erfolglos die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO) vor dem BGH eingelegt wurde, ist der Rechtsweg vorliegend erschöpft.

### VI. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Diese zusätzliche Zulässigkeitsvoraussetzung leitet das BVerfG aus § 90 II BVerfGG ab, wobei mittlerweile die Rechtswegerschöpfung meist als Unterfall der Subsidiarität gesehen wird.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 = jurisbyhemmer, Rn. 59.

**Anmerkung:** *Trotz dieser dogmatischen Grundlage empfiehlt es sich in Klausuren, die Rechtswegerschöpfung und die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde in zwei getrennten Gliederungspunkten zu prüfen. Es besteht sonst die Gefahr, dass der Eindruck entsteht, der Verfasser habe den Unterschied zwischen den beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen verkannt.*

1. Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde erfordert, dass der Beschwerdeführer über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus auch sonstige prozessuale Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.<sup>7</sup>
2. Danach ist eine Verfassungsbeschwerde nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer neben der Erschöpfung des Rechtswegs auch **alle ihm sonst zur Verfügung stehenden und zumutbaren verfahrensrechtlichen Möglichkeiten** zur Verhinderung der Grundrechtsverletzung ergriffen hat. Damit soll eine ausreichende Prüfung des Sachverhalts durch die Fachgerichte sowie eine Entlastung des BVerfG bewirkt werden, damit sich das Verfassungsgericht auf seine eigentliche Aufgabe des Verfassungsschutzes konzentrieren kann.

Google vertritt die Rechtsauffassung, dass B nicht alle rechtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft hat, weil B nicht auch den SWR auf Löschung des Beitrages verklagt habe. Fraglich ist, ob mit dieser Begründung die Verfassungsbeschwerde aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes unzulässig ist.

Das BVerfG hat die Auffassung vertreten, dass die Beschwerdeführerin nicht nach den erweiterten Anforderungen an die materielle Subsidiarität weitere Möglichkeiten ergreifen musste, um die gerügte Grundrechtsverletzung abzuwenden. Insbesondere musste sie vor der Inanspruchnahme des beklagten Suchmaschinenbetreibers nicht zuerst vom SWR als Inhaltenanbieter die Unterlassung der Verbreitung des streitgegenständlichen Transkripts des „Report-Stuttgart“-Beitrags verlangen. Die Bereitstellung des Beitrags im Internet durch den Inhaltenanbieter und sein Nachweis durch den Suchmaschinenbetreiber stellen **zwei verschiedene Maßnahmen** dar, die als je eigene

Datenverarbeitungsmaßnahmen grundrechtlich je für sich zu beurteilen sind.<sup>8</sup> Es gilt insoweit jedenfalls kein grundsätzliches Vorrangverhältnis, das dazu führte, dass Betroffene verfassungsprozessual eine Grundrechtsverletzung hinzunehmen hätten, weil sie stattdessen gegen eine andere vorgehen könnten. Unter den konkreten Gegebenheiten ist auch nicht ersichtlich, dass die B hier ihr Schutzbegehren einfacher hätte erreichen können.

### VII. Form und Frist der Beschwerde, §§ 23, 92 f. BVerfGG

Die Verfassungsbeschwerde müsste form- und fristgerecht vor dem BVerfG erhoben werden. Gemäß § 23 I BVerfGG ist ein „Antrag“ schriftlich beim BVerfG einzureichen und zu begründen.

Bei der Begründung sind gemäß § 92 BVerfGG das Recht, das verletzt sein soll, und die Handlung oder Unterlassung des Organs oder der Behörde, durch die sich die Beschwerdeführerin verletzt fühlt, zu bezeichnen.

Ebenso müsste die Monatsfrist des § 93 I BVerfGG eingehalten werden. Maßgeblich für den Fristbeginn ist wegen des grundsätzlichen Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung stets die letzte gerichtliche Entscheidung, die den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt bestätigt.

Der Ablehnungsbeschluss hinsichtlich der Nichtzulassungsbeschwerde wurde am 10.05.2025 zugestellt, § 93 I S. 2 BVerfGG. Die Verfassungsbeschwerde müsste demnach bis zum 10.06.2025 erhoben werden.

### VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der B ist zulässig.

#### B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde der B ist begründet, wenn sie durch die angefochtenen Hoheitsakte in ihren Unionsgrundrechten verletzt wurde.

#### I. Prüfungsmaßstab des BVerfG

Das BVerfG prüft nicht die richtige Anwendung des einfachen Rechts, sondern ist im Rahmen der Verfassungsbeschwerde auf eine Kontrolle der Beachtung der Grundrechte, hier der Unionsgrundrechte, beschränkt.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG, NVwZ 1989, 855; BVerfG, NJW 1998, 2663; BVerfG, NVwZ-RR 2011, 231 = **Life&LAW 07/2011, 507** = **juris**byhemmer.

<sup>8</sup> Vgl. EuGH, NJW 2014, 2257, Rn. 35 ff. und 83 ff. – Google Spain; EuGH, NJW 2019, 3503, Rn. 36 f. – GC u.a.; EuGH, NJW 2019, 3499, Rn. 44 – Google [Portée

territoriale]; s. auch BGHZ 217, 350 [368 f.] = NJW 2018, 2324, Rn. 45.

<sup>9</sup> Vgl. zu den hier betroffenen Grundrechten BVerfGE 7, 198 [205 ff.] = NJW 1958, 257; BVerfGE 85, 1 [13] = NJW 1992, 1439; BVerfGE 114, 339 [348] = NJW 2006, 207; st. Rspr.

Demnach prüft das BVerfG vorliegend nicht die richtige Anwendung der DSGVO (Art. 17 DSGVO). Zu prüfen ist allein, ob die Fachgerichte den Grundrechten der Charta hinreichend Rechnung getragen und zwischen ihnen einen vertretbaren Ausgleich gefunden haben.

Würde das BVerfG im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen diese auf das einfache Recht hin überprüfen, führte dies lediglich zu einer Erweiterung des Instanzenzuges. Eine solche „**Superrevisionsinstanz**“ soll das BVerfG aber gerade **nicht** darstellen.

Der Prüfungsmaßstab beschränkt sich daher auf die Verletzung der „**spezifischen Unionsgrundrechte**“.

### II. Auswirkungen der Unionsgrundrechte auf das Privatrecht

B wendet sich gegen eine zivilgerichtliche Entscheidung in einem Rechtsstreit zwischen ihr und dem beklagten Suchmaschinenbetreiber. Das OLG Karlsruhe hat die angegriffene Entscheidung im Wesentlichen auf Art. 17 DSGVO gestützt. Die Bestimmungen der DSGVO als vollständig vereinheitlichtes Unionsrecht sind im Lichte der Charta auszulegen.<sup>10</sup>

Wie die Grundrechte des Grundgesetzes gewährleisten auch die Grundrechte der Charta nicht nur Schutz im Staat-Bürger-Verhältnis, sondern auch in privatrechtlichen Streitigkeiten.<sup>11</sup>

**Anmerkung:** Eine Lehre der „mittelbaren Drittwirkung“,<sup>12</sup> wie sie das deutsche Recht kennt, wird der Auslegung des Unionsrechts dabei nicht zugrunde gelegt. Im Ergebnis kommt den Unionsgrundrechten für das Verhältnis zwischen Privaten jedoch eine **ähnliche Wirkung** zu. Die Grundrechte der Charta können **einzel-**fallbezogen in das Privatrecht hineinwirken.

Dies gilt insbesondere auch für die Art. 7 und Art. 8 GRCh, die der EuGH, unabhängig von der Rechtsnatur der zugrunde liegenden Streitigkeit, wiederholt für die Auslegung des unionsrechtlichen Fachrechts herangezogen hat.

Auf der Basis des maßgeblichen Fachrechts sind dabei die Grundrechte der einen Seite mit **entgegenstehenden Grundrechten der anderen Seite in Ausgleich zu bringen**.<sup>13</sup> Entsprechend der gleichberechtigten Freiheit, in der sich Datenverarbeiter und Betroffene privatrechtlich gegenüberstehen, bestimmt sich der Schutz der Grundrechte nach Maßgabe einer Abwägung.

### III. Überprüfung der Würdigung des Fachgerichts

Das BVerfG überprüft die fachgerichtlichen Entscheidungen darauf, inwieweit den Garantien der Grundrechte-Charta hinreichend Rechnung getragen wurde. Dazu ist zunächst zu bestimmen, welche Unionsgrundrechte miteinander abgewogen werden müssen. Im Anschluss ist zu überprüfen, ob die Fachgerichte die Würdigung der Unionsgrundrechte vertretbar innerhalb ihres Wertungsrahmens durchgeführt haben.

#### 1. Bestimmung der abzuwägenden Grundrechte

##### a) Unionsgrundrechte der A

Aufseiten der A sind die Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 7 GRCh und auf Schutz personenbezogener Daten aus Art. 8 GRCh in die Abwägung einzustellen.

Art. 7 GRCh begründet das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie der Kommunikation, Art. 8 GRCh das Recht auf Schutz personenbezogener Daten. Die Gewährleistungen der Art. 7 und 8 GRCh sind dabei eng aufeinander bezogen. Jedenfalls soweit es um die Verarbeitung personenbezogener Daten geht, bilden diese beiden Grundrechte eine einheitliche Schutzverbürgung.<sup>14</sup> Das gilt insbesondere für den Schutz Betroffener vor Nachweisen einer Suchmaschine.<sup>15</sup>

Art. 7, 8 GRCh schützen vor der Verarbeitung personenbezogener Daten und verlangen die „Achtung des Privatlebens“.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH, NZA 2011, 1409, Rn. 40 ff. – ASNEF und FECEMD; EuGH, NJW 2014, 2257, Rn. 68 – Google Spain; EuGH, EuZW 2015, 234 = Rn. 29 – Ryneš; Vedsted-Hansen in Peers/Hervey/Kenner/Ward, The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Rn. 7.72A.

<sup>11</sup> Vgl. EuGH, NJW 2008, 743, Rn. 65 ff. – Promusicae; EuGH, EuZW 2015, 747, Rn. 33 ff. = NJW 2015, 3158 Ls. – Coty Germany.

<sup>12</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2020, 300, Rn. 76 f.

<sup>13</sup> Vgl. EuGH, NJW 2008, 743, Rn. 68 – Promusicae; EuGH, EuZW 2009, 108, Rn. 53 – Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia.

<sup>14</sup> Vgl. zuletzt EuGH, EuZW 2010, 939, Rn. 47 – Volker und Markus Schecke und Eifert; EuGH, NZA 2011, 1409, Rn. 40 u. 42 – ASNEF und FECEMD.

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, NJW 2014, 2257, Rn. 69 u. 80 – Google Spain; EuGH, NJW 2019, 3503, Rn. 44 – GC u.a.; EuGH, NJW 2019, 3499, Rn. 45 – Google [Portée territoriale].

Unter personenbezogenen Daten werden dabei – wie nach dem Verständnis des deutschen Verfassungsrechts zu Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG – alle Informationen verstanden, die eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person betreffen.<sup>16</sup> Demnach ist das Recht auf Achtung des Privatlebens nicht eng zu verstehen und beschränkt sich insbesondere nicht auf höchstpersönliche oder besonders sensible Sachverhalte. Insbesondere wird die geschäftliche und berufliche Tätigkeit hiervon nicht ausgeschlossen.

Art. 7, 8 GRCh schützen damit die selbstbestimmte Persönlichkeitsentfaltung gegenüber der Datenverarbeitung Dritter und sind vorliegend anwendbar.

### b) Unionsgrundrechte auf Seiten von Google

Aufseiten des beklagten Suchmaschinenbetreibers ist zunächst das Recht auf **unternehmerische Freiheit** aus **Art. 16 GRCh** einzustellen.

Die unternehmerische Freiheit gewährleistet die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen durch das Angebot von Waren und Dienstleistungen. Der durch Art. 16 GRCh gewährte Schutz umfasst die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb.<sup>17</sup>

Der beklagte Suchmaschinenbetreiber fällt auch in den persönlichen Schutzbereich des Art. 16 GRCh. Die Unionsgrundrechte schützen grundsätzlich nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen. Für die unternehmerische Freiheit folgt dies bereits aus dem Wortlaut, der auf „Unternehmen“ abstellt, die typischerweise als juristische Personen organisiert sind. Dem Schutz des Art. 16 GRCh steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte eine juristische Person mit Sitz außerhalb der Europäischen Union ist: Die Grundrechte der Grundrechte-Charta gelten grundsätzlich für Inländer und Ausländer gleichermaßen und machen insoweit auch für juristische Personen keinen Unterschied.<sup>18</sup>

Die Rechtslage unterscheidet sich insoweit von der innerstaatlichen Rechtslage nach Art. 19 III GG.<sup>19</sup>

Demgegenüber kann sich Google für die Verbreitung von Suchnachweisen **nicht** auf die **Freiheit der Meinungsäußerung aus Art. 11 GRCh** berufen. Zwar sind die von ihm angebotenen Suchdienste und die von ihm hierfür verwendeten Mittel zur Aufbereitung der Suchergebnisse nicht inhaltsneutral, sondern können auf die Meinungsbildung der Nutzer erheblichen Einfluss ausüben. Jedoch bezwecken diese Dienste nicht die Verbreitung bestimmter Meinungen. Darauf beruft sich auch der Suchmaschinenbetreiber selbst nicht. Nach seinem Vorbringen sind sie allein darauf ausgerichtet, potenzielle Interessen der Nutzer unabhängig von bestimmten Meinungen möglichst weitgehend zu befriedigen und so seine Dienstleistung im wirtschaftlichen Interesse des Unternehmens möglichst attraktiv zu gestalten.

Einzustellen sind jedoch die von einem solchen Rechtsstreit möglicherweise unmittelbar betroffenen Grundrechte Dritter und damit vorliegend **die Meinungsfreiheit der Inhalteanbieter (Art. 11 GrCh)**. In dem Rechtsstreit, ob einem Suchmaschinenbetreiber die Bereitstellung bestimmter Suchnachweise zu untersagen ist, wird die Frage einer möglichen Grundrechtsverletzung des Art. 11 GRCh gegenüber dem Inhalteanbieter als Äußerndem oftmals mit berührt. Wird Google gegen seinen Willen verboten, die von einem Inhalteanbieter bereitgestellten Beiträge zu verbreiten, liegt in einem solchen Verbot zugleich eine eigenständige Einschränkung der Freiheit des Inhalteanbieters als Äußerndem aus Art. 11 GRCh. Denn diesem wird dadurch ein bereitstehender Dienstleister genommen und so in Teilen zugleich ein wichtiges Medium für die Verbreitung seiner Berichte.

Der Bericht fällt auch sachlich unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Er stellt keine bloße Schmäherung dar.

<sup>16</sup> Vgl. EuGH, EuZW 2010, 939 Rn. 52 = NJW 2011, 1338 Ls.– Volker und Markus Schecke und Eifert; EuGH, NZA 2011, 1409, Rn. 42 – ASNEF und FECEMD; für das Grundgesetz vgl. BVerfGE 150, 244 [265] = NJW 2019, 827, Rn. 40 mwN.

<sup>17</sup> Vgl. EuGH, BeckRS 2013, 81980, Rn. 25 – Schaible; Eversson/Correia Gonçalves in Peers/Hervey/Kenner/Ward, Rn. 16.34 ff. Hierzu gehört auch das Angebot von Suchdiensten (vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2014:317 = NJW 2014, 2257, Rn. 81 u. 97 – Google Spain; High Court of Justice [Queen's Bench Division], Entsch. v. 13.04.2018, [2018] EWHC 799 [QB], Rn. 34.

<sup>18</sup> Vgl. EuGH, EuZW 1996, 595, Rn. 21 ff. – Bosphorus/Minister for Transport, Energy and Communications; EuG, ECLI:EU:T:2013:397 = BeckRS 2013, 81654, Rn. 70 – Bank Melli Iran/Rat; EuG, ECLI:EU:T:2015:235 = BeckRS 2016, 81567, Rn. 58 – Bank of Industry and Mine/Rat; dazu auch Sasse, EuR 2012, 628 [636 ff.]; Jarass in ders., GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 51, Rn. 52.

<sup>19</sup> Zur Grundrechtsberechtigung ausländischer privater Unternehmen, allerdings nur solcher mit Sitz in der Europäischen Union, vgl. BVerfGE 129, 78 [94 ff.] = NJW 2011, 3428.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 5 - Lösung - Seite 9

Auch wenn der Titel „Die fiesen Tricks der Arbeitgeber“ im Rahmen eines personenbezogenen Suchnachweises ein negatives Bild der B hervorrufen mag, liegt hierin ersichtlich keine von vornherein unzulässige Schmähung. Das ist nur der Fall, wenn es ohne Sachbezug allein um die Verunglimpfung der Person geht. Davon kann hier keine Rede sein. Vielmehr steht der Beitrag in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Auseinandersetzung der B als Geschäftsführerin einer Arbeitgeberin mit der Belegschaft. Der Beitrag unterfällt damit ohne Zweifel als Werturteil der Meinungsfreiheit.

**Anmerkung:** Beachtet werden muss vorliegend, dass der SWR Teil des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist. Die Unionsgrundrechte dienen – wie die deutschen Grundrechte – zunächst dem Schutz des Bürgers gegen Eingriffe des Staates. Niemand kann aber gleichzeitig Träger und Schützer von Grundrechten sein (Konfusionsargument). Daher kann der Staat selbst keine Grundrechte geltend machen. Eine Ausnahme gilt von diesem Grundsatz jedoch u.a. für Rundfunkanstalten im Hinblick auf Art. 5 I S. 2 GG bzw. im Hinblick auf Art. 11 GRCh.<sup>20</sup>

In die Abwägung sind ebenfalls die **Zugangsinteressen der Internetnutzer** zu beachten.<sup>21</sup> Der EuGH verlangt insoweit die Berücksichtigung des Interesses einer breiten Öffentlichkeit am Zugang zu Information als Ausdruck des in Art. 11 GRCh verbürgten Rechts auf freie Information. Rechnung zu tragen ist dabei auch der Rolle, die der Presse in einer demokratischen Gesellschaft hierbei zukommt. Insoweit stehen allerdings nicht individuelle Rechte der Nutzerinnen und Nutzer aus Art. 11 GRCh auf Informationszugang zu der konkret betroffenen Internetseite infrage, sondern die Informationsfreiheit als im Wege der Abwägung zu berücksichtigendes Prinzip, dem bei der Einschränkung des Art. 16 GRCh Rechnung zu tragen ist.

### 2. Grundrechtsabwägung

Für die Beurteilung des Schutzbegehrens gegenüber einem Suchmaschinenbetreiber kommt es danach auf **eine umfassende Abwägung** der sich gegenüberstehenden Grundrechte der durch den Nachweis betroffenen Person und des Suchmaschinenbetreibers an, einschließlich der Grundrechte des Inhabers und des Informationsinteresses der Öffentlichkeit.

Bei der Abwägung ist das Gewicht allein der wirtschaftlichen Interessen des Suchmaschinenbetreibers grundsätzlich nicht hinreichend schwer, um den Schutzanspruch Betroffener zu beschränken.<sup>22</sup> Demgegenüber haben das Informationsinteresse der Öffentlichkeit sowie vor allem die Meinungsfreiheit des durch die Entscheidung belasteten, insoweit grundrechtsberechtigten Inhabers als unmittelbar mitbetroffenes Grundrecht größeres Gewicht.

Mit Blick auf die gegenläufigen Grundrechtspositionen gilt im vorliegenden Fall **keine Vermutung eines Vorrangs des Schutzes des Persönlichkeitsrechts**, sondern die sich gegenüberstehenden Grundrechte sind gleichberechtigt miteinander abzuwägen. Ebenso wenig wie Einzelne gegenüber den Medien einseitig darüber bestimmen können, welche Informationen im Rahmen der öffentlichen Kommunikation über sie verbreitet werden, haben sie eine solche Bestimmungsmacht gegenüber den Suchmaschinenbetreibern.

### 3. Überprüfung der Würdigung des Fachgerichts

Das Fachgericht muss somit die gegenläufigen Unionsgrundrechte in einen gerechten Ausgleich bringen. Hierbei waren die verschiedenen Kriterien des Einzelfalls zu berücksichtigen.

**Anmerkung:** Diese Abwägung entspricht der praktischen Konkordanz: Die widerstrebenden Verfassungsgüter sollen zu einem bestmöglichen Ausgleich gebracht werden, so dass keines der Verfassungsgüter vollständig zurücktritt.

#### a) Auffindbarkeit

Zu Recht stellt das OLG zunächst auf die Kriterien ab, die für die Zulässigkeit der Ausstrahlung des in Streit stehenden Beitrags des SWR und dessen weitere Bereitstellung im Netz gegenüber der B entscheidend sind. Zutreffend berücksichtigt es hierbei auch die Auffindbarkeit des Beitrags durch Suchmaschinen, insbesondere auch mittels namensbezogener Abfragen.

#### b) Betroffene Sphäre

Im Zentrum des allgemeinen Persönlichkeitsrechts steht die Selbstbestimmung. Sie kann auf unterschiedlichen Ebenen betroffen sein.

<sup>20</sup> Vgl. zur Grundrechtsberechtigung vom Staat unabhängiger öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten EuGH, EuZW 2012, 635, Rn. 12, 57 – DR und TV2 Danmark [für Art. 16 GRCh]; Jarass in ders., Art. 11, Rn. 19 [für Art. 11 II GRCh].

<sup>21</sup> So bereits EuGH, NJW 2014, 2257, Rn. 81 – Google Spain.

Die konkrete Zuordnung erfolgt im Wege der Einzelfallbetrachtung unter Würdigung der Gesamtumstände. Zur Konturierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird auf die sog. **Sphärentheorie** zurückgegriffen.

**Anmerkung:** Die höchste Schutzintensität genießt wegen der besonderen Nähe zur Menschenwürde die **Intimsphäre**. Die **Privatsphäre** umfasst den engeren persönlichen Lebensbereich, insbesondere innerhalb der Familie. Im Gegensatz zur Intimsphäre weist die Privatsphäre bereits einen signifikanten Sozialbezug auf, die sie rechtlicher Regelung zugänglich macht.<sup>23</sup> Die **Sozialsphäre** umfasst die gesamte Teilnahme des Grundrechtsträgers am öffentlichen Leben; sie ist naturgemäß weit.

Der Beitrag über die praktische Wirksamkeit des Kündigungsschutzes befasst sich mit einem Thema von allgemeinem Interesse. Der Beitrag bezieht sich auf ein in die Gesellschaft hineinwirkendes Verhalten der B und des von ihr geführten Unternehmens, nicht aber allein auf ihr Privatleben. Der Beitrag selbst greift somit **nur in die Sozialsphäre** der B ein. Die Auffindbarkeit und Zusammenführung von Informationen mittels namensbezogener Suchabfragen führt heutzutage jedoch dazu, dass für deren Auswirkungen zwischen Privat- und Sozialsphäre kaum mehr zu unterscheiden ist. Deswegen ist aus der Kombination des Beitrages mit der Auffindbarkeit **auch von einem Eingriff in die Privatsphäre** auszugehen. Eingriffe sind in dieser Sphäre nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit zulässig.

### c) Zustimmung zur Ausstrahlung

Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass die B zu dem Interview, das Gegenstand des streitigen Beitrags war, ihre Zustimmung gegeben hatte. Zwar kommt es bei der Beurteilung der Bedeutung einer solchen Zustimmung auch auf die Umstände an, unter denen diese erteilt wird. Vorliegend erteilte B die Einwilligung ohne unzumutbaren Druck als bewussten Schritt in die Öffentlichkeit und wurde dabei nicht von den Journalisten getäuscht oder „überrumpelt“.

### d) Zeitfaktor und öffentliches Interesse

Das OLG hat auch den Zeitfaktor in seine Abwägung eingestellt und geprüft, ob die Weiterverbreitung des Beitrags auch unter Namensnennung angesichts der inzwischen verstrichenen Zeit noch gerechtfertigt ist. Der Zeitablauf kann sowohl das Gewicht des öffentlichen Interesses als auch das der Grundrechtsbeeinträchtigung modifizieren.

Auf der einen Seite wurde berücksichtigt, dass an dem Thema ein fortdauerndes öffentliches Interesse besteht. Zutreffend erkennt das OLG Karlsruhe, dass der Gesichtspunkt der „Zweckerreichung“ in Bezug auf die Verbreitung von Beiträgen, die der öffentlichen Meinungsbildung dienen, in der Regel kein geeignetes Kriterium ist, um die Dauer ihrer rechtmäßigen Verbreitung zu bestimmen. Denn bei solchen Beiträgen stützt sich die Verbreitung nicht auf eine spezifische Erlaubnis für einen bestimmten Zweck, sondern wurzelt in den Kommunikationsfreiheiten und dem sich hieraus ergebenden Recht, Zwecke der Kommunikation selbst setzen, ändern oder in Bezug auf das weitere Kommunikationsgeschehen auch offenlassen zu können.

Auf der anderen Seite hat das Gericht nicht ausgeschlossen, dass durch Zeitablauf die identifizierende Verbreitung solcher Beiträge durch Suchmaschinen unzumutbar und damit unzulässig werden kann. Es erkennt vielmehr, dass die belastende Wirkung der Verbreitung kritischer Beiträge zum Verhalten einzelner Personen im Laufe der Zeit – insbesondere, wenn die Beiträge auf namensbezogene Abfrage hin auch viele Jahre später noch prioritär kommuniziert werden – für die Betroffenen erheblich wachsen und immer weniger gerechtfertigt sein kann. Damit trägt es der grundlegenden Bedeutung, die die Chance eines In-Vergessenheit-Gerats belastender Informationen für die freie Persönlichkeitsentfaltung hat, vom Grundsatz her Rechnung.

### e) Abwägung

Der Eingriff in die Sozial- und Privatsphäre ist durch ein hier noch fortdauerndes, wenn auch mit der Zeit abnehmendes öffentliches Informationsinteresse gerechtfertigt. Weil sich der Beitrag selbst nur auf die Sozialsphäre bezieht, muss B diesbezüglich die belastende Wirkung weitergehend hinnehmen als gegenüber Beiträgen über ihr privates Verhalten.

<sup>23</sup> BVerfGE 80, 367, 374.

Der Beitrag ist zudem von der Meinungsfreiheit aus Art. 11 GRCh umfasst und grenzt nicht an eine Schmähkritik.

Zurecht sieht das OLG Karlsruhe damit einen Anspruch auf Auslistung im vorliegenden Fall als – jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt – noch nicht gegeben an. Das OLG Karlsruhe hat auch zurecht darauf abgestellt, dass die B mit dem Interview selbst in die Öffentlichkeit getreten ist, an dem Thema ein fortdauerndes öffentliches Interesse besteht, sie nach wie vor als Geschäftsführerin unternehmerisch tätig ist und der Zeitraum von sieben Jahren in Bezug auf die fortdauernde Aktualität des Themas nicht übermäßig lang ist.

Diese Entscheidung trägt den Garantien der Grundrechte-Charta hinreichend Rechnung; es lässt eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von Bedeutung und Tragweite der berührten Grundrechte nicht erkennen und ist als fachrechtlich vertretbar vom BVerfG nicht zu beanstanden.

- C. Ergebnis:** Im Ergebnis hält sich die angegriffene Entscheidung damit im fachgerichtlichen Wertungsrahmen. Die Verfassungsbeschwerde wäre folglich nicht erfolgreich.

**Anmerkung:** Die Entscheidungen des BVerfG zum Recht auf Vergessen I und II werden teilweise als Weiterentwicklung der Solange II - Rechtsprechung des BVerfG gesehen. Bisher galt bei einem potentiellen Verstoß von Sekundärrecht gegen deutsche Grundrechte die Solange II - Rechtsprechung.<sup>24</sup> Solange die Europäische Union einen wirksamen Grundrechtsschutz generell gewährleistet, der dem vom deutschen Gesetzgeber gewährleisteten Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, prüft das BVerfG nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte. Eine Überprüfung durch das BVerfG war demnach nur ausnahmsweise möglich bei einem generellen Absinken des Grundrechtsschutzes auf Unionsebene, im Rahmen einer ultra-vires-Kontrolle sowie durch den Identitätsvorbehalt. Die Entscheidungen des BVerfG zum Recht auf Vergessen erweitern die Prüfungsmöglichkeiten des BVerfG.

**Hinweis:**

*Auch im Zivilrecht, etwa im Rahmen einer Klage auf Unterlassen i.S.d. § 1004 BGB, kann das „Recht auf Vergessen“ abgeprüft werden.*

*Vgl. aktuelle Rspr.: Urt. v. 23.05.2023, Az. VI ZR 476/18*

<sup>24</sup> BVerfGE v. 22.10.1986, 2 BvR 197/83.

## Lösung Fall 6

### ÜBERSICHT

#### A) Zulässigkeit der Vorlage

1. Zuständigkeit  
EuGH nach Art. 256 I S. 1 AEUV (Art. 256 III AEUV (-))
2. Vorlageberechtigung  
LG und Handelsgericht Wien (+)
3. Vorlagegegenstand  
Grds. gesamtes Unionsrecht; hier Problem der unzulässigen Frage nach Vereinbarkeit nat. Rechts mit Unionsrecht; aber: Auslegung des Antragsgegenstandes möglich
4. Vorlagebefugnis (= Entscheidungserheblichkeit)  
(+), Ausgang der Verfahren hängt von Entscheidung des EuGH ab
5. **Ergebnis:** Vorlagen sind zulässig

#### B) Beantwortung der Vorlagefragen

##### Zur ersten Frage

#### I. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (+)

#### II. Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit

⇒ Eröffnung des Anwendungsbereiches

Ziel ist Schutz des Handels innerhalb der Union; Unionsware Art. 28 II, 29 AEUV (+); grenzüberschreitend (+)

#### III. Staatliche Maßnahme

Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen? Nach Dassonville-Formel eigentlich (+), doch Einschränkung durch Keck-Urteil

⇒ Hier (-), lediglich Verkaufsmodalität, welche für inländische und ausländische Produkte gilt und ausländische rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise berührt

⇒ Auch nach neuer Keck-Formel kein Verstoß gegen Art. 34 AEUV

#### IV. Ergebnis: kein Verstoß gegen Art. 34 AEUV

##### Zur zweiten Frage

#### I. Anwendbarkeit (+), s.o.

#### II. Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit

(+), Zeitschriften sind grenzüberschreitende Unionswaren

#### III. Staatliche Maßnahme

Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen? Nach Dassonville-Formel eigentlich (+), doch Einschränkung durch Keck-Urteil?

Hier (-), auch Inhalt der Zeitschrift betroffen, daher also keine bloß vertriebsbezogene, sondern eine zugleich produktbezogene Regelung

⇒ Zugleich versteckte Diskriminierung

⇒ Gleiches Ergebnis nach neuer Keck-Formel

Zwischenergebnis: rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in Art. 34 AEUV (+)

#### IV. Rechtfertigung des Eingriffs

#### 1. Geschriebene Rechtfertigungsgründe, Art. 36 AEUV

(-), in Art. 36 S. 1 AEUV erfasste Ziele greifen nicht ein

#### 2. Schranken zugunsten Unionsinteressen

Rechtfertigung nach Cassis-Formel?

⇒ Cassis-Formel nach h.M. auch auf versteckte Diskriminierungen anwendbar

#### a) Anerkannter Rechtfertigungsgrund

Zwingendes Erfordernis in Aufrechterhaltung der Medienvielfalt zu sehen

#### b) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Voraussetzung: geeignet, erforderlich, angemessen

⇒ Milderer Mittel durch Begrenzung des Höchstgewinns möglich

#### V. Ergebnis: Verstoß gegen Art. 34 AEUV

### LÖSUNG

#### A) Zulässigkeit der Vorlage

**Anmerkung:** Dem Vorabentscheidungsverfahren ähnelt im deutschen Recht am ehesten das Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG. Orientieren Sie sich bei der Ableitung der Zulässigkeitsvoraussetzungen aus dem Gesetzestext also ruhig an diesem Verfahren.<sup>1</sup>

#### 1. Zuständigkeit

Zuständig für Vorabentscheidungsverfahren ist ausschließlich der EuGH, da dieses Verfahren in Art. 256 I S. 1 AEUV nicht dem Gericht übertragen wird. Von der Möglichkeit des Art. 256 III AEUV ist bisher kein Gebrauch gemacht worden.

#### 2. Vorlageberechtigung

Vorlageberechtigt ist gemäß Art. 267 II AEUV jedes Gericht eines Mitgliedstaates. Dieser Begriff ist unionseinheitlich autonom auszulegen.

Gericht eines Mitgliedstaates ist ein

- zur Entscheidung in Rechtsstreitigkeiten berufener Spruchkörper,
- der sachlich unabhängig
- in einem rechtsstaatlich geordneten streitigen Verfahren entscheidet;
- dessen Entscheidungen nach der Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaates bindende Kraft zukommt.

Auf eine Einbindung in das innerstaatliche reguläre Gerichtssystem kommt es hingegen nicht an.<sup>2</sup> Allerdings ist, insbesondere wenn es um die Frage geht, ob Schiedsgerichte als Gericht i.d.S. angesehen werden können, die Einbindung in das innerstaatliche Rechtssystem maßgeblich, also:

- Zuständigkeitsverweisung kraft hoheitlicher Regelung;
- Mitwirkung des Staates bei Errichtung des Gerichts und Ausgestaltung der Verfahrensordnung.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Als Einstiegsliteratur zum Vorabentscheidungsverfahren eignen sich sehr gut Wernmann/Behrmann, Jura 2006, 181 und Schröder, EuR 2011, 808. Siehe auch: **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 683 ff.**

<sup>2</sup> Vgl. EuGH, NJW 1997, 3365 (Dorsch Consulting) = **jurisbyhemmer**; hier wurde der Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes als vorlageberechtigt angesehen.

<sup>3</sup> Vgl. EuGH, Beschluss vom 13.02.2014, C-555/13 = **jurisbyhemmer** zur Vorlageberechtigung von Schiedsgerich-

Staatliche Gerichte erfüllen stets diese Voraussetzungen. Das LG ist also ebenso wie das Handelsgericht Wien vorlageberechtigt.<sup>4</sup>

#### 3. Vorlagegegenstand

Die Vorlagefrage ist nur dann zulässiger Vorlagegegenstand, wenn sich die Frage auf eine der in Art. 267 I lit. a) und b) AEUV festgelegten Gegenstände bezieht.

In Betracht kommt hier nur die Auslegung von (primärem) Vertragsrecht der Union, da im zugrundeliegenden Verfahren keine Handlung der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der EU i.S.v. lit. b) im Streit steht. Unter das primäre Vertragsrecht fällt nicht nur das geschriebene, sondern das gesamte Primärrecht.

Keinesfalls vorlagefähig ist das nationale Recht. Fragen nach der Vereinbarkeit einer konkreten nationalen Norm mit dem Unionsrecht sind somit unzulässig. „Auslegung“ i.S.d. Art. 267 I lit. a) AEUV meint nur die generalisierende Deutung einer Norm oder Handlung. Der AEUV geht insoweit eindeutig von einer klaren Trennung der Aufgaben der staatlichen Gerichte und des Gerichtshofs aus.

Der Gerichtshof ist demnach im Verfahren der Vorabentscheidung nicht dazu berufen, über die Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Regelung mit den Verträgen zu entscheiden.<sup>5</sup>

- a) Hier haben beide nationalen Gerichte dies nicht beachtet, indem sie unzulässigerweise die Frage nach der unionsrechtlichen Vereinbarkeit von nationalem Recht gestellt haben.
- b) Dennoch sind deshalb die Vorlagen nicht zwingend unzulässig, wenn die Fragen einer Auslegung zugänglich sind, die ihnen einen zulässigen Inhalt geben.

Der Gerichtshof ist nämlich dazu befugt, aus einer unvollkommen gefassten Frage des staatlichen Gerichts diejenigen Fragen herauszuschälen, welche die Auslegung des Vertrages betreffen.<sup>6</sup>

ten; kein Gericht i.S.d. § 267 AEUV sind auch Verwaltungsbehörden, deren Zuständigkeit jederzeit durch eine höhere Verwaltungsebene entzogen werden kann, vgl. für den Fall der europäischen Wettbewerbsbehörde EuGH, C- 53/03, Slg. 2005, I- 4609, Rn. 35 f. - Synetairismos Farmakopoion = **jurisbyhemmer**.

<sup>4</sup> Grundsätzlich liegt es in der Beurteilung des vorliegenden Gerichts, ob eine Vorlagefrage gestellt werden soll. Das Vorlagerecht wird gem. Art. 267 III AEUV zur Vorlagepflicht, wenn die Entscheidung selbst nicht mehr mit Mitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden könnte. So kann u.U. auch ein Amtsgericht eine Vorlagepflicht treffen.

<sup>5</sup> EuGH, Slg. 1964, 1251 (1268), „Costa/ENEL“ = **jurisbyhemmer**.

<sup>6</sup> EuGH, a.a.O., 1268 a.E.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 6 - Lösung - Seite 3

In diesen Fällen hat der Gerichtshof häufig aus der Frage nach der Unvereinbarkeit einer staatlichen Maßnahme mit den Verträgen die Klärung der Auslegung des Vertragsrechts im Hinblick auf einen sozusagen abstrakten Konflikt mit etwaigem innerstaatlichem Recht herausgelesen.

**Anmerkung:** Mit Hilfe dieses prozessualen „Tricks“ hat sich der Gerichtshof vor allem in den Anfangszeiten seiner Tätigkeit über unkorrekte und oft nachlässig formulierte Anträge hinweghelfen können, die sich vor allem aus einer mangelnden Kenntnis der Vertragsvorschriften ergaben.

Dies hat sich zwar inzwischen zumindest leicht gebessert. Die nationalen Gerichte sind zudem seitens des Gerichtshofs angehalten, den Antrag mit einer genauen Schilderung der Situation im Ausgangsverfahren zu untermauern.

Auf schlampig formulierte Vorlagefragen antwortet der Gerichtshof in der Einleitung seines Urteils mittlerweile in ständiger Rechtsprechung mit der etwas süffisanten Formulierung: „Das vorliegende Gericht möchte in Wirklichkeit wissen, ob ...“.

- c) Der EuGH kann im Fall des LG die Frage derart umformulieren, dass das vorliegende Gericht wissen möchte, ob der Art. 34 AEUV dahingehend auszulegen ist, dass er der Anwendung der Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaates entgegensteht, die einem Unternehmen, das Waren nach Katalog oder Verkaufsprospekt im Versand vertreibt, die Werbung in Verkaufsprospekten verbietet, bei der mit blickfangmäßiger Herausstellung des neuen Preises auf einen früheren, höheren Preis Bezug genommen wird.<sup>7</sup>
- d) Das Handelsgericht Wien möchte mit seiner Frage wissen, ob Art. 34 AEUV dahin auszulegen ist, dass er der Anwendung der Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaates entgegensteht, die es einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedsstaat untersagt, die periodisch erscheinende Zeitschrift im Mitgliedstaat zu vertreiben, wenn darin Preisrätsel oder Gewinnspiele enthalten sind.

So ausgelegt beziehen sich die Vorlagefragen also auf den zulässigen Vorlagegegenstand der Auslegung von Art. 34 AEUV.

### 4. Vorlagebefugnis (= Entscheidungserheblichkeit)

Die Vorabentscheidung müsste außerdem gem. Art. 267 II (HS 2) AEUV für das fragliche Verfahren vor dem nationalen Gericht erheblich sein, d.h. das Gericht muss die Entscheidung des Gerichtshofs für erforderlich halten, um ein Urteil auszusprechen.

Aus dem Wortlaut des Art. 267 II AEUV schließt der EuGH, dass es für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit grundsätzlich allein auf die Einschätzung des jeweiligen Gerichts ankommt.<sup>8</sup> Das ist dann der Fall, wenn der Ausgang (also der Urteilstenor, nicht die Gründe) des Verfahrens von der Entscheidung dieser Frage abhängt. Die entsprechende Behauptung des vorlegenden Gerichts ist grundsätzlich ausreichend, da sich die Entscheidungserheblichkeit aus der nationalen Rechtsordnung ergibt, welche vom EuGH nicht geprüft wird.

Bezüglich der Entscheidungserheblichkeit verweigert sich der EuGH ausnahmsweise dann der Sichtweise des vorlegenden Gerichts, wenn

- offensichtlich kein Zusammenhang zwischen vorgelegter Frage und dem anhängigen Rechtsstreit besteht (irrtümliche Annahme der Entscheidungserheblichkeit)
- das Verfahren vor dem nationalen Gericht bereits abgeschlossen war, als das Vorabentscheidungsgesuch einging
- die Rechtsstreitigkeit offensichtlich fingiert ist, um den EuGH mit der Frage im Wege der Vorabentscheidung zu befassen.

Für diese Ausnahmetatbestände sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, so dass die Entscheidungserheblichkeit hier vorliegt.

5. **Ergebnis:** Die Vorlagen zum EuGH sind zulässig.

**Anmerkung:** Ob zudem eine Vorlagepflicht vorliegt, hat auf die Zulässigkeit der Vorlagen keinen Einfluss. Es handelt sich also nicht um eine Zulässigkeitsvoraussetzung. Vgl. zu den Fallgruppen, in denen eine Vorlagepflicht besteht, Art. 267 III AEUV sowie **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 697 ff.**

<sup>7</sup> Vgl. EuGH, NJW 1993, 3187 f. = jurisbyhemmer.

<sup>8</sup> EuGH, Slg. 1981, 3045, 3062, „Foglia Novello II“ = jurisbyhemmer; R/M/G, Rn. 374.

Beachten Sie dabei insbesondere die weitere, vom EuGH im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte Fallgruppe „Nichtanwendung eines Unionsrechtsaktes als ungültig“ (sog. Foto-Frost-Rspr.<sup>9</sup>).

Der EuGH geht insoweit nämlich davon aus, dass ihm ein Verwerfungsmonopol hinsichtlich der Ungültigerklärung von Unionsrechtsakten zusteht. Er begründet dies mit dem in den Verträgen angelegten Rechtsschutzsystem, vgl. insbes. Art. 19 EUV.

**Die Vorlageverpflichtung entfällt jedoch in drei Fällen:**

1. Die Antwort des Gerichts hätte keine Auswirkungen auf die Entscheidung des Rechtsstreits.
2. Es gibt zu der Frage bereits eine gesicherte EuGH-Rechtsprechung und/oder diese Frage war schon einmal in einem gleich gelagerten Fall Gegenstand einer Vorlagefrage.
3. Die richtige Anwendung des Unionsrechts ist derart offenkundig, dass im konkreten Einzelfall kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt.

**Vertiefungshinweis:** Der EuGH ist auch gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 I S. 2 GG.

Das BVerfG will aber nicht oberstes Vorlagenkontrollgericht sein. Art. 101 I S. 2 GG schützt daher nicht vor jeder fehlerhaften Anwendung des Art. 267 III AEUV, sondern nur vor Willkür, d.h. unverständlichen und offensichtlich unhaltbaren Überschreitungen der Zuständigkeitsregeln.

Dazu hat das BVerfG<sup>10</sup> drei Fallgruppen herausgearbeitet:

1. **Grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht:** Gericht hat in einer, nach seiner Meinung unionsrechtlichen entscheidungserheblichen Frage selbst Zweifel, zieht aber eine Vorlage nicht in Erwägung
2. **Bewusstes Abweichen von der Rspr. des EuGH ohne Vorlagebereitschaft:** d.h. das Gericht weicht bewusst von der Rspr. des EuGH ab, ohne erneut vorzulegen

**3. Keine Vorlage trotz Unvollständigkeit der Rspr. des EuGH:** d.h. liegt eine Rspr. des EuGH noch nicht/oder nicht erschöpfend vor oder ist eine Fortentwicklung nicht völlig abgeschlossen, so ist Art. 101 I S. 2 GG nur dann verletzt, wenn das Gericht den Beurteilungsspielraum, der ihm bei der Frage der Vorlage zukommt, in unvertretbarer Weise handhabt.

Dies ist insb. dann der Fall, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der Frage ggü. der vom Gericht vertretenen Auffassung eindeutig vorzuziehen sind.

**Pflicht des letztinstanzlichen Gerichts:**

Das BVerfG, NVwZ 2009, 519 = *juris*byhemmer hat außerdem entschieden, dass sich die Möglichkeit einer Vorlageverpflichtung gem. Art. 267 III AEUV auch auf die Zulassung von Rechtsmitteln auswirken kann. Die Vorlagepflicht tritt nur bei dem Gericht ein, das letztinstanzlich über die Zulassung des Rechtsmittels entscheidet. Eine Rechtssache hat also auch dann grundsätzliche Bedeutung z.B. i.S.d. § 124 II Nr. 3 VwGO, wenn die aufgeworfene Frage die Auslegung von EU-Recht betrifft und sich für das letztinstanzliche Gericht deswegen voraussichtlich die Notwendigkeit ergeben würde, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Wird das Rechtsmittel nicht zugelassen, so ist dieser Beschluss an den oben geschilderten Maßstäben des Art. 101 I S. 2 GG zu messen.

## B) Beantwortung der Vorlagefragen

### Zur ersten Frage<sup>11</sup>

Art. 34 AEUV ist dann dahingehend auszulegen, dass er der Anwendung des deutschen UWG – welches einem Versandunternehmen die Werbung in Verkaufsprospekten verbietet, bei der mit blickfangmäßiger Herausstellung des neuen Preises auf einen früheren, höheren Preis Bezug genommen wird – entgegensteht, wenn:

- die nationale Rechtsvorschrift dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit unterfällt,
- sie in die Gewährleistungen des Art. 34 AEUV eingreift und
- dieser Eingriff nicht gerechtfertigt ist.

<sup>9</sup> EuGH, Rs. 314/85 (Foto-Frost), Slg. 1987, 4199, 4230 f. = **Hemmer/Wüst, Classics Europarecht, Fall 43.**

<sup>10</sup> U.a. BVerfG, NJW 2007, 1521, sowie BVerfG, Beschl. v. 03.03.2014 – 1 BvR 2083/11 = *juris*byhemmer.

<sup>11</sup> Allgemein zu den Grundfreiheiten Böhm, JA 2009, 328; Ehlers, Jura 2001, 482; Ohler, JA 2006, 839.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 6 - Lösung - Seite 5

### I. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit<sup>12</sup>

Eine Kollision mit Art. 34 AEUV ist ohne weiteres möglich, da die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 34 AEUV allgemein anerkannt ist. EUV und AEUV sind nicht nur völkerrechtliche Verträge, sondern eine neue supranationale Rechtsordnung eigener Art, die größtenteils ohne Umsetzungsakt direkt in das Recht der Mitgliedstaaten einwirken kann. Ein Verstoß des nationalen Rechts gegen Art. 34 AEUV hat zur Folge, dass die Vorschrift des nationalen Rechts nicht angewendet werden darf.

Spezielleres Sekundärrecht, z.B. auf Grundlage des Art. 114 AEUV, besteht nicht.

### II. Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit

#### 1. Eröffnung des Anwendungsbereiches

Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit müsste eröffnet sein.<sup>13</sup> Durch die Bestimmungen über die Warenverkehrsfreiheit wird der grenzüberschreitende Warenhandel innerhalb der Union vor ungerechtfertigten Beschränkungen geschützt. Art. 34 AEUV steht der Anwendung des deutschen UWG entgegen, wenn es sich hierbei um eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung handelt.

- a) Der Tatbestand des deutschen UWG muss sich auf Waren beziehen, wie sich aus dem systematischen Zusammenhang der Regelung im Abschnitt des AEUV über den freien Verkehr von Waren ergibt. Dieses Merkmal grenzt die Warenverkehrsfreiheit von den übrigen Grundfreiheiten ab. Entsprechend der Vorlagefrage betrifft dieses Gesetz Waren.

**Anmerkung:** Waren sind bewegliche Gegenstände, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können. Problematisch ist dies vor allem bei Abfällen (s.u.).<sup>14</sup>

- b) Der Tatbestand der nationalen Rechtsvorschrift müsste zudem Unionswaren betreffen. Die Warenverkehrsfreiheit erstreckt sich nicht auf alle Waren, sondern nur auf Waren, die einen bestimmten Bezug zum Binnenmarkt der

EU aufweisen, also Unionswaren. Unionswaren sind die aus den Mitgliedstaaten stammenden Waren sowie diejenigen Waren aus dritten Ländern, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden, Art. 28 II, 29 AEUV.

Hier bezieht sich das deutsche UWG auf alle Waren, also auch auf Waren aus den Mitgliedstaaten der EU – mithin auf Unionswaren.

- c) Weiterhin müssten die grenzüberschreitenden Warenströme innerhalb der Union betroffen sein, denn der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit erfasst nur den Handel zwischen den Mitgliedstaaten.

Das UWG betrifft auch Waren aus anderen Mitgliedstaaten der EU, die in Deutschland vertrieben werden, mithin den grenzüberschreitenden Handel innerhalb der Union.

Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ist also eröffnet.

**Beachte:** Die Grundfreiheiten des Binnenmarktes umfassen lediglich Verkehrsfreiheiten innerhalb der Union. Art. 26 II AEUV verweist nur auf einen „Raum ohne Binnengrenzen“, ohne auf die Beziehungen nach außen einzugehen.

Der in Art. 30 bis 32 AEUV geregelte gemeinsame Außenzoll stellt also eine gewisse „Systemdurchbrechung“ dar. Die Ursache dafür, dass diese Vorschriften in die Warenverkehrsfreiheit „hineingerutscht“ sind, liegt im Rückgriff auf das historische Regelungsinstrument der Zollunion. Dennoch ist das Aufstellen eines gemeinsamen Außenzolltarifs eigentlich eine spezielle Maßnahme des Außenhandels der EU, der im Übrigen u.a. in den Art. 206, 207 AEUV als Gemeinsame Handelspolitik geregelt ist.

#### 2. Ausnahmen vom Anwendungsbereich bzw. Sonderregelungen

Soweit die nationale Rechtsvorschrift nicht den Bereich der Erzeugung von und des Handels mit Kriegswaffen berührt, greift auch nicht die Ausnahme gemäß Art. 346 I lit. b) AEUV ein. Soweit sich die Regelung nicht auf landwirtschaftliche Erzeugnisse (Art. 38 AEUV) bezieht, greifen auch nicht die Sonderregelungen über Landwirtschaft gemäß Art. 38 II AEUV ein.

Die nationale Rechtsvorschrift unterfällt daher dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV.

<sup>12</sup> Die Warenverkehrsfreiheit wird auch als Pionierfreiheit des Binnenmarktes bezeichnet.

<sup>13</sup> Grundsätzlich ist der Anwendungsbereich einer Grundfreiheit weit auszulegen; vertiefend Purnhagen, EuZW 2011, 224, 225.

<sup>14</sup> Vgl. dazu EuGH, EuZW 1994, 119 = jurisbyhemmer.

**Anmerkung:** Der EuGH schneidet regelmäßig schon die Vorlagefrage auf den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit zu. Hier würde er somit die Frage dahin auslegen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, ob Art. 34 AEUV dahin auszulegen ist, dass er der Anwendung der Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaates A entgegensteht, die einem im Mitgliedstaat B ansässigen Unternehmen, das aus dem Mitgliedstaat B eingeführte Waren nach Katalog oder Verkaufsprospekt im Versand vertreibt, die Werbung in Verkaufsprospekten verbietet, bei der mit blickfangmäßiger Herausstellung des neuen Preises auf einen früheren, höheren Preis Bezug genommen wird.<sup>15</sup>

### III. Staatliche Maßnahme

Die Vorschrift des UWG müsste darüber hinaus als mitgliedstaatliche Maßnahme zu qualifizieren sein, um dem Verbot des Art. 34 AEUV zu unterfallen. Dies ist bei einem nationalen Gesetz unproblematisch der Fall.

**Anmerkung:** Der EuGH versteht den Begriff der staatlichen Maßnahme extrem weit. Privates Handeln wird z.B. dem öffentlichen Bereich zugerechnet, wenn es maßgeblich durch staatliche Stellen unterstützt und gefördert wird. So hat der Gerichtshof ein Regierungsprogramm, das die Gewerbetreibenden dazu animierte, die Verbraucher mittels Werbekampagnen und sonstigen Hinweisen zum Kauf einheimischer Waren zu bewegen, den Beschränkungen des Art. 34 AEUV unterworfen.<sup>16</sup> Ein Verstoß gegen Art. 34 AEUV sah der Gerichtshof auch in einem Fall gegeben, in dem Landwirte aus Protest gegen Billigimporte Lkw-Ladungen mit Obst aus dem EG-Ausland zerstörten. Der dem Mitgliedstaat anzulastende Verstoß ist das Nichteinschreiten!<sup>17</sup> Gleiches gilt, wenn es um die Normungs- und Zertifizierungstätigkeiten einer privaten Einrichtung geht, wenn die Erzeugnisse, die von dieser Einrichtung zertifiziert wurden, nach den nationalen Rechtsvorschriften als mit dem nationalen Recht konform angesehen werden und dadurch ein Vertrieb von Erzeugnissen, die nicht von dieser Einrichtung zertifiziert wurden, erschwert wird.<sup>18</sup>

Davon zu unterscheiden ist die Problematik, ob die Grundfreiheiten auch zwischen Privaten gelten (sog. horizontale Wirkung der Grundfreiheiten).<sup>19</sup> Diese Frage ist sehr umstritten. Bei Art. 34 AEUV hat der EuGH dies stets verneint, bei den Personenfreiheiten teilweise angenommen (vgl. auch Fall 9).<sup>20</sup>

### IV. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung gemäß Art. 34 AEUV

Da es sich vorliegend nicht um eine finanzielle Maßnahme handelt, kommt Art. 34 AEUV zur Anwendung.

Die Warenverkehrsfreiheit unterscheidet zwischen sog. tarifären Maßnahmen (Art. 30 AEUV), also jeder finanziellen Belastung, und nichttarifären Maßnahmen (Art. 34 ff. AEUV).

#### 1. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung gem. Art. 34 AEUV

Gemäß Art. 34 AEUV sind jegliche mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Dies sind „sämtliche Maßnahmen, die sich als eine gänzliche oder teilweise Untersagung der Ein- bzw. Durchfuhr darstellen“.<sup>21</sup> Solche Untersagungen werden durch diese Rechtsvorschrift jedoch nicht angeordnet. Eine irgendwie geartete Kontingentierung liegt nicht vor.

#### 2. Maßnahme gleicher Wirkung gem. Art. 34 AEUV

##### a) Dassonville-Formel

In seiner Leitentscheidung im Fall „Dassonville“ hat der EuGH zum Begriff „Maßnahme gleicher Wirkung“ Stellung genommen und wie folgt definiert: „Nach ständiger Rechtsprechung stellt jede Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel [jetzt wohl: Handel innerhalb der Union] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung dar“ = sog. **Dassonville-Formel**.<sup>22</sup>

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, NJW 1993, 3187 f. = **jurisbyhemmer**.

<sup>16</sup> EuGH, Slg. 1982, 4005 „Buy Irish“; vgl. auch EuGH, NJW 1998, 1931 = **jurisbyhemmer**.

<sup>17</sup> Vgl. dazu auch EuGH, Rs. C-112/00 „Schmidberger“ (Brenner-Blockaden), EuZW 2003, 592 = **Life&LAW 01/2004, 47 ff.** = **jurisbyhemmer**.

<sup>18</sup> EuGH, C-171/11, EuZW 2012, 797 = **jurisbyhemmer**.

<sup>19</sup> EuGH Slg. 1974, 837 (852, Tz. 5) = **jurisbyhemmer**; **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 424 a.E.**

<sup>20</sup> **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 395 ff.**

<sup>21</sup> Vgl. EuGH, Rs. 2/73, in: Slg. 1973, 865 (879) = **jurisbyhemmer**.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-316/95, Ur. v. 09.07.1997, Tz. 15, m.V.a. EuGH, Rs. 8/74, Dassonville, in: Slg. 1974, 837 (852) = **jurisbyhemmer**.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 6 - Lösung - Seite 7

**Anmerkung:** Ursprünglich sprach der EuGH in der Dassonville-Formel von „Handelsregelung eines Mitgliedstaates“. Maßnahmen gleicher Wirkung sind jedoch nicht nur solche, die spezifisch den Handel regeln sollen. Zudem gilt das Verbot nach inzwischen st. Rspr. „nicht nur für nationale Maßnahmen, sondern auch für Maßnahmen der Unionsorgane“. <sup>23</sup>

Ursprünglich waren die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote gedacht. Sie erfassen also insb. Maßnahmen, welche unterschiedliche Regeln für in- und ausländische Waren aufstellten.

Wie sich allerdings schon aus der „Dassonville“-Formel ergibt, stellt der EuGH nicht den Gedanken der Diskriminierung durch unterschiedliche Behandlung der ausländischen Waren in den Vordergrund, sondern konzentriert sich auf die einfuhrbeschränkende Wirkung der staatlichen Maßnahme. Demnach stellte der EuGH folgerichtig später klar, dass es auf die unterschiedliche Behandlung nicht maßgeblich ankommt; auch eine Regelung, die ohne Unterschiede auf in- und ausländische Waren angewandt wird, kann deshalb gegen Art. 34 AEUV verstoßen. <sup>24</sup> Die weite Auslegung lässt sich wiederum damit begründen, dass die Schaffung eines Binnenmarktes vor allem durch die in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlichen Regelungen der Vermarktung beeinträchtigt wird, die es den ausländischen Handeltreibenden erschweren, auf den nationalen Märkten Fuß zu fassen. Würden diese entscheidenden Hemmnisse nicht von Art. 34 AEUV erfasst, so wäre die Erfüllung dieser Unionsaufgabe nachweislich gefährdet.

**Anmerkung:** Das Ziel der Schaffung eines Binnenmarktes innerhalb der Grenzen der EU wird mittels zweier Instrumente erreicht, nämlich der Rechtsangleichung und der gegenseitigen Anerkennung unterschiedlicher einzelstaatlicher Regelungen. Die zunächst als allein maßgebliche Methode angesehene Angleichung der unterschiedlichen nationalen Vorschriften (vgl. dazu z.B. Art. 50 I, II lit. g) AEUV für die Niederlassungsfreiheit) begegnete trotz Einführung des Mehrheitsprinzips in der Generalklausel des Art. 114 AEUV durch die Einheitliche Europäische Akte (EEA) erheblichen politischen Problemen.

Ausgehend von der weitgehenden Rechtsprechung des EuGH zu Art. 34 AEUV und den anderen Grundfreiheiten verlegte sich die Kommission in ihrer sog. „neuen Konzeption“ auf die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung unterschiedlicher nationaler Normen durch die einzelnen Mitgliedstaaten. <sup>25</sup>

Mit der Dassonville-Formel stellte der EuGH also sowohl ein Verbot für alle offen und versteckt diskriminierenden Maßnahmen auf als auch für alle rein beschränkenden Maßnahmen.

Im vorliegenden Fall verbietet die nationale Rechtsvorschrift den Unternehmen, im Wege einer sogenannten Blickfangwerbung Waren anzubieten. Sie nimmt den Wirtschaftsteilnehmern damit eine bestimmte Methode der Absatzförderung, die ihnen im Ausgangsstaat erlaubt ist. Sie zwingt so die Unternehmer, sich für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung zu bedienen und auf Absatzförderungen zu verzichten, die ihnen besonders wirkungsvoll erscheinen. Die Vorschrift kann somit das Volumen des Absatzes von diesen Erzeugnissen beeinträchtigen.

Sie ist damit nach der Dassonville-Formel geeignet, den Handel innerhalb der Union mittelbar zu behindern, selbst wenn sie unterschiedslos für in- und ausländische Produkte gilt.

**Anmerkung:** Die Rechtsprechung des EuGH zur Dassonville-Formel war allerdings recht uneinheitlich.

So hatte der Gerichtshof noch im Fall „Yves Rocher“ das früher in § 6e UWG vorgesehene Verbot der blickfangmäßigen Preisvergleiche als unvereinbar mit Art. 34 AEUV angesehen:

Denn der für einen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, kann selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und für eingeführte Erzeugnisse gilt. <sup>26</sup>

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 17.05.1984, Rs. 15/83, Tz. 15, in: Slg. 1984, 2171 = jurisbyhemmer.

<sup>24</sup> EuGH, Slg. 1979, 649 (662, Tz. 8) = jurisbyhemmer.

<sup>25</sup> Vgl. dazu insgesamt Streinz, Europarecht, Rn. 908 ff.

<sup>26</sup> EuGH, NJW 1993, 3187, „Yves Rocher“ = jurisbyhemmer.

Man könnte sich insofern vorstellen, dass ein französischer Hersteller oder Importeur sich auf den Vertrieb und Verkauf von nicht verschreibungspflichtigen Waren in Apotheken spezialisiert hat. In Frankreich hat er sich deshalb erfolgreich auf die besonderen Bedürfnisse dieser Verkaufsschiene einstellen können und auch eine darauf abgestimmte Werbekampagne entwickelt, die seinen Absatz auf dem französischen Markt erheblich gefördert hat. Überlegt er nun, dieses Konzept auf die Märkte anderer Mitgliedstaaten zu übertragen, so sieht er sich daran in Deutschland durch die Standesregel der Apothekerkammer gehindert. Noch einfacher ist folgende Begründung: Werbung bedeutet mehr Umsatz, darunter werden sich sicherlich auch Waren aus dem EU-Ausland befinden.

Andererseits hat der EuGH im Fall „Oebel“ das deutsche Nachtbackverbot nicht an Art. 34 AEUV gemessen, weil die Regelung nicht in hinreichendem Zusammenhang mit etwaigen Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten stehe. Der Handelsverkehr innerhalb der Union bleibe jederzeit möglich, unter dem einzigen Vorbehalt, dass die Lieferung an die Verbraucher und den Einzelhandel für sämtliche Hersteller unabhängig von ihrem Niederlassungsort in der gleichen Weise beschränkt ist.<sup>27</sup>

### b) Einschränkung des Tatbestandes durch die Keck-Formel

„Es ist jedoch fraglich, ob diese Möglichkeit ausreicht, um die in Rede stehende(n) Vorschrift(en) als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen. Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Art. 34 AEUV berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist, hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen.“<sup>28</sup>

„Keine Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sind deshalb entgegen der bisherigen Rechtsprechung alle nationalen Bestimmungen, die lediglich bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und

sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“<sup>29</sup> = sog. **Keck-Formel**.

„Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut.“<sup>30</sup>

**Beachte:** Damit die Keck-Ausnahme einschlägig ist, müssen mehrere Voraussetzungen vorliegen:

Der EuGH differenziert zunächst zwischen produktbezogenen Regelungen und allg. Verkaufsmodalitäten. Produktbezogene Regelungen (Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung, Verpackung etc.) werden von dieser tatbestandlichen Ausklammerung also grundsätzlich nicht erfasst.

Des Weiteren ist nach der Keck-Formel Voraussetzung, dass die fragliche Bestimmung für alle Wirtschaftsteilnehmer gilt. Dies bedeutet, dass es sich nicht um eine offene Diskriminierung handeln darf. Teilweise wird dieses personenbezogene Diskriminierungsverbot als überflüssig angesehen, da es räumlich an die Tätigkeit der Wirtschaftsteilnehmer anknüpft, entscheidend für die Anwendung des Art. 34 AEUV aber die Herkunft der Ware sei.

Jedenfalls die letzte Voraussetzung, dass die Regelung in- und ausländische Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren muss, zeigt, dass diese Regelung weder offen noch versteckt diskriminieren darf. Der EuGH hat in einigen Urteilen Fälle aufgezeigt, wann insb. eine solche versteckte Diskriminierung vorliegt. Im Urteil *Doc Morris*<sup>31</sup> musste der EuGH zum ehemaligen deutschen Versandhandelsverbot für Apotheken Stellung nehmen. Bzgl. der Frage der versteckten Diskriminierung stellte er insb. auf eine Verhinderung des Marktzugangs ab. „Ein Verbot wie das im Ausgangsfall fragliche beeinträchtigt nämlich außerhalb Deutschlands ansässige Apotheken stärker als Apotheken in Deutschland.“

<sup>27</sup> EuGH, Slg. 1981, 1993, „Oebel“ = jurisbyhemmer.

<sup>28</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 u. 268/91, Keck und Mithouard, NJW 1994, 781 (782), Tz. 13 = jurisbyhemmer.

<sup>29</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 u. 268/91, Keck und Mithouard, NJW 1994, 781 (782), Tz. 13-16 = jurisbyhemmer.

<sup>30</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 u. 268/91, Keck und Mithouard, NJW 1994, 781 (782), Tz. 17 = jurisbyhemmer.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-322/01, *Doc Morris*, EuZW 2004, 21 = jurisbyhemmer.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 6 - Lösung - Seite 9

*Auch wenn das Verbot den inländischen Apotheken unstreitig ein zusätzliches oder alternatives Mittel des Zugangs zum deutschen Markt der Endverbraucher von Arzneimitteln nimmt, bleibt ihnen doch die Möglichkeit, Arzneimittel in ihren Apotheken zu verkaufen. Dagegen könnte für Apotheken, die nicht im deutschen Hoheitsgebiet ansässig sind, im Internet ein Mittel liegen, das für den unmittelbaren Zugang zu diesem Markt eher geeignet ist. Ein Verbot, das sich auf außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets ansässige Apotheken stärker auswirkt, könnte jedoch geeignet sein, den Marktzugang für Waren aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse.“*

Die Keck-Formel setzt also vereinfacht formuliert voraus, dass eine Verkaufsmodalität vorliegt, die weder offen noch versteckt diskriminiert, also nur beschränkend wirkt.

**Anmerkung:** Dabei begründet der EuGH die restriktive Handhabung der Maßnahme gleicher Wirkung gerade mit dem „Missbrauch“ der weiten Auslegung des Art. 34 AEUV durch die Wirtschaftsteilnehmer, die sich zum Schutz gegen allgemeine Beschränkungen ihrer geschäftlichen Freiheit auf Art. 34 AEUV berufen. Geht man nun davon aus, dass der Begriff des „Missbrauchs“ gerade auf die Inanspruchnahme von Art. 34 AEUV in Fällen mit rein inländischem Bezug abzielt, so hätte die Anwendung von Art. 34 AEUV an sich schon aus diesem Grund abgelehnt werden können.<sup>32</sup> Da der Gerichtshof die Unanwendbarkeit der Norm jedoch an zwei einschränkende Bedingungen knüpft, hält er sich insofern die Möglichkeit offen, im Einzelfall unter Hinzuziehung der besonderen Umstände dennoch in eine Prüfung der Rechtfertigungsgründe einzusteigen. Damit hält sich der Gerichtshof wohl auch weiterhin die Möglichkeit offen, Sachverhalte, in denen ein Auslandsbezug eindeutig gegeben ist (vgl. den Fall „Yves Rocher“), an Art. 34 AEUV zu messen, weil sich der Ausschluss einer Vertriebsmöglichkeit auf Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten „tatsächlich“ nachteilig auswirkt.

Danach können Maßnahmen gleicher Wirkung in **drei Konstellationen** vorliegen.<sup>34</sup>

Als „Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen“ im Sinne des Art. 34 AEUV sind diejenigen Maßnahmen eines Mitgliedstaats anzusehen, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln.

Des Weiteren könnten sich Hemmnisse für den freien Warenverkehr daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden seien, bestimmten Vorschriften entsprechen müssten, und dies auch dann, wenn jene Vorschriften unterschiedslose Geltung besäßen.

Ebenfalls unter diesen Begriff fällt jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert.

**Anmerkung:** Diese neue Formel des EuGH stellt keinesfalls eine Aufgabe der althergebrachten Keck-Formel dar.<sup>35</sup>

Das Verbot der rechtlichen Ungleichbehandlung war bereits bisher Teil der Keck-Formel. Soweit der EuGH feststellt, dass eine Maßnahme gleicher Wirkung gegeben sei, wenn Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden seien, bestimmten Vorschriften entsprechen müssten, nimmt er Bezug auf produktbezogene Regelungen der alten Formel, die auch bisher grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig waren.

Wenn der EuGH schließlich die Frage nach dem Vorliegen einer Marktzugangsbehinderung stellt, so ist auch dies nicht neu. In den Folgeurteilen zu Keck war eine Verlagerung von der Prüfung der faktischen Diskriminierung hin zum Erfordernis einer Marktzugangsbarriere zu beobachten; mitunter zitierte der EuGH beide Begriffe in Kombination, teilweise lag die Betonung gar auf dem Terminus „Marktzugang“.<sup>36</sup>

- c) Die Keck-Rechtsprechung ist verschiedentlich auf erhebliche Kritik gestoßen. Dies hat der EuGH aufgenommen und die Keck-Formel etwas adaptiert.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Vgl. Arndt, JuS 1994, 472.

<sup>33</sup> EuGH, C-110/05, EuZW 2009, 173 – Kommission/Italien; EuGH, C-142/05, EuZW 2009, 617 – Mickelsson/Roots, Tz. 24 = jurisbyhemmer.

<sup>34</sup> Ausführlich zur neuen Keck-Formel: Brigola, EuZW 2012, 248 sowie Dausen/Brigola, in: Dausen, Hdb. d. EU-Wirtschaftsrechts, Bd. I, Kap. C. I. Rn. 157 ff.; Streinz/Kingreen, Art. 34 AEUV, Rn. 54.

<sup>35</sup> Hierzu ausführlich Brigola, in: Dausen, Hdb des EU-Wirtschaftsrechts, C I Rn. 155 ff., sowie EuZW 2012, 248.

<sup>36</sup> Brigola, EuZW 2012, 248.

Die neue Formel (auch „Drei-Stufen-Test“ genannt) ist aber insoweit neu, als sie letztlich das Pferd von hinten aufzäumt. Anstatt die Ausnahmen vom Tatbestand zu definieren, definiert er die Voraussetzungen, um zu einer Rechtfertigungsprüfung zu kommen. Dadurch lässt er die Möglichkeit offen, neue Modalitätsregelungen wie Nutzungsbeschränkungen im Ergebnis in den Tatbestand aufzunehmen. So könnten also im Prinzip auch ausländische Tempolimits auf Autobahnen dem Schutzzumfang der Warenverkehrsfreiheit unterfallen, sofern sie, da die Nutzung und der Kauf eines besonders schnellen Fahrzeugs beeinflusst wird, den Zutritt zum Markt behindern.<sup>37</sup>

- d) Im vorliegenden Fall verbietet die nationale Rechtsvorschrift eine bestimmte Form der Werbung i.R. eines Verkaufsprospektes. Die Regelung bezieht sich somit *lediglich* auf den Vertrieb von Waren, nicht auf die Produkte selbst, da das kostenlose Verkaufsprospekt den Tele-Dummy-Modellen nicht anhaftet.

Zudem berührt sie in- wie ausländische Erzeugnisse und Anbieter in gleicher Weise. Sie gilt erstens für alle Wirtschaftsteilnehmer. Zweitens ist nicht ersichtlich, wieso ausländische Anbieter und ihre Erzeugnisse von dem UWG stärker betroffen sein sollten. Dass z.B. der Markteintritt in den deutschen Markt nicht möglich wäre, ist nicht vorgetragen.

3. Die nationale Rechtsvorschrift ist somit nicht geeignet, den Marktzugang für ausländische Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut.
4. Auch nach der neuen Keck-Formel kommt man zum gleichen Ergebnis, da auch keine Marktzutrittsschranke vorliegt.

Die nationale Rechtsvorschrift stellt daher *keinen Eingriff* in die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV dar und ist somit auch nicht rechtfertigungsbedürftig.

### V. Ergebnis

Art. 34 AEUV ist dahingehend auszulegen, dass er der Anwendung des deutschen UWG **nicht entgegensteht**.

**Anmerkung:** Mit dem Keck-Urteil hat der EuGH im Grunde den Gewährleistungsinhalt der Warenverkehrsfreiheit abweichend vom Dassonville-Urteil neu definiert: Grundsätzlich sind Maßnahmen gleicher Wirkung (nach der Dassonville-Formel) alle Maßnahmen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel [jetzt wohl: Handel innerhalb der Union]<sup>38</sup> unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

Auszunehmen sind davon (nach der Keck-Formel) alle Maßnahmen,

- die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten,
- sofern sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und
- sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.

Mit der modifizierten Keck-Formel ändert sich zwar nicht viel. Allerdings liegt eine nach Art. 34 AEUV rechtfertigungsbedürftige Maßnahme nunmehr nur noch dann vor, wenn

- bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln (Diskriminierung), oder
- sich Hemmnisse für den freien Warenverkehr daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden seien, bestimmten Vorschriften entsprechen müssten, und dies auch dann, wenn jene Vorschriften unterschiedslose Geltung besäßen (produktbezogene Regelung), oder
- es sich um eine Maßnahme handelt, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert (Marktzugangsbarriere).

<sup>37</sup> Brigola, EuZW 2012, 248; zu diesem Beispiel grundsätzlich auch: Schlussanträge GA Kokott, C-142/05, Mickelson/Roos.

<sup>38</sup> Auf Grund der Abschaffung der Gemeinschaft wird dieser Satz wohl vom EuGH in Zukunft leicht geändert werden.

### Zur zweiten Frage

Art. 34 AEUV ist dann dahingehend auszu-legen, dass er der Anwendung des § 9a I Nr. 1 UWG-Österreich, der es einem Unternehmen untersagt, eine periodisch erscheinende Zeitschrift in Österreich zu vertreiben, die mit einem Preisrätsel oder Gewinnspiel verknüpft ist, entgegensteht, wenn

- die nationale Rechtsvorschrift dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit unterfällt,
- sie in die Gewährleistungen des Art. 34 AEUV eingreift und
- dieser Eingriff nicht gerechtfertigt ist.

### I. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit

Als Grundfreiheit ist Art. 34 AEUV unproblematisch unmittelbar anwendbar (s.o.).

### II. Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit

Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit müsste eröffnet sein.

Der Tatbestand der nationalen Rechtsvorschrift müsste **Waren** betreffen. Der Begriff der Ware richtet sich nicht nach nationalem Recht. Er ist vielmehr unionseinheitlich autonom auszulegen. Zudem ist eine weite Auslegung geboten. Waren i.S.d. Art. 28 ff. AEUV sind „alle körperlichen Gegenstände, die einen Geldwert haben und deswegen Gegenstand von Handelsgeschäften sein können“.<sup>39</sup>

Zeitschriften sind körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben, und sie können deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein. Sie sind mithin Waren.

**Hinweis:** Hier liegt der entscheidende Unterschied zum ersten Teil des Falles. Dort waren die Tele-Dummy-Modelle die Ware, während es hier die Zeitschriften selbst sind.

**Beachte:** Waren müssen also nicht Gegenstand von Handelsgeschäften sein, sondern nur sein können, weil sie einen Geldwert besitzen. Beliebtes Standardproblem in diesem Zusammenhang ist die Frage, ob auch Abfall-exporte den Bestimmungen der Warenverkehrsfreiheit unterliegen. Hat Müll einen (Verkaufs-)Geldwert? Der EuGH hat dies bejaht.<sup>40</sup>

Der Tatbestand des § 9a I Nr. 1 UWG-Österreich müsste zudem Unionswaren betreffen. Er bezieht sich (auch) auf in Mitgliedstaaten (Spanien) hergestellte Zeitschriften, mithin auf Unionswaren.

Außerdem müssten die grenzüberschreitenden Warenströme innerhalb der Union betroffen sein. § 9a I Nr. 1 UWG-Österreich betrifft (auch) Zeitschriften aus anderen Mitgliedstaaten, die in Österreich vertrieben werden – mithin also den grenzüberschreitenden Handel innerhalb der Union.

Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ist also eröffnet.

### III. Staatliche Maßnahme

Auch das UWG-Österreich stellt eine staatliche Maßnahme dar.

**Vertiefungshinweis:** Der EuGH entscheidet in ständiger Rechtsprechung, dass das in Art. 34 AEUV vorgesehene Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen sowie von Maßnahmen gleicher Wirkung nicht nur für nationale Maßnahmen, sondern auch für die Maßnahmen der Unionsorgane gilt.<sup>42</sup>

### Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung gemäß Art. 34 AEUV

1. Art. 34 AEUV verbietet jegliche mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten. Da eine Kontingentierung von Zeitschriften aus dem Mitgliedstaat Spanien nicht erfolgt, liegt eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung jedoch nicht vor.
2. Es könnte jedoch eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung vorliegen.
  - a) Nach ständiger Rechtsprechung stellt grundsätzlich jede Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel [jetzt wohl: Handel innerhalb der Union] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung dar (**Dassonville-Formel**).

**Anmerkung:** Später hat der EuGH eine alle Grundfreiheiten umfassende Formel aufgestellt (sog. **Gebhard-Formel**<sup>43</sup>). Danach sind rechtfertigungsbedürftig alle Maßnahmen, „die die Ausübung der durch den Vertrag garantier-

<sup>39</sup> EuGH, Rs. 7/68, Kunstschätze I, in: Slg. 1968, 633 (642) = **jurisbyhemmer**.

<sup>40</sup> EuGH, Rs. C-2/90, EuZW 1992, 577 (Abfalltourismus), Tz. 23-28 = **jurisbyhemmer**.

<sup>42</sup> Vgl. EuGH C-434/02 (Arnold André), Slg. 2004 I, 11825 = **jurisbyhemmer**.

<sup>43</sup> EuGH, EuZW 1996, 92 (95 Tz. 37) = **jurisbyhemmer**.

*ten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können". Sie sollten in der Klausur bei Art. 34 AEUV aber immer auch die Dassonville-Formel bringen, allein schon, um zu zeigen, dass Ihnen diese Formel geläufig ist.*

Hier verbietet § 9a I Nr. 1 UWG-Österreich dem Unternehmen (T) aus Spanien, in Österreich Zeitschriften mit einem Preisrätsel zu versehen und zu vertreiben, obwohl dies in Spanien erlaubt ist.

Die Norm nimmt dem Unternehmen damit eine bestimmte Methode der Absatzförderung, die ihm in Spanien erlaubt ist, und ist damit geeignet, den Handel innerhalb der Union zu behindern.

- b) Fraglich ist aber, ob der Tatbestand wirklich erfüllt ist. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn die Einschränkung durch die **Keck-Formel** gegeben ist.

Keine Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen sind nationale Bestimmungen, die lediglich bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.

- aa) Fraglich ist aber, ob das Verbot, in Zeitschriften zusätzlich ein Preisrätsel anzubieten, tatsächlich lediglich bestimmte Verkaufsmodalitäten verbietet. In einer Zeitschrift zusätzlich zu den thematischen Beiträgen ein Preisausschreiben anzubieten, kann einen zusätzlichen Kaufanreiz schaffen und somit eine absatzfördernde Maßnahme sein. Das Verbot solcher Preisrätsel hat also auf der einen Seite einen vertriebsbezogenen Regelungsinhalt. Da die Preisausschreiben aber Bestandteil der Zeitschrift sind, bezieht sich die Regelung im vorliegenden Falle auf den Inhalt des Erzeugnisses selbst. Sie zwingt ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen, den Inhalt der Zeitschrift zu ändern. Sie ist also keine bloß vertriebsbezogene, sondern eine zugleich produktbezogene Regelung. Von der Keck-Formel werden aber keine produktbezogenen Regelungen erfasst.

Damit verbleibt es beim Grundsatz der Dassonville-Formel. § 9a I Nr. 1 UWG-Österreich stellt demnach grundsätzlich eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung dar.

Sie ist daher nur zulässig, wenn sie gerechtfertigt werden kann.

**Anmerkung:** Auch mit der neuen Keck-Formel kommt man zum gleichen Ergebnis: Es handelt sich zwar nicht um eine Maßnahme, mit der bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln. Allerdings ergibt sich ein Hemmnis für den freien Warenverkehr daraus, dass die Zeitschrift mit Rätsel, die in Spanien rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden ist, bestimmten Vorschriften entsprechen muss, auch wenn jene Vorschriften unterschiedslose Geltung besäßen.

- bb) Qualifizierung der Maßnahme

**Hinweis:** Es empfiehlt sich, sofern nicht bereits im Rahmen der Keck-Formel geschehen, bereits an dieser Stelle zu qualifizieren, ob es sich um eine diskriminierende oder rein beschränkende Regelung handelt.

Da die Maßnahme für alle Zeitschriften in Österreich gilt, ist die Maßnahme nicht offen diskriminierend.

Fraglich ist aber, ob eine versteckte Diskriminierung vorliegt. Hierzu führt der EuGH aus:

„Ferner beeinträchtigt das streitige Verbot den Zugang der fraglichen Zeitschrift zum Markt des Einfuhrmitgliedstaats und behindert daher den freien Warenverkehr, da es in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Verlage zwingt, deren Inhalt zu ändern.

Es stellt (auch) daher grundsätzlich eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 28 EG [jetzt Art. 34 AEUV] dar“.<sup>44</sup>

Durch diese Maßnahme wird also der Marktzugang für die Streitgegenständlichen Erzeugnisse versperrt oder stärker behindert, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Es liegt somit eine versteckte Diskriminierung vor.

**Anmerkung:** Unterscheiden Sie bitte: Mit **unterschiedlich geltenden bzw. anwendbaren Maßnahmen** ist sog. Sonderrecht für Ausländer oder ausländische Waren gemeint, also **offene Diskriminierungen**.

<sup>44</sup> EuGH, Urt. v. 26.06.97, Rs. C-368/95, Tz. 12 = jurisbyhemmer.

*Unterschiedslos wirkende Maßnahmen hingegen gelten für alle, ohne Rücksicht auf die Herkunft oder Staatsangehörigkeit, belasten aber die ausländischen Waren mehr als die inländischen bzw. Bürger aus anderen Mitgliedstaaten mehr als die eigenen Staatsangehörigen. Es liegt dann eine **versteckte** oder auch **faktische Diskriminierung** vor.*

#### IV. Rechtfertigung des Eingriffs

##### 1. Geschriebene Rechtfertigungsgründe – Schutzklausel zugunsten nationaler Interessen, Art. 36 AEUV

Da keine der in Art. 36 AEUV genannten Ziele eingreifen, ist die Regelung nicht nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt.

„Art. 30 EG (nun Art. 36 AEUV) ist als Ausnahme von einer grundlegenden Vorschrift des Vertrages eng auszulegen; er kann nicht auf Zielsetzungen ausgedehnt werden, die dort nicht ausdrücklich genannt sind“.<sup>46</sup>

**Anmerkung:** Beachten Sie, dass nicht nur jede diskriminierende Maßnahme über die geschriebenen Rechtfertigungsgründe (z.B. Art. 36, Art. 52, Art. 52 i.V.m. 62 AEUV) gerechtfertigt werden kann, sondern im Erst-recht-Schluss auch bloß beschränkende Maßnahmen.

##### 2. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe i.S.d. Cassis-Rechtsprechung – Schranken zugunsten Unionsinteressen

Durch die Ausdehnung der Grundfreiheiten auf ein Beschränkungsverbot erfolgte eine sehr weitgreifende Anwendung von Art. 34 AEUV. Das damit erreichte Verbot unterschiedslos wirkender Maßnahmen stellte letztlich einen tiefen Eingriff in die Gestaltungsbefugnisse der Mitgliedstaaten dar. Dies machte eine wie auch immer geartete Einschränkung erforderlich.

Über Art. 36 AEUV ließ sich die gebotene Anwendungsbeschränkung nach Ansicht des Gerichtshofs nicht erreichen. Denn als Ausnahmenvorschrift ist diese Norm eng auszulegen und erfasst deshalb nicht den Schutz des lauterer Handelsverkehrs oder der Verbraucher.<sup>47</sup>

Die Lösung stellt die vom EuGH entwickelte **Cassis-Formel** dar.

Die mitgliedstaatliche Regelung könnte daher nach der *Cassis-Formel* gerechtfertigt sein. „Hemmnisse für den Binnenhandel der EU, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen *notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden*“.<sup>48</sup>

**Anmerkung:** *Streitig ist noch, ob es sich hierbei um einen Rechtfertigungstatbestand handelt oder um eine weitere tatbestandliche Einschränkung. Der EuGH hat dies zunächst in seinen Formulierungen offengelassen. Teilweise wird von einer (neben Keck) weiteren tatbestandsimmanenten Schranke ausgegangen, da die Rechtfertigungsgründe im Art. 36 AEUV abschließend seien. Wenn der EuGH solche Gründe „erfinde“, so könne es sich dabei nur um eine Auslegung des Tatbestandes handeln.*

*Die h.M. geht hingegen von einem ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund aus. Dafür spricht, dass die geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung deutliches Indiz für einen Rechtfertigungsgrund ist. Inzwischen spricht der EuGH im Rahmen der Cassis-Formel in ständiger Rechtsprechung von „Rechtfertigung“.*

**Hinweis:** *Wie mit diesem Streit umzugehen ist, ist nicht einfach zu beantworten, da Aufbaufragen im Gutachten grds. nicht zu erörtern sind. Eine Variante ist es, entsprechend dem Lehrbuch von Streinz<sup>49</sup> von einer immanenten Schranke zu sprechen, eine Prüfung aber kommentarlos in der Rechtfertigung vorzunehmen. Da dies aber auch als inkonsequent angegriffen werden kann, wird im Folgenden Cassis einfach als Rechtfertigungsgrund behandelt.<sup>50</sup>*

*Achtung: Art. 36 AEUV ist als geschriebener Rechtfertigungsgrund vor Cassis zu prüfen! Die in Art. 36 AEUV statuierten Rechtfertigungsgründe sind als Ausnahmenvorschriften abschließend und eng auszulegen.<sup>51</sup>*

<sup>46</sup> EuGH, Rs. 229/83, Leclerc, Tz. 30, in: Slg. 1985, 1 = jurisbyhemmer.

<sup>47</sup> EuGH, Slg. 1981, 1625 (1638, Tz. 7 ff.), „Irische Souvenirs“ = jurisbyhemmer.

<sup>48</sup> EuGH, Rs. 120/78, Cassis de Dijon, Tz. 8, in: Slg. 1979, 649 (662) = jurisbyhemmer.

<sup>49</sup> Streinz, Europarecht, Rn. 937/Schaubild 11.

<sup>50</sup> Gute Übersicht dazu bei Schroeder, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 28, Rn. 73; vgl. dazu auch Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 435.

<sup>51</sup> So bereits EuGH, c-205/89, Slg. 1991, I - 1361, Rn. 9 – Kommission /Griechenland = jurisbyhemmer.

Nach inzwischen weiterentwickelter Rechtsprechung ist ein Eingriff dann gerechtfertigt, wenn die Vorschriften

- in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden,
- einem zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses dienen, das den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht, und
- das Handeln an sich verhältnismäßig ist, d.h. ein legitimes Ziel verfolgt, zur Erreichung desselben geeignet, erforderlich und angemessen ist.

**Anmerkung:** Bei der „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ ist zu beachten, dass der EuGH i.d.R. begrifflich nur die Geeignetheit und Erforderlichkeit prüft. Zu einer gesondert bezeichneten Angemessenheitsprüfung kommt es regelmäßig nicht, da diese bereits i.R.d. Erforderlichkeit behandelt werden.<sup>52</sup> Für Ihre Klausur können Sie jedoch auf das „gewohnte“ Schema entspr. der nationalen Rechtstradition zurückgreifen.

### a) Anwendung der Cassis-Formel auf diskriminierende Maßnahmen?

Gemäß der ersten Voraussetzung obiger Formel findet die Cassis-Formel nur auf unterschiedslos anwendbare Maßnahmen Anwendung.<sup>53</sup>

Damit ist klar, dass offen diskriminierende Maßnahmen mit Cassis nicht gerechtfertigt werden können.

Hingegen setzt sich immer mehr durch, dass zumindest faktische bzw. versteckte Diskriminierungen auch über die ungeschriebenen Cassis-Gründe gerechtfertigt werden können.<sup>54</sup>

So hat der EuGH in dem Fall „Italienische Museen“<sup>55</sup> ausdrücklich eine versteckte Diskriminierung festgestellt und nach Ablehnung von geschriebenen Rechtfertigungsgründen festgestellt, dass jene auch über Gründe des All-

gemeininteresses gerechtfertigt werden könnte.

Es spricht also vieles dafür, die Formulierung des EuGH ernst zu nehmen, dass eine über Cassis zu rechtfertigende Maßnahme *unterschiedslos angewendet* werden muss.

**Anmerkung:** Machen Sie sich klar, dass es hier um eines der unklarsten Probleme des Europarechts geht. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich und widersprüchlich. So hat der EuGH in einer Entscheidung die Cassis-Formel sogar auf offen diskriminierende Maßnahmen angewendet.<sup>56</sup> Ob es sich hierbei um ein „Versehen“ oder um eine grundlegende Änderung in der Rechtsprechung handelt, lässt sich allerdings nicht sagen. Jedenfalls mehren sich die Stimmen in der Literatur, die eine Einebnung der Rechtfertigung fordern.<sup>57</sup>

In der Klausur sollte eine Anwendung von Cassis auf offene Diskriminierungen nicht vertreten werden, da dies noch als Grundlagenfehler gewertet werden könnte. Die Rechtfertigung versteckter Diskriminierungen durch Cassis scheint hingegen wegen der zahlreichen EuGH-Urteile durchaus vertretbar. Entsprechend wird im Folgenden vorgegangen.

### b) Anerkannter Rechtfertigungsgrund

Die Regelung müsste einen vom Unionsrecht anerkannten Rechtfertigungsgrund verfolgen (zwingende Erfordernisse). Als solche ausdrücklich anerkannt hat der EuGH bisher u.a.:

- die wirksame steuerliche Kontrolle;
- die Lauterkeit des Handelsverkehrs;
- (den Schutz der öffentlichen Gesundheit<sup>58</sup>);
- den Verbraucherschutz;
- den Umweltschutz;
- die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt;
- die erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit und
- die Unionsgrundrechte (beachte Anm.!).

<sup>52</sup> Vgl. Streinz, Europarecht, Rn. 929.

<sup>53</sup> Streinz, Europarecht, Rn. 871; EuGH, verb. Rs. C-1/90 und C-176/90, Aragonesa, Slg. 1991, I-4151 = jurisbyhemmer.

<sup>54</sup> Dagegen spricht, dass der EuGH dies teilweise auch anders betont hat. Zum Verbot „jeglicher“ Diskriminierungen, die nur mit dem EG-Vertrag vereinbar sind, „wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung fallen“, z.B. EuGH, „Ciola“, Rs. C-224/97, Slg. 99, I-2517, Tz. 13 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>55</sup> EuGH, „Kom/Italien“ Rs. C-388/01, EuZW 2003, 186; vgl. auch EuGH, Urteil vom 23.02.2006 – C 441/04; NJW 2006, 2540 = Life&LAW 11/2006, 785 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>56</sup> EuGH, DVBl. 2001, 633, 636 = jurisbyhemmer.

<sup>57</sup> Kurze, aber gute Übersicht bei Schroeder, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 30 Rn. 34 m.w.N.; vgl. auch die Darstellung bei Streinz, Europarecht, Rn. 871.

<sup>58</sup> Achtung: In neuerer Zeit verortet der EuGH allerdings den Gesundheitsschutz ausschließlich in Art. 36 AEUV; EuGH, Slg. 1987, 1227, 1273, Tz. 42, „Reinheitsgebot für Bier“; Slg. 1989, 1295 (1328, Tz. 20), „Royal Pharmaceutical Society of Great Britain“ = jurisbyhemmer.

**Beachte:** Diese Aufzählung ist nicht als abschließend anzusehen, sie nennt nur die bisher vom EuGH anerkannten Fälle. Ein Hinzukommen weiterer ist damit aber gerade nicht ausgeschlossen. Die zwingenden Erfordernisse müssen allerdings im Allgemeininteresse liegen, und sie müssen der (ebenfalls im Allgemeininteresse liegenden) Grundfreiheit vorgehen. Ziele national-wirtschaftlicher Art können dies grundsätzlich nicht!<sup>59</sup>

### **Der Rechtfertigungstatbestand einer Grundfreiheit ist grundsätzlich eng auszulegen.**

**Anmerkung:** Die Prüfung der Grundrechte kann an unterschiedlicher Stelle erfolgen. Teilweise stellen die Unionsgrundrechte zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls dar.<sup>60</sup> Teilweise wird formuliert, dass, wenn ein Mitgliedstaat in die Gewährleistungen der Warenverkehrsfreiheit eingreift und somit im Anwendungsbereich des Unionsrechts handelt, seine „Rechtfertigung im Übrigen im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen ist.“<sup>61</sup> Diese Grundsätze sollen insb. dann zur Anwendung kommen, wenn das hinter dem zwingenden Erfordernis stehende Prinzip aus einem Unionsgrundrecht abzuleiten ist (z.B. Medienvielfalt). Der EuGH konkretisiert dann mit Hilfe der Grundrechte im Rahmen der Güterabwägung das Gewicht des zwingenden Erfordernisses.

Achten Sie im Examen einfach darauf, ob ein Grundrecht zur Rechtfertigung angeführt wird, oder ob es um ein anderes zwingendes Erfordernis geht, bei dem auch ein Grundrecht eine Rolle spielt!

Vorliegend kommt als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses, das der Warenverkehrsfreiheit vorgeht, die *Aufrechterhaltung der Medienvielfalt* in Betracht. Diese Vielfalt trägt nämlich zur Wahrung des Rechts auf freie Meinungsäußerung bei, welches durch Art. 10 EMRK geschützt ist und zu den von der Unionsrechtsordnung geschützten Grundrechten gehört.<sup>62</sup>

### c) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Die Regelung müsste auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen.

**Anmerkung:** Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist in Art. 5 IV EUV positiv geregelt. Über den Wortlaut hinaus gilt es als allgemeiner Rechtsgrundsatz nicht nur für die EU-Organe, sondern auch für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts. Die Dogmatik des EuGH zum Verhältnismäßigkeitsprinzip ist durchaus verwirrend. Reihenfolge und terminologische Zuordnungen der Prüfungsschritte weichen wiederholt voneinander ab.

- (1) Die Maßnahme muss *geeignet* sein, das mit ihr verfolgte Ziel zu gewährleisten.

**Beachte:** Im Unterschied zum deutschen Recht spricht der EuGH von der *Gewährleistung* bzw. *Erreichung*, nicht nur von *Beförderung* des verfolgten Zieles. Diese Voraussetzung verbietet also jedes „Zuwenig“ hinsichtlich des gesteckten Zieles.

- (2) Die Maßnahme darf nicht über das zur Zielerreichung *erforderliche* Maß hinausgehen.

**Beachte:** Dies ist ein *Übermaßverbot* hinsichtlich des verfolgten Zieles. Diese Voraussetzung verbietet also jedes „Zuviel“ hinsichtlich des gesteckten Zieles. Insoweit weicht die Prüfung des EuGH von der vom nationalen Recht gewohnten Prüfung ab.

Dabei darf der verfolgte Zweck nicht durch Maßnahmen erreichbar sein, die den Handel innerhalb der Union weniger beeinträchtigen.

**Beachte:** Maßstab der Prüfung ist die *Intensität des Eingriffs* in das betroffene Rechtsgut. Hier erfolgt die uns gewohnte Prognostik des *milderen Mittels* (gleich geeignet und ebenfalls nicht über das erforderliche Maß hinausgehend).

- (3) Außerdem müssen die mit der Maßnahme verbundenen beschränkenden Wirkungen im Hinblick auf das angestrebte Ziel angemessen sein.

<sup>59</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 05.06.1997, Rs. C-398/95, Tz. 23 = **jurisbyhemmer**.

<sup>60</sup> Streinz, Europarecht, Rn. 832; EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger) = **Life&LAW 01/2004, 47** = **jurisbyhemmer**; vgl. dazu auch **Fall 7**.

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-368/95, Familiapress, Slg. 1997, I-3689, Rn. 24; Schroeder, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 30 Rn. 56 = **jurisbyhemmer**.

<sup>62</sup> EuGH, Urt. v. 26.06.1997, Rs. C-368/95, Tz. 18, m.V.a. EuGH, Urt. v. 25.07.1991, Rs. C-353/89, Tz. 30, in: Slg. 1991 I, 4069, u.w.V. = **jurisbyhemmer**.

**Beachte:** Die Angemessenheitsprüfung erfolgt (wenn überhaupt) regelmäßig nur als „Globalabwägung“. Nach allgemeiner Auffassung müssen Maßnahmen nicht unbedingt ein optimales Verhältnis herstellen, sondern nur Missverhältnisse vermeiden. Die Prüfung reduziert sich zumeist auf die Wesensgehaltsgarantie der betroffenen Rechtsgüter. Der EuGH prüft sie meist gar nicht, weil regelmäßig bereits keine Erforderlichkeit gegeben ist.

- (4) Vorliegend ist zwar das Verbot der Preisrätsel durchaus geeignet, die Medienvielfalt zu fördern, da ansonsten nur die Verlage am Markt eine Chance hätten, die die höchsten Gewinne bei Preisrätseln ausschütten könnten.

Es fehlt aber an der Erforderlichkeit. Als milderes Mittel kommt nämlich eine Limitierung der ausgelobten Preise in Betracht. Einen Gewinn von einem Jahresabo bspw. kann sich gewiss jeder Verlag leisten, ohne in eine existenzbedrohende Situation zu kommen.

**Anmerkung:** Besonderheiten bestehen zudem hauptsächlich bei innerstaatlichen Rechtsvorschriften, welche die Kontrolle von Waren aus Gründen des Gesundheitsschutzes, Umweltschutzes oder Verbraucherschutzes anordnen (z.B. Lebensmittelkontrollen, Umweltverträglichkeitsprüfungen).

Der EuGH erachtet entsprechende innerstaatliche Rechtsvorschriften dann als Verstoß gegen Art. 34 AEUV, wenn die Ware im Ursprungsland rechtmäßig zum freien Verkehr zugelassen worden ist und genauso effektiv kontrolliert wurde, wie dies im Einfuhrstaat beabsichtigt ist (**Herkunftslandprinzip**).

Die Mitgliedstaaten können zwar grundsätzlich aus Gründen des Gesundheitsschutzes, Umweltschutzes oder Verbraucherschutzes Kontrollverfahren einrichten und Genehmigungserfordernisse aufstellen.

Allerdings müssen sie etwaige Kontrollmaßnahmen des Ausfuhrstaates hinreichend berücksichtigen. Eine „Doppelkontrolle“ wäre unverhältnismäßig und damit unzulässig. Allerdings bedeutet das Vorhandensein von Schutzvorschriften im Ausfuhrstaat nicht automatisch, dass strengere Schutzvorschriften im Einfuhrstaat unverhältnismäßig sind. Denn der Umstand allein, dass ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen erlassen hat als ein anderer Mitgliedstaat, ist für sich genommen nicht ausschlaggebend für die Frage der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen.<sup>63</sup>

- (5) Wahrung der Unionsgrundrechte

Die Maßnahme müsste aber zudem in einer Weise angewandt werden, dass solche Ge- und Verbote berücksichtigt werden, die zum Schutz anderer Unionsrechtsgüter zu beachten sind. Dazu gehören (bisher anerkannt) der allgemeine Gleichheitssatz und die Grundrechte. Sie enthalten jeweils eine eigene, auf dieses Rechtsgut bezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Wenn ein Mitgliedstaat in die Gewährleistungen der Warenverkehrsfreiheit eingreift und somit im Anwendungsbereich des Unionsrechts handelt, ist seine „Rechtfertigung im Übrigen im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen.“ Zu diesen Grundrechten gehört die auch in Art. 10 EMRK verbürgte Meinungsfreiheit, vgl. Art. 6 EUV (zur Prüfung der EU-Grundrechte vgl. **Fall 7**).<sup>64</sup>

Diesen Anforderungen genügt das nationale Verbot nur, wenn sein Zweck, die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt, nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die die Meinungsfreiheit weniger beschränken. Zudem muss die beschränkende Wirkung auf die Meinungsfreiheit in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.

Ob die Anwendung des Verbotes der im Ausgangsverfahren streitigen Art ausreichend die Unionsgrundrechte beachtet, ist eine aus dem Sachverhalt nicht beurteilungsfähige Tatsachen- und Auslegungsfrage und bedarf daher der Prüfung durch das nationale Gericht.

**Anmerkung:** Neben den zwei Ebenen der objektiven Rechtfertigung kennt das Unionsrecht in Anlehnung an das französische Recht auch eine Ebene der subjektiven Rechtfertigung. Diese wird geprägt durch das Missbrauchsverbot, wonach Maßnahmen trotz ihrer objektiven Rechtfertigung unionsrechtswidrig sind, wenn sich z.B. aus sicheren Anhaltspunkten feststellen lässt, dass es dem Mitgliedstaat in Wahrheit gerade um die Benachteiligung des grenzüberschreitenden Warenhandels gegenüber innerstaatlichen Leistungsvorgängen ging und die Rechtfertigungsgründe dazu nur vorgeschoben waren. Anhaltspunkte hierfür liegen in diesem Fall jedoch nicht vor. Diese Prüfung ist allerdings gegenüber den objektiven Rechtfertigungsebenen subsidiär. Ein Verstoß dagegen ist nur bei deutlichsten Hinweisen im Sachverhalt zu bejahen.

<sup>63</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 433.

<sup>64</sup> EuGH, Urt. v. 26.07.1997, Rs. C-368/95, Tz. 24 f., m.V.a. EuGH, Urt. v. 18.06.1991, Rs. C-260/89, ERT, Tz. 43 f., in: Slg. 1991, I-2925 = jurisbyhemmer.

## V. Ergebnis:

Art. 34 AEUV ist so auszulegen, dass er § 9a I Nr. 1 UWG-Österreich entgegensteht.

### **Exkurs: Deutsche Pkw-Maut verstößt gegen EU-Recht**

Jüngst hatte der EuGH sich i.R.d. Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV mit der Klage Österreichs gegen Deutschland hinsichtlich der in Deutschland vorgesehenen Pkw-Maut zu befassen.<sup>65</sup>

Dabei kam der EuGH zum Ergebnis, dass das hierfür vorgesehene Gesetz in mehrfacher Hinsicht gegen geltendes EU-Recht verstößt, namentlich gegen das Diskriminierungsverbot gem. Art. 18 AEUV sowie gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV.

In der im Gesetz enthaltenen Kompensation der auftretenden Kosten über die Kfz-Steuer liegt eine mittelbare Diskriminierung nach Art. 18 AEUV. Aus Sicht des EuGH bewirkt die Steuerentlastung bei der Kfz-Steuer zugunsten der Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen, dass die von diesen entrichtete Infrastrukturabgabe vollständig kompensiert wird, indem die Abgabe auf die Kfz-Steuer angerechnet wird. Infolgedessen trifft die diesbezügliche wirtschaftliche Last dieser Abgaben im Wesentlichen allein die Halter und Fahrer der Mitgliedstaaten der EU. Zwar steht das System zur Finanzierung der Infrastruktur grundsätzlich den einzelnen Mitgliedstaaten zu, hierfür hätte jedoch das geltende Unionsrecht berücksichtigt werden müssen.

Der Verstoß gegen Art. 18 AEUV ist ferner auch nicht gerechtfertigt, denn anders als von Deutschland vorgetragen spiegelt die Entlastung bei der Kfz-Steuer nicht den beabsichtigten Übergang zur Finanzierung der Straßeninfrastruktur durch alle Nutzer nach dem „Benutzerprinzip“ und dem „Verursacherprinzip“ wider, so der EuGH.

Es ist zwar nach ständiger Rechtsprechung des EuGH möglich, dass eine gerechte Infrastrukturfinanzierung als zwingender Grund des Allgemeinwohls eine mittelbare Diskriminierung rechtfertigen kann.<sup>67</sup>

Jedoch hat es Deutschland unterlassen, hinsichtlich des Beitrags der Steuer zur Infrastrukturfinanzierung nähere Angaben zu machen, sodass nicht feststellbar ist, ob die vorgesehene Steuerentlastung i.R.d. Kfz-Steuer in Bezug auf die Infrastrukturabgaben angemessen ist.

Ferner stellt der EuGH fest, dass durch die Pkw-Maut auch ein Verstoß gegen die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 34 AEUV, Art. 56 AEUV vorliegt.

Hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit sei die Pkw-Maut geeignet, den Zugang von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten zu behindern, denn die Infrastrukturabgabe, der tatsächlich ausschließlich Fahrzeuge unterliegen, welche die Waren befördern, ist geeignet, die Transportkosten und infolgedessen auch die Preise der Erzeugnisse zu erhöhen, und beeinträchtigt damit die Wettbewerbsfähigkeit („Die Warenverkehrsfreiheit zwischen den Mitgliedstaaten ist ein elementarer Grundsatz des AEU-Vertrags, der in dem in Art. 34 AEUV nie-dergelegten Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung seinen Ausdruck gefunden hat“).<sup>69</sup>

Aus vergleichbaren Gründen liegt ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit vor, denn die Pkw-Maut wäre geeignet, den Zugang von aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Dienstleistungserbringern sowie -empfängern zum deutschen Markt zu behindern, indem sich aufgrund der Entlastung bei der Kfz-Steuer entweder die Kosten der Dienstleistungen erhöhen, die von außer-deutschen Dienstleistern in Deutschland erbracht werden, oder die Kosten, die sich für die Dienstleistungsempfänger dadurch ergeben, dass sie sich nach Deutschland begeben, um dort die Dienstleistung in Anspruch zu nehmen.

<sup>65</sup> EuGH, Urt. v. 18.08.2019, Rs. C-591/17 = jurisbyhemmer.

<sup>67</sup> Michl in Frankf. Komm. AEUV, Art. 18, Rn. 31.

<sup>69</sup> EuGH, Urt. v. 27.04.2017, Rs. C-672/15 = jurisbyhemmer.

**Wiederholungs- und Vertiefungsfragen:**

1. Wie ist die Vorlageberechtigung i.S.v. Art. 267 II AEUV bei einem Verfahren vor dem bei der Apothekenkammer gebildeten Berufsgericht zu beurteilen? Dabei ist davon auszugehen, dass sich dieses Berufsgericht aus Mitgliedern zusammensetzt, die von der Kammer berufen und seitens der Landesregierung bestätigt werden. Es entscheidet nach Maßgabe der Berufsordnung und in einem geregelten Verfahren, bei dem der Betroffene und Vertreter der Kammer gehört werden.
2. Stellt die durch die Apothekenkammer erlassene Berufsordnung eine die Grundfreiheiten begrenzende staatliche Maßnahme dar?
3. Was ist ein Zoll i.S.v. Art. 30 AEUV?
4. Wie unterscheiden sich Abgaben gleicher Wirkung i.S.v. Art. 30 AEUV von Steuern i.S.v. Art. 110 ff. AEUV?

**Arbeitshinweis:**

Bearbeiten Sie **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 683 ff.** (Vorabentscheidungsverfahren) sowie **Rn. 400 ff.** (Warenverkehrsfreiheit).

**Weitergehende Literaturempfehlungen:**

**Ruffert, JuS 2009, 91; Papadileris, JuS 2011, 123; Purnhagen, EuZW 2011, 224**

**Rechtsprechungshinweise:**

- ✓ EuGH, Urteil vom 01.07.2014 – C-573/12, NVwZ 2014, 1073 mit Anmerkung Ehmann. Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung von Produktionsanlagen erneuerbarer Energien aus anderen Mitgliedstaaten.
- ✓ EuGH, Urteil vom 18.10.2012 – C-385/10, EuZW 2013, 21. Verhältnis von Sekundärrecht und Warenverkehrsfreiheit.
- ✓ EuGH, Urteil vom 12.07.2012 – C-171/11, EuZW 2012, 797 mit Anmerkung Schweitzer. Beschränkung des freien Warenverkehrs durch Normen einer privaten Einrichtung.

## Lösung Fall 7

### ÜBERSICHT

#### Begründetheit eines Vertragsverletzungsverfahrens

Nichtuntersagung der Versammlung als Vertragsverletzung?

#### Verstoß gegen Art. 34 AEUV

1. **Waren nach Art. 28 II AEUV (+)**
2. **Maßnahme gleicher Wirkung?** Art. 34 AEUV verpflichtet Staaten zu Gegenmaßnahmen, wenn Grundfreiheiten von Privaten verletzt werden.
3. **Rechtfertigung?** Art. 36 AEUV bzw. zwingende Erfordernisse?
  - a) Ziel der Demonstranten irrelevant, allein Berücksichtigung der Gründe für die Behörden, die Versammlung nicht zu untersagen.
  - b) Beschränkung der Grundfreiheiten aus dem Grundrechtsschutz der Demonstranten?

GRCh sowie Grundrechte als Bestandteil allgemeiner Rechtsgrundsätze, vgl. Art. 6 I, III EUV, EuGH zum Schutz berufen.

⇒ Grundrechtsschutz ist berechtigtes Interesse, geeignet zur Beschränkung von Grundfreiheiten ⇒ Tragweite der geschützten Rechte maßgeblich, auf GRCh oder EMRK abstellen, nicht auf nationale Rechte.
  - c) Schutzbereich der Versammlungsfreiheit, z.B. Art. 12 I GRCh, Art. 11 EMRK  

⇒ Versammlungsfreiheit steht Demonstranten zu, daraus folgt staatliche Schutzpflicht.
  - d) P: auch Versammlungsfreiheit einschränkbar durch ein dem Gemeinwohl dienendes Ziel der EU (hier Art. 34 AEUV)
  - e) ⇒ **Abwägung im Einzelfall:**
    - aa) Versammlung nicht als Handelshemmnis geplant, außerdem Anordnung von Rahmen- und Begleitmaßnahmen zum Schutz der Freiheit getroffen.
    - bb) Keine dauerhafte Einschränkung des Art. 34 AEUV
    - cc) Fehlende Untersagung der Versammlung ist damit verhältnismäßige Beschränkung der Grundfreiheit

⇒ **Keine Vertragsverletzung**

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 7 - Lösung - Seite 2

### Frage: Begründetheit eines Vertragsverletzungsverfahrens

Das zulässige Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV hat Aussicht auf Erfolg, wenn ein Verstoß gegen Unionsrecht vorliegt.

Die Versammlung kann zu einer erheblichen Behinderung der Ex- und Importe an der Grenze von Deutschland nach Österreich führen. Darin könnte eine Verletzung der in Art. 34 AEUV geschützten Warenverkehrsfreiheit liegen.

### Verstoß gegen Art. 34 AEUV

Ein Verstoß gegen diese Grundfreiheit<sup>1</sup> liegt vor, wenn mengenmäßige Beschränkungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung den Handelsverkehr mit Waren behindern.

#### 1. Unionswaren

Bei den über die Grenze transportierten Sachen handelt es sich um geldwerte körperliche Gegenstände, mit denen Handelsgeschäfte abgewickelt werden können, somit um eine Ware nach Art. 28 II AEUV. Der Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV ist demnach eröffnet.

#### 2. Maßnahme gleicher Wirkung

Da es sich nicht um eine mengenmäßige Beschränkung der Einfuhr handelt, kann nur eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegen.

Darunter ist jede unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder potentielle Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zu verstehen<sup>2</sup> (*Dassonville-Formel*).

Grundsätzlich verbieten die Grundfreiheiten des AEUV den Mitgliedstaaten selbst jegliche eigenen Handlungen, die ihre Einschränkung bewirken. Jedoch verbietet Art. 34 AEUV nicht nur dieses, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten i.V.m. Art. 4 III EUV auch dazu, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung dieser Grundfreiheit sicherzustellen.<sup>3</sup> Art. 34 AEUV 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.

Die Mitgliedstaaten sind aufgrund des allgemeinen Effizienzgrundsatzes des Art. 4 III EUV verpflichtet, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung der Grundfreiheiten sicherzustellen, und aus demselben Grundsatz heraus verpflichtet, alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten.

Aus alledem ist zu folgern, dass der Umstand, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats Versammlungen, die zu einer ununterbrochenen nahezu dreißigstündigen völligen Blockade wichtiger Verkehrsverbindungen führen, nicht untersagen, eine Beeinträchtigung des Warenverkehrs innerhalb der Union darstellen kann und daher als Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen anzusehen ist, die grundsätzlich mit den unionsrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus den Art. 34 und 35 AEUV in Verbindung mit Art. 4 III EUV ergeben, unvereinbar ist, sofern die Nichtuntersagung nicht objektiv gerechtfertigt werden kann.

**Anmerkung:** Da Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in die Alleinzuständigkeit der Mitgliedstaaten und damit in ihr Entscheidungsvermögen fallen, ist es nicht Sache der Unionsorgane, sich an die Stelle der Mitgliedstaaten zu setzen und ihnen vorzuschreiben, welche Maßnahmen sie zum Schutz der Warenverkehrsfreiheit ergreifen müssen, wenn diese durch das rechtswidrige Verhalten Privater tatsächlich beeinträchtigt wird.

Jedoch ist es Sache des EuGH, zu entscheiden, ob das Entscheidungs- und Einschreitungsvermögen des Mitgliedstaates im Hinblick auf den Schutz der Warenverkehrsfreiheit fehlerfrei und umfassend ausgeübt wurde.

**Hinweis:** Man hätte bzgl. der Tätigkeit des Trucker auch an die Dienstleistungsfreiheit denken können, Art. 56 ff. AEUV. Gem. Art. 58 I AEUV gelten für Dienstleistungen im Verkehrsbereich allein die Art. 90 ff. AEUV inklusive des Sekundärrechts. Der EuGH beschränkte sich in dem diesem Fall zugrunde liegenden Urteil aber ausschließlich auf Art. 34 AEUV.

<sup>1</sup> Alle vier Grundfreiheiten wirken unmittelbar, d.h. jeder kann sich vor allen nationalen staatlichen Stellen darauf berufen. Durch innerstaatliches Recht können sie nicht ausgeschlossen werden, vgl. auch Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 393 ff.

<sup>2</sup> EuGH, NJW 1975, 515 (Dassonville) = jurisbyhemmer.

<sup>3</sup> EuGH, BayVBl. 1999, 336 und EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger) = Life&LAW 01/2004, 47 ff. = jurisbyhemmer.

### 3. Rechtfertigung

Fraglich ist demnach, ob eine Rechtfertigung für die Beeinträchtigung der Grundfreiheit vorliegt.

Grundsätzlich kann sich eine solche aus Art. 36 AEUV ergeben bzw. dann vorliegen, wenn nationale Regelungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden (sog. „Cassis-Formel“).

- a) Als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses könnte man hier zunächst an den Schutz der Umwelt und Gesundheit denken, immerhin sind dies die Ziele der Versammlung. Auch wenn der Schutz der Umwelt und der Gesundheit der Bevölkerung insbesondere in dieser Region unter bestimmten Umständen ein dem Allgemeininteresse dienendes legitimes Ziel darstellen kann, das geeignet ist, eine Beschränkung der durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten, zu denen der freie Warenverkehr gehört, zu rechtfertigen, ist hervorzuheben, dass auf diese Ziele der Versammlung aber nicht abzustellen ist. Die spezifischen Ziele der Versammlungen als solche spielen im Rahmen einer Klage wegen eines Verstoßes gegen Unionsrecht im konkreten Zusammenhang keine Rolle, da der Verstoß nicht daraus hergeleitet wird, dass die Versammlungsteilnehmer die Versammlung durchführen, sondern aus dem Umstand, dass die nationalen Stellen die Behinderung des Verkehrs an den Grenzübergängen, also die Versammlung, nicht verhinderten.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Mitgliedstaat gegen Unionsrecht verstoßen hat, ist nämlich allein das Handeln oder Unterlassen dieses Mitgliedstaats in Betracht zu ziehen, es ist also allein das Ziel zu berücksichtigen, das die nationalen Stellen mit der Nichtuntersagung der Versammlung verfolgten.<sup>4</sup>

- b) Fraglich ist daher nun, welches das Ziel ist, das der Mitgliedstaat mit der Nichtuntersagung der Versammlung verfolgte. Dies könnte die Ermöglichung der Grundrechtsverwirklichung der Versammlungsteilnehmer sein. Es ist also fraglich, ob sich eine Beschränkung der Grundfreiheiten aus dem Grundrechtsschutz der Demonstranten ergeben kann. Die bayerischen Behörden haben ihre Entscheidung ja gerade darauf gestützt, dass die Warenverkehrsfreiheit hinter dem Versammlungsrecht zurücktritt.

Abzustellen ist allein auf die Unionsgrundrechte. Da die Verträge und damit auch Art. 34 AEUV Vorrang vor dem nationalen Recht haben (und nach Ansicht des EuGH auch vor der nationalen Verfassung), können nationale Grundrechte nicht einen Verstoß gegen Unionsrecht rechtfertigen.

Was nun die Unionsgrundrechte angeht, so haben sich mit dem Vertrag von Lissabon einige Änderungen ergeben.

Gemäß Art. 6 I EUV erkennt die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 07.12.2000 in der am 12.12.2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind.

Gemäß Art. 6 I UA 1 HS 2 EUV steht die Charta (GRCh) im Gleichrang mit den Verträgen und ist daher nunmehr verbindliches geschriebenes Primärrecht. Die GRCh wurde auch bisher schon zur Bestätigung eines Ergebnisses von den EU-Gerichten und auch von nationalen Gerichten zitiert.<sup>5</sup>

Daneben bestehen gemäß Art. 6 III EUV die Unionsgrundrechte nach wie vor als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts, deren Wahrung der EuGH zu sichern hat. Dabei lässt sich der EuGH von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt der EMRK besondere Bedeutung zu, vgl. Art. 6 III EUV (EMRK und gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts, sog. ungeschriebenes Primärrecht).

**Anmerkung:** Es gelten also derzeit zwei unterschiedliche Grundrechtskategorien kumulativ (auch wenn hiermit keine qualitative Verdoppelung des europäischen Grundrechtsschutzes einhergeht, da alle Kategorien in etwa den gleichen Standard haben). Wie in der Praxis in Zukunft eine Anwendung und Prüfung dieses Grundrechtsschutzes erfolgt, wird die Rechtsprechung des EuGH zeigen.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger) = **Life&LAW 01/2004, 47 ff.** = jurisbyhemmer.

<sup>5</sup> Nachweise bei Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, S. 105; z.B. EuG „max-mobil“, T-54/99, EuZW 2002, 186; EuG „Jégo-Quéré“, T-

177/01, EuZW 2002, 412 = JuS 2002, 1017 f. = jurisbyhemmer.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu auch Ludwig, EuR 2011, 715 ff.

Die Grundrechte sind erst spät zum Unionsrecht hinzugestoßen, gehören allerdings mittlerweile zum Binnenmarktbezug. Sie sind auch über das Binnenmarktrecht hinaus vor allem im Bereich der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts relevant. Zwar hat der EuGH in älteren Urteilen einen Grundrechtsschutz auf Europäischer Ebene abgelehnt, jedoch wurde mit der Rechtssache Stauder auch ein Grundrechtsschutz im Binnenmarkt zugelassen.<sup>7</sup>

**Hinweis:** Art. 6 II EUV sieht den Beitritt der EU zur EMRK vor. Nach einem Beitritt der EU zur EMRK besteht die unmittelbare Bindung der EU an die EMRK als integrierender Bestandteil des Unionsrechts (also im Rang nach dem Primärrecht, aber vor dem Sekundärrecht).<sup>8</sup> Dann folgt noch eine weitere Grundrechtskategorie, welche in der Prüfung erwähnt werden muss.

18.12.2014: In einem Gutachten hat der Gerichtshof einen Übereinkommensentwurf als nicht mit Art. 6 II EUV vereinbar gesehen. Somit ist derzeit das Beitrittsverfahren zum Stillstand gekommen.

**Vertiefungshinweis:** Ganz nebenbei klärte der EuGH in der Rs. Dereci<sup>9</sup> eine wichtige Streitfrage. Die Grenzen des Art. 51 GRCh werden vom EuGH ernst genommen. Nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts (einschließlich des Kernbereichsschutzes) gelten EU-Grundrechte. Ansonsten richtet sich der Grundrechtsschutz nach nationalem Recht so wie der EMRK.

**hemmer-Methode:** Für die Klausurpraxis bedeutet dies zunächst Folgendes: In jedem Falle muss eine Grundrechtsprüfung anhand der primärrechtlich verankerten Maßstäbe der GRCh und der allgemeinen Rechtsgrundsätze durchgeführt werden. Der Inhalt der Rechtsgrundsätze ergibt sich wie bisher im Wesentlichen aus der EMRK (Rechtserkenntnisquelle, Art. 6 III EUV).

Nach einem (bisher nicht erfolgten) Beitritt der EU zur EMRK wäre dann die EMRK auch unmittelbarer Prüfungsmaßstab.

Bei der Heranziehung der EMRK **nach dem Beitritt** ist aber darauf zu achten, dass bei der Überprüfung der Grundrechtswidrigkeit von völkerrechtlichen Verträgen der EU die EMRK ausschließlich über Art. 6 III EUV als Rechtserkenntnisquelle (also als ungeschriebenes Primärrecht) herangezogen werden kann (kommt im Pflichtstoff wohl eher selten vor).

Dies ist deswegen zwingend, weil ein völkerrechtlicher Vertrag nur an Primärrecht gemessen werden kann (vgl. Art. 218 XI AEUV), die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag mit dem zu überprüfenden völkerrechtlichen Vertrag aber auf gleicher Stufe stehen würde.

Die EMRK kann **nach dem Beitritt** aber dann direkt herangezogen werden, wenn an ihr EU-Sekundärrecht überprüft werden soll.

**Achten Sie also darauf, ob im Zeitpunkt Ihres Examenstermins der Beitritt der EU zur EMRK bereits erfolgt ist.**

Daraus folgt, dass in der Union keine Maßnahmen als rechtens anerkannt werden können, die mit der Beachtung der so anerkannten und gewährleisteten Menschenrechte unvereinbar sind.

Da die Grundrechte demnach sowohl von der Union als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Unionsrecht, auch kraft einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie dem freien Warenverkehr, bestehen.

**Anmerkung:** Wesentlich ist hier, dass auf die aus dem Unionsrecht folgenden Rechte abgestellt wird und nicht auf die Grundrechte nach deutschem Verfassungsrecht. Das GG ist ja gerade kein Gesetz, das über den Verträgen steht, vielmehr muss das gesamte nationale Rechtssystem (zumindest nach Ansicht des EuGH) immer im Lichte der Verträge ausgelegt werden. Dies gebietet der Effizienzgrundsatz des Art. 4 III EUV.

Das Unionsrecht hat immer Vorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht jedweden Ranges.<sup>10</sup>

**Anmerkung:** Obwohl die Prüfung der europäischen Grundrechte nach wie vor im Aufbau ist, nähert sich die Dogmatik der deutschen Grundrechtsprüfung an. So kann man auch auf europäischer Ebene von einem dreistufigen Aufbau ausgehen. Allerdings ist auch zu beachten, dass die Prüfung zwar im Wesentlichen der deutschen Dogmatik entspricht, der Schutzgehalt der europäischen Grundrechte aber dennoch durch wertende Rechtsvergleichung ermittelt wird.

<sup>7</sup> Vgl. EuGH 29/69, 1969, 419 (Stauder/Stadt Ulm) = jurisbyhemmer.

<sup>8</sup> Pache/Rösch, EuZW 2008, 521.

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-256/11 –Dereci u.a., NVwZ 2012, 97 mit guter Anmerkung Thym.

<sup>10</sup> Ausführlich hierzu **Fall 2; Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 285 ff.**

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 7 - Lösung - Seite 5

- c) Um als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen zu können, muss zunächst der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit eröffnet sein. Dazu müsste das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit zunächst den Demonstranten zustehen. Nach den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (vgl. z.B. für Deutschland Art. 8 GG) bzw. Art. 11 EMRK sowie Art. 12 I GRCh ist das Recht geschützt, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Eine Versammlung ist dabei eine Zusammenkunft mehrerer Personen zum Zwecke der kollektiven Meinungsäußerung.

Hier sollte gerade eine Meinung dahingehend verbreitet werden, dass eine weitere Zunahme des Schwerlastverkehrs aus Gründen des Umweltschutzes und der dabei entstehenden Emissionen nicht weiter hingenommen werden könne. Dies wollten die Demonstranten durch ihre Aktion publik machen. Es liegt trotz der damit verbundenen Blockade der Grenzen auch keine Unfriedlichkeit vor, da darunter nur ein Verhalten verstanden werden kann, das mit der Ausübung von Gewalt gegen andere Personen oder Sachen zusammenhängt.

**Anmerkung:** Es könnte noch problematisiert werden, ob die Demonstranten einen grundrechtlichen Anspruch auf Benutzung eines bestimmten Versammlungsortes haben. Zwar enthält das Grundrecht der Versammlungsfreiheit das Recht auf Benutzung des öffentlichen Straßenraumes, weil es sonst leerlaufen würde, aber die Bestimmung kann auch als der Behörde obliegend angesehen werden, um Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auszuschließen.

**Hinweis:** Der EuGH ging im zu Grunde liegenden Urteil<sup>11</sup> nicht auf die Eröffnung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit ein, sondern setzte dies wie selbstverständlich voraus. Im Examen können Sie sich das nicht leisten, so dass dieser Punkt im Gutachten nicht fehlen darf.

Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ist damit eröffnet, sodass es die aus den Grundrechten folgende Pflicht für den Staat war, dieses Grundrecht zu schützen, welches der Staat durch das Nichtverbieten auch getan hat. Ein Verbot der Versammlung hingegen, welches zwar Art. 34 AEUV zur Verwirklichung verholfen hätte, hätte aber gleichzeitig einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit bedeutet.

- d) Die vorliegende Rechtssache wirft somit die Frage auf, wie die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der EU mit den aus einer im AEUV verankerten Grundfreiheit fließenden Erfordernissen in Einklang gebracht werden können. Des Weiteren stellt sich insbesondere die Frage, welche Tragweite die durch die Art. 10 und 11 EMRK sowie Art. 11 und 12 GRCh gewährleistete Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit und der Grundsatz des freien Warenverkehrs jeweils haben, wenn die erstgenannten Freiheiten als Rechtfertigung für eine Beschränkung des letztgenannten Grundsatzes herangezogen werden.

Dazu ist festzustellen, dass auch die Unionsgrundrechte, um die es im Ausgangsstreit geht, nicht uneingeschränkt gelten. Vielmehr können auch sie Beschränkungen unterworfen sein, welche dem Gemeinwohl dienenden Zielen der EU entsprechen (vgl. Art. 52 GRCh). Es muss daher eine Abwägung erfolgen, welche das rechte Gleichgewicht zwischen diesen Interessen wahr.

Demgemäß sind die bestehenden Interessen abzuwägen und es ist anhand sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen, ob das rechte Gleichgewicht zwischen diesen Interessen gewahrt worden ist.

In dieser Hinsicht verfügen die zuständigen Stellen über ein weites Ermessen. Dennoch ist zu prüfen, ob die Beschränkungen, denen der Handel innerhalb der Union unterworfen wurde, in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel stehen, das mit ihnen verfolgt wird, hier dem Schutz der Grundrechte.

- e) Der Staat hat somit zwei Schutzaufträge zu erfüllen, die sich an der konkreten Stelle gegenseitig widersprechen. Es muss daher eine Abwägung getroffen werden.<sup>12</sup>
- aa) Für die Durchführung der Versammlung im Verhältnis zur Warenverkehrsfreiheit spricht, dass diese öffentliche Demonstration nicht den Zweck hatte, den Handel mit Waren einer bestimmten Art oder Herkunft zu beeinträchtigen, sondern generell auf umweltpolitische Missstände aufmerksam machen wollte.

Außerdem haben die zuständigen Behörden im Wege von Auflagen verschiedene Rahmen- und Begleitmaßnahmen zu Lasten des Veranstalters angeordnet, um die Störungen des Straßenverkehrs möglichst gering zu halten.

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger) = **Life&LAW 01/2004, 47 ff.** = jurisbyhemmer.

<sup>12</sup> Letztlich entspricht diese Konstruktion der aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannten Vorgabe der Lösung

von Grundrechtskollisionen im Wege der praktischen Konkordanz. Der EuGH verwendet diesen Begriff allerdings nicht.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 7 - Lösung - Seite 6

So wurde insbesondere eine umfassende Information aller Verkehrsteilnehmer bereits lange vor dem geplanten Termin angeordnet, um z.B. möglichen Ausweichrouten anzusteuern. Die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer wurden somit über die Verkehrsbeschränkungen am vorgesehenen Versammlungsort und -termin angemessen informiert und konnten von daher rechtzeitig disponieren, um diesen Beschränkungen zu begegnen.

Strengere Auflagen hinsichtlich des Ortes oder des zeitlichen Rahmens der fraglichen Versammlung hätten der Aktion einen wesentlichen Teil ihrer Wirkung nehmen können.

- bb)** Im Gegensatz dazu wird die Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV nicht dauerhaft eingeschränkt. Der Wirtschaftsteilnehmer kann sich langfristig auf die geplante Versammlung einrichten und sich Ausweichstrecken überlegen bzw. nicht zwingend erforderliche Termine verschieben.
- cc)** Nach alledem erscheint die fehlende Untersagung der Versammlung, die zu einer Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit führt, als verhältnismäßige Beschränkung dieser Grundfreiheit.

Der Umstand, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats eine Versammlung unter den genannten Umständen nicht untersagen, ist nicht mit Art. 34 AEUV in Verbindung mit Art. 4 III EUV unvereinbar.

**Anmerkung:** Eine andere Ansicht erscheint im Ergebnis nicht unvertretbar. So kann etwa der Zeitpunkt der Versammlung, das Pfingstwochenende mit starkem Reiseverkehr, als unverhältnismäßig angesehen werden, mit dem Ergebnis, dass die Behörden die Pflicht gehabt hätten, die Versammlung zeitlich zu verschieben.

Entscheidend ist die Tatsache, dass Grundrechte auf europäischer Ebene geeignet sind, die Grundfreiheiten einzuschränken.<sup>13</sup>

**Hinweis:** Das sog. opt-out von Polen (und dem Vereinigten Königreich) im Protokoll Nr. 30, welches die Anwendbarkeit der GRCh in diesen Ländern mit einem Vorbehalt belegt, dürfte in der Praxis von untergeordneter Bedeutung sein, da eine Einschränkung der Grundrechte in der EMRK und des Art. 6 III EUV (Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze) hiermit natürlich nicht verbunden ist. Ein Europa mehrerer Geschwindigkeiten im Grundrechtsschutz wirft hingegen kein gutes Licht auf die EU als „Rechtsgemeinschaft“.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Vgl. auch EuGH, Rs. C-36/02 (Omega/OB Bonn) = EuZW 2004, 753 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>14</sup> Streinz/Ohler/Herrmann, a.a.O., S. 104.

## Lösung Fall 8

### ÜBERSICHT

#### A) Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit (+), Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV

II. Durchführung des Vorverfahrens

1. Erstes Mahnschreiben, Art. 258 I HS 2 AEUV; Mitteilung der Tatsachen zum Vertragsverstoß, Ankündigung, dass Verfahren eingeleitet wird und Aufforderung mit Fristsetzung, sich zu Vorwürfen zu äußern.

Erfordernis der Fristsetzung fehlt hier, zwar strittig, ob im ersten Mahnschreiben Fristsetzung erforderlich, aber (+), Interesse der Vorbereitung der Verteidigung der Mitgliedstaaten ⇒ Verfahrensverstoß.

Mangel aber geheilt, Sinn der Fristsetzung erreicht, da Stellungnahme hinsichtl. der Vorwürfe vor begründeter Stellungnahme der Kommission vorliegt.

2. Begründete Stellungnahme, Art. 258 I AEUV

a) Streitgegenstand und Mahnschreiben

Keine Erweiterung des Gegenstandes zulässig, hier Ausbau des Vorwurfs der Vertragsverletzung in rechtlicher Hinsicht, ebenfalls unzulässig, da Verkürzung des rechtlichen Gehörs ⇒ Klage hinsichtlich Art. 56 AEUV mangels ordnungsgemäßen Vorverfahrens teilweise unzulässig

b) Fristsetzung

Frist muss realistisch bemessen sein, zwei Monate reichen aus, um Gesetzgebungsverfahren abzuschließen.

III. Überzeugung der Kommission vom Vertragsverstoß, Art. 258 I AEUV (+)

IV. Rechtsschutzinteresse (+), Auftrag aus Art. 17 EUV

V. Form und Frist (+)

VI. Zuständigkeit des EuGH, Art. 256, 258 AEUV (+)

#### B) Begründetheit

**Verstoß gegen Art. 49 AEUV - Niederlassungsfreiheit**

1. § 2 WpMG: Zulassungserfordernis

a) Sachlicher Anwendungsbereich Art. 49 AEUV: Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten in anderen Mitgliedstaaten, hier (+), keine öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 51 AEUV

b) Schutzzumfang Art. 49 AEUV

aa) Verbot jeder Art von Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, hier (-), Zulassungserfordernis gilt unterschiedslos

bb) Art. 49 AEUV als allg. Beschränkungsverbot? Nach h.M. (+)

c) Rechtfertigung

Art. 52 AEUV (-);

Gründe des Allgemeinwohls?

Sicherheit des Wertpapiermarktes und Kontrolle der Leistungserbringer stellen rechtfertigende Gründe des Allgemeininteresses dar, kein geeignetes milderes Mittel ersichtlich, relativ geringfügiger Eingriff

d) Ergebnis: kein Verstoß gegen Art. 49 AEUV

#### 2. § 3 WpMG: Verbot der Zweigniederlassung

a) Sachlicher Anwendungsbereich Art. 49 AEUV (+)

b) Schutzzumfang Art. 49 AEUV ⇒ Verbot offener und versteckter Diskriminierungen

⇒ hier: Verbot gilt unterschiedslos, aber naturgemäß Ausländer stärker betroffen als deutsche Gesellschaften ⇒ versteckte Diskriminierung

zudem: Recht, Zweigniederlassungen zu gründen, explizit gewährt, Art. 49 I S. 2 AEUV

c) Rechtfertigung nach Art. 52 I AEUV?

⇒ öffentliche Sicherheit und Ordnung (eng auslegen) ⇒ Interesse, das für Existenz des Staates bedeutsam, nicht ersichtlich

d) Gebhard-Formel: Gründe des Allgemeinwohls?

Hier (-), Gebot der Hauptniederlassung nicht zwingend erforderlich, andere Methoden in den Mitgliedstaaten gewähren ähnlich hohes Maß an Sicherheit ⇒ fehlende Erforderlichkeit, Verstoß gegen Art. 49 AEUV, Klage insofern begründet.

#### 3. §§ 2 und 3 WpMG: Ausübung allein durch Gesellschaften

a) Sachlicher Anwendungsbereich (+)

b) Schutzzumfang

Forderung der Bildung von Gesellschaften macht Ausübung der Maklertätigkeit für Einzelnen unmöglich

c) Rechtfertigung

Schutz der Investoren und Stabilität der Märkte sind rechtmäßige Ziele, aber nicht ersichtlich, warum Gesellschaftszwang; auch von Privaten könnte Eigenkapitalnachweis verlangt werden ⇒ Verstoß gegen Art. 49 AEUV (+)

### LÖSUNG

#### A) Zulässigkeit

##### I. Statthaftigkeit

Das von der Kommission initiierte Vertragsverletzungsverfahren ist statthaft gemäß Art. 258 AEUV.

**Anmerkung:** Das Vertragsverletzungsverfahren hat eine reine Ordnungsfunktion. Es verfolgt allein den Zweck, einen gegen Unionsrecht verstoßenden Mitgliedstaat zu veranlassen, die gerügten Vertragsverletzungen abzustellen. Die mit dem Verfahren verbundene Anprangerung ist Nebenwirkung, nicht Ziel des Verfahrens; einen sehr guten Einstieg in das Vertragsverletzungsverfahren bietet Ehlers, JURA 2007, 684.

##### II. Durchführung des Vorverfahrens

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klage ist, dass das Vorverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde.<sup>1</sup>

**Anmerkung:** Dabei ist zu differenzieren, ob die Vertragsverletzungsklage wie hier von der Kommission oder einem anderen Mitgliedstaat initiiert wird. In letzterem Fall gelten die Sonderregelungen des Art. 259 AEUV. Die Kommission ist allerdings auch hier maßgeblich zu beteiligen.

##### 1. Erstes Mahnschreiben

Kommt die Kommission zu der Auffassung, ein Mitgliedstaat verstoße gegen die Verträge, so hat sie dem betroffenen Mitgliedstaat Gelegenheit zur Äußerung zu geben, Art. 258 I HS 2 AEUV. Inhaltlich muss dieses sog. Mahnschreiben **drei Aussagen** enthalten: die **Mitteilung der Tatsachen**, in denen die Kommission einen Vertragsverstoß sieht; die **Ankündigung**, dass wegen dieser Tatsachen das Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wird und die **Aufforderung**, sich zu den erhobenen Vorwürfen innerhalb einer bestimmten Frist zu äußern.

Diesem Erfordernis der Fristsetzung zur Äußerung ist die Kommission vorliegend nicht nachgekommen. Zwar ist strittig, ob das erste Mahnschreiben mit einer Fristsetzung zu verbinden ist; zuzustimmen ist allerdings der h.M., die eine Fristsetzung im Interesse der Vorbereitung der Verteidigung der Mitgliedstaaten für erfor-

derlich hält.<sup>2</sup> Schließlich müssen die Mitgliedstaaten wissen, ab wann sie frühestens mit der Versendung einer begründeten Stellungnahme zu rechnen haben, d.h. auch wie viel Zeit ihnen zur Abgabe einer eigenen Stellungnahme bleibt. Ein Verfahrensverstoß liegt damit vor.

Grundsätzlich hat dies zur Folge, dass die später erhobene Klage der Kommission unzulässig ist, da die ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens Sachurteilsvoraussetzung für das Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Mangel nicht durch den weiteren Verlauf des Verfahrens geheilt wurde. Zu beachten ist nämlich Folgendes: Sinn und Zweck der Fristsetzung ist es, dem Mitgliedstaat innerhalb eines bestimmten Zeitraums Gelegenheit zur Äußerung zu geben und damit rechtliches Gehör zu gewähren, bevor seitens der Kommission eine begründete Stellungnahme hinsichtlich des Vertragsverstoßes erfolgt. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich vorliegend jedoch bereits **vor dem Erlass der begründeten Stellungnahme** der Kommission hinsichtlich der Vorwürfe aus dem ersten Mahnschreiben erklärt. Sinn und Zweck der Fristsetzung wurde somit Genüge getan, der Verfahrensverstoß der Kommission wurde geheilt. Auch wurde der Fehler in der Stellungnahme der Bundesrepublik nicht gerügt, was ebenfalls für eine Heilung spricht.

##### 2. Begründete Stellungnahme

Die Rechtmäßigkeit der von der Kommission gemäß Art. 258 I AEUV abgegebenen begründeten Stellungnahme ist in zweierlei Hinsicht problematisch.

##### a) Streitgegenstand und Mahnschreiben

Der Streitgegenstand der Klage und damit die Zulässigkeit der Anträge werden durch den Streitgegenstand der begründeten Stellungnahme begrenzt. Aufgrund der Zielsetzung des Vorverfahrens, die Gewährung rechtlichen Gehörs, darf die mit Gründen versehene Stellungnahme aber ihrerseits grundsätzlich keine Beanstandungen enthalten, die nicht bereits Gegenstand des Mahnschreibens waren.<sup>3</sup>

Unstreitig ist dies dann, wenn die Kommission in der begründeten Stellungnahme eine **Erweiterung in tatsächlicher Hinsicht** vornimmt.

Vorliegend hat die Kommission ihren Vorwurf der Vertragsverletzung aber **nur in rechtlicher**

<sup>1</sup> Die ordnungsgemäße Durchführung ist Prozessvoraussetzung, Fehler lassen die Klage unzulässig werden. Ein einvernehmlicher Verzicht auf das Vorverfahren ist nicht möglich, vgl. Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 586.

<sup>2</sup> Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 258, Rn. 34.

<sup>3</sup> EuGH, Kommission/Italien, Slg. 1965, 1125, 1137 f. = jurisbyhemmer; ebenso darf auch keine Erweiterung stattfinden vom Gegenstand der begründeten Stellungnahme zum Gegenstand der Klage.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 8 - Lösung - Seite 3

**Hinsicht**, nämlich auf eine zusätzliche Verletzung des Art. 56 AEUV, ausgedehnt.

Ob auch in diesem Fall ein Verfahrensfehler vorliegt, ist strittig. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, das erste Mahnschreiben stelle lediglich die Einleitung eines Dialogs dar, während die endgültige Feststellung des Streitgegenstands erst in der begründeten Stellungnahme zu erfolgen habe.<sup>4</sup>

Nach der h.M. dürfen die erhobenen Vorwürfe in der begründeten Stellungnahme dagegen auch in rechtlicher Hinsicht nicht über die des ersten Mahnschreibens hinausgehen.<sup>5</sup> Diese Ansicht ist vorzugswürdig. Zwar kann nicht argumentiert werden, dass jeder Mitgliedstaat die Möglichkeit haben muss, sein Verhalten bereits im ersten Verfahrensstadium zu ändern.<sup>6</sup> Dieser Gesichtspunkt ist nur bei einer Veränderung der Vorwürfe in tatsächlicher Hinsicht einschlägig. Entscheidend ist aber, dass es zu einer **Verkürzung des rechtlichen Gehörs** i.S.v. Art. 258 I HS 2 AEUV kommt, wenn der Mitgliedstaat erst im zweiten Verfahrensabschnitt auf seine Verfehlungen aufmerksam gemacht wird.

Da vorliegend der Klageantrag eine rechtliche Erweiterung hinsichtlich Art. 56 AEUV gegenüber dem ersten Mahnschreiben enthält, ist die Klage mangels ordnungsgemäßer Durchführung des Vorverfahrens als teilweise unzulässig abzuweisen. Die Klage ist also insoweit unzulässig, als der mögliche Verstoß der Bundesrepublik Deutschland den Art. 56 AEUV betrifft.

### b) Fristsetzung

Ein weiterer Mangel des Vorverfahrens könnte in der von der Kommission zu kurz bemessenen Fristsetzung zur Beseitigung der Vertragsverletzung in der begründeten Stellungnahme liegen. Auch in diesem Fall wäre die Klage als unzulässig abzuweisen.<sup>7</sup>

Sinn der Fristsetzung ist es, dem Mitgliedstaat letztmalig die Gelegenheit zur Abstellung der Vertragsverletzung zu geben. Hinsichtlich der Länge der zu gewährenden Frist existieren weder seitens der Verträge noch seitens des EuGH absolute Mindestanforderungen. Die Frist muss nur realistisch bemessen sein und den jeweiligen Umständen des Falles Rechnung tragen.<sup>8</sup>

Dies ist vorliegend zweifelhaft, da das deutsche Gesetzgebungsverfahren, das allein einen etwaigen Vertragsverstoß beseitigen könnte, kaum innerhalb von zwei Monaten durchgeführt werden kann. Dennoch hat der EuGH die zurzeit übliche Zweimonatsfrist in einer ähnlichen Fallgestaltung gebilligt.<sup>9</sup> Zu große Zurückhaltung hinsichtlich der Dauer der gesetzten Frist ist auch deshalb nicht angebracht, weil die Mitgliedstaaten bereits ab dem Zeitpunkt des Empfangs des ersten Mahnschreibens Gelegenheit dazu haben, die Beseitigung der Vertragsverletzung einzuleiten.

Hinsichtlich der Fristsetzung war das Vorverfahren damit ordnungsgemäß.

### III. Überzeugung der Kommission vom Vertragsverstoß, Art. 258 I AEUV

Die Kommission muss vom Vorliegen eines Vertragsverstoßes überzeugt sein. Dies ist hier laut Sachverhalt der Fall.

**Anmerkung:** Eine andere Frage ist es, ob die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten und auch Klage erheben **muss**, wenn ein Mitgliedstaat gegen das Unionsrecht verstößt. Dies wird unter Hinweis auf Art. 17 EUV, wonach die Kommission Hüterin der Verträge ist, von der Literatur weitgehend bejaht.<sup>10</sup> Nach Ansicht des EuGH ist der Kommission dagegen wegen des **Wortlauts des Art. 258 II AEUV**, „**kann**“, und nach Sinn und Zweck der Vorschrift ein Ermessen einzuräumen.<sup>11</sup> Aufgrund der in Art. 17 EUV niedergelegten Stellung der Kommission als Hüterin der Verträge wird ein Absehen von einer Klage aber nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein, etwa wenn ein Mitgliedstaat das Gesetzgebungsverfahren zur Abstellung des Vertragsverstoßes bereits in Gang gesetzt hat.

### IV. Rechtsschutzinteresse

Die Kommission muss als privilegiert Klagebefugte nicht das Vorliegen eines besonderen Rechtsschutzinteresses geltend machen. Es genügt ihr Auftrag als Hüterin der Verträge gemäß Art. 17 EUV.

**Anmerkung:** Das Rechtsschutzinteresse fehlt nur dann, wenn der Mitgliedstaat unstreitig den gerügten Verstoß innerhalb der ihm in der begründeten Stellungnahme nach Art. 258 II AEUV gesetzten Frist ausgeräumt hat.

<sup>4</sup> GA Gand, Slg. 1965, 1145.

<sup>5</sup> Vgl. EuGH, NJW 1999, 2356 = jurisbyhemmer; Groeben/Krück, Art. 169 (a.F.), Rn. 28.

<sup>6</sup> So aber Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 258, Rn. 34 f.

<sup>7</sup> EuGH, Slg. 1988, 305 = jurisbyhemmer.

<sup>8</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 258, Rn. 44.

<sup>9</sup> EuGH, Slg. 1983, 467 = jurisbyhemmer.

<sup>10</sup> Vgl. Schweitzer/Hummer, S. 140.

<sup>11</sup> EuGH, EuZW 1996, 753 = jurisbyhemmer.

Erfolgt die Beseitigung zwar vor der letzten mündlichen Verhandlung, aber nach Ablauf der Frist nach Art. 258 II AEUV, bleibt das Rechtsschutzinteresse bestehen.

Der EuGH begründet dies damit, dass eine Verurteilung des Mitgliedstaates möglicherweise die Grundlage für dessen Haftung gegenüber einem Dritten bilden könnte, der wegen des Vertragsverstoßes einen Schaden erlitten hat.<sup>12</sup>

Ist zwischen Kommission und Mitgliedstaat streitig, ob der Verstoß fristgemäß ausgeräumt wurde, so ist die Klage zulässig. Die Beseitigung des Verstoßes ist dann eine Frage der Begründetheit.

### V. Form und Frist

Form und Inhalt der Klageschrift richten sich nach Art. 21 Satzung EuGH, Art. 38 § 1 VerFOGH und sind vorliegend erfüllt.<sup>14</sup>

Die Klage wurde nach Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist erhoben. Eine besondere Klagefrist besteht ansonsten nicht. Eine eigentliche Klagefrist ist nicht statuiert, jedoch kann das Klagerecht nach einer gewissen Zeit verwirkt sein.

### VI. Zuständigkeit des EuGH

Die sachliche Zuständigkeit des EuGH ist mangels einer Zuweisung an das Gericht (von Art. 256 I S. 2 AEUV wurde bisher kein Gebrauch gemacht) gegeben, vgl. Art. 256 I S. 1 AEUV.

### VII. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Klage ist nur teilweise zulässig. Sie ist insofern unzulässig, als seitens der Kommission ein Vertragsverstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 56 AEUV gerügt wird.

### B) Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn die von der Kommission behaupteten Tatsachen tatsächlich zutreffen und sich hieraus ein Verstoß gegen das Unionsrecht ergibt.<sup>15</sup> Anders gewendet: Die Klage ist begründet, wenn der in der Stellungnahme substantiierte Rechtsverstoß tatsächlich besteht.

Laut Bearbeitungsvermerk sind die von der Kommission vorgetragene Behauptungen als wahr zu unterstellen, so dass es für die Begründetheit der Klage allein auf die Vereinbarkeit des Gesetzes über die Tätigkeit des Wertpapiermaklers mit dem Unionsrecht ankommt.

### Verstoß gegen Art. 49 AEUV - Niederlassungsfreiheit

#### 1. § 2 WpMG: Zulassungserfordernis durch die nationale Kommission für die Gesellschaften und die Börse

Ein Verstoß gegen Art. 49 AEUV könnte darin liegen, dass § 2 WpMG eine gesonderte Zulassung für die Ausübung der Tätigkeit als Wertpapiermakler vorsieht.

#### a) Sachlicher Anwendungsbereich Art. 49 AEUV<sup>16</sup>

Unter Niederlassung versteht Art. 49 AEUV die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten in anderen Mitgliedstaaten.<sup>17</sup>

**Anmerkung:** Durch dieses Merkmal der Selbstständigkeit unterscheidet sich die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV von der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV. Arbeitnehmer ist, wer einer unselbständigen, weisungsgebundenen Tätigkeit nachgeht.

Auch hier sei noch einmal der Grundsatz der unionsrechtsautonomen Auslegung betont. So können Sie sich nicht einfach an § 5 I S. 3 ArbGG orientieren, um die Arbeitnehmereigenschaft eines Geschäftsführers einer GmbH zu bestimmen. Die Stellung als Geschäftsführer einer GmbH allein schließt dessen Eigenschaft als Arbeitnehmer i.S.d. unionsrechtsautonom ausgelegten Art. 45 AEUV nämlich nicht aus.<sup>18</sup>

Die Tätigkeit eines Wertpapiermaklers, der sich in der Bundesrepublik Deutschland niederlassen möchte, stellt eine solche Erwerbstätigkeit dar. Da die Tätigkeit als Wertpapiermakler auch keinerlei Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 AEUV mit sich bringt, ist der sachliche Anwendungsbereich von Art. 49 AEUV eröffnet.

**Anmerkung:** Der Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 51 AEUV (sog. Bereichsausnahme)

<sup>12</sup> EuGH, Slg. 1991, 4069 = jurisbyhemmer; eine weitere Möglichkeit des bestehenden Rechtsschutzbedürfnisses ergibt sich bei einer bestehenden Wiederholungsgefahr.

<sup>14</sup> Die Klageschrift der Kommission muss genau angeben, gegen welche Vorschriften der Mitgliedstaat verstoßen hat; eine bloße Bezugnahme auf die begründete Stellungnahme oder das Mahnschreiben genügt nicht.

<sup>15</sup> Entscheidend ist allein die objektive Verletzung des AEUV, auf ein Verschulden des Mitgliedstaates kommt es nicht an.

<sup>16</sup> Vgl. als Leseempfehlung zur Niederlassungsfreiheit vor allem Bergmann, ZEuS 2012, 233; Hatje, Jura 2003, 160; sehr vertiefend Gebert/Fingerhuth, IStR 2009, 445.

<sup>17</sup> Vgl. EuGH, C- 221/89, Slg. 1991, I- 3905, Rn. 20 "Factortame" = jurisbyhemmer.

<sup>18</sup> Franzen, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 39 Rn. 21 m.w.N. auch zu den Ausnahmen; EuGH, Rs. C-350/96, "Clean Car", Slg. 1998, I-2521, Tz. 16 ff. = jurisbyhemmer.

ist unionsrechtlich autonom und als Einschränkung der Grundfreiheiten grds. restriktiv auszu-legen.

Er muss sich hinsichtlich seiner Tragweite auf das beschränken, was zur Wahrung der Interessen, deren Schutz diese Bestimmung den Mitgliedstaaten erlaubt, unbedingt erforderlich ist. Die in Art. 51 I AEUV vorgesehene Ausnahmeregelung muss daher auf Tätigkeiten beschränkt werden, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (wie z.B. bei der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit durch das staatliche Gewaltmonopol).

Hier konnten Sie sich daher kurzfassen, da offensichtlich keine Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Selbst Notare üben nach der Rechtsprechung des EuGH (zur Unzulässigkeit des Staatsangehörigkeitsvorbehalts für Notare) keine öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV aus.<sup>19</sup> Dies bedeutet aber nicht zwingend den Ausschluss jeglicher Ausübung nationaler Hoheitsgewalt, da Notare staatliche Siegel führen und staatliche Aufgaben wahrnehmen. In Rn. 98 des Urteils führt der EuGH dann auch in einem für den EuGH äußerst ungewöhnlichen obiter dictum aus: „Dass mit den notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden, die insbesondere dazu dienen, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, stellt allerdings einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der etwaige Beschränkungen von Art. 51 AEUV rechtfertigen kann, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben, wie etwa den für die Notare aufgrund der Verfahren zu ihrer Bestellung geltenden Vorgaben, der Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit oder auch der Regelung ihrer Bezüge, ihrer Unabhängigkeit, der Unvereinbarkeit von Ämtern und ihrer Unabsetzbarkeit, soweit diese Beschränkungen zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind.“

Dies ist umso erstaunlicher, als die weiteren Beschränkungen des notariellen Berufsrechts nicht Gegenstand des Verfahrens waren. Beachten Sie: Art. 51 AEUV gilt gem. Art. 62 AEUV auch für die Dienstleistungsfreiheit.

Das deutsche Gesetz stellt des Weiteren eine staatliche Maßnahme dar.

### b) Schutzzumfang des Art. 49 AEUV<sup>21</sup>

Fraglich ist hingegen der Schutzzumfang des Art. 49 ff. AEUV. Es ist zweifelhaft, ob gem. Art. 49 AEUV neben dem Verbot diskriminierender staatlicher Maßnahmen auch rein beschränkende Maßnahmen verboten sind.

### aa) Diskriminierungsverbot

Die Grundfreiheiten waren ursprünglich als Diskriminierungsverbote gedacht. Gemäß Art. 49 II AEUV wird demgemäß die Niederlassungsfreiheit nach den Bestimmungen des Niederlassungsstaates für seine eigenen Staatsangehörigen ausgeübt.

Unterliegen die fraglichen spezifischen Tätigkeiten im Aufnahmestaat keiner Regelung, so haben die Angehörigen jedes anderen Mitgliedstaates das Recht, sich im Hoheitsgebiet des erstgenannten Staates niederzulassen und dort diese Tätigkeit auszuüben, sog. *Grundsatz der Inländergleichbehandlung*.

Unterliegt die Aufnahme oder Ausübung einer spezifischen Tätigkeit im Aufnahmestaat dagegen besonderen Bedingungen, so muss der Angehörige eines anderen Mitgliedstaates, der eine Tätigkeit ausüben will, diese Bedingungen grundsätzlich erfüllen.

Das bedeutet, dass Art. 49 AEUV jedenfalls ein umfassendes Diskriminierungsverbot enthält, das jede Art von Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit verbietet.

**Anmerkung:** Verwechseln Sie die in jeder Grundfreiheit steckenden Diskriminierungsverbote nicht mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV. Die Diskriminierungsverbote der Grundfreiheiten gehen Art. 18 AEUV grds. vor („unbeschadet besonderer Bestimmungen“).

Es gibt dabei Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit (sog. offene Diskriminierungen).

Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass ein sog. Sonderrecht für Ausländer existiert. Eine nationale Regelung gilt in diesem Fall unterschiedlich für In- und Ausländer.

Eine weitere Form der Diskriminierung ist die sog. versteckte oder auch verschleierte Diskriminierung.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-54/08 vom 24.05.2011, **Life&LAW 09/2011, 661 ff.** = jurisbyhemmer.

<sup>21</sup> Über den geschilderten Schutz hinaus gewährt Art. 49 AEUV dem Niederlassungsberechtigten auch das Recht

auf Einreise und Aufenthalt, da dieses notwendig mit der Niederlassung verbunden ist.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 8 - Lösung - Seite 6

Eine solche liegt dann vor, wenn eine staatliche Regelung zwar für alle, also sowohl für In- als auch für Ausländer gilt und mithin unterschiedslos anwendbar ist. Die Regelung setzt dann aber an anderen formal gleich behandelnden Voraussetzungen an, die jedoch tatsächlich regelmäßig oder hauptsächlich mit einer Schlechterstellung von Bürgern anderer Mitgliedstaaten verbunden ist, weil diese Voraussetzungen typischerweise von Inländern erfüllt werden, von EU-Ausländern aber nicht (z.B. inländischer Wohnsitz oder inländische Prüfung o.Ä.).

Wann eine Maßnahme aber in Grenzfällen typischerweise Ausländer benachteiligt, ist leider nicht hinreichend geklärt.<sup>22</sup>

Vorliegend sieht § 2 WpMG ein Zulassungserfordernis für die Ausübung der Tätigkeit als Wertpapiermakler durch die nationale Kommission für die Gesellschaften und die Börse vor.

Diese Maßnahme gilt jedoch unterschiedslos für deutsche und im EU-Ausland ansässige Leistungserbringer, so dass den Erfordernissen des Art. 49 II AEUV grundsätzlich Rechnung getragen wurde, soweit diese Norm eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Staatsangehöriger verbietet.

Auch für eine versteckte Diskriminierung lässt sich dem Sachverhalt nichts entnehmen.

### bb) Art. 49 AEUV als allgemeines Beschränkungsverbot

Das Zulassungserfordernis stellt also eine rein beschränkende Maßnahme dar, da es für ausländische Gesellschaften die Niederlassung und insb. die Zweigniederlassung in Deutschland „weniger attraktiv“<sup>23</sup> macht.

Fraglich ist aber, ob Art. 49 AEUV auch ein Beschränkungsverbot umfasst.<sup>24</sup>

- (1) Früher wurde die Niederlassungsfreiheit unter Verweis auf den Wortlaut des Art. 49 II AEUV zwar als reines Diskriminierungsverbot gesehen. Wer sich auf Dauer in ein Land eingliedern wolle, dem könne auch zugemutet werden, sich den dortigen Gepflogenheiten und Vorschriften anzupassen. Er könne daher nicht jede Beschränkung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit dem Argument eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit angreifen.

Diese Auffassung ist aber schon deshalb überholt, weil inzwischen der Wortlaut des Art. 49 AEUV geändert wurde und Art. 49 I S. 1 AEUV das Wort „Beschränkung“ nunmehr ausdrücklich enthält.

- (2) Mittlerweile hat daher auch der EuGH in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass die Niederlassungsfreiheit ein umfassendes Beschränkungsverbot enthält.<sup>25</sup> Danach gelten als rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen alle Maßnahmen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.<sup>26</sup> Art. 49 II AEUV steht dem nicht entgegen, sondern hebt vielmehr den dort genannten Fall als verbotene Diskriminierung in nicht abschließender Weise hervor.<sup>27</sup>

Obwohl im Einzelnen noch ungeklärt und umstritten ist, wie weit dieses Verbot tatsächlich reicht, besteht überwiegend Einigkeit, dass unter das Beschränkungsverbot jedenfalls Maßnahmen fallen, die die Niederlassung von EU-Bürgern anderer Mitgliedstaaten vereiteln oder spezifische Marktzugangsbehinderungen darstellen. Dazu zählen namentlich Tätigkeitsverbote, staatliche Monopole, Verbote mehrfacher Niederlassung, Bedürfnisregelungen, Wohnsitz-, Genehmigungs-, Zulassungs- und Qualifikationserfordernisse.<sup>28</sup>

**Anmerkung:** Eine andere Ansicht unterscheidet und nimmt ein Beschränkungsverbot zumindest für Berufszugangsregelungen an, während bei Berufsausübungsregelungen in sinngemäßer Übertragung der „Keck-Formel“ nur ein Diskriminierungsverbot gelten soll. Man wird Ihnen aber kaum jemals einen Fall vorsetzen, in dem es auf die unterschiedlichen Nuancen der verschiedenen, schwer zu überblickenden Meinungen ankommt. Merken Sie sich zumindest die Fälle, in denen Einigkeit herrscht. Beachten Sie auch, dass einige der genannten Beschränkungen oftmals bereits versteckt diskriminierenden Charakter haben können, so dass sie sowieso vom Diskriminierungsverbot erfasst werden.

Das Zulassungserfordernis stellt als spezifische Marktzugangsbehinderung jedenfalls

<sup>22</sup> Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 58.

<sup>23</sup> EuGH, Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 = jurisbyhemmer.

<sup>24</sup> Vgl. auch ausführlich Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 393 ff. sowie Rn. 500 ff.; Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 39 ff.

<sup>25</sup> Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43, Rn. 57 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-168/91, Slg. 1993, I-1191, Rn. 15 = jurisbyhemmer.

<sup>27</sup> Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43, Rn. 59.

<sup>28</sup> Streinz/Herrmann, EuZW 2006, S. 457; Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43, Rn. 62.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 8 - Lösung - Seite 7

eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung dar.

### c) Rechtfertigung

Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 52 AEUV liegen offensichtlich nicht vor.

**Anmerkung:** Art. 52 AEUV regelt eine Rechtfertigung nur für Sonderrechte für Ausländer, also offen diskriminierende Maßnahmen. Der Grund liegt in der ursprünglichen Konzeption der Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungsverbot.

Es ist hingegen unstreitig, dass die dort genannten Rechtfertigungsgründe auch bloß beschränkende Maßnahmen rechtfertigen können. Ob dies über einen Erst-Recht-Schluss erfolgt (wie hier vertreten) oder die dortigen Gründe einfach (auch) als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen werden, ist letztlich ohne Auswirkung auf das Ergebnis. Sie sollten die Anwendung von Art. 52 AEUV auf Beschränkungen aber auf jeden Fall kurz erklären.

Allerdings könnten die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe eingreifen. Was bei der Warenverkehrsfreiheit die Cassis-Formel ist, nennt sich (ohne inhaltlichen Unterschied) bei den übrigen Grundfreiheiten Gebhard-Formel.<sup>29</sup> Danach müssen

„Nationale Maßnahmen, welche die Ausübung der durch den Vertrag garantierten, grundlegenden Freiheiten *behindern oder weniger attraktiv machen können*, müssen vier Voraussetzungen erfüllen:

- sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden,
- sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
- sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und
- sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.

Das vom Gesetz auferlegte Zulassungsgebot wird in nicht diskriminierender Weise angewandt, da es für Staatsangehörige der Bundesrepublik Deutschland und für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten gleichermaßen gilt.

**Anmerkung:** Der EuGH fordert nur die nicht diskriminierende Anwendung. Eine versteckte Diskriminierung fällt nach h.M. nicht darunter, so dass nach nunmehr wohl h.M. auch versteckte Diskriminierungen über die ungeschriebenen Gründe gerechtfertigt werden können.<sup>30</sup>

Die Sicherheit des Wertpapiermarktes und die Kontrolle der Leistungserbringer stellen rechtfertigende Gründe des Allgemeininteresses dar. Die Zulassung ist auch ein geeignetes Mittel, um die Verwirklichung der genannten Ziele zu gewährleisten. Schließlich ist auch kein milderes Mittel ersichtlich, das gleich geeignet wäre, um die genannten Ziele zu verwirklichen. Vielmehr handelt es sich bei dem Zulassungserfordernis bereits um einen relativ geringfügigen Eingriff.

**Anmerkung:** Hier erscheint eine andere Ansicht vertretbar, da ebenso eine bloße Anmeldung ausreichen könnte. Mit einer Doppelzulassung wird dem Ausländer u.U. doppelter Zeit- und Kostenaufwand zugemutet.

### d) Ergebnis

Das Zulassungserfordernis des § 2 WpMG verstößt nicht gegen die in Art. 49 AEUV garantierte Niederlassungsfreiheit.

### 2. § 3 WpMG: Verbot der Zweigniederlassung

Es könnte aber ein Verstoß gegen Art. 49 AEUV durch § 3 WpMG vorliegen. Danach muss die im Wertpapierhandel tätige Gesellschaft ihren Hauptsitz in der Bundesrepublik Deutschland haben.

#### a) Sachlicher Anwendungsbereich Art. 49 AEUV

Die Möglichkeit, für die Ausübung der Tätigkeit als Wertpapiermakler eine Zweigniederlassung zu gründen, unterfällt dem sachlichen Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV. Sie ist sogar von Art. 49 I S. 2 AEUV ausdrücklich erwähnt. Da hiermit auch keine Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, Art. 51 AEUV, ist der sachliche Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV eröffnet.

#### b) Schutzzumfang Art. 49 AEUV

Art. 49 AEUV stellt zumindest ein weitgehendes Diskriminierungsverbot dar. Verboten sind alle offenen sowie versteckten Diskriminierungen.

<sup>29</sup> EuGH, EuZW 1996, 92 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>30</sup> Z.B. EuGH, „Kom/Italien“, Rs. C-388/01, EuZW 03, 186 = jurisbyhemmer; Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV,

Art. 30 Rn. 34 m.w.N.; vgl. auch die Darstellung bei Streinz, Europarecht, Rn. 871.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 8 - Lösung - Seite 8

Zumindest seit der Rechtssache Caixa France ist klar, dass auch jede Beschränkung einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellt.<sup>31</sup>

Eine **offene Diskriminierung** liegt vor, wenn im Tatbestand eines Gesetzes selbst auf die Staatsangehörigkeit Bezug genommen wird und dabei an Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten andere (höhere) Anforderungen gestellt werden als an die eigenen Staatsangehörigen. Eine offene Diskriminierung ist vorliegend nicht gegeben, da das Gesetz zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers nicht ausdrücklich unterschiedliche Anforderungen aufstellt.

Verboten sind aber nicht nur alle offenen, sondern auch alle **versteckten Diskriminierungen** aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Dies sind solche Beschränkungen, die zwar nicht offen an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, jedoch ausschließlich oder vorwiegend Ausländer betreffen.

Das Verbot von Zweigniederlassungen trifft naturgemäß Angehörige anderer Mitgliedstaaten mehr als deutsche Gesellschaften, die ihren Hauptsitz in der Regel in der Bundesrepublik Deutschland haben.

Auch werden den Maklern anderer Mitgliedstaaten durch das Erfordernis einer Neugründung zusätzliche Kosten aufgebürdet, welche die deutschen Makler nicht zu tragen brauchen.

Eine versteckte Diskriminierung liegt somit vor.

Des Weiteren läuft § 3 WpMG Art. 49 I S. 2 AEUV zuwider, der explizit auch das Recht gewährt, Zweigniederlassungen zu gründen. Dieses Recht wird ausländischen Gesellschaften vollständig genommen. Stattdessen sind sie darauf verwiesen, ihren Stammsitz zu verlegen.

Diesbezüglich ist es ständige Rspr. des EuGH, dass Art. 49 AEUV auch solchen mitgliedstaatlichen Regelungen entgegensteht, die zwar keine diskriminierende Wirkung haben, aber die Niederlassungsfreiheit bzw. Teilen davon der Wirksamkeit berauben.<sup>32</sup>

**Anmerkung:** So hat der EuGH bspw. das Verbot der Zweigniederlassung nach § 28 BRAO a.F. für unvereinbar mit Art. 49 AEUV erklärt.<sup>33</sup>

### c) Rechtfertigung: Art. 52 I AEUV

Da oben eine versteckte Diskriminierung angenommen wurde, kann eine Rechtfertigung sowohl über Art. 52 AEUV als auch über sonstige zwingende Gründe des Allgemeinwohls erfolgen.<sup>34</sup>

Dafür spricht insb. auch die erste Voraussetzung der Gebhard-Formel, welche fordert, dass die staatliche Maßnahme unterschiedslos angewandt wird (also unterschiedslos gilt = nicht offen diskriminiert).

**Anmerkung:** Vgl. Sie zur Frage, ob faktische/versteckte Diskriminierungen auch über die ungeschriebenen Gründe der Cassis-Formel bzw. Gebhard-Formel gerechtfertigt werden können, noch einmal ausführlich Fall 6. Zusammenfassend lässt sich daher für alle Grundfreiheiten sagen:

- **Liegt keine diskriminierende Regelung oder eine versteckte Diskriminierung vor, so ist sie mit Art. 49 AEUV vereinbar, wenn Art. 52 AEUV einschlägig ist oder die vier vom EuGH in den Urteilen Gebhard und Kraus genannten Voraussetzungen gegeben sind.**
- **Liegt dagegen eine offene Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit vor, so kann eine Rechtfertigung nur über Art. 52 I AEUV erfolgen. Hierfür sprechen auch die immer wieder angeführte Parallelität der Grundfreiheiten und die Ausweitung der Rechtsprechung des EuGH.**

### aa) Art. 52 AEUV

Eine faktisch diskriminierende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist gemäß Art. 52 I AEUV möglich, wenn sie **aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt ist**. In Betracht kommt vorliegend allein der sog. „**ordre public**“-Vorbehalt.

Der Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ist auch hier wie generell im Unionsrecht autonom auszulegen.

Als Ausnahmeregelung erfolgt überdies grundsätzlich eine restriktive Auslegung des Begriffs.

Danach muss eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen, die ein Grundinteresse des Staates berührt. Ein bloßer Gesetzesverstoß genügt grundsätzlich nicht.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, C- 444/02, Slg. 2004, I- 10549 - "Caixa-Bank France" = jurisbyhemmer.

<sup>32</sup> EuGH, Slg. 1984, 2971 = jurisbyhemmer; vgl. auch Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 505.

<sup>33</sup> EuGH, Slg. 1984, 2971 = jurisbyhemmer.

<sup>34</sup> So ausdrücklich: Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43, Rn. 74.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 8 - Lösung - Seite 9

Als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit und Ordnung kommen vorliegend der Schutz der Investoren, die Stabilität der Wertpapiermärkte sowie die Kontrolle der Gesellschaften in Betracht.

Ob diese aber tatsächlich ein Grundinteresse der Bundesrepublik Deutschland berühren, erscheint sehr fraglich.

So hat der EuGH im Fall „Campus Oil“,<sup>35</sup> in dem es um die Mindestversorgung mit Erdölzeugnissen ging, gefordert, dass das Grundinteresse wesentlich für die Existenz des Staates sein und hiervon nicht nur das Funktionieren der Wirtschaft, sondern das der staatlichen Einrichtungen, das der zentralen öffentlichen Dienste und das Überleben der Bevölkerung abhängen muss.

Das Vorliegen solch krasser Voraussetzungen ist dem Vortrag der Bundesrepublik nicht zu entnehmen.

### bb) Gebhard-Formel

Danach müssen zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen. Diese müssen wiederum geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

Die Bundesrepublik Deutschland trägt vor, das Gebot der Hauptniederlassung im nationalen Hoheitsgebiet sei erforderlich, um dem Schutz der Investoren, insbesondere im Hinblick auf das notwendige Eigenkapital der Gesellschaften, Rechnung zu tragen. Wie die Kommission jedoch ausführt, garantieren die verschiedenen von den Mitgliedstaaten bei der Aufstellung der Anforderungen hinsichtlich des Eigenkapitals verwendeten Methoden allgemein ein ähnlich hohes Maß an Sicherheit, selbst wenn eine Methode im Einzelfall einen stärkeren Schutz gewähren kann als eine andere.

Das Vorbringen, die Vorschriften über den Zugang zum Maklerberuf seien, insbesondere was das Eigenkapital der Gesellschaften betreffe, nicht vergleichbar, ist deshalb zurückzuweisen. Es fehlt bereits an der Geeignetheit der Regelung.

Die Bundesrepublik trägt weiter vor, dass es nicht möglich sei, Makler, die ihren Hauptsitz nicht in der Bundesrepublik Deutschland hätten, wirksam zu überwachen und mit Sanktionen zu belegen. Allein eine Hauptniederlassung, namentlich ein Hauptsitz im nationalen Hoheitsgebiet, erlaube es, über alle für die

Kontrolle notwendigen Informationen und über alle die Wirksamkeit der Sanktionen garantierenden Elemente zu verfügen.

Auch diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Zwar erleichtert die Verpflichtung der Marktteilnehmer, ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland zu haben, ihre Überwachung und Kontrolle; die Geeignetheit der Maßnahme ist insofern gegeben. Es bestehen jedoch auch andere, weniger einschneidende Möglichkeiten, um sicherzustellen, dass alle Marktteilnehmer die vom deutschen Gesetzgeber erlassenen Vorschriften über die Ausübung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers einhalten und wirksam mit Sanktionen belegt werden können.

Wie die Kommission ausgeführt hat, kann von den Maklergesellschaften, die in der Bundesrepublik Deutschland tätig werden wollen, verlangt werden, dass sie sich Kontrollen unterwerfen oder den deutschen Behörden die Papiere übergeben und die Auskünfte erteilen, die diese benötigen, um sich zu vergewissern, dass die Gesellschaften die in den deutschen Vorschriften aufgestellten Voraussetzungen erfüllen. Denkbar ist insbesondere, von den Gesellschaften zu verlangen, dass sie Auskünfte erteilen und Papiere übergeben, die speziell die Tätigkeit ihrer Nebenstellen in der Bundesrepublik Deutschland betreffen.

Die Bundesregierung kann sich für ihr Vorbringen, die deutschen Vorschriften seien mit dem Unionsrecht vereinbar, daher nicht auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses berufen.<sup>36</sup>

d) **Ergebnis:** § 3 WpMG verstößt gegen Art. 49 AEUV. Die Klage der Kommission ist insofern begründet.

### 3. §§ 2 und 3 WpMG: Ausübung allein durch Gesellschaften

Weiterhin könnte die Verpflichtung in §§ 2 und 3 WpMG, dass die Tätigkeit eines Wertpapiermaklers allein in der Form einer Gesellschaft ausgeübt werden kann, im Widerspruch zu Art. 49 AEUV stehen.

#### a) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Tätigkeit des selbstständigen Wertpapiermaklers unterfällt Art. 49 AEUV, s.o.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. 72/83, Slg. 1984, 2727 = jurisbyhemmer; von der Groeben/Schwarze, EU-Kommentar, Art. 46, Rn. 21.

<sup>36</sup> Vgl. auch EuGH, NJW 2003, 3330 (inspire art) = jurisbyhemmer.

### b) Schutzzumfang

Art. 49 ff. AEUV normieren ein Diskriminierungsverbot sowie ein allgemeines Beschränkungsverbot (s.o.).

Die Forderung, dass die Ausübung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers allein Gesellschaften vorbehalten sein soll, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Die Ausübung der Maklertätigkeit als einzelner Selbständiger ist durch §§ 2, 3 des Gesetzes unmöglich.

### c) Rechtfertigung

Auch wenn die Regelung unterschiedslos wirkt, so ist die Beschränkung nach den oben genannten Gesichtspunkten nicht gerechtfertigt.

Zwar stellen die Ziele des Schutzes der Investoren und der Stabilität der Märkte Gründe des Allgemeinwohls dar.

Es fehlt jedoch bereits an der Geeignetheit, zumindest aber an der Erforderlichkeit der Maßnahmen. Es ist nicht ersichtlich, warum die Tätigkeit eines Wertpapiermaklers nur durch Gesellschaften ausgeübt werden sollte. Die Form der Ausübung hat nichts mit dem Schutz der Investoren oder der notwendigen Kontrolle der Händler zu tun. Vielmehr kann auch von Privaten ein gewisses Maß an Eigenkapital verlangt werden. Des Weiteren wäre möglich, dass sie an die deutschen Behörden bestimmte Auskünfte erteilen und Papiere übergeben, um eine wirksame Kontrolle zu ermöglichen.

### d) Ergebnis

§§ 2 und 3 WpMG verstoßen insoweit gegen die in Art. 49 ff. AEUV garantierte Niederlassungsfreiheit, als sie eine Maklertätigkeit an die Gründung einer Gesellschaft knüpfen.

#### Hilfsgutachten:

#### Verstoß gegen Art. 56 AEUV

Das Gesetz zur Regelung der Tätigkeit des Wertpapiermaklers könnte weiterhin gegen die in Art. 56 ff. AEUV durch den Vertrag garantierte Dienstleistungsfreiheit verstoßen.

**Anmerkung:** Beachten Sie, dass das Tätigwerden eines Unionsbürgers grundsätzlich nur einer der Grundfreiheiten unterfällt, vgl. Art. 57 I AEUV. Die Grundfreiheiten schließen sich gegenseitig aus.

Dabei kann die Abgrenzung zwischen Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit im Einzelfall schwierig sein.

Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die Dauerhaftigkeit des Tätigwerdens, vgl. Art. 57 III AEUV:

**Der Niedergelassene gliedert sich in das Wirtschaftsleben des Aufnahmestaates ein; der Dienstleistungserbringer wird hingegen nur vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat tätig.**

Vorliegend umfasst das Gesetz jedoch beide Regelungsbereiche, je nachdem, wie der Unionsbürger tätig werden möchte. Daher kann vorliegend die Vereinbarkeit des Gesetzes mit beiden Grundfreiheiten überprüft werden, da das Gesetz beide Regelungsbereiche umfasst. Als Einstiegsliteratur zur Dienstleistungsfreiheit eignet sich hervorragend Korte/Fischer/Jacob, JuS 2005, 147; Leupold, Jura 2011, 762.

### 1. Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit

Das deutsche Gesetz könnte in den gleichen Punkten, die auch einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellten, gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen.

#### a) Sachlicher Anwendungsbereich

Dienstleistungen im Sinne des Vertrages sind selbständige Tätigkeiten, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und zudem **zeitlich beschränkt**<sup>37</sup> sind.

Die vorübergehende oder gelegentliche Tätigkeit als selbständiger Wertpapiermakler eines anderen Mitgliedstaates, der mit Wertpapieren in der Bundesrepublik Deutschland handeln möchte, stellt eine solche Tätigkeit dar. Der sachliche Anwendungsbereich ist somit eröffnet.

#### b) Weiterhin muss es zu einem Überschreiten von Grenzen kommen, Art. 56, 57 AEUV.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Dieses Kriterium ist das Abgrenzungsmerkmal zur Niederlassungsfreiheit, dort ist auf die angestrebte dauerhafte Integration in einen anderen Mitgliedstaat abzustellen.

<sup>38</sup> Vgl. auch EuGH, DVBl. 2002, 464 = jurisbyhemmer zur Prostitution als Dienstleistung.

Für die Feststellung der Grenzüberschreitung kommen grundsätzlich **vier Möglichkeiten** in Betracht.

**1. Aktive Dienstleistungsfreiheit:**

Der Erbringer begibt sich über die Grenze zum Empfänger.

**2. Passive Dienstleistungsfreiheit:**

Der Empfänger begibt sich über die Grenze zum Erbringer.

**3. Korrespondenzdienstleistung:**

Die Dienstleistung überquert die Grenze.

**4. Auslandsbedingte Dienstleistung:**

Die Dienstleistung selbst führt ins Ausland.

**2. Schutzzumfang**

Art. 56 I AEUV und Art. 57 III AEUV gebieten in erster Linie die Beseitigung jeder Diskriminierung des Leistungserbringers wegen seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstands, dass er in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll.

Spätestens mit dem Urteil Säger<sup>39</sup> hat der EuGH nach wohl fast einhelliger Meinung klargestellt, dass er **in Art. 56 AEUV zusätzlich ein allgemeines Beschränkungsverbot** sieht.

Danach darf der freie Dienstleistungsverkehr nur durch solche unterschiedslos geltenden Regelungen beschränkt werden, die ein zwingendes Allgemeininteresse verfolgen, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren und die im Herkunftsland bereits vorgenommenen Kontrollen des Dienstleistenden gebührend berücksichtigen.<sup>40</sup>

**3. Rechtfertigung**

Die Rechtfertigung erfolgt hier nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Niederlassungsfreiheit. Insbesondere gilt Art. 52 AEUV über Art. 62 AEUV auch bei der Dienstleistungsfreiheit. Im Übrigen wird daher auf die oben dargestellten Grundsätze verwiesen.

**Hinweis:** Kommentieren Sie sich, soweit zulässig, den Art. 62 AEUV zu den entsprechenden Vorschriften der Niederlassungsfreiheit und heben Sie sich Art. 62 AEUV hervor.

**C) Gesamtergebnis**

Die Klage der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland ist nur teilweise zulässig und begründet.

**Arbeitshinweis:**

Bearbeiten Sie zum Vertragsverletzungsverfahren **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 578 ff.**; zur Niederlassungsfreiheit **Rn. 485 ff.** und zur Dienstleistungsfreiheit **Rn. 520 ff.**

**Aktueller Rechtsprechungshinweis:**

**Vertragsverletzungsverfahren - Europarechtsverstoß Ungarns:**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat Ungarn wegen dessen rechtswidriger Asylpolitik sanktioniert. Weil das Land eine höchstichterliche Entscheidung zum Asylsystem nicht umgesetzt hat, muss es nun 200 Millionen Euro sowie ein tägliches Zwangsgeld von einer Million Euro für jeden Tag des Verzugs zahlen.

In dem Vertragsverletzungsverfahren stellte der EuGH fest, dass Ungarn die Anwendung einer gemeinsamen Politik der Union bewusst umgehe. Das stelle eine ganz neue und außergewöhnlich schwere Verletzung des EU-Rechts dar.

**EuGH, Urt. v. 13.06.2024, Az. C-123/22**

<sup>39</sup> EuGH, NJW 1991, 2693 = jurisbyhemmer.

<sup>40</sup> Vgl. auch EuGH, DVBl. 2001, 114 = jurisbyhemmer.

## Lösung Fall 9

### ÜBERSICHT

#### Teil 1:

#### Vorgehen der Kommission gegen Spanien

#### A) Zulässigkeit einer Klage vor dem EuGH

I. **Statthaftigkeit:** Kommission gegen Mitgliedstaat wegen Verletzung des AEUV ⇒ Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV zum EuGH

#### II. Vorverfahren

1. Erstes Mahnschreiben, Art. 258 I AEUV a.E. (mit Frist und Gründen)
2. Mit Gründen versehene und befristete Stellungnahme, Art. 258 I AEUV
3. Untätigkeit Spaniens

#### B) Begründetheit einer Klage vor dem EuGH

#### I. Verstoß gegen Art. 34 AEUV

(-), da Museumsbesuch keine Ware i.S.d. Art. 28 AEUV

#### II. Verstoß gegen Art. 56 AEUV

1. Begriff der Dienstleistung (≈ Schutzbereich)
  - a) Dienstleistung i.S.d. Art. 57 AEUV (+)
  - b) Geschützt auch negative Dienstleistungsfreiheit: Empfänger kommt zur Leistung (+)
  - c) Grenzüberschreitendes Element, Art. 56 I AEUV (+)
  - d) Ausnahme des Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 51 AEUV?

(-), da Begriff der „Öffentlichen Gewalt“ eng, unionsautonom auszulegen

#### 2. Staatliche Maßnahme

⇒ Vorschrift des Ministeriums

Schutz vor diskriminierenden und unterschiedslos geltenden Maßnahmen

Hier: versteckte Diskriminierung

#### 3. Rechtfertigung

- a) Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV (-)
- b) Gründe des Allgemeinwohls?

⇒ Hier nur wirtschaftliche Gründe genannt

⇒ Dies sind keine Gründe des Allgemeinwohls

#### Teil 2:

#### Vereinbarkeit der Ausländerklausel mit dem Unionsrecht

#### Frage 1

#### I. Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit

1. Profifußballer als AN  
⇒ Unselbstständig; Teil des Wirtschaftslebens
2. Grenzüberschreitendes Element
3. Fällt AG unter Schutzzweck des Art. 45 AEUV?

Verein (AG) kann sich auf Art. 45 AEUV berufen, da Art. 45 AEUV sonst zu leicht umgangen werden könnte ⇒ mittelbar zugunsten des AN und Recht des AG, Leistungen des AN in Anspruch zu nehmen

#### II. Eingriff

1. Diskriminierende wie unterschiedslos geltende Maßnahmen ⇒ hier offene Diskriminierung
2. Horizontale Wirkung des Art. 45 AEUV  
⇒ Verband Verpflichteter des Art. 45 AEUV?

Grds. nur staatliche Stellen Verpflichtete

Aber: Art. 45 AEUV liefert leer ⇒ unmittelbare Anwendung zu Lasten eines Privaten jedenfalls dann, wenn von diesem kollektive Maßnahmen im Arbeitsbereich ausgehen

#### III. Rechtfertigung

Erfolgreiche Nationalmannschaft kein Teil der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nach Art. 45 III AEUV

#### Frage 2

Vorlage nach Art. 267 AEUV

⇒ Schiedsgericht Gericht i.d.S.?

Zwar nicht zwingend Teil des nationalen Instanzenzuges, sondern alle vom Staat unabhängigen Spruchkörper, welche in innerstaatliches Rechtssystem eingebunden und in geregelter Verfahren nach rechtsstaatlichen Grundsätzen entscheiden

Hier: Eingliederung in staatliches Rechtssystem (-), keine Mitwirkung des Staates bei Einrichtung und Ausgestaltung

### LÖSUNG

#### Teil 1: Erfolgsaussichten des von der Kommission anzustrebenden Verfahrens

#### A) Verfahrensart: Vertragsverletzungsverfahren, Art. 258 ff. AEUV

#### I. Durchführung des Vorverfahrens, Art. 258 I AEUV

Wenn die Kommission der Auffassung ist, dass ein Mitgliedstaat gegen vertragliche Verpflichtungen verstoßen hat, gibt sie ihm zunächst unter Schilderung der Vertragsverletzung Gelegenheit zur Stellungnahme (sog. „**erstes Mahnschreiben**“). Die verletzen unionsrechtlichen Bestimmungen müssen unter Nennung des jeweiligen Artikels angeführt werden.

Anschließend nach ergebnisloser Anhörung und fortdauernder Vertragsverletzung erfolgen die Abgabe einer **begründeten Stellungnahme** und die Aufforderung zur Beseitigung der Vertragsverletzung innerhalb einer zu bestimmenden Frist. Üblich sind zwei Monate, allerdings existiert dazu keine vertragliche Regelung.

Erneut ist zu bezeichnen, welche Handlung des Mitgliedstaates welche Vorschriften der Verträge verletzt haben soll.

**Anmerkung:** Dieses Verfahren ist **Zulässigkeitsvoraussetzung** für die spätere Klage und muss deshalb zwingend fehlerfrei durchgeführt werden.

Entscheidend ist auch, dass die Kommission im Vorverfahren bereits den **Klagegegenstand** festlegt, d.h. es kann dem Gerichtshof auch nur die Vertragsverletzung vorgelegt werden, die bereits im Vorverfahren gerügt wurde. Eine Erweiterung des Gegenstandes nach Durchführung des Vorverfahrens ist weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht zulässig.<sup>1</sup>

#### II. Ob die Klage nach fruchtlosem Fristablauf tatsächlich erhoben wird, steht im Ermessen der Kommission.

**Anmerkung:** Allerdings ist auch diese Frage strittig. Zwar ist an dem eindeutigen Wortlaut von Art. 258 II AEUV „kann“ nicht zu rütteln. Z.T. wird jedoch vertreten, dass aufgrund des zwingenden Wortlautes des Art. 17 I EUV eine grundsätzliche Ermessensreduzierung auf Null stattfindet.

*Danach hat die Kommission Sorge zu tragen, dass der Vertrag erfüllt wird.*

*Nach Ansicht des EuGH ergibt sich aus Art. 17 EUV lediglich ein besonderer Hinweis, dass das Ermessen der Kommission pflichtgemäß ausgeübt werden muss.*

#### III. Zuständig zur Entscheidung ist allein der EuGH, da eine Zuweisung an das Gericht nicht existiert, Art. 256 I S. 1, 258 II AEUV (von der Möglichkeit des Art. 256 I S. 2 AEUV ist bisher kein Gebrauch gemacht worden).

#### IV. In der Klageschrift muss zum Ausdruck kommen, dass die Kommission von einer Vertragsverletzung überzeugt ist, bloße Zweifel genügen nicht.

#### V. Rechtsschutzbedürfnis

Dieses kann nur dann problematisch sein, wenn der Mitgliedstaat die beanstandete Vertragsverletzung beendet bzw. rückgängig gemacht hat, bevor es zu einer Klageerhebung kommt. Geschieht dies innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist **während des Vorverfahrens**, ist die Klage unzulässig.

Reagiert der Mitgliedstaat erst nach Fristablauf und **nach Abschluss des Vorverfahrens**, so kann eine Vertragsverletzungsklage bei begründeter Wiederholungsgefahr zulässig sein bzw. dann, wenn Schadensersatzprozesse gegen den Mitgliedstaat wegen der Verletzung von EU-Recht zu erwarten sind.

**Anmerkung:** Die sog. Beschwerde ist in den Verträgen nicht vorgesehen, sondern von der Kommission eingeführt, um durch die Bürger von Vertragsverletzungen zu erfahren. Im Internet steht ein unverbindliches Formular zur Verfügung. Der Bürger hat keinen Anspruch auf Bearbeitung und ist auch nicht am evtl. folgenden Vertragsverletzungsverfahren beteiligt. Die Kommission ist aber eine Selbstverpflichtung eingegangen, die Beschwerde zu bearbeiten, und sie informiert den Bürger über den Fortgang des Verfahrens. Im entferntesten Sinne lässt sich dies im deutschen Recht mit einer Bitte an die Aufsichtsbehörde um aufsichtliches Tätigwerden vergleichen.

<sup>1</sup> Ausführlich hierzu **Fall 8** und **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 586 ff.**

### B) Begründetheit der Vertragsverletzungsklage

Die Klage ist begründet, wenn ein **Verstoß gegen das Unionsrecht vorliegt**. Das wäre hier der Fall, wenn der AEUV so ausgelegt werden muss, dass die nationale Regelung keine Geltung beanspruchen kann.

In Frage kommt ein Verstoß der spanischen Regelung gegen eine der Grundfreiheiten, die im AEUV garantiert werden.

#### I. Anwendungsbereich einer Grundfreiheit

Ein Konflikt mit Art. 34 AEUV kommt nicht in Betracht, da es sich bei dem Museumsbesuch nicht um eine Ware gem. Art. 28 II AEUV handelt.

**Anmerkung:** Diese Klarstellung bzw. Abgrenzung ist notwendig, da die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 57 AEUV hinter den Regelungen über die anderen Grundfreiheiten zurücktreten. Problematisch kann dies werden, wenn die Erbringung der Dienstleistung mit der Herstellung einer Ware i.S.d. Art. 28 II AEUV verbunden ist.

Dann muss auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt abgestellt werden.<sup>2</sup>

Die Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV ist danach zu treffen, ob eine dauerhafte wirtschaftliche Integration in einem anderen Mitgliedstaat besteht oder angestrebt wird oder ob lediglich eine vorübergehende, also zeitlich von vornherein begrenzte Tätigkeit erbracht werden soll, vgl. auch den Wortlaut des Art. 57 III AEUV.

Möglicherweise liegt aber ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV vor. Dieser Begriff ist in **Art. 57 AEUV** als gegen Entgelt erbrachte Leistung definiert, wobei sich aus Art. 57 II, III AEUV ergibt, dass es sich um eine Leistung eines Selbständigen handeln muss.<sup>3</sup>

**Anmerkung:** Dies kann auch das Abgrenzungskriterium zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV darstellen, da es dort lediglich um unselbstständig erbrachte Leistungen geht.

### 1. Qualifikation der Dienstleistung

Da die Benutzung des spanischen Museums nur gegen Entgelt gestattet wird, liegt grundsätzlich eine derartige Leistung vor.

a) Innerhalb der Dienstleistungsfreiheit ist zu differenzieren zwischen der positiven (aktiven) und der negativen (passiven) Dienstleistungsfreiheit. Von positiver Dienstleistungsfreiheit spricht man, wenn sich der Dienstleistungserbringer zum Dienstleistungsempfänger in einen anderen Mitgliedstaat begibt.

b) Hier aber kommt die negative Dienstleistungsfreiheit zum Tragen. Dort begibt sich der Dienstleistungsempfänger zum -erbringer in einen anderen Mitgliedstaat. Dort muss er unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaates Dienstleistungen in Anspruch nehmen können.<sup>4</sup>

Diese Freiheit umfasst nicht nur den Zugang zu den Dienstleistungen, sondern auch alle damit im Zusammenhang stehenden Vergünstigungen, die einen Einfluss auf die Bedingungen haben, unter denen diese Dienstleistungen erbracht oder empfangen werden.

**Anmerkung:** Art. 56 ff. AEUV setzen also jedenfalls eine Grenzüberschreitung voraus, vgl. Art. 56 I AEUV. Dabei genügt es sogar, dass nur die Leistung selbst die Grenzen überschreitet. Die an ihr Beteiligten können in ihren Mitgliedstaaten bleiben, sog. **Korrespondenzdienstleistung**.

Ein Unterfall der passiven Dienstleistungsfreiheit liegt auch dann vor, wenn der Empfänger sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt und dort die Dienstleistung von einem Erbringer erhält, der in dem gleichen Mitgliedstaat ansässig ist wie er (d.h. nur die Dienstleistung erfolgt im Ausland). Das ist z.B. der Fall beim deutschen Reiseleiter einer deutschen Reisegruppe in Paris (gleiches gilt für den umgekehrten Fall).<sup>5</sup>

#### Rechtsprechungshinweise:

⇒ Unionsrechtskonformität mitgliedstaatlicher Konzessionsregelungen zur Aufstellung von Glücksspielautomaten, vgl. EuGH, Urt. vom 30.04.2014, Rs. C-390/12, JuS 2014, 662 mit Anmerkung Ruffert.

<sup>2</sup> Vgl. dazu die Beispielfälle in **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 530 ff.**

<sup>3</sup> Vgl. auch EuGH, DVBl. 2002, 464 = **jurisbyhemmer** zur Prostitution als Dienstleistung.

<sup>4</sup> Grundlegend EuGH, NJW 1989, 2183 „Cowan“ = **jurisbyhemmer**.

<sup>5</sup> Vgl. die Beispielfälle bei **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 526 ff.**

- ⇒ Staatliches Glücksspielmonopol; Zulässigkeit nur bei kohärenter Bekämpfung von Suchtgefahren; Anwendungsvorrang des Unionsrechts, EuGH, Urt. vom 21.01.2013, C-186/11 und C-209/11; JuS 2013, 755 mit Anmerkung Streinz.
- ⇒ Beschränkung der Werbung für Spielbanken in einem anderen Mitgliedstaat, EuGH, Urt. vom 12.07.2012, C-176/11, EuZW 2012, 820 mit Anmerkung Ziegenhorn/Rietdorf.

### 2. Bereichsausnahme

Allerdings ist Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 51 AEUV zu beachten. Danach gilt die Freiheit nicht, wenn es sich um eine Dienstleistung handelt, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Dies könnte hier eingreifen, da es sich um eine Regelung für staatliche Museen handelt. Der als Ausnahmevorschrift grundsätzlich eng auszulegende Art. 51 AEUV erfasst danach solche Betätigungen, die die unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften beinhalten.<sup>6</sup>

Es ist dabei nicht auf den Arbeitgeber der Tätigkeit abzustellen. Eine Betätigung im Bereich der öffentlichen Verwaltung liegt demnach nicht schon beim Betrieb öffentlicher Einrichtungen vor.

Vielmehr ist ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten Voraussetzung. Daran fehlt es bei einem Museumsbetrieb. Dieser ist weder zwingend staatlich zu organisieren, noch wird ein besonderes Verhältnis zwischen dem Dienstleister und dem Staat vorausgesetzt.

Damit kann die Ausnahmevorschrift des Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 51 AEUV nicht eingreifen.

### II. Staatliche Maßnahme

Da die Beschränkung der Ermäßigung auf einer durch ein Ministerium erlassenen Vorschrift beruht, liegt eine staatliche Maßnahme vor. Spätestens seit der Entscheidung „Broede“<sup>7</sup> ist evident, dass sämtliche Maßnahmen, die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen,

einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellen.

Art. 56 ff. AEUV beinhaltet wie alle Grundfreiheiten nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern auch ein allgemeines Beschränkungsverbot.<sup>8</sup>

Vorliegend wird zwar nicht an die Staatsangehörigkeit angeknüpft, weil die Ermäßigung für alle gilt, die in Spanien studieren (darunter auch Nichtspanier, z.B. die ERASMUS-Studenten). Die Regelung gilt also unterschiedslos für In- und Ausländer.

Es könnte sich aber um eine sog. versteckte bzw. faktische Diskriminierung handeln. Eine solche liegt dann vor, wenn statt an das Merkmal der Staatsangehörigkeit an ein Merkmal angeknüpft wird, welches typischerweise überwiegend von Inländern erfüllt wird. Dazu zählen insb. neben dem Wohnsitzerfordernis und der Muttersprache auch die Inhaberschaft eines spanischen Studentenausweises. Typischerweise studieren in Spanien nämlich Spanier. Damit liegt eine verdeckte Diskriminierung vor.<sup>9</sup>

**Anmerkung:** Dies ist ein Klassiker, der schon mehrfach entschieden wurde. So gewährten italienische Kommunal Museen Italienern über 60 Jahre und gleichaltrigen Gebietsansässigen kostenlosen Eintritt in staatliche Museen.<sup>10</sup> Nach mehreren Beschwerden von Bürgern befasst sich die Kommission mit der Sache (was zeigt, dass Beschwerden von Bürgern tatsächlich zum Ziel führen können). Bei der Bevorzugung von Italienern handelte es sich um eine offene Diskriminierung, welche nur über die nicht einschlägigen ausdrücklichen Ausnahmebestimmungen, wie Art. 52, 62 AEUV, gerechtfertigt werden konnte. Bei der Bevorzugung der Gebietsansässigen hingegen handelte es sich um eine versteckte Diskriminierung.

### III. Rechtfertigung

#### 1. Geschriebene Rechtfertigungsgründe gem. Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 52 AEUV

Eine Rechtfertigung nach Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 52 I AEUV kommt offensichtlich nicht in Frage. Eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse des Staates berührt, hat Spanien nicht vorgebracht.

<sup>6</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1980, 3881 = jurisbyhemmer; vgl. auch bereits **Fall 8**.

<sup>7</sup> Vgl. EuGH, C-3/95, Slg. 1996, I- 6511, Rn. 25 - „Broede“ = jurisbyhemmer.

<sup>8</sup> Vgl. m.w.N. EuGH, DVBl. 2001, 114 = jurisbyhemmer.

<sup>9</sup> Vgl. EuGH, DVBl. 2003, 388 = jurisbyhemmer; vgl. für einen weiteren Fall einer diskriminierenden Regelung EuGH, NJW 2005, 1033 = jurisbyhemmer: Personalausweisungspflicht nur für Aus-, nicht für Inländer.

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-388/01, EuZW 2003, 186 = jurisbyhemmer.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 9 - Lösung - Seite 5

### 2. Zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses (Gebhard-Formel)

„Nationale Maßnahmen, welche die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten *behindern oder weniger attraktiv machen können*, müssen vier Voraussetzungen erfüllen:

- sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden,
- sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
- sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und
- sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“

Entsprechend der Gebhard-Formel könnte eine Rechtfertigung gegeben sein.

- a) Die Vorschriften gelten unterschiedslos für In- und Ausländer (s.o.).
- b) Vorliegend scheitert die Rechtfertigung aber an den zwingenden Gründen. Wirtschaftliche Gründe, wie sie Spanien vorträgt, können generell nicht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen werden. Damit ließe sich nämlich ansonsten nahezu jede Diskriminierung oder Beschränkung rechtfertigen.

**Anmerkung:** Merken Sie sich diesen letzten Punkt. Etwas anderes würde auch Tür und Tor öffnen, denn Geld fehlt in öffentlichen Haushalten bekanntlich immer. Im Fall der italienischen Kommunal Museen hatte Italien noch die Kohärenz der Steuersysteme angeführt. Die Gebietsansässigen würden ja auch Steuern in Italien zahlen. Der EuGH wies dies zurück. Es müsse ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Besteuerung und der Ermäßigung geben. Eine solche sei nicht ersichtlich, zumal alle anderen in Italien, aber nicht in der entsprechenden Gemeinde lebenden Bürger auch in Italien Steuern zahlen, ohne die Ermäßigung zu erhalten.

Damit liegt ein Verstoß gegen den AEUV vor.

**Anmerkung:** Da diese Normen - wie alle Regelungen über die Grundfreiheiten - unmittelbar anwendbar sind, könnte sich Jägerhuber auch direkt gegenüber dem Museum darauf berufen.

*Auf Grund des Anwendungsvorrangs des Europarechts würde jede entgegenstehende nationale Regelung bei Fällen mit grenzüberschreitendem Charakter im konkreten Fall unanwendbar.*

**Hinweis:** In zwei bislang wenig beachteten Urteilen hat der EuGH erstmals unter Verwendung einer der Keck-Formel gleichenden Formulierung die Eröffnung des Tatbestandes der Dienstleistungsfreiheit verneint, ohne allerdings die Keck-Rechtsprechung ausdrücklich zu zitieren.<sup>11</sup> Es scheint aber so, als ob der EuGH nunmehr zu einer Keck-Analogie bei der Dienstleistungsfreiheit tendiert. Behalten Sie hier die Entwicklung im Auge.

### Teil 2:

#### Frage 1: Vereinbarkeit der Ausländerklausel mit dem Unionsrecht

Die Nachwuchsförderungsklausel verstößt gegen Art. 45 AEUV, wenn sie

- dem Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterfällt,
- in die Arbeitnehmerfreizügigkeit eingreift,
- die Arbeitnehmerfreizügigkeit unmittelbar auch zu Lasten des Verbandes gilt und
- dieser Eingriff nicht gerechtfertigt ist.

#### I. Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit

##### 1. Profifußballer als Arbeitnehmer

- a) Der Begriff des Arbeitnehmers richtet sich nicht nach nationalem Recht. Er ist vielmehr unions einheitlich autonom auszulegen. Zudem ist eine weite Auslegung geboten. Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV ist jemand, der „während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistung erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“.<sup>12</sup>

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit bezieht sich nur auf das Wirtschaftsleben. Der Argumentation, den Anwendungsbereich deshalb noch einmal nach dem Inhalt der Beschäftigung auf „wirtschaftliche Tätigkeiten“ einzuschränken, ist der EuGH nicht gefolgt. Der Bezug zum Wirtschaftsleben ergibt sich bereits aus der Entgeltlichkeit der Tätigkeit.

<sup>11</sup> Vgl. insb. EuGH, Rs. C-134/03 („Viacom“); Rs. C-544/03 („Mobistar“) = jurisbyhemmer.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121 (2144) = jurisbyhemmer.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 9 - Lösung - Seite 6

- b) Der Unionsbezug der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird über die Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer hergestellt. Begünstigte der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind gemäß Art. 45 II AEUV die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten.

Die Staatsangehörigkeit richtet sich mangels unionsrechtlicher Regelungen nach nationalem Recht, im Zweifel nach völkerrechtlichen Grundsätzen.

- c) Erfasst werden von der Arbeitnehmerfreizügigkeit nur Sachverhalte, die grenzüberschreitende Elemente aufweisen. Rein innerstaatliche Angelegenheiten werden nicht erfasst.<sup>13</sup>
- d) Die Ausländerklausel betrifft alle Berufsfußballer der ersten Liga. Diese sind gegenüber ihrem Verein weisungsgebunden und erhalten für ihre - wenn auch zeitlich befristete - Tätigkeit eine Vergütung.<sup>14</sup> Sie sind daher Arbeitnehmer i.S.v. Art. 45 AEUV.

Auch der Umstand, dass es sich hierbei um einen sportlichen Bereich handelt, der eine gewisse Eigenständigkeit besitzt, führt zu keinem anderen Ergebnis. Maßgeblich ist nämlich, ob der konkrete sportliche Bereich einen Teil des Wirtschaftslebens ausmacht.<sup>15</sup> Der Profifußball gehört wegen seiner ungeheuren finanziellen Bedeutung zweifelsfrei zum Wirtschaftsleben und unterfällt damit den Regelungen des Unionsrechts. Für die Anwendung des Art. 45 AEUV kommt es auch nicht darauf an, ob der Arbeitgeber eine Unternehmenseigenschaft besitzt. Der AEUV gilt daher auch für den Profifußball.<sup>16</sup>

**Anmerkung:** Art. 45 AEUV verbietet es aber auch, Arbeitnehmer am Weggang in ein anderes Mitgliedsland zu hindern. So dürfen Transferbestimmungen nach Ablauf eines Vertrages einen Fußballer nicht daran hindern, in einen anderen Mitgliedstaat zwecks Arbeitsaufnahme zu wechseln.<sup>17</sup>

Hinsichtlich der Beschäftigung ausländischer Fußballer aus EU-Mitgliedstaaten ist hier also der Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV eröffnet.

### 2. Arbeitgeber unter Schutzzweck des Art. 45 AEUV

Problematisch ist aber, dass sich vor dem Schiedsgericht vorliegend nicht der P als Arbeitnehmer auf Art. 45 AEUV beruft, sondern der Verein als sein Arbeitgeber.

Fraglich ist daher, ob auch der Verein Berechtigter des Art. 45 AEUV ist.

Grundsätzliches Ziel des Unionsrechts ist es, auch dem einzelnen Unionsbürger **Rechte zu verleihen**, auf die er sich vor den nationalen Gerichten berufen kann. Diese Einklagbarkeit dient zudem der **Sicherung der vollen Wirkung** der entsprechenden Bestimmung des Unionsrechts.

Auf eine unmittelbar anwendbare Norm des Unionsrechts kann sich deshalb jeder individuell berufen, der erkennbar durch diese Norm begünstigt werden soll.

Begünstigte der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV sind deshalb jedenfalls die Arbeitnehmer. Fraglich ist aber, ob sich auch der Verein als Arbeitgeber auf Art. 45 AEUV berufen kann.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit soll den grenzüberschreitenden Arbeitnehmerstrom gewährleisten, damit die Arbeitnehmer grenzüberschreitend ihre Leistungen anbieten und die Arbeitgeber diese entsprechend annehmen können. Begünstigt werden sollen neben den Arbeitnehmern also auch die Arbeitgeber. Insbesondere profitiert der Arbeitgeber also sowohl von der erweiterten Konkurrenz zwischen den Arbeitnehmern als auch vom entstehenden wachsenden Angebot.

Zur Sicherung der vollen Wirkung des Art. 45 AEUV kann sich deshalb auch der Arbeitgeber auf diese Norm berufen. Somit kann sich der Verein *als Arbeitgeber* auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen.<sup>18</sup>

### 3. Bereichsausnahme, Art. 45 IV AEUV

Art. 45 IV AEUV nimmt den gesamten Bereich der **Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung** aus dem Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit heraus. Die Tätigkeit des Berufsfußballers ist jedoch unter keiner Betrachtungsweise diesem Bereich zuzuordnen. Sie verbleibt mithin im Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

<sup>13</sup> EuGH, Rs. Saunders, Slg. 1979, 1129 = jurisbyhemmer.

<sup>14</sup> EuGH, Slg. 1976, 1333 („Donà“); EuGH, EuZW 1996, 82 ff. Tz. 73 („Bosman“) = jurisbyhemmer.

<sup>15</sup> EuGH, Slg. 1974, 1405 („Walrave“) = jurisbyhemmer.

<sup>16</sup> Vgl. EuGH, EuZW 1996, 82 ff. Tz. 74 („Bosman“); EuGH, NJW 2010, 1733 ff. = **Life&LAW 12/2010, 840 ff.** = jurisbyhemmer.

<sup>17</sup> Vgl. EuGH, EuZW 1996, 82 ff. Tz. 92 ff. („Bosman“); EuGH, NJW 2010, 1733 ff. = **Life&LAW 12/2010, 840 ff.** = jurisbyhemmer.

<sup>18</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 07.05.1998, Rs. C-350/96, Tz. 25 = jurisbyhemmer.

**Anmerkung:** Auch der Begriff der öffentlichen Verwaltung ist autonom aus unionsrechtlicher Sicht auszulegen, da „der Rückgriff auf Bestimmungen der innerstaatlichen Rechtsordnung mit dem Ziel, die Tragweite der Bestimmungen des Unionsrechts zu begrenzen, im Ergebnis die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen würde und daher nicht zugelassen werden kann“.<sup>19</sup>

Zudem ist, da es sich um eine Ausnahmeregelung handelt, eine enge Auslegung geboten.

Art. 45 IV AEUV „nimmt diejenigen Stellen vom Anwendungsbereich der ersten drei Absätze dieses Artikels aus, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind. Die Beschäftigung auf derartigen Stellen setzt nämlich ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraus, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen“.<sup>20</sup>

## II. Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit

### 1. Diskriminierung / Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Ausländerklausel könnte bereits gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 45 II AEUV verstoßen.

Die Freizügigkeit umfasst gemäß Art. 45 II AEUV die **Gleichbehandlung** ausländischer Arbeitnehmer mit Inländern **in Bezug auf Arbeitsbedingungen**. Der Begriff der Arbeitsbedingungen ist weit auszulegen. Er umfasst **alle mit einem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehenden Regelungen**, einschließlich des Zugangs zur Beschäftigung.

Nach der Ausländerklausel dürfen pro Spiel höchstens drei ausländische Spieler eingesetzt werden. „Jeder vernünftig planende und agierende Klub wird die Ausländerklausel(n) bei seiner Personalpolitik berücksichtigen. Kein solcher Klub wird daher mehr - oder bedeutend mehr - ausländische Spieler anstellen, als er in einem Spiel einsetzen darf“.<sup>21</sup>

Die Klausel benachteiligt also die ausländischen Spieler hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung.

**Anmerkung:** Art. 45 II und III AEUV sind hinsichtlich des Schutzzumfanges der Arbeitnehmerfreizügigkeit keinesfalls abschließend. Das ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 45 und 56 AEUV. Art. 45 AEUV beinhaltet vielmehr wie alle anderen Grundfreiheiten ein umfassendes Beschränkungsverbot.

Für dieses Verständnis spricht insbesondere der systematische Zusammenhang. Art. 26 AEUV spricht ganz allgemein von „freiem Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital“.

Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH stellt deshalb nunmehr auch bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit jede Maßnahme, die geeignet ist, die Ausübung dieser Grundfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, einen Eingriff dar. Dieser bedarf der Rechtfertigung. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Regelung den Zugang von Arbeitnehmern zum Arbeitsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten unmittelbar beeinflusst.<sup>22</sup>

Die Ausländerklausel stellt eine Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit dar.

**Anmerkung:** Ungeklärt ist bisher, wie viel Wert der EuGH dem Attribut „unmittelbar“ beimessen wollte.

In den von ihm zu entscheidenden Fällen hatte es sich zumeist um solche unmittelbaren Behinderungen des Marktzugangs gehandelt. Das heißt aber nicht zwingend, dass nicht auch mittelbare Marktzugangsbehinderungen eine Beschränkung darstellen können.

Denkbar wäre, dass er es auf die Fälle von Maßnahmen des Herkunftsstaates gegenüber im Ausland zu erbringenden Leistungen als zusätzliches Korrektiv anwenden will. Für Maßnahmen des Einfuhr- bzw. Aufnahmestaates verlangt er es jedenfalls scheinbar nicht.<sup>23</sup>

Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht, dass es sich um einen **vergleichsweise geringfügigen Eingriff** handelt. Von Maßnahmen mit rein hypothetischen Auswirkungen abgesehen, differenzieren die Grundfreiheiten insoweit nicht nach der Intensität der Auswirkungen beschränkender Maßnahmen auf den freien Verkehr.

Auch geringfügige Beschränkungen sind Eingriffe und bedürfen einer Rechtfertigung.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. Öff. Dienst, Tz. 19, Slg. 1980, 3881 (3903) = jurisbyhemmer.

<sup>20</sup> EuGH, Rs. Öffentlicher Dienst, Tz. 12, Slg. 1980, 3881 (3900) = jurisbyhemmer.

<sup>21</sup> GA Lenz, Schlussanträge, Rs. C-415/93 („Bosman“), Tz. 136, in: EuGRZ 1995, 459 (478) = jurisbyhemmer.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, Bosman, Tz. 103 und 104, EuZW 1996, 82 (88), m.V.a. EuGH, Alpine Investments, Tz. 36 bis 38, EuZW 1995, 404, sowie EuGH, Gebhard, Tz. 37, EuZW 1996, 92 (95) = jurisbyhemmer.

<sup>23</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 26.06.97, Rs. C-368/95, Tz. 12 = jurisbyhemmer.

### 2. Horizontale Wirkung des Art. 45 AEUV

Fraglich ist aber, ob Regelungen Privater - wie hier des Fußballverbandes - einen Eingriff in die Freizügigkeit darstellen, da *grundsätzlich die Mitgliedstaaten* die aus den Grundfreiheiten Verpflichteten sind, ob also auch der Verband Verpflichteter des Art. 45 AEUV ist.

**Anmerkung:** Hier geht es nun um das Problem der horizontalen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten. Während bei Art. 34 AEUV grundsätzlich eine staatliche Maßnahme vorliegen muss und allenfalls der Staatsbegriff entsprechend weit gefasst wird, stellt sich nun die Frage, ob das Handeln Privater als solches gegen eine Grundfreiheit verstößt. Bei Art. 34 AEUV hat der EuGH das bisher strikt abgelehnt. Bei Art. 45 AEUV bejaht er dies nun.

Beachten Sie, dass der EuGH i.R.d. Warenverkehrsfreiheit bereits festgestellt hat, dass auch das Handeln Privater den Staaten zugerechnet wird, wenn es auf staatliche Initiative zurückgeht und mit staatlicher Billigung erfolgt.<sup>24</sup> Verwechseln Sie aber bitte keinesfalls diese staatliche Initiative oder Billigung mit der hier vorliegenden Konstellation der horizontalen Anwendung. Letztlich steckt aber der gleiche Rechtsgedanke dahinter. Es widerspräche dem Sinn der Grundfreiheiten, wenn sich die Mitgliedstaaten durch privatrechtliche Vereinbarungen der Pflicht zur Gewährung der Grundfreiheiten entziehen könnten. Diese Zurechnung entspricht im Übrigen auch Grundsätzen des Völkerrechts.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit nur auf staatliche (oder Unions-) Akte zu beschränken, würde es aber ermöglichen, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer Autonomie die Grundfreiheiten unterlaufen (unmittelbare Drittwirkung). Dem Gebot der Arbeitnehmerfreizügigkeit „unterliegen deshalb **auch sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten**“.<sup>25</sup>

**Anmerkung:** Dies gilt umso mehr, wenn und soweit der Staat den privaten Verbänden dadurch eine sehr starke, „quasi-staatliche“ Machtstellung einräumt, dass er die Entscheidungen der Verbände bzw. der Verbandsgerichte nur eingeschränkt überprüft (sog. Vereinssautonomie).<sup>26</sup>

Die Rechtsprechung des EuGH tendiert hier zu einer immer weiteren Anwendung des Art. 45 AEUV zwischen Privaten (horizontale Geltung). In neueren Entscheidungen unterwirft der EuGH auch solche Maßnahmen dem Art. 45 AEUV, die nicht die oben genannte kollektive Regelung beinhalten.<sup>27</sup>

### III. Rechtfertigung des Eingriffs in die Arbeitnehmerfreizügigkeit

Eingriffe in die Arbeitnehmerfreizügigkeit können grundsätzlich entweder durch die geschriebenen Rechtfertigungsgründe oder zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.

Ersteres ist insbesondere in Art. 45 III AEUV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit vorgesehen.

**Anmerkung:** Nachdem der EuGH diesen Vorbehalt zunächst nur auf die in diesem Absatz enthaltenen speziellen Rechte der Arbeitnehmerfreizügigkeit angewandt hat, prüft er nunmehr auch andere Eingriffe in die Arbeitnehmerfreizügigkeit daran.<sup>28</sup>

Maßnahmen, die - wie die Ausländerklausel - geeignet sind, die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, müssen, um gerechtfertigt zu sein, (mindestens) einem Grund des Allgemeininteresses dienen.

**Anmerkung:** Hier wird die Lösung zugegebenermaßen etwas undogmatisch. Wenn man wie hier eine offene Diskriminierung annimmt, müsste die folgende Prüfung sich eigentlich um Art. 45 III AEUV drehen, da die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe nur unterschiedslos geltende Regelungen rechtfertigen können.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. Buy Irish, Slg. 1982, 4005 = jurisbyhemmer.

<sup>25</sup> EuGH, Rs. Walrave, Slg. 1974, 1405 (1418) = jurisbyhemmer.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu Grüneberg, § 25 BGB, Rn. 7 ff.

<sup>27</sup> EuGH („Angonese“), JuS 2000, 1111 = jurisbyhemmer: Der AG verlangte in diesem Fall von seinem AN, Diplome aus einem bestimmten Land, was im Widerspruch zu Art. 39 EG (jetzt Art. 45 AEUV) steht.

<sup>28</sup> Z.B. EuGH, Urt. v. 07.05.1998, Rs. C-350/96, Tz. 39 bis 42 = jurisbyhemmer.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 9 - Lösung - Seite 9

*Der EuGH spricht allgemein von Gründen und lässt (wie so oft) die Dogmatik außen vor. Er setzt sich in der Bosman-Entscheidung ausschließlich mit den Argumenten der Parteien auseinander.*

*Streinz, Europarecht, Rn. 882 geht im Bosman-Fall von einer offenen Diskriminierung aus und ordnet die Rechtfertigungsprüfung des EuGH unter Art. 45 III AEUV ein.*

*In der Klausur sollten Sie die Prüfungssystematik einigermaßen einhalten und die im Sachverhalt genannten Rechtfertigungsgründe zur Not unter Art. 45 III AEUV subsumieren.*

*Erinnern Sie sich daran, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Unionsrecht dann betroffen ist, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse des Staates berührt. Scheitern werden Sie bereits oft bei der Frage des Interesses (z.B. weil nur wirtschaftliche Interessen vorgetragen werden).*

Fraglich ist hinsichtlich der Ausländerklausel bereits, ob sie einen im Allgemeininteresse der Union liegenden zwingenden Grund verfolgt (der eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung i.S.d. Art. 45 III AEUV darstellt).

Die Ausländerklausel kann vorliegend dem erfolgreichen Abschneiden der eigenen Nationalmannschaft dienen. Nationalmannschaften wiederum dienen der **Wahrung der nationalen Identität**. Dies wiederum ist ein nichtwirtschaftlicher Grund, welcher nicht nur im nationalen, sondern auch im Unionsinteresse liegt. Deshalb kann die Besetzung dieser Mannschaften eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden.<sup>29</sup>

Hier jedoch geht es nicht um die Identifikationsfunktion der Nationalmannschaft schlechthin, sondern um die Sicherung zukünftiger Erfolge der Nationalmannschaft.

Sollte sich aber die Identifikation tatsächlich nur über eine erfolgreiche Nationalmannschaft herstellen lassen, so kann dies naturgemäß nicht im Allgemeininteresse der Union liegen. Hinter den Erwägungen einer erfolgreichen Nationalmannschaft stehen stattdessen vielmehr bereits wieder wirtschaftliche Erwägungen.

Die Ausländerklausel verstößt also gegen Unionsrecht und darf nicht angewendet werden.

**Für Fußballfreaks:** Das gleiche hat der EuGH für Spieler aus Beitrittsstaaten (vor dem Beitritt) entschieden. Die entsprechenden Assoziierungsabkommen beinhalten Artikel, die den Grundfreiheiten ähnlich sind und entsprechend ausgelegt werden (EuGH, Rs. C-438/00 – Deutscher Handballbund – BayVBI. 2004, 14 zu Art. 38 Assoziierungsabkommen Slowakei; vgl. auch die vergleichbare sehr weitgehende Entscheidung für russische Spieler in EuGH, Rs. C-265/03 – Simutenkov – EuZW 2005, 337 = **jurisbyhemmer**). Für den Pflichtstoff aber sicher zu weitgehend.

### Frage 2:

Das Schiedsgericht des Verbandes muss die Fragen vorlegen, wenn ein **Vorlageverpflichtungsgrund** vorliegt und eine Vorlage **zulässig** ist.

### I. Vorlageverpflichtungsgrund

Hier könnte der Verpflichtungsgrund aus Art. 267 III AEUV vorliegen. Dann müsste das Schiedsgericht in dieser Sache letztinstanzliches Gericht sein.

Nach abstrakter Betrachtungsweise sind letztinstanzliche Gerichte nur die jeweils höchsten Gerichte im Gerichtsaufbau der Mitgliedstaaten. Letztinstanzliche Gerichte wären in Deutschland danach nur die Bundesgerichte.

Diese Auffassung steht aber im Widerspruch zum Sinn der Regelung des Art. 267 III AEUV. Diese Norm soll absichern, dass in jedem innerstaatlichen Streit unionsrechtliche Fragen spätestens vor der letzten Entscheidung in der Sache durch den EuGH zentral geklärt werden, um so die Wahrung des Unionsrechts und seiner einheitlichen Anwendung sicherzustellen.

Deshalb ist nach der konkreten Betrachtungsweise (h.M.) jedes Gericht vorlageverpflichtet, das in der Sache letztinstanzlich entscheidet. Da die Entscheidung des Schiedsgerichts unanfechtbar sein wird, liegt der Vorlageverpflichtungsgrund des Art. 267 III AEUV vor.

### II. Zulässigkeit der Vorlage

Eine Vorlagepflicht trifft das Schiedsgericht aber nur, wenn eine Vorlage an den EuGH auch zulässig wäre.

<sup>29</sup> Vgl. EuGH, Rs. Walrave, Slg. 1974, 1405 = **jurisbyhemmer**.

## Europarecht / Baden-Württemberg

## Fall 9 - Lösung - Seite 10

### 1. Zuständigkeit

Der EuGH ist gemäß Art. 267 I, 256 I S. 1 AEUV für die Vorabentscheidung zuständig. Von Art. 256 III AEUV ist bisher kein Gebrauch gemacht worden.

### 2. Vorlageberechtigt<sup>30</sup>

Fraglich ist aber bereits, ob das Schiedsgericht vorlageberechtigt ist. Vorlageberechtigt ist gemäß Art. 267 II AEUV jedes Gericht eines Mitgliedstaates. Der Begriff „Gericht eines Mitgliedstaates“ ist unionseinheitlich autonom auszulegen, damit die Reichweite des Art. 267 AEUV nicht im Belieben der Mitgliedstaaten steht.

Gericht eines Mitgliedstaates ist ein

- zur Entscheidung in Rechtsstreitigkeiten berufener Spruchkörper,
- der sachlich unabhängig
- in einem rechtsstaatlich geordneten streitigen Verfahren entscheidet, und
- dessen Entscheidungen nach der Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaates bindende Kraft zukommt.

Das Schiedsgericht des Fußballverbandes entscheidet sachlich unabhängig in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren. Seine Entscheidung ist für die Parteien verbindlich und beruht auf der Auslegung und Anwendung des Verbandsstatuts.

Ein „Gericht eines Mitgliedstaates“ muss jedoch zudem in das innerstaatliche Rechtssystem eingebunden sein, d.h.:

- Zuständigkeitsverweisung kraft hoheitlicher Regelung;
- Mitwirkung des Staates bei Errichtung des Gerichts und Ausgestaltung der Verfahrensordnung.

Das durch das Verbandsstatut errichtete Schiedsgericht beruht aber letztlich lediglich auf einer privaten Vereinbarung. Es ist deshalb nicht vorlageberechtigt.

**Anmerkung:** Der EuGH hat nunmehr auch die Beschwerdekammer der Europäischen Schulen als nicht vorlagefähig angesehen (EuZW 2011, 670 ff.). Schiedsgerichte können ausnahmsweise dann vorlageberechtigt sein, wenn ihre Zusammensetzung und Zuständigkeit nicht zur Disposition der Beteiligten steht.<sup>31</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Eine Vorlage des Schiedsgerichts wäre unzulässig.

**Anmerkung:** Ansonsten wäre die Vorlage zulässig. Die Frage würde im Kern auf eine Auslegung des Art. 45 AEUV hinauslaufen. Art. 45 AEUV ist zulässiger Vorlagegegenstand gemäß Art. 267 I lit. a) AEUV. Wenn das Schiedsgericht gegebenenfalls Zweifel über die Auslegung des Art. 45 AEUV in dieser Hinsicht hätte, wäre es auch vorlagebefugt, da beide Fragen entscheidungserheblich sind.

### III. Ergebnis

Das Schiedsgericht ist nicht vorlageverpflichtet.

#### **Arbeitshinweis:**

**Bearbeiten Sie zur Arbeitnehmerfreizügigkeit Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 452 ff.**

<sup>30</sup> Vgl. schon Fall 6.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, Beschluss vom 13.02.2014, C-555/13 = jurisbyhemmer; vgl. hierzu auch die grundlegende Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1982, EuGH, Urteil vom 23.03.1982, Rs.102/18 = jurisbyhemmer.

## Lösung Fall 10

### ÜBERSICHT

#### Frage 1 – Vorlage an den EuGH

##### A) Zulässigkeit

###### I. Sachliche Zuständigkeit, Art. 256 AEUV

###### II. Vorlagegegenstand

Art. 267 I AEUV: Auslegung (lit. a) oder Überprüfung der Gültigkeit (lit. b) von Unionsrecht

Hier: Gültigkeit von Art. 4 III lit. a VO 1924/2006

###### III. Vorlageberechtigung

###### 1. Gericht eines Mitgliedstaates

###### 2. Entscheidungserheblichkeit, Art. 267 II AEUV

Grds. Sache des vorlegenden Gerichts

###### IV. Form

###### V. Zwischenergebnis

##### B) Beantwortung der Vorlagefrage

###### I. Anwendbarkeit der GRC

Bei allen Handlungen der EU, Art. 51 I S. 1 Alt. 1 GRC

###### II. Schutzbereich

###### 1. Sachlich

Abgrenzung Art. 15 I und Art. 16 GRC

Vertrieb von Wein als Teil unternehmerischer Freiheit i.S.v. Art. 16 GRC

###### 2. Persönlich

###### III. Einschränkung

##### IV. Rechtfertigung

###### 1. Schranke/Gesetzesvorbehalt

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 als gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 52 I S. 1 GRC

###### 2. Schranken-Schranken

###### a) Bestimmtheitsgebot

###### b) Wesensgehaltsgarantie, Art. 52 I S. 1 a.E. GRCh

###### c) Verhältnismäßigkeit, Art. 52 I S. 2 GRCh

###### aa) Legitimer Zweck

Gesundheitsschutz, Art. 35 GRCh, Art. 9 AEUV

###### bb) Geeignetheit

###### cc) Erforderlichkeit

###### dd) Angemessenheit

###### ee) Zwischenergebnis

###### 3. Zwischenergebnis

##### C) Ergebnis

#### Frage 2 – EuGH als gesetzlicher Richter

Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I S. 2 GG), wenn Vorlagepflicht missachtet wird.

Vorlagepflicht des Verwaltungsgerichts?

###### I. Letztinstanzlichkeit, Art. 267 III AEUV

###### II. Verwerfung von Sekundärrecht

*Foto-Frost*-Rspr. des EuGH: Vorlagepflicht bei Gültigkeitsfragen

###### III. Ergebnis

Vorlagepflicht des Verwaltungsgerichts und deshalb Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter bei Nichtvorlage

## LÖSUNG

**Vorbemerkung:** In dem zu Grunde liegenden Fall (EuGH C-544/10 = *jurisbyhemmer*) war nicht nur die Grundrechts-Konformität von Art. 4 III VO 1924/2006 streitig, sondern auch, ob die von Deutsches Weintor eG benutzte Bezeichnung „bekömmlich“ überhaupt unter diese Norm fällt, also eine gesundheitsbezogene Angabe darstellt. Um den Fall nur auf die Grundrechtsprüfung zuzuschneiden, wurde diese Frage ausgeklammert, indem der Sachverhalt davon ausgeht, dass die Bezeichnung „bekömmlich“ von Art. 4 III VO 1924/2006 erfasst ist.

Der EuGH ist das oberste Gericht der EU und kann über alle Fragen betreffend die Auslegung von Unionsrecht letztinstanzlich entscheiden! Eine Aufteilung, die vergleichbar mit der Aufgabenteilung zwischen den obersten Gerichtshöfen des Bundes (BGH, BVerwG, BAG, BSG, BFH) und dem BVerfG ist, existiert nicht.

### A) Zulässigkeit

#### I. Sachliche Zuständigkeit

Mangels Nennung in Art. 256 I AEUV und mangels einer Bestimmung in der Satzung des EuGH i.S.v. Art. 256 III AEUV ist der EuGH für Vorabentscheidungsverfahren sachlich zuständig.

**Anmerkung:** Art. 256 I AEUV erwähnt auch die „nach Artikel 257 gebildeten Fachgericht[e]“. Ein solches war das Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union (EUGöD). Dieses wurde 2016 aufgelöst. Derzeit existieren also nur das EuG und der EuGH.

#### II. Vorlagegegenstand

Es müsste ein tauglicher Vorlagegegenstand gegeben sein. Nach Art. 267 I AEUV kann der EuGH *nur Unionsrecht* auf dessen Gültigkeit hin untersuchen bzw. es auslegen.

Das vorliegende Verwaltungsgericht erfragt, ob VO 1924/2006 mit der GRCh in Einklang steht. VO 1924/2006 ist ein Rechtsakt der EU, vgl. Art. 288 II AEUV. Es geht also um die Frage der Gültigkeit eines Rechtsakts der Union. Ein tauglicher Vorlagegegenstand i.S.v. Art. 267 I lit. b Alt. 1 AEUV ist gegeben.

**Anmerkung:** Teilweise sind Sachverhalte (absichtlich) falsch formuliert. In solchen Fällen fragt das nationale Gericht, ob die nationale Norm dem Unionsrecht widerspricht.

Richtigerweise muss die Frage auf eine Auslegung bzw. auf eine Überprüfung der Gültigkeit des Unionsrechts abzielen. Wird eine unpassende Frage an den EuGH gerichtet, so kann dieser aus einer „unvollkommen gefaßten Frage des staatlichen Gerichts die Fragen herauschälen, welche die Auslegung des Vertrages [also des Unionsrechts] betreffen“<sup>1</sup>. Dies kann auch Aufgabe einer Klausur sein.

### III. Vorlageberechtigung

Das Verwaltungsgericht müsste vorlageberechtigt sein. Vorlageberechtigt ist nach Art. 267 II AEUV jedes mitgliedstaatliche Gericht, für dessen Entscheidung die Vorlagefrage entscheidungserheblich ist.

#### 1. Gericht

Das vorliegende Verwaltungsgericht ist ein zur Entscheidung in Rechtsstreitigkeiten berufener Spruchkörper, der sachlich unabhängig im Rahmen eines rechtsstaatlich geordneten streitigen Verfahrens entscheidet. Seinen Entscheidungen kommt bindende Kraft zu und es hat das Gesetz als Entscheidungsmaßstab. Das Verwaltungsgericht ist ein Gericht i.S.v. Art. 267 AEUV und somit prinzipiell vorlageberechtigt.

**Anmerkung:** Bei dem Begriff „Gericht“ in Art. 267 AEUV handelt es sich um einen Begriff des Unionsrechts. Dieser ist autonom auszulegen, d.h. es darf nicht auf nationale Befunde zurückgegriffen werden; vielmehr handelt es sich um eine rein unionsrechtliche Frage. Nur weil ein Mitgliedstaat eine Einrichtung als „Gericht“ bezeichnet (oder auch nicht bezeichnet), hat dies nicht zur Folge, dass diese Einrichtung ein Gericht i.S.v. Art. 267 AEUV ist (oder auch nicht ist). So sind z.B. Schiedsgerichte nicht zwingend Gerichte i.S.v. Art. 267 AEUV, Vergabekammern sind dagegen Gerichte in diesem Sinne. Der EuGH prüft eine Reihe von Gesichtspunkten, wie die gesetzliche Grundlage der Stelle, ihre Dauerhaftigkeit, ihre obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen durch diese Stelle sowie ihre Unabhängigkeit.

<sup>1</sup> EuGH, 6/64, Slg. 1964, 1251, 1268 – *Costa/E.N.E.L.*; siehe auch EuGH, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Rn. 60 – *Köbler* = *jurisbyhemmer*.

## 2. Entscheidungserheblichkeit

Die an den EuGH gerichtete Frage müsste entscheidungserheblich sein. Nach dem deutschen Wortlaut von Art. 267 II AEUV ist ausschlaggebend, ob „dieses [das vorliegende] Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich“ hält. Auch der englische Wortlaut enthält diese aus der Sicht des vorlegenden Gerichts gefasste Formulierung („... *that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment ...*“). Der Wortlaut macht klar, dass es für die Frage der Entscheidungserheblichkeit auf die Sicht des vorlegenden Gerichts ankommt.

Das Verwaltungsgericht hält die gestellte Frage für entscheidungserheblich, sodass die Entscheidungserheblichkeit grundsätzlich anzunehmen ist. Etwaige Ausnahmen sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Die Frage ist entscheidungserheblich.

**Anmerkung:** Der EuGH verneint ausnahmsweise die Entscheidungserheblichkeit, wenn die Frage offensichtlich nicht entscheidungserheblich ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn es sich um eine rein hypothetische Frage handelt.

Das Verwaltungsgericht ist vorlageberechtigt.

**Anmerkung:** Bei der Frage, ob ein Vorlagepflicht oder eine Vorlagepflicht besteht (vgl. Art. 267 II, III AEUV), handelt es sich nicht um eine Zulässigkeitsvoraussetzung. Für die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens ist es gleichgültig, ob das vorliegende Gericht berechtigt oder verpflichtet ist, den EuGH anzurufen. Deshalb ist es falsch, die Frage der Vorlagepflicht ungefragt i.R.d. Zulässigkeit zu behandeln. Siehe Frage 2 zu der Fragestellung, ob eine Vorlagepflicht vorliegt.

## IV. Form

Nach Art. 23 I EuGH-Satzung muss die Vorlagefrage dem EuGH übermittelt werden. Eine nähere Ausgestaltung der Anforderungen an das Vorabentscheidungsersuchen findet sich in Art. 93 ff. der Verfahrensordnung des EuGH (VerfO-EuGH). Insbesondere ist nach Art. 94 lit. c VerfO-EuGH eine Darstellung erforderlich, welche die Gründe nennt, aus denen das vorlegende Gericht Zweifel bezüglich der Auslegung oder der Gültigkeit bestimmter Vorschriften des Unionsrechts hat, und den Zusammenhang, den es zwischen diesen Vorschriften und dem auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbaren nationalen Recht herstellt.

Mangels gegenteiliger Angaben ist davon auszugehen, dass das Verwaltungsgericht die Formerfordernisse eingehalten hat.

## V. Zwischenergebnis

Die Vorlagefrage ist zulässig.

## B) Beantwortung der Vorlagefrage

Das Verwaltungsgericht möchte wissen, ob Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 – welcher es einem Erzeuger oder Vermarkter von Wein ausnahmslos verbietet, eine gesundheitsbezogene Angabe zu verwenden – mit den Grundrechten der GRCh, namentlich deren Art. 15 I und Art. 16, vereinbar ist.

## I. Anwendbarkeit der GRCh

Zunächst müsste die GRCh auf den zugrundeliegenden Sachverhalt anwendbar sein. Nach Art. 51 I S. 1 Alt. 1 GRCh sind alle Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU an die GRCh gebunden. Bei der VO 1924/2006 handelt es sich um einen Rechtsakt der EU, vgl. Art. 288 II AEUV. Dieser wurde vom Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union – beides Organe der EU, vgl. Art. 13 I EUV – erlassen. Diese sind gem. Art. 51 I S. 1 Alt. 1 GRCh an die GRCh gebunden. Die GRCh findet auf den zugrundeliegenden Sachverhalt Anwendung.

**Anmerkung:** Die EU kann die Freiheitssphäre der Menschen ähnlich stark wie die Mitgliedstaaten einschränken. Die Regelungsfreiheit der Mitgliedstaaten ist durch nationale Grundrechte und die Menschenrechte der EMRK begrenzt. Die EU ist nicht an die EMRK gebunden, denn ein Beitritt steht noch aus, vgl. Art. 6 II EUV. Die EU ist aber auch nicht an die Grundrechte der Mitgliedstaaten gebunden – z.B. an die Grundrechte des GG (vgl. Art. 1 III GG). Deshalb sind *genuin unionsrechtliche Grundrechte notwendig*.

*Bis zum Inkrafttreten der GRCh im Jahr 2009 musste man auf Unionsgrundrechte zurückgreifen, die allgemeine Rechtsgrundsätze i.S.v. 6 II EUV a.F. (jetzt Art. 6 III EUV) darstellen. Dies war für den Rechtsanwender insbesondere deshalb problematisch, da diese allgemeinen Rechtsgrundsätze ungeschrieben sind. Dieser Rückgriff hat sich durch die GRCh weitestgehend erledigt; die GRCh hat, wie sie in ihrer Präambel betont, das Ziel, „den Schutz der Grundrechte zu stärken, indem sie in einer Charta sichtbarer gemacht werden.“*

## II. Schutzbereich

Es müsste sowohl der sachliche als auch der persönliche Schutzbereich eines Grundrechts der GRCh eröffnet sein.

### 1. Sachlich

In sachlicher Hinsicht könnten sowohl das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 15 I GRCh) als auch das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) einschlägig sein. Deshalb ist zunächst das Verhältnis von Art. 15 I und Art. 16 GRCh zu klären.

#### a) Abgrenzung zwischen Art. 15 I und Art. 16 GRCh

**Anmerkung:** Abgrenzungsprobleme kennen Sie aus dem deutschen Grundrechtsdiskurs auch (man denke nur an die Abgrenzung innerhalb von Art. 5 I GG). Bei solchen Fragen hilft es, sich auf grundlegende juristische Überlegungen zu besinnen – wie z.B. *lex specialis derogat legi generali*.

Beide Grundrechte hängen eng mit der wirtschaftlichen Betätigung zusammen und überschneiden sich in nicht unerheblichem Umfang. Deshalb wird zum Teil von einem einheitlichen Grundrecht ausgegangen.<sup>2</sup> Gleichwohl existieren zwei verschiedene Normsätze, also auch zwei verschiedene Grundrechte,<sup>3</sup> die eine Abgrenzung erforderlich machen. Der Wortlaut von Art. 15 I GRCh rückt den einzelnen Menschen in den Mittelpunkt. Dagegen spricht Art. 16 GRCh von unternehmerischer Freiheit (*freedom to conduct a business, liberté d'entreprise*) und lässt somit einen Zuschnitt auf Unternehmen erkennen. Die wirtschaftliche Betätigung in Form eines Unternehmens ist im Verhältnis zu jeder sonstigen wirtschaftlichen Betätigung spezieller. Insofern stellt Art. 16 GRCh eine *lex specialis* zu Art. 15 I GRCh dar.<sup>4</sup> In Anwendung der allgemeinen Regel *lex specialis derogat legi generali* geht Art. 16 GRCh deshalb vor.

Sollte im Einzelfall der sachliche Schutzbereich von Art. 16 GRCh nicht eröffnet sein, so greift subsidiär Art. 15 I GRCh.

**Anmerkung:** In der Systematik des GG entspricht Art. 12 I GG den Art. 15 I und 16 GRCh. Das GG sieht ein einheitliches Grundrecht vor.

#### b) Inhalt von Art. 16 GRCh

Art. 16 GRCh garantiert die „unternehmerische Freiheit“ („*freedom to conduct a business*“, „*liberté d'entreprise*“). Diese lakonische Formulierung muss durch Auslegung präzisiert werden. Hierbei kann nicht auf etwaige Erkenntnisse aus der EMRK, respektive auf die Rechtsprechung des EGMR, zurückgegriffen werden (vgl. Art. 52 III GRCh), da die EMRK ein mit Art. 15 I bzw. Art. 16 GRCh vergleichbares Menschenrecht nicht enthält.

**Anmerkung:** In Bezug auf die EMRK wird von Menschenrechten (*human rights, droits de l'homme*) gesprochen, in Bezug auf die GRCh von Grundrechten (*fundamental rights, droits fondamentaux*). Diese Terminologie ist bereits in den Titeln der Verträge angelegt (Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] und Charta der Grundrechte der Europäischen Union [Charter of Fundamental Rights of the European Union]). Auf völkerrechtlicher Ebene (EMRK) ist es üblich, von Menschenrechten zu sprechen, während auf nationaler (GG) und supranationaler (GRC) Ebene sich der Begriff Grundrechte eingebürgert hat.

Die Betätigung eines Unternehmens (*business, entreprise*) umfasst nach allgemeinem Sprachgebrauch das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt, welches auf Dauer angelegt ist und mit Erwerbsabsicht erfolgt. Über diese Erwerbsabsicht – also Entgeltlichkeit der Leistung – hinaus wird zum Teil eine Gewinnerzielungsabsicht gefordert.<sup>5</sup> Ferner lässt der Wortlaut keine Begrenzung auf eine gewisse Art wirtschaftlicher Tätigkeit erkennen, es sind also z.B. sowohl kleine, mittelständische und große Unternehmen als auch freiberufliche Tätigkeiten erfasst. Auch eine Eingrenzung hinsichtlich der Art der Finanzierung oder der Rechtsform der Wirtschaftseinheit sind der Norm nicht zu entnehmen. Charakteristisch für ein Unternehmen ist aber das Tragen eines wirtschaftlichen Risikos, sodass nur selbstständige Tätigkeiten erfasst sind.

<sup>2</sup> So z.B. Wollenschläger, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Vor Art. 15 und 16 GRC Rn. 6. Auch der EuGH selbst scheint dieser Sichtweise nicht abgeneigt, vgl. nur die gemeinsame Prüfung in EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 44 - 60 – *Deutsches Weintor*.

<sup>3</sup> Jarass, GRCh, Art. 16 Rn. 4.

<sup>4</sup> Jarass, GRCh, Art. 16 Rn. 4a.

<sup>5</sup> So z.B. Bernsdorff, in: Meyer, GRCh, Art. 16 Rn. 10a.

Eine Einheit, wie z.B. die Deutsches Weintor eG, führt eine selbstständige Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht aus, sie ist auf Dauer angelegt und sie bietet Güter auf dem deutschen Markt an.

Ein wesentlicher Schutzaspekt der unternehmerischen Freiheit ist die Freiheit, eine Wirtschafts- und Geschäftstätigkeit auszuüben. Der Vertrieb von Weinen ist genau eine solche Geschäftstätigkeit. Zu dieser gehört auch die Vermarktung von Weinen, wie sie z.B. durch die Deutsches Weintor eG vorgenommen wird.

Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.

## 2. Persönlich

Art. 16 GRCh ist – aufgrund seines Wortlautes, der gerade die *unternehmerische* Freiheit schützt – in persönlicher Hinsicht seinem Wesensgehalt nach nicht nur auf natürliche, sondern auch auf juristische Personen (wie z.B. die Deutsches Weintor eG) anwendbar.

**Anmerkung:** Es handelt sich um eine Vorlagefrage. Diese ist abstrakt auf die Primärrechtskonformität der VO gerichtet. Es geht also um eine abstrakte Vereinbarkeit mit der GRCh. Deshalb muss man den Schutzbereich abstrakt untersuchen, d.h. es sind keine zu starken Referenzen auf den zugrundeliegenden Sachverhalt vorzunehmen.

## III. Einschränkung

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 könnte eine Einschränkung (*limitation*) von Art. 16 GRCh darstellen. Eine Einschränkung ist grundsätzlich jede Maßnahme eines Grundrechts-Verpflichteten, die die Ausübung des Grundrechts beeinträchtigt. Erfasst sind jedenfalls final auf eine Grundrechtsverkürzung gerichtete Rechtsakte.<sup>6</sup>

**Anmerkung:** Die Eingriffsdogmatik des GG und der GRCh unterscheidet sich etwas. Im Rahmen des GG wird zwischen dem klassischen und dem modernen Eingriffsbegriff unterschieden.<sup>7</sup> Nach dem klassischen Eingriffsbegriff ist ein Grundrechtseingriff jeder hoheitliche Rechtsakt, der final und unmittelbar die Ausübung eines Grundrechts beeinträchtigt.

Daneben sind nach dem modernen Eingriffsbegriff auch mittelbare, faktische und mittelbare faktische Beschränkungen erfasst, indem jedes staatliche Handeln, das ein grundrechtlich geschütztes Verhalten erschwert oder unmöglich macht bzw. ein Rechtsgut beeinträchtigt, grundsätzlich einen Eingriff darstellt.

Bzgl. Eingriffen in Grundrechte der GRCh verfolgt der EuGH einen weiten Einschränkungsbegriff.<sup>8</sup> Grundsätzlich ist jede Maßnahme eines Grundrechts-Verpflichteten, die die Ausübung des Grundrechts beeinträchtigt/einschränkt, erfasst. Erfasst werden also neben finalen Eingriffen durch einen Rechtsakt auch mittelbar faktische Eingriffe/mittelbare Auswirkungen hoheitlicher Maßnahmen.

Letztere setzen aber eine gewisse Nähebeziehung zwischen Maßnahme und einschränkender Wirkung sowie das Überschreiten einer gewissen Spürbarkeitsgrenze voraus.<sup>9</sup> Eine etablierte Dogmatik hat sich noch nicht entwickelt.

Die Organe der EU, die VO 1924/2006 erlassen haben, sind an die Grundrechte der GRCh gebunden, mithin Grundrechts-Verpflichtete, vgl. Art. 51 I S. 1 Alt. 1 GRCh. Durch das absolute Verbot des Verwendens gesundheitsbezogener Angaben für alkoholische Getränke gem. Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 (einem Rechtsakt der EU) wird Unternehmen zielgerichtet (final) die Freiheit genommen, alkoholische Produkte mit eben solchen Angaben zu bewerben oder zu vertreiben. Dadurch kann ein Teilaspekt der unternehmerischen Freiheit nicht mehr ausgeübt werden; spricht die Grundrechtsausübung wird beeinträchtigt. Eine Einschränkung liegt vor.

## IV. Rechtfertigung

Die Einschränkung könnte gerechtfertigt sein. Dafür bedürfte es einer Schranke, die ihrerseits den Schranken-Schranken genügt.

### 1. Schranke/Gesetzesvorbehalt

Entscheidend ist zunächst die Einschränkungbarkeit von Art. 16 GRCh. Die unternehmerische Freiheit und die freie Berufsausübung, also Art. 16 und Art. 15 I GRCh, werden nicht absolut gewährleistet, sondern sind im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen.<sup>10</sup> Insofern ist die unternehmerische Freiheit einschränkbar.

<sup>6</sup> Ehlers, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 98.

<sup>7</sup> Überblicksartig zum Eingriffsbegriff des GG Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 313–315.

<sup>8</sup> Hierzu Ehlers, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 98.

<sup>9</sup> So Ehlers, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 98.

<sup>10</sup> EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 54 – *Deutsches Weintor* = jurisbyhemmer.

Dies ist schon im Wortlaut von Art. 16 GRCh angelegt, da dieser bestimmt, dass die unternehmerische Freiheit „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“ wird.

Diese Formulierung verweist auf das Unionsrecht und das Recht der Mitgliedstaaten und macht damit die Einschränkung des Grundrechts deutlich.

Sowohl das Unionsrecht als auch das Recht der Mitgliedstaaten müssen dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt aus Art. 52 I S. 1 GRCh entsprechen; schließlich bildet die GRCh eine Einheit, sodass die Systematik diesen Schluss nahelegt. Art. 52 I S. 1 GRCh findet nur dann keine Anwendung, wenn sie von speziellen Regelungen verdrängt wird – *lex specialis derogat legi generali*. Solche Spezialregelungen sind für Art. 16 GRCh nicht ersichtlich. Der Verweis auf das Unionsrecht und das Recht der Mitgliedstaaten in Art. 16 GRCh selbst stellt keine eigenständige Schranke dar, welche Art. 52 I GRCh verdrängen würde.<sup>11</sup> Auch gibt es in der EMRK kein Art. 16 GRCh bzw. Art. 15 I GRCh entsprechendes Recht, sodass keine diesbezüglichen speziellen Schrankenregelungen in Betracht kommen.

Nach Art. 52 I S. 1 GRCh muss die Einschränkung „gesetzlich vorgesehen“ sein. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 52 IV GRC) und der Rechtsordnung der Union kommt es darauf an, ob es sich um eine abstrakt-generelle Regelung handelt.

VO 1924/2006 stellt einen Rechtsakt im Sinne von Art. 288 II AEUV dar. Gemäß Art. 288 II S. 1 AEUV hat eine VO allgemeine Geltung; es handelt sich mithin um eine abstrakt-generelle Regelung. VO 1924/2006 ist eine „gesetzliche Grundlage“ i.S.v. Art. 52 I S. 1 GRCh und deshalb potenziell geeignet, Art. 16 GRCh in legitimer Weise einzuschränken.

## 2. Schranken-Schranken

**Anmerkung:** Ein Verstoß von Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 gegen formelle Anforderungen (Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formregelungen) ist nicht ersichtlich. Der EuGH verliert in dem zu Grunde liegenden Fall kein Wort hierzu.

### a) Bestimmtheitsgebot

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 ist hinreichend präzise formuliert, sodass die Betroffenen die Folgen voraussehen können. Das Bestimmtheitsgebot ist gewahrt.

**Anmerkung:** Dieser Punkt wurde nur der Vollständigkeit halber aus didaktischen Gründen erwähnt. Finden sich in einer Klausur keine Anhaltspunkte für die Prüfung der Bestimmtheit, so lassen Sie diesen Punkt weg und zeigen damit Problembewusstsein.

### b) Wesensgehaltsgarantie, Art. 52 I S. 1 GRCh

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 dürfte nicht den Wesensgehalt von Art. 16 GRCh tangieren, vgl. Art. 52 I S. 1 a.E. GRCh. Wie sich aus der Systematik von Art. 52 I GRCh ergibt, ist der Wesensgehalt eines Grundrechts abstrakt zu bestimmen. Satz 1 enthält a.E. die Wesensgehaltsgarantie, Satz 2 den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Würde der Wesensgehalt konkret bestimmt werden, so würde die Wesensgehaltsgarantie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Wäre dies der Fall, so wäre die separate Nennung in Satz 1 überflüssig. Der abstrakte Wesensgehalt eines Grundrechts ist spätestens dann verletzt, wenn der Menschenwürdekern eines Grundrechts angetastet wird.

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 verbietet lediglich eine gewisse Modalität des Vertriebs alkoholischer Getränke, namentlich den Vertrieb unter Zuhilfenahme gesundheitsbezogener Angaben. Damit ist diese Vorschrift weit davon entfernt, den Vertrieb alkoholischer Getränke als solches zu verbieten. Vielmehr beschränkt die Norm sich darauf, für alkoholische Getränke innerhalb eines klar abgegrenzten Bereichs Regeln für die Etikettierung und Werbung zu treffen. Somit berührt das in Streit stehende Verbot in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens nicht den Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit.<sup>12</sup>

### c) Verhältnismäßigkeit, Art. 52 I S. 2 GRCh

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 müsste verhältnismäßig sein. Nach Art. 52 I S. 2 GRCh ist hierfür Voraussetzung, dass die in Streit stehende Regelung erforderlich ist und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht.

<sup>11</sup> Jarass, GRC, Art. 16 Rn. 18. Vgl. auch Grabenwarter, in: Grabenwarter, EnzEuR Bd. 2, § 13 Rn. 42–44.

<sup>12</sup> EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 56–58 – *Deutsches Weintor* = jurisbyhemmer.

## aa) Legitimes Ziel

Das Ziel der Maßnahme – also von Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 – muss „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ oder dem Schutz „der Rechte und Freiheiten anderer“ entsprechen, vgl. Art. 52 I S. 2 GRCh.

Wie aus den Erwägungsgründen 1 und 18 der VO 1924/2006 hervorgeht, gehört der Gesundheitsschutz zu den Hauptzwecken dieser Verordnung.<sup>13</sup> Der Gesundheitsschutz ist explizit in Art. 35 GRCh verankert. Nach Satz 2 dieser Norm muss bei der Festlegung und Durchführung aller Politiken und Maßnahmen der Union ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt werden. Auch Art. 9 a.E. AEUV proklamiert ein hohes Niveau des Gesundheitsschutzes als Ziel der Union.

Aufgrund seiner primärrechtlichen Verankerung in Art. 35 GRCh (i.V.m. Art. 6 I EUV) und Art. 9 AEUV ist der Gesundheitsschutz ein von der Union anerkanntes dem Gemeinwohl dienendes Ziel.

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 verfolgt somit ein legitimes Ziel i.S.v. Art. 52 I S. 2 GRCh.

## bb) Geeignetheit

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 muss geeignet sein, also einen Beitrag zur Zielerreichung darstellen. Durch Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 wird verhindert, dass gesundheitsbezogene Angaben im Zusammenhang mit alkoholischen Getränken getätigt werden.

Alkoholische Getränke stellen in Anbetracht der Abhängigkeits- und Missbrauchsrisiken sowie der erwiesenen komplexen schädigenden Wirkungen des Alkoholkonsums, u.a. des Auftretens schwerer Krankheiten, eine spezielle Kategorie von Lebensmitteln dar, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung darstellen.<sup>14</sup> Indem verhindert wird, dass Angaben, die eine positive Wirkung auf die Gesundheit nahelegen, im Zusammenhang mit alkoholischen Getränken getätigt werden, wird zur Bekämpfung der Gefahren des Alkoholkonsum

beitragen. Indem der Kauf und Konsum von alkoholischen Getränken nicht durch beschönigende gesundheitsbezogene Angaben beeinflusst wird, entsteht bei Verbrauchern nicht das falsche Bild, der Konsum des alkoholischen Getränks sei für die Gesundheit weniger schädlich. Das Verbot des Tätigens gesundheitsbezogener Angaben bei alkoholischen Getränken wirkt deshalb verkaufshemmend für eben diese Getränke und sorgt dafür, dass sich Verbraucher der schädlichen Wirkungen des Alkohols bewusst bleiben. Dies bekämpft Alkoholkonsum und stärkt deshalb den Gesundheitsschutz. Somit wird ein Beitrag zum legitimen Ziel des Gesundheitsschutzes geleistet.

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 ist geeignet.

## cc) Erforderlichkeit

Es sind keine mildereren, aber gleich geeigneten Mittel ersichtlich, um den Gesundheitsschutz zu fördern. Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 ist erforderlich.

## dd) Angemessenheit

**Anmerkung:** *Obgleich im Wortlaut von Art. 52 I S. 2 GRCh nicht angelegt, bietet sich eine gesonderte Prüfung der Angemessenheit an. Auch der EuGH scheint sich auf eine separate Prüfung der Angemessenheit rückzubesinnen.<sup>15</sup> So auch im zu Grunde liegenden Fall, wenn der EuGH statuiert: „Infolgedessen ist bei einer solchen Beurteilung darauf zu achten, dass die Erfordernisse des Schutzes dieser verschiedenen durch die Unionsrechtsordnung geschützten Grundrechte miteinander in Einklang gebracht werden und dass zwischen ihnen ein angemessenes Gleichgewicht besteht.“<sup>16</sup> Der EuGH weist die Angemessenheit jedoch nicht immer als separaten Punkt aus, sondern behandelt ihn oft in der Erforderlichkeit. Da die Prüfung der Angemessenheit wohl h.M. ist,<sup>17</sup> sollten Sie in der Klausur diesen Punkt (separat) prüfen.*

<sup>13</sup> EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 45 – *Deutsches Weintor* = jurisbyhemmer.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 48 – *Deutsches Weintor* = jurisbyhemmer.

<sup>15</sup> Hierzu von Danwitz, in: Grabenwarter, *EnzEuR* Bd. 2, § 6 Rn. 68.

<sup>16</sup> EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 47 – *Deutsches Weintor* = jurisbyhemmer.

<sup>17</sup> Für eine Angemessenheitsprüfung z.B. Borowsky, in: Meyer, *GRC*, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 22b; Ludwigs/Schmidt-Preuß (Hrsg.), *Klausurenkurs Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2016, S. 442; Jarass, *GRCh*, Art. 52 Rn. 41; Ehlers, in: Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 112; Krämer, in: Stern/Sachs, *GRCh*, Art. 52 Rn. 52 f.; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rn. 70.

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 müsste angemessen sein. Bei dieser Beurteilung ist darauf zu achten, dass die Erfordernisse des Schutzes der verschiedenen durch die Unionsrechtsordnung geschützten Rechtsgüter – also in diesem Fall der Gesundheitsschutz und die unternehmerische Freiheit – miteinander in Einklang gebracht werden und dass zwischen ihnen ein angemessenes Gleichgewicht besteht.<sup>18</sup> Insofern ist ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der unternehmerischen Freiheit und dem Gesundheitsschutz herzustellen.

Bei beiden Rechtsgütern handelt es sich um Rechtsgüter von hohem Wert. Sowohl die unternehmerische Freiheit als auch der Gesundheitsschutz sind unionsprimärrechtlich, namentlich in der GRCh, und mithin unionsverfassungsrechtlich verankert.

**Anmerkung:** Nach h.M. handelt es sich bei EUV, AEUV und GRCh um die Verfassung der EU. Nicht erforderlich für eine Klassifizierung als Verfassung ist die Bezeichnung als solche – wie man schon am „Grundgesetz“ sieht. Entscheidend sind materielle Kriterien.

Diese sind im Falle von EUV, AEUV und GRCh (als Unionsprimärrecht) erfüllt, denn „das Primärrecht [begründet] Hoheitsgewalt, statuiert eine Normenhierarchie und legitimiert Rechtsakte, es schafft eine Bürgerschaft und gewährt Grundrechte, es regelt das Verhältnis von Rechtsordnungen, von Hoheitsgewalt und Wirtschaft, von Recht und Politik.“<sup>19</sup>

Die abstrakte Wertigkeit der Rechtsgüter mag keine Auskunft über den Ausgleich dieser geben.

Die Eingriffsintensität von Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 ist zunächst einmal deshalb gering, da die in Streit stehende Regelung weit davon entfernt ist, die Herstellung oder den Vertrieb alkoholischer Getränke zu verbieten, sondern sich darauf beschränkt, für solche Getränke innerhalb eines klar abgegrenzten Bereichs die Etikettierung und Werbung zu regeln.<sup>20</sup>

Die Etikettierung von alkoholischen Getränken mit einer gesundheitsbezogenen Angabe ist ferner in einem geringen Maße schutzwürdig; auch deshalb kommt Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 eine geringe Eingriffsintensität zu. „In einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens ist die streitige Angabe, selbst wenn man unterstellt, dass der in ihr enthaltene Hinweis

auf einen reduzierten Säuregehalt für sich genommen sachlich richtig ist, gleichwohl unvollständig. Die genannte Angabe stellt nämlich eine bestimmte, zur Erleichterung der Verdauung geeignete Eigenschaft heraus; verschwiegen wird aber, dass ungeachtet der guten Verdaulichkeit die mit dem Konsum alkoholischer Getränke zusammenhängenden Gefahren keineswegs beseitigt oder auch nur begrenzt werden.“<sup>21</sup> Die streitige Angabe ist dadurch, dass sie allein die leichte Verdaulichkeit des in Rede stehenden Weins herausstellt, geeignet, dessen Konsum zu fördern und letztlich die mit einem übermäßigen Konsum jedes alkoholischen Getränks einhergehenden Gefahren für die Gesundheit der Verbraucher zu erhöhen.<sup>22</sup> Daher hilft nur ein absolutes Verbot, wie von Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 vorgesehen. Diese Aspekte betont auch der 10. Erwägungsgrund der Verordnung.

Nicht durchgreifend ist deshalb der Einwand, dass Verbraucher ihrerseits immer um die Gefährlichkeit des Alkoholkonsums wüssten. Es geht gerade darum, dieses abstrakte Wissen der Verbraucher nicht durch andere Informationen im Einzelfall (z.B. die Bezeichnung „bekömmlich“) zu konterkarieren und zu verdrängen.

Das absolute Verbot einer Angabe der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art ist notwendig, um die Wahrung der Art. 35 GRCh zu entnehmenden Anforderungen an den Gesundheitsschutz zu gewährleisten.

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 stellt ein angemessenes Verhältnis zwischen der unternehmerischen Freiheit und dem Gesundheitsschutz dar.

### ee) Zwischenergebnis

Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 ist verhältnismäßig.

### 3. Zwischenergebnis

Die Einschränkung des Grundrechts auf unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRCh ist aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt.

### V. Zwischenergebnis

Das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRCh ist nicht durch Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 verletzt.

<sup>18</sup> Vgl. EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 57 – *Deutsches Weintor* = jurisbyhemmer.

<sup>19</sup> Von Bogdandy/Bast, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 2.

<sup>20</sup> EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 57 – *Deutsches Weintor* = jurisbyhemmer.

<sup>21</sup> EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 51 – *Deutsches Weintor* = jurisbyhemmer.

<sup>22</sup> EuGH, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 52 – *Deutsches Weintor* = jurisbyhemmer.

## C) Ergebnis

Der EuGH wird antworten: Der Umstand, dass es einem Erzeuger oder Vermarkter von Wein nach Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 auch dann ausnahmslos verboten ist, eine gesundheitsbezogene Angabe zu verwenden, wenn diese Angabe für sich genommen zutrifft, ist mit den Grundrechten der GRCh, insbesondere Art. 16 GRCh, vereinbar.

## Frage 2 – EuGH als gesetzlicher Richter

Gefragt ist danach, ob die Deutsches Weintor eG gerichtliche Schritte hätte unternehmen können, hätte das Verwaltungsgericht ihrem Wunsch nicht entsprochen und nicht den EuGH um Vorabentscheidung ersucht.

In Betracht kommt eine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG (Art. 94 I Nr. 4a GG) aufgrund einer Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 I S. 2 GG. Eine Verletzung dieses Rechts liegt allerdings nur vor, wenn das Verwaltungsgericht eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH (vgl. Art. 267 III AEUV) hat. In diesem Fall ist der EuGH der gesetzliche Richter i.S.v. Art. 101 I S. 2 GG.

**Anmerkung:** Wird eine Vorlagepflicht verletzt, so liegt ferner ein Verstoß gegen Art. 267 III AEUV vor, der unionsrechtlich geahndet werden könnte (vgl. Art. 258 AEUV).

Ist eine Klausurfrage nicht auf gerichtliche Schritte gerichtet, so sollten Sie an derartige Möglichkeiten denken.

## I. Letztinstanzlichkeit

Wenn das Verwaltungsgericht ein Gericht ist, „dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“, so bestünde nach Art. 267 III AEUV eine Vorlagepflicht. Entscheidungen des Verwaltungsgerichts können mit der Berufung (§§ 124 ff. VwGO) und der Revision (§§ 132 ff. VwGO) angefochten werden. Dies gilt auch im vorliegenden Fall, insofern braucht der Streit, ob die Letztinstanzlichkeit konkret oder abstrakt bestimmt wird, nicht entschieden werden. Das Verwaltungsgericht ist kein letztinstanzliches Gericht. Demnach bestünde keine Vorlagepflicht.

**Anmerkung:** Im Rahmen der Letztinstanzlichkeit stellen sich regelmäßig folgende zwei Fragen. Erstens, ob die Letztinstanzlichkeit abstrakt oder konkret zu bestimmen ist. Nach dem Wortlaut wäre es möglich, abstrakt zu bestimmen, ob Letztinstanzlichkeit vorliegt, so dass nur die obersten Gerichte (BVerfG sowie BGH, BVerwG, BAG, BFH, BSG [Art. 95 GG]) vorlageverpflichtet sind. Dies widerspricht aber dem

*Sinn und Zweck der Norm. Art. 267 III AEUV dient der einheitlichen Rechtsanwendung und soll somit verhindern, dass sich eine nationale Rechtsprechung herausbildet, die mit Unionsrecht im Widerspruch steht.*

*Entscheidend muss deshalb die Letztinstanzlichkeit im konkreten Fall sein:*

*Auch Instanzgerichte sind vorlageverpflichtet, wenn ihre Entscheidung im konkreten Verfahren unanfechtbar ist. So ist beispielsweise nach § 26 Nr. 8 EGZPO eine Nichtzulassungsbeschwerde nur statthaft, wenn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer zwanzigtausend Euro übersteigt. Wird die Revision also nicht durch das Gericht zugelassen, so kann es vorkommen, dass diese Entscheidung endgültig ist und deshalb Art. 267 III AEUV Anwendung findet, obwohl bspw. das LG mit dem Streit befasst ist.*

*Die zweite Frage betrifft die Definition des Rechtsmittels (judicial remedy). Auch dieser Begriff muss unionsrechtsautonom ausgelegt werden. Außerordentliche Rechtsbehelfe, wie die Verfassungsbeschwerde, sind keine Rechtsmittel i.S.v. Art. 267 III AEUV. Deshalb sind die obersten Bundesgerichte (BGH, BVerwG, BAG, BFH, BSG) in jedem Fall letztinstanzliche Gerichte. Ein Rechtsmittel ist dagegen z.B. die Nichtzulassungsbeschwerde, sodass selbst dann keine Letztinstanzlichkeit vorliegt, wenn die Revision nicht zugelassen wurde.*

## II. Verwerfung von Sekundärrecht

Eine Vorlagepflicht könnte sich aber daraus ergeben, dass das Verwaltungsgericht Zweifel an der Gültigkeit der VO hat und diese nicht anwenden möchte.

Wie sich aus Art. 267 AEUV ergibt, kommt dem EuGH in Bezug auf Unionsrecht kein Auslegungsmonopol, aber ein Letztentscheidungsrecht zu.

**Anmerkung:** Ein Auslegungsmonopol des EuGH bzgl. des Unionsrechts besteht nicht. Dies wäre schlicht widersinnig! Jeder unionale und nationale Rechtsanwender muss i.R.d. Anwendung von Unionsrecht dieses zwangsläufig auslegen. Schließlich legt z.B. auch das GG nicht nur das BVerfG aus. Den Gerichten kommt jeweils „nur“ ein Letztentscheidungsrecht bzgl. der Auslegung zu.

Ferner leitet der EuGH aus Art. 267 AEUV ein Verwerfungsmonopol des EuGH bzgl. des Unionsrechts ab.<sup>23</sup> Ziel der Norm ist es, die Einheitlichkeit der Anwendung des Unionsrechts zu sichern.

Die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung wird besonders dann gefährdet, wenn ein nationales Gericht die Gültigkeit eines Rechtsakts der Union in Frage stellt und somit diesen unionalen Rechtsakt nicht anwenden möchte.

Meinungsverschiedenheiten über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union wären geeignet, die Einheitlichkeit der Unionsrechtsordnung selbst aufs Spiel zu setzen und das grundlegende Erfordernis der Rechtssicherheit zu beeinträchtigen. Aus dem Telos von Art. 267 AEUV ergibt sich somit eine Auslegung dahingehend, dass nationale Gerichte zur Vorlage an den EuGH verpflichtet sind, wenn sie die Gültigkeit eines Rechtsakts der Union bezweifeln.

Das Verwaltungsgericht hält Art. 4 III lit. a VO 1924/2006 mit Grundrechten der GRCh, namentlich deren Art. 15 I und Art. 16 GRCh, für unvereinbar und deshalb für ungültig. Das Verwaltungsgericht ist – obwohl es kein letztinstanzliches Gericht i.S.v. Art. 267 III AEUV ist – zur Vorlage an den EuGH verpflichtet.

### III. Ergebnis

Das Verwaltungsgericht ist zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Die Deutsches Weintor eG könnte eine Verletzung dieser Vorlagepflicht mit einer Verfassungsbeschwerde geltend machen, indem sie eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 I S. 2 GG rügt.

### Aktueller Rechtsprechungshinweis:

#### **Vorlage zur Vorabentscheidung/ Schutz für Flüchtlinge aufgrund nach Flucht erfolgter Konvertierung zum Christentum:**

Voraussetzungen für einen Anspruch auf internationalen Schutz: Aus Nachfluchtgründen entstehender Bedarf an internationalem Schutz – Begriff der „Umstände, die der Antragsteller nach Verlassen des Herkunftslands selbst geschaffen hat“, Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011, ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund eines Folgeantrags, der auf eine Verfolgungsgefahr gestützt wird, die auf Umständen beruht, die der Antragsteller nach Verlassen des Herkunftslands selbst geschaffen hat, von der Voraussetzung abhängig macht, dass diese Umstände Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsland bestehenden Überzeugung des Antragstellers sind.

**Vgl. EuGH v. 29. Februar 2024 (C-222/22)**

<sup>23</sup> Grundlegend EuGH, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452 – Foto-Frost = jurisbyhemmer.

## Lösung Fall 11

### ÜBERSICHT

#### Teil 1:

#### Begründetheit:

Anspruch auf Rückzahlung von 998,- €

#### I. Kaufvertrag (+)

#### II. Mangel, § 434 BGB (+)

#### III. Fristsetzung und erfolgloser Ablauf der Nachfrist, § 323 I BGB

1. ⇒ hier keine Frist gesetzt  
⇒ Anspruch eigentlich (-)

2. ⇒ Frage: Korrektur durch EU-Richtlinie

a) ⇒ Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts

b) Grundlage der Pflicht nach (bisher) h.M. Art. 288 III AEUV i.V.m. Art. 4 III EUV; ggf. jetzt evtl. auch Art. 291 AEUV

⇒ Zweistufiges Vorgehen:

#### aa) Auslegung von Art. 3 V RL:

⇒ Weder Wortlaut noch Zweck verlangen Fristsetzung; Ablauf einer automatisch laufenden Frist genügt

bb) Auslegung des nationalen Rechts unter Orientierung an der RL ⇒ str., wie vorzunehmen

(1) E.A.: richtlinienkonforme Reduktion des § 323 I BGB

(2) A.A.: Auslegung des § 323 II Nr. 3 BGB

**Ergebnis:** Jedenfalls Fristsetzung nicht erforderlich; Ablauf einer automatisch laufenden Frist genügt

⇒ Hier (+); Anspruch (+), Klage begründet

#### Teil 2: Annahme: Auslegung nicht möglich

#### Frage 1: Anspruch auf Rückzahlung

I. **Richtlinienkonforme Auslegung** (-), da nur „soweit wie möglich“

#### II. Unmittelbare Wirkung von Art. 3 V RL

1. Unmittelbare Wirkung trotz Art. 288 III AEUV grds. möglich, wegen Sanktionsgedankens

2. Voraussetzungen

- Richtlinienvorschrift ist inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt,
- Die Umsetzungsfrist ist abgelaufen und die Richtlinie nicht oder unzulänglich umgesetzt und
- Die Richtlinienbestimmung enthält keine rechtliche Verpflichtung für Private.

Sehr streitig ist, ob darüber hinaus

- Die Richtlinienvorschrift dem Einzelnen gegenüber Rechte einräumen muss.

Problem: Entfaltet RL auch unmittelbare Wirkung in den Rechtsbeziehungen zwischen den Bürgern (horizontale Wirkung) ⇒ Verpflichtung für Private? nach EuGH (-), liefe Systematik des Unionsrechts entgegen

⇒ Art. 3 V RL entfaltet keine unmittelbare Wirkung, folglich kein Rücktrittsrecht ⇒ Rückzahlungsanspruch (-)

### Frage 2: Schadensersatzanspruch des S

**Vorüberlegung: Umsetzung der RL ist Amtspflicht der Abgeordneten des BT ⇒ § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (-), da keine Drittbezogenheit der Amtspflicht**

#### I. Anspruch gemäß Art. 340 II AEUV

(-), Haftung nur für Schäden durch Unionsorgane oder Bedienstete der EU

#### II. Ungeschriebener unionsrechtlicher Anspruch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts?

- 1) Herleitung: Art. 4 III EUV ⇒ Sanktion für Mitgliedstaaten, effektiver Rechtsschutz für Bürger
- 2) Problem: Auch eigene AGL im Unionsrecht oder nur Modifikation des nationalen Staatshaftungsanspruchs (insb. Verzicht auf Drittbezogenheit)?

⇒ Wohl eigene Anspruchsgrundlage im Unionsrecht; aber Rechtsfolgen jedenfalls im nat. Recht (insb. §§ 249 ff. BGB)

#### 3) Voraussetzungen der Staatshaftung:

- Verletzte Unionsrechtsnorm muss bezwecken, dem einzelnen Rechte zu verleihen
- Hinreichend qualifizierter = offenkundiger und erheblicher Verstoß gegen Unionsrechtsnorm
- Unmittelbarer Kausalzusammenhang zu Schaden

Problem hier insbesondere, ob hinreichend qualifizierter Verstoß?

⇒ Bei Nichtumsetzung der Richtlinie immer (+)

⇒ Bei Schlechtumsetzung wie hier problematisch, ob offenkundig und erheblich: Berücksichtigung von:

- Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift
- Umfang des Ermessensspielraums
- Vorsätzlichkeit des Verstoßes oder der Schadensherbeiführung
- Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums
- Eventueller Beitrag des Verhaltens (Mitverschuldens) eines Unionsorgans

⇒ Hier wohl bedingt vorsätzlich (a.A. vertretbar)

4. § 839 I S. 2, III und § 254 BGB nicht gegeben oder wegen Art. 4 III EUV nicht anwendbar

#### III. Anspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

1. Parlamentsabgeordnete sind sog. Beamte im haftungsrechtlichen Sinne gemäß Art. 34 GG.
2. Nichtumsetzung ist Unterlassen der Ausübung eines Amtes
3. Amtspflichtverletzung ist Nichtumsetzung in vorgegebener Frist
4. Drittbezogenheit der Amtspflicht? (-), RL wird im Interesse der Allgemeinheit umgesetzt, nicht im Interesse best. Dritter

⇒ Keine Haftung für legislatives Unrecht

⇒ Aber: Modifikation entsprechend der unionsrechtlichen Vorgaben (s.o.)

#### IV. Ergebnis: Anspruch des S (+)

**Anmerkung:** Frage 1 zu Teil 1 und 2 ist dem Grunde nach inhaltlich überholt, da die europäische Warenkaufrichtlinie (RL (EU) 2019/771) – welche die bislang maßgebliche Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aus dem Jahr 1999 ersetzt – mittlerweile umgesetzt wurde. Die Neuerungen gelten seit 1. Januar 2022. Für den vorliegenden Fall ist insbesondere § 475d I Nr. 1 BGB entscheidend, der eine erleichterte Rücktrittsmöglichkeit für Verbraucher bietet. Es bedarf keiner ausdrücklichen Fristsetzung, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung trotz Unterrichtung über den Mangel nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums vornimmt.

Trotz der Umsetzung ist der Fall weiterhin im Kursprogramm, da er die Vorgehensweise einer richtlinienkonformen Auslegung veranschaulicht.

Vgl. weitere Fälle zur richtlinienkonformen Auslegung: *Life&LAW 03/2021, 145 ff.*; *Life&LAW 10/2019, 697 ff.*

## Teil 1: Begründetheit der Klage des Stefan

Die Klage des Stefan ist begründet, wenn ihm ein Rückzahlungsanspruch zusteht.

**Anspruch auf Rückzahlung von 998,- € gem. §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 I, 434 BGB**

### I. Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag zwischen der Pluto GmbH und S ist zustande gekommen.

### II. Mangel

Der Laptop funktioniert nicht, was laut Sachverhalt einen Mangel i.S.v. § 434 I BGB darstellt, der auch bei Gefahrübergang vorlag. Die Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang (§§ 446, 447 BGB) wurde überdies von der Beklagten nicht bestritten und gilt damit als zugestanden (§ 138 III ZPO), sodass es auf § 476 BGB nicht ankommt.

### III. Fristsetzung und erfolgloser Ablauf der Nachfrist

1. Problematisch ist aber, dass § 323 I BGB voraussetzt, dass eine Nachfrist gesetzt wird. Das bloße Verlangen der Nacherfüllung reicht nach dem Wortlaut nicht aus.<sup>1</sup> Da daher die Voraussetzungen des § 323 I für einen Rücktritt nicht vorliegen, müsste der Anspruch eigentlich scheitern.

2. Fraglich ist aber, ob nicht das Unionsrecht bei der Anwendung des nationalen Rechts zugunsten des S weiterhilft.

**Sehr wichtig!!!:** Kommen Sie bloß nicht auf den Gedanken, in jeder beliebigen Zivilrechtsklausur bei § 323 BGB den nun folgenden Problembereich herunterzubeten. Sie wenden im Examen grundsätzlich deutsches Recht an. Wenn der Klausurersteller von Ihnen Ausführungen zum Europarecht hören will, weist er Sie im Sachverhalt auf die Richtlinie hin. Dann, aber auch nur dann, machen Sie Ausführungen zu dem folgenden Problem. Ansonsten wenden Sie einfach § 323 I BGB mit seinem Fristsetzungserfordernis an, und sei es auch noch so richtlinienwidrig!

- a) Hierzu verlangt der EuGH in ständiger Rechtsprechung:

„Wie der Gerichtshof [...] entschieden hat, obliegt die sich aus der Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten, gem. Art. 4 III EUV alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten.

Daraus folgt, dass ein nationales Gericht, soweit es bei der Anwendung nationalen Rechts – gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt – dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten muss, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf dieser Weise Art. 288 III AEUV nachzukommen.“<sup>2</sup>

- b) Die vom EuGH so entwickelte sog. Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung<sup>3</sup> findet ihre Grundlage in Art. 288 III AEUV i.V.m. Art. 4 III EUV.

**Anmerkung:** In der Literatur ist umstritten, ob diese Pflicht auch aus Art. 4 III EUV oder nur aus Art. 288 AEUV folgt. Letzteres ist die sich im Moment entwickelnde neuere h.M., da die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nach dem EuGH Bestandteil der Richtlinienumsetzungspflicht ist. Ein Rückgriff auf den allgemeinen Art. 4 III EUV sei daneben überflüssig.

<sup>1</sup> Ernst in: MüKo, Bd. 2a, § 323 BGB, Rn. 61 ff.

<sup>2</sup> EuGH, Rs. C-106/89, Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Tz. 8; EuGH, Rs. C-421/92, Habermann-Beltermann, Slg. 1994, I-1657, Tz. 10 = jurisbyhemmer.

<sup>3</sup> Wie eine richtlinienkonforme Auslegung vonstattengeht, ist nach wie vor unklar; vgl. Auer, NJW 2007, 1106; ferner auch aus dogmatischer Sicht Canaris, Festschrift Franz Bydliński, 2002, 47 ff.

*Da nicht sicher ist, was sich in der Lösungsskizze Ihrer Examensklausur für eine Ansicht findet, dieser Streit aber wohl auch nicht diskutiert werden muss, empfiehlt es sich, einfach beide zu zitieren (zumal auch diese Meinung von nicht wenigen vertreten wird).<sup>4</sup>*

*Nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon könnte auch vertreten werden, Art. 291 AEUV heranzuziehen und die Pflicht auf Art. 288 III, 291 AEUV zu stützen. Es kann daher nicht schaden, Art. 291 AEUV bestätigend mitzuzitieren.*

- c) Um eine richtlinienkonforme Auslegung des § 323 BGB vorzunehmen, ist zunächst erforderlich, die Richtlinie selbst auszulegen.

Anschließend wird dieses Ergebnis bei der Auslegung des nationalen Rechts zu Grunde gelegt.

**Anmerkung:** *Wie im Einzelnen eine richtlinienkonforme Auslegung zu erfolgen hat, ist zwar in Nuancen sehr umstritten,<sup>5</sup> für Sie als Examenkandidat aber nur akademischer Natur. Merken müssen Sie sich das zwei-stufige Vorgehen: Auf der ersten Stufe legt man unionsrechtsautonom die Richtlinie aus. Dieses gefundene Ergebnis legt man dann auf einer zweiten Stufe bei der Auslegung der nationalen Norm zu Grunde.*

- aa) Auslegung von Art. 3 V RL

- (1) Der Wortlaut des Art. 3 V der Richtlinie 99/44/EG fordert nur, dass der Käufer Vertragsauflösung (der deutsche Gesetzgeber hat sich hierbei für eine Ausgestaltung als Rücktritt entschieden) verlangen kann, wenn nicht innerhalb einer angemessenen Frist Nacherfüllung geleistet wurde. Eine Fristsetzung wird dort gerade nicht gefordert.
- (2) Der Zweck, der mit der Richtlinie verfolgt wird, ist u.a. der Verbraucherschutz. Dieser Zweck ist daher nach der Formel des EuGH bei der Auslegung der Richtlinie ebenfalls zu berücksichtigen. Das Setzen einer Frist ist mit dem hohen Verbraucherschutzniveau aber nicht vereinbar. Der typische Verbraucher weiß nicht, welche Anforderungen an eine Fristsetzung zu stellen sind. Man wird allerdings verlangen können, dass der Käufer zumindest an den Verkäufer herantritt und Nacherfüllung fordert,

oder den Mangel anzeigt, damit sich der Verkäufer über seine Nacherfüllungspflicht im Klaren ist. Denn außer in Fällen der Arglist weiß der Verkäufer von der Mangelhaftigkeit noch gar nichts. Dies lässt sich auch durchaus aus der Richtlinie herauslesen. Denn „Abhelfen“ kann nur derjenige, den man um Hilfe bittet.

Die Richtlinie ist daher so auszulegen, dass sie das Setzen einer Frist nicht erfordert.

**Hinweis:** *Lesenswert sind die Entscheidungen des BGH zur Frage der Nutzungersatzpflicht bei der Nachlieferung gem. § 439 IV BGB a.F.<sup>6</sup> sowie zur Aus- und Einbaupflicht bei Nachlieferung.<sup>7</sup>*

- (3) Sofern der nationale Gesetzgeber ein solches Erfordernis aufstellt, verstößt er gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung. Überwiegend wird daher auch angenommen, dass das Erfordernis des Setzens einer Frist gegen die Richtlinie verstößt.<sup>8</sup>

**Anmerkung:** *Paradoxerweise hatte sogar die Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren erkannt, dass ein möglicher Richtlinienverstoß vorliegen könnte, aber dennoch an der jetzigen Gesetzesfassung festgehalten.<sup>9</sup>*

- bb) Fraglich ist nun, wie sich auf der zweiten Stufe die Auslegung des nationalen Rechts an der Auslegung der Richtlinie ausrichten lässt.

Zu Umfang und Vorgehensweise äußert sich der BGH in seiner wegweisenden „Quelle“-Entscheidung nunmehr ausführlich. Hierzu lässt sich allgemein zunächst sagen, dass die nationalen Gerichte nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auf Grund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 288 III AEUV und des Grundsatzes der Unionsstreue gemäß Art. 4 III EUV verpflichtet sind, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Ausführlich Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, S. 96 ff.

<sup>5</sup> Ausführlich Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, S. 131 ff.; ferner Auer, NJW 2007, 1107.

<sup>6</sup> BGH, NJW 2009, 427 = **juris**byhemmer; näher bekannt als sog. Quelle-Entscheidung.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2012, 1073 ff. = **juris**byhemmer; auch diese Entscheidung ist näher bekannt als Weber/Putz-Entscheidung.

<sup>8</sup> Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1393; Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XXV f.

<sup>9</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 222.

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I S. 8835, Rn. 113 – Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.; jetzt auch BGH, „Quelle“, NJW 2009, 427 = **juris**byhemmer.

Der von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne. Der Gerichtshof ist bei der Verwendung des Begriffs „Auslegung“ nicht von der im deutschen Rechtskreis – anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen – üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung ausgegangen.

**Vertiefungshinweis:** Zur Unterscheidung Auslegung im engeren und weiteren Sinne und zum Begriff der Auslegung durch den EuGH sei zum besseren Verständnis folgendes, nicht examensrelevantes Hintergrundwissen ergänzt. In den französischsprachigen Fassungen der Urteile (Französisch ist die Arbeitssprache beim EuGH) spricht der EuGH von „interprétation“. Dieser Begriff erfasst in der franz. Methodenlehre aber Auslegung und Rechtsfortbildung.

Auch die vom EuGH formulierte Einschränkung, nach der die richtlinienkonforme Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen darf,<sup>11</sup> bezieht sich nicht auf die Wortlautgrenze.

Der Begriff des contra-legem-Judizierens ist vielmehr funktionell zu verstehen; er bezeichnet den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig ist. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden. Daraus folgt also auch das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion.

Fraglich ist aber, ob dies nicht auf eine unzulässige horizontale unmittelbare Wirkung der Richtlinie hinausläuft (zur unmittelbaren Wirkung ausführlich Teil 2). Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung sich im Wege der teleologischen Reduktion hält, die im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich und notwendig ist.<sup>12</sup>

**Hinweis:** Wann aber jetzt genau noch eine richtlinienkonforme Auslegung in Form der Rechtsfortbildung stattfindet und wann bereits eine wegen ihrer restriktiven Voraussetzungen u.U. unzulässige unmittelbare Wirkung vorliegt, lässt sich zurzeit nicht sicher sagen.

*Es scheint so, dass dies selbst innerhalb des EuGH umstritten ist.<sup>13</sup> Verfolgen Sie hier die weitere Entwicklung.*

**Anmerkung:** Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung hat anerkanntermaßen Vorrang vor allen nationalen Auslegungsmethoden.

Die Frage, ob auch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung möglich ist, hat der BGH im Quelle-Urteil geklärt, nachdem der EuGH sich schon vorher hierzu positiv geäußert hatte.

Der BGH stellt aber auch klar, dass zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung eine planwidrige Regelungslücke vorliegen muss. Diese bejaht der BGH im Quelle-Urteil, da der Gesetzgeber dachte, die Richtlinie an der fraglichen Stelle richtig umzusetzen, und dies auch wollte. Dass er letztlich falsch lag, stelle die planwidrige Lücke dar.

Sollte im Examen einmal ausnahmsweise ein Wille des Gesetzgebers mit Bezug auf die Richtlinienumsetzung geschildert sein, so wissen Sie nun, um welchen Prüfungspunkt es hierbei gehen kann.

Rufen Sie sich noch einmal den Grundsatz der **Pfeiffer-Entscheidung** des EuGH in Erinnerung, in der er durchblicken ließ, dass der Wortlaut nicht zwingend die Grenze der richtlinienkonformen Auslegung sein muss.

Dort führte er aus: „Dieser Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen [nun unionsrechtskonformen] Auslegung des nationalen Rechts betrifft zwar in erster Linie die zur Umsetzung der fraglichen Richtlinie erlassenen innerstaatlichen Bestimmungen, beschränkt sich jedoch nicht auf die Auslegung dieser Bestimmungen, sondern verlangt, dass das nationale Gericht das gesamte nationale Recht berücksichtigt, um zu beurteilen, inwieweit es so angewendet werden kann, dass es nicht zu einem der Richtlinie widersprechenden Ergebnis führt. Ermöglicht es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, so ist das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.“<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-212/04, Adeneler = jurisbyhemmer

<sup>12</sup> BGH, „Quelle“, NJW 2009, 427 = jurisbyhemmer.

<sup>13</sup> Sehr instruktiv hierzu Herrmann, EuZW 2006, 69 ff.

<sup>14</sup> EuGH, Pfeiffer/DRK, Rs. C-397-403/01, EuZW 2004, 691 = jurisbyhemmer.

Später konkretisierte der EuGH seine Anforderungen an die richtlinienkonforme Auslegung in der **Rechtssache Adeneler**.<sup>15</sup>

„... Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, wird (...) durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt; auch darf sie nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen...“

- cc) Fraglich ist nun, wie im konkreten Fall die richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung durchzuführen ist.

Bzgl. der Frage des Setzens einer Nachfrist werden in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten:<sup>16</sup>

**Anmerkung:** Bitte lernen Sie den folgenden konkreten Streit auf keinen Fall auswendig. Dieser Fall wurde deshalb ausgewählt, um Ihnen an einem real diskutierten Beispiel die richtlinienkonforme Auslegung vorzuführen. Entscheidend ist, dass Sie die vom EuGH und BGH vorgegebenen Grundlagen kennen und das zweistufige Verfahren auf jeden beliebigen Fall anwenden können.

- (dd) Insbesondere *Canaris* schlägt vor, das richtlinienwidrige Ergebnis mit einer richtlinienkonformen Reduktion als Spielform der richtlinienkonformen Auslegung zu korrigieren.<sup>17</sup> Unterlasse der Käufer die Setzung einer Frist, so laufe vielmehr ipso iure eine angemessene Frist ab dem Zeitpunkt, in dem der Käufer Nacherfüllung ohne explizite Fristsetzung verlangt.<sup>18</sup> Der Gesetzgeber gehe davon aus, dass § 323 I BGB richtliniengemäß sei, und wolle sich nicht über die Richtlinie hinwegsetzen. Ein klarer Gesetzgeberwille, welcher einer Reduktion im Wege stehen könnte, liege damit nicht vor.<sup>19</sup>

§ 323 I BGB müsste dann etwa folgendermaßen gelesen werden:

„Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung verstrichen ist, vom Vertrag zurücktreten.“ Letztlich führt dies zur Streichung des Merkmals „Frist bestimmt hat“.

Problematisch ist daran, dass dies zur Nichtanwendung eines Merkmals des nationalen Rechts führt, was einer negativen unmittelbaren Wirkung der Richtlinie zu Lasten des Verkäufers sehr nahekommt. Eine unmittelbare Wirkung zu Lasten Privater ist zwar nach ständiger EuGH-Rechtsprechung nicht möglich,<sup>20</sup> in neuerer Rechtsprechung hat jedoch der BGH<sup>21</sup> auch eine sog. negative unmittelbare Wirkung zu Lasten Privater zugelassen.

Eine unzulässige unmittelbare Horizontalwirkung liegt aber nach BGH dann nicht vor, wenn, wie *Canaris* hier annimmt, eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung sich im Wege der teleologischen Reduktion hält, die im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich und notwendig ist.

- (a) Vorzuziehen ist trotzdem der Lösungsweg über § 323 II Nr. 3 BGB. Nach § 323 II Nr. 3 BGB ist eine Fristsetzung dann entbehrlich, „wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen“. Diese Vorschrift bietet über die Abwägung eine flexible Handhabung. Besondere Umstände und eine Interessenabwägung zugunsten des Verbraucherkäufers wird man daher wegen des Zwecks des Verbraucherschutzes in richtlinienkonformer Auslegung immer dann annehmen können, wenn wie hier ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt und der Verbraucher keine Frist gesetzt hat.<sup>22</sup>

**Anmerkung:** Grundsätzlich gilt diese Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung also nur, wenn es sich auch tatsächlich um Fragen des Sachmängelrechts in einem Verbrauchsgüterkauf handelt, denn nur diesen Anwendungsbereich regelt die Richtlinie. Ob diese Auslegung auch bei einem C2C- oder B2B<sup>23</sup>-Geschäft greift, berührt die Problematik der überschießenden Richtlinienumsetzung und ist bisher nicht entschieden.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> EuGH C- 212/04, Slg. 2006, I- 6057, Adeneler = jurisbyhemmer.

<sup>16</sup> Ausführlich Unberath, ZEuP 2005, 28 ff.

<sup>17</sup> Canaris, JZ 2001, S. 510; Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XXV f.

<sup>18</sup> So im Ergebnis auch Faust, in Bamberger/Roth, § 437 BGB, Rn. 21.

<sup>19</sup> Canaris, JZ 2001, 511, Fn. 118.

<sup>20</sup> Dazu ausführlich Teil 2.

<sup>21</sup> BGH, NJW 2009, 427 = jurisbyhemmer; sog. Quelle-Entscheidung.

<sup>22</sup> So Faust, in Bamberger/Roth, § 437 BGB, Rn. 17.

<sup>23</sup> C2C = consumer to consumer / B2B = business to business.

<sup>24</sup> Dieses Problem wurde bereits mehrfach in mündlichen Prüfungen im Zivilrecht gefragt!

*Die wohl h.M. lehnt dies ab und nimmt als Konsequenz eine sog. gespaltene Auslegung in Kauf.<sup>25</sup>*

Allerdings ist auch die Anwendung von § 323 II Nr. 3 BGB nicht ganz unproblematisch. Sinn und Zweck des Abs. 2 war nicht, dass lediglich das Fristsetzungserfordernis entfallen soll, wie es der Wortlaut vermuten lassen könnte, sondern dass vielmehr der Käufer sofort zurücktreten kann, also das Merkmal der Nacherfüllung überhaupt entfällt und der Gläubiger somit unmittelbar zur sog. zweiten Stufe seiner Mängelrechte übergehen kann. § 323 II Nr. 3 BGB normiert das durch das Merkmal „sofortigen“ sogar ausdrücklich.

Dies wäre aber selbst nach der Richtlinie nicht gefordert. § 323 II BGB ermöglicht aber auch eine bloße Entbehrllichkeit der Fristsetzung, wenn die besonderen Umstände lediglich diese, nicht aber den Rücktritt ohne Einhaltung einer Frist rechtfertigen.<sup>26</sup> Wenn besondere Umstände sogar zum „sofortigen“ Rücktritt ermächtigen, müssen besondere Umstände erst recht einen Rücktritt ermöglichen, falls der Gläubiger eine gewisse Zeit gewartet, aber keine ausdrückliche Frist gesetzt hat.

- (b) A maiore ad minus ist daher gem. § 323 II Nr. 3 BGB das Setzen der Frist auf Grund einer richtlinienkonformen Auslegung nicht erforderlich. Diese Auslegung geht dabei grundsätzlich allen anderen Auslegungen der Vorschrift vor.

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen des § 323 BGB sind damit gegeben. Ein Anspruch aus §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 I, 434 BGB besteht. Damit ist die Klage begründet.

## Teil 2: Frage 1: Entscheidung des Richters bei Unmöglichkeit der Auslegung oder Rechtsfortbildung des nationalen Rechts

Der Richter würde der Klage stattgeben, wenn sich der Anspruch des S gegen die Pluto GmbH aus § 346 I BGB nach erfolgtem Rücktritt auf andere Weise begründen ließe.

- I. Ein Anspruch nach erfolgtem Rücktritt gemäß §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 I, 434 BGB besteht nicht.

Der EuGH verlangt für eine Auslegung des nationalen Rechts nur, dass diese sich so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie

ausrichten muss, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf dieser Weise Art. 288 III AEUV nachzukommen.<sup>27</sup> Ob eine Auslegung oder Rechtsfortbildung möglich ist, entscheidet aber grundsätzlich das nationale Gericht.

Vorliegend ist der Richter am Amtsgericht der Meinung, dass weder eine Auslegung noch eine teleologische Reduktion des § 323 BGB oder anderer nationaler Vorschriften, die einen Rücktritt des S ermöglichen würden, möglich sind. Eine richtlinienkonforme Auslegung im weiteren Sinne scheidet daher aus.

## II. Unmittelbare Wirkung von Art. 3 V der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie

Fraglich ist, ob Art. 3 V der RL unmittelbare Wirkung entfaltet.

**Anmerkung:** Beachten Sie bitte, dass nicht die Richtlinie als solche unmittelbar wirkt, sondern immer nur eine konkrete Richtlinienvorschrift.<sup>28</sup>

## 1. Grundsätzliche Möglichkeit der unmittelbaren Wirkung der RL

### **Exkurs: Vollzug des Unionsrechts<sup>29</sup>**

Mitgliedstaaten vollziehen Unionsrecht, soweit nicht ausnahmsweise eine Zuständigkeit der Gemeinschaft gegeben ist (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 I, II EUV)

#### **Direkter Vollzug (durch Unionsorgane)**

Grds. unionsinterner Bereich  
Unionsexterner Bereich selten, z.B. Wettbewerbsrecht, Art. 101 ff. AEUV  
Zuständig i.d.R. Kommission  
Verwaltungsverfahren ohne ausdrückliche Regelung; insoweit hat EuGH allgem. Grundsätze des VerwR entwickelt, z.B. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Verhältnismäßigkeitsprinzip, Vertrauensschutz, etc.  
Handlungsform i.d.R. Art. 288 IV AEUV

#### **Indirekter Vollzug (durch Mitgliedstaaten)**

Überwiegend wird Unionsrecht durch Mitgliedstaaten vollzogen

#### Unterscheide:

Vollzug von unmittelbar (1. Fall) und mittelbar anwendbarem (2. Fall) Unionsrecht

<sup>25</sup> So auch der BGH a.a.O. im Quelle-Fall zum § 439 IV BGB vor Schaffung des § 474 II S. 1 BGB n.F.

<sup>26</sup> So Faust, in Bamberger/Roth, § 437 BGB, Rn. 17.

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-106/89, Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Tz. 8; EuGH, Rs. C-421/92, Habermann-Beltermann, Slg. 1994, I-1657, Tz. 10 = jurisbyhemmer.

<sup>28</sup> Vgl. EuGH, Rs. 8/81, Becker, Tz. 27-30, in: Slg. 1982, 53 = jurisbyhemmer.

<sup>29</sup> Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 250 ff.

## 1. Fall (unmittelbarer mitgliedstaatlicher Vollzug)

*Nationale Behörden vollziehen unmittelbar anwendbares Unionsrecht*

*z.B. VA ergeht auf Grundlage einer Verordnung (Art. 288 II AEUV)*

*Verwaltungsverfahren richtet sich nach nationalem Recht, soweit Unionsrecht keine Regelungen trifft:*

- *Nationale Regeln dürfen nicht anders als bei rein nationalen Sachverhalten angewendet werden („Diskriminierungsverbot“)*
- *Verwirklichung von Unionsrecht darf nicht praktisch unmöglich gemacht werden („Effizienzgebot“)*

## 2. Fall (mittelbarer mitgliedstaatlicher Vollzug)

*Bei Vollzug von nationalem Recht, das eine nicht unmittelbar wirkende Richtlinie umgesetzt hat, ist dieses von Behörden und Gerichten richtlinienkonform auszulegen.*

- a) Die unmittelbare Wirkung könnte sich aus dem Wesen der Richtlinie als Bestandteil des Unionsrechts ergeben, denn jede unmittelbar vollzugsfähige Norm des Unionsrechts ist geeignet, unmittelbare Wirkung auch in den Rechtsbeziehungen Einzelner zu erzeugen.<sup>30</sup>

Das wiederum setzt aber zumindest voraus, dass die Norm rechtlich vollkommen ist. Es dürfen zu ihrer Anwendung nicht noch weitere Maßnahmen der Unionsorgane oder der Mitgliedstaaten vorgesehen sein.

- b) Gemäß Art. 288 III AEUV ist die Richtlinie aber nur für die betreffenden Mitgliedstaaten und nur hinsichtlich ihres zu erreichenden Ziels verbindlich. Sie bedarf grds. der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten.

Im Unterschied zur Verordnung, die unmittelbar in allen Mitgliedstaaten gilt (Art. 288 II AEUV), ist die Richtlinie an die Mitgliedstaaten gerichtet. Erst das zu ihrer Umsetzung gesetzte Recht soll gegenüber dem Einzelnen gelten.

Die Richtlinie ist also ihrem Wesen nach stets rechtlich unvollkommen. Daraus folgt, dass die Richtlinie für die Vertragsstaaten verbindlich ist, ebenso aber auch, dass sie in den Vertrags-

staaten kein unmittelbar geltendes Recht erzeugen kann.<sup>31</sup>

- c) Entgegen diesem Grundsatz könnte sich die (ausnahmsweise) unmittelbare Wirkung einer RL aber aus dem Prinzip der Unionstreue gemäß Art. 4 III EUV i.V.m. Art. 288 III AEUV ergeben. Die der Richtlinie in Art. 288 III AEUV zuerkannte verbindliche Wirkung würde geschmälert, wenn sie durch ein rechtswidriges Verhalten der Mitgliedstaaten (so z.B. durch eine nicht ordnungsgemäße Umsetzung) auf Dauer unterlaufen werden könnte.

Die Pflicht zur Umsetzung ergibt sich aus Art. 4 III EUV i.V.m. Art. 288 III AEUV. Sie wurde hier durch die in der RL genannte Umsetzungsfrist konkretisiert. Die Nichtumsetzung bis zum Ablauf dieser Frist ist somit ein Verstoß gegen das Unionsrecht.

- d) In Verbindung mit dem aus dem Grundsatz der Unionstreue entspringenden Prinzip der Sicherung der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts (effet utile) ergibt sich, dass in einem solchen Fall eine RL trotz ihrer rechtlichen Unvollkommenheit unmittelbare Wirkungen entfalten können muss.<sup>32</sup>

Hinzu kommt der Aspekt des Rechtsschutzes für die Bürger. Diese haben keine Möglichkeit, die Umsetzung einer Richtlinie durch einen Mitgliedstaat einzuklagen, insbesondere Art. 263 AEUV greift nicht.

## 2. Voraussetzung und Grenzen einer unmittelbaren Wirkung

- a) Allerdings kann diese unmittelbare Wirkung nicht weiter gehen als die Verbindlichkeit der RL gemäß Art. 288 III AEUV. Unmittelbare Wirkungen können deshalb nur jene RL-Bestimmungen entfalten, die ihrerseits inhaltlich bereits so hinreichend genau und unbedingt sind, dass den Mitgliedstaaten auch im Wege der Umsetzung kein eigener Gestaltungsspielraum mehr verbleibt.

Dieser sog. self-executing-Charakter ist daher eine wichtige Voraussetzung für eine unmittelbare Wirkung.

- b) Des Weiteren muss die Umsetzungsfrist abgelaufen und die Richtlinie nicht oder unzulänglich umgesetzt worden sein.

Nur in einem solchen Fall rechtfertigt sich der Sanktionscharakter der unmittelbaren Wirkung. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist ist dem Mit-

<sup>30</sup> Ausführlich hierzu **Fall 1**.

<sup>31</sup> BFH, Kloppenburg I, EuR 1981, 442 ff.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu auch die Rechtssache van Duyn, EuGH, Rs. 41/74; Slg. 1974, 1337 = **juris**byhemmer. Der EuGH betonte zunächst, dass zwar Verordnungen nur unmittelbar anwendbar seien, dies jedoch die unmittelbare Wirkung

von anderen Rechtsakten nicht ausschliesse (Rn. 12). Wenige Jahre später substantiierte der EuGH im Fall Ratti die Voraussetzungen für die unmittelbare Wirkung von Richtlinien, vgl. EuGH 148/78, Slg. 1979, 1629 - Ratti = **juris**byhemmer.

gliedstaat noch nicht der Vorwurf der Vertragsverletzung zu machen.

- c) Verleihung von Recht an den Einzelnen?  
Sehr Streitig ist, ob eine weitere Voraussetzung ist, dass die Richtlinienbestimmung dem Einzelnen ein Recht<sup>33</sup> verleiht.

Ausgangspunkt für diese Voraussetzung war, dass der EuGH verschiedentlich entschieden hatte, dass sich Einzelne auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen können, sofern diese Rechte festlegt, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können.<sup>34</sup>

Allerdings hat der EuGH durchaus Richtlinien unmittelbare Wirkung zugesprochen, die hinsichtlich ihres Regelungsgehaltes auf den Schutz der Allgemeinheit zielen.<sup>35</sup>

Vermeint wird daher gefolgert, dass die Berechtigung des Einzelnen, sich vor nationalen Stellen auf die Richtlinie zu berufen und daraus unmittelbar Rechtsfolgen ableiten zu können, eher eine Folge, nicht aber Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung ist.<sup>36</sup>

- d) Keine horizontale und umgekehrt vertikale unmittelbare Wirkung

Fraglich ist, ob der unmittelbaren Wirkung der RL weitere Grenzen gesetzt sind. Fraglich ist insbesondere,

- ob sich auch der Mitgliedstaat gegenüber dem Bürger unmittelbar auf die Bestimmungen einer RL berufen kann (umgekehrt vertikale Wirkung) bzw.
- ob eine RL auch unmittelbare Wirkung in den Rechtsbeziehungen zwischen den Bürgern entfaltet (horizontale Wirkung).

- aa) Umgekehrt vertikale Wirkung

Eine solche ist grundsätzlich abzulehnen.<sup>37</sup>

Ein Mitgliedstaat, der selbst seine Umsetzungsverpflichtung verletzt, kann sich nicht unmittelbar gegenüber einem Privaten auf die Richtlinie berufen (die z.B. gesetzliche Verbote festlegt), um z.B. eine strafrechtliche Verfolgung des Privaten zu begründen. Hiergegen spricht nicht nur der Wortlaut des Art. 288 III AEUV, sondern auch der Zweck der unmittelbaren Wirkung.

Der Mitgliedstaat soll sanktioniert werden und nicht auch noch aus der Nichtbeachtung des Unionsrechts Vorteile ziehen.<sup>38</sup>

- bb) Horizontale unmittelbare Wirkung

Ob eine Richtlinie auch im Privatverhältnis zu Lasten eines Einzelnen unmittelbare Wirkung entfalten kann, ist höchst umstritten und unklar.

**Anmerkung:** Hier gilt es bereits jetzt eine wichtige Unterscheidung zu treffen. Sollte es sich zwar um ein klassisches Vertragsverhältnis des Privatrechts handeln, die Vertragspartei, zu Lasten derer die Richtlinie unmittelbar wirken soll, aber auf Seite des Staates stehen, so ist dies letztlich keine verbotene horizontale Wirkung. Vielmehr steht auf der anderen Seite der Staat, unabhängig davon, in welcher Form der Staat handelt. So kann es durchaus sein, dass eine Richtlinie unmittelbare Wirkung zu Gunsten eines in einer städtischen Krankenhaus-GmbH Beschäftigten entfaltet. Bei seinem Kollegen, der in einem rein privaten Krankenhaus beschäftigt ist, findet eine unmittelbare Wirkung derselben Richtlinienvorschrift nicht statt. Vgl. dazu die Entscheidungen EuGH, Jaeger (Rs. C-151/02, EuZW 2003, 655 = NJW 2003, 2971) einerseits sowie Pfeiffer/DRK (Rs. C-397-403/01, EuZW 2004, 691 = jurisbyhemmer) andererseits (jeweils zur Arbeitszeit-Richtlinie).

- (1) Dafür spricht das Prinzip der Gewährleistung voller Wirksamkeit des Unionsrechts, denn die unmittelbare Wirkung würde den eigentlich von der RL angestrebten Rechtszustand (zumindest weitgehend) herstellen.

Unterstützt wird dieses Ergebnis auch durch Argumente des Rechtsschutzes. Der Einzelne könnte so stets tatsächlich in den Genuss der ihm zugeordneten Rechte kommen.

Außerdem kommt eine solche Auslegung den Zielen der Wettbewerbsgleichheit und der Rechtsangleichung entgegen, die bei unterschiedlicher Wirkung der RL in den einzelnen Mitgliedstaaten beeinträchtigt sind.

- (2) Die Ausweitung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien auch zu Lasten des Einzelnen würde jedoch die durch die Systematik des Unionsrechts gesetzten Grenzen überschreiten.

<sup>33</sup> Der Begriff wird im Europarecht aber jedenfalls weiter ausgelegt, als im deutschen Recht die sog. Schutznormtheorie reicht, vgl. Ekarth/Pöhlmann, NVwZ 2005, 532.

<sup>34</sup> Schroeder, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 249 EG, Rn. 110 m.w.N.

<sup>35</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1995, I-2189 (Großkrotzenburg) = jurisbyhemmer.

<sup>36</sup> Schroeder, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 249 EG, Rn. 110 m.w.N.; diese Voraussetzung für entbehrlich haltend nunmehr auch Streinz, Europarecht, Rn. 496.

<sup>37</sup> Dies ist nahezu unstrittig, vgl. z.B. EuGH, EuZW 2005, 369, Rn. 74 (Silvio Berlusconi u.a.) = jurisbyhemmer.

<sup>38</sup> Schroeder, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 249 EG, Rn. 115.

Der Unterschied zwischen VO und RL könnte zu sehr verwischt werden. Im Unterschied zur VO verpflichtet die RL lediglich die Staaten, nicht auch Private. Diese sollen allenfalls aufgrund einer RL verpflichtet werden. Zudem sind RL nur hinsichtlich der Ziele verbindlich.

**Anmerkung:** Gerade in Abgrenzung zur Verordnung spricht der EuGH bei der Richtlinie nur von unmittelbarer Wirkung, nicht unmittelbarer Geltung. Verordnungen können zur Begründung von Rechtsbeziehungen in den Mitgliedstaaten zwischen den Einzelnen verwendet werden. Richtlinien können allenfalls ähnliche Wirkungen hervorrufen.<sup>39</sup>

Zu den verbindlichen Zielen einer RL zählt andererseits aber auch, ihren Normen spätestens zum Ende der Umsetzungsfrist verbindliche Rechtskraft zu verleihen. Mit der unmittelbaren Wirkung vollzugsfähiger RL-Bestimmungen nach Ablauf der Umsetzungsfrist wird also nicht über das hinausgegangen, was Art. 288 III AEUV beschreibt. Für den Einzelnen kann es keinen Unterschied machen, ob ihn die Rechtsfolgen aus dem rechtzeitigen, ordnungsgemäßen Umsetzungsakt oder unmittelbar aus der RL treffen.

Letztlich spricht aber noch ein Rechtsschutzargument gegen die unmittelbare Wirkung einer RL zu Lasten Privater. Gemäß Art. 263 IV AEUV ist die individuelle Nichtigkeitsklage wohl nur gegen Beschlüsse und u.U. gegen VO, nicht auch gegen RL zulässig (abzuwarten bleibt, ob sich hier durch den Vertrag von Lisabon etwas verändert hat). Zudem soll die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie die Rechtsstellung Privater verbessern und nicht verschlechtern. Die horizontale Anwendbarkeit würde aber immer zumindest die Rechtsstellung eines Privaten verschlechtern.

- (3) Diese die unmittelbare Wirkung einschränkende Argumentation wird auch dadurch unterstützt, dass die Möglichkeit, sich auf eine RL-Bestimmung gegenüber dem Staat unmittelbar zu berufen, ursprünglich mit dem allgemeinen Rechtsgedanken des Verbots widersprüchlichen Verhaltens und auch mit einem gewissen Sanktionsgedanken verbunden worden war: Der Mitgliedstaat soll (lediglich) keinen Vorteil aus einer unionsrechtswidrigen Nichtumsetzung ziehen. Ihm soll möglichst wenig Spielraum verbleiben, sich seiner unionsrechtlichen

Pflichten entziehen zu können.

Die unmittelbare Wirkung einer RL zu Lasten Privater würde diesem Argument geradezu entgegenwirken.

Die Doktrin der unmittelbaren Wirkung von RL findet also nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dort ihre Grenze, wo im konkreten Falle Private belastet werden würden.<sup>40</sup>

**Anmerkung:** Problematisch ist der letzte Punkt auch dann, wenn die Richtlinie keine Ansprüche direkt zwischen zwei Privaten, aber einen Anspruch eines Privaten gegen den Staat begründet, der mittelbar zu einer Belastung eines anderen Privaten führt.

Wird bspw. durch eine Richtlinie die Zulässigkeit von Emissionen beschränkt, begründet dies einen Anspruch des Nachbarn gegen die Immissionsschutzbehörde auf ein Einschreiten gegen den Anlagenbetreiber. Anders als im Fall der direkten horizontalen Anwendbarkeit scheint der EuGH im Fall einer solchen Richtlinie mit Doppelwirkung eine unmittelbare Anwendbarkeit bejahen zu wollen.<sup>41</sup>

- cc) Die letzte Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung ist daher, dass die unmittelbare Wirkung nicht zu einer Verpflichtung eines Bürgers gegenüber dem Staat oder einem anderen Einzelnen führt.

**Anmerkung:** Die neuere Tendenz geht dahin, nach eingehender Analyse der EuGH-Rechtsprechung zwischen einer negativen und positiven unmittelbaren horizontalen Wirkung zu unterscheiden. Unter negativer Horizontalwirkung versteht man die schlichte, dem Anwendungsvorrang geschuldete Nichtanwendung einer nationalen Norm bei Kollision mit einer Richtlinienvorschrift. Es wird lediglich die Anwendung des entgegenstehenden nationalen Rechts verhindert.<sup>42</sup> Unter positiver horizontaler Wirkung versteht man hingegen die direkte Anwendung der Richtlinienvorschrift auf das Rechtsverhältnis. Während eine positive Horizontalwirkung weit überwiegend abgelehnt wird, tendiert eine nicht unbedeutende Ansicht dazu, eine bloße negative Horizontalwirkung zu bejahen.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> So jedenfalls noch GA Reischl, Rs. 148/78, Ratti, in: Slg. 1979, 1629 (1650)

<sup>40</sup> EuGH, Rs. 152/84, Marshall, Slg. 1986, 723, Rn. 47; NJW 2004, 3547; EuGH, Urteil vom 15.01.2014, Rs. C-176/12 (Association de médiation sociale) = **Life&LAW 06/2014, 445 ff.** = **jurisbyhemmer**.

<sup>41</sup> EuGH, Slg. 1995, I-2189 = **jurisbyhemmer**; vgl. auch **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 84**.

<sup>42</sup> Zu der zweifachen Möglichkeit der unmittelbaren Anwendung vgl. Jarass/Beljin, „Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts“, NVwZ 2004, 1 ff., 5.

<sup>43</sup> Herrmann, EuZW 2006, 69 f.; wohl auch Streinz, Europarecht, Rn. 447 ff.

*Dies wird u.a. auf das Argument gestützt, dass auch ein nationales Gericht eine staatliche Stelle ist, vor der sich der Bürger auf den Anwendungsvorrang berufen kann. Der EuGH hingegen lehnt wohl auch diese negative Horizontalwirkung ab.<sup>44</sup>*

e) Zwischenergebnis:

Eine unmittelbare Wirkung einer Richtlinienvorschrift ist also dann ausnahmsweise gegeben, wenn

- die Richtlinienvorschrift inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt ist,
- die Umsetzungsfrist abgelaufen und die Richtlinie nicht oder unzulänglich umgesetzt ist und
- die Richtlinienbestimmung keine rechtliche Verpflichtung für Private enthält.

Sehr streitig ist, ob darüber hinaus

- die Richtlinienvorschrift dem Einzelnen gegenüber Rechte einräumen muss.

### 3. Unmittelbare Wirkung von Art. 3 V der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie

a) Die Umsetzungsfrist ist abgelaufen. Das Erfordernis der Fristsetzung für die Ausübung der Mängelrechte ist auch ein Verstoß gegen die Richtlinie. Damit liegt eine Schlechtumsetzung vor, da die Richtlinie ansonsten grundsätzlich in nationales Recht umgesetzt wurde.

b) Art. 3 V RL müsste auch inhaltlich hinreichend genau und unbedingt sein.

aa) Hinreichend genau ist die Vorschrift dann, wenn eine Richtlinie bestimmt formuliert ist und eindeutige Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufstellt. Art. 3 V RL sieht klar und eindeutig vor, dass der Verbraucher bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen Vertragsauflösung verlangen kann.

Dass der Inhalt u.U. erst einer Auslegung durch den EuGH bedarf, steht dem nicht entgegen.<sup>45</sup> Durch die Auslegung wird nur klargestellt, was schon immer Inhalt der Richtlinie war.

bb) Fraglich könnte aber sein, ob Art. 3 V RL unbedingt ist. Unbedingt ist eine Vorschrift dann, wenn sie weder mit einem Vorbehalt noch mit einer Bedingung versehen ist und ihrem Wesen nach keiner weiteren Maßnahmen der Mitgliedstaaten bedarf.

Die implizite Gewährung eines inhaltlichen Spielraums steht der Unbedingtheit aber nicht entgegen.

So liegt es hier. Das Recht auf Vertragsauflösung ist dem Verbraucher bei Vorliegen der Voraussetzungen zu gewähren. Wie der Mitgliedstaat dies rechtstechnisch ausgestaltet (Rücktritt, Wandlung etc.), bleibt ihm überlassen. Dass am Ende aber eine Beendigung des Vertrages stehen muss, ist zwingend und bedingungslos vorgesehen.

c) Ob die Richtlinie ein Recht für den Einzelnen begründen muss, ist zwar umstritten, spielt aber vorliegend keine Rolle, da die Richtlinie jedenfalls ein solches Recht vorsieht.

Der Verbraucher hat ein individuelles Recht zur Loslösung vom Vertrag.

d) Daneben dürfte aber eine Berufung des S auf die RL-Bestimmung im konkreten Falle keine belastende Wirkung für Private (Dritte) entfalten. Durch die Gewährung des Rechts zur Vertragsauflösung an den Verbraucher würde der Unternehmer seinen Anspruch auf die vertragliche Leistung gegenüber S verlieren. Das würde eine Belastung der Pluto-GmbH, einer (natürlichen oder juristischen - was insoweit gleichgültig wäre) Person des privaten Rechts darstellen.

Die unmittelbare Wirkung von Art. 3 V RL ginge also hier zu Lasten Privater.

4. **Ergebnis:** Art. 3 V RL entfaltet keine unmittelbare Wirkung. S kann sich gegenüber der Pluto-GmbH nicht auf die RL berufen.

**S steht somit auch kein unionsrechtlich begründetes Recht zur Vertragsauflösung zu, so dass kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises besteht.**

<sup>44</sup> EuGH, Urteil vom 15.01.2014, Rs. C-176/12 (Association de médiation sociale) = **Life&LAW 06/2014, 445 ff.** = **jurisbyhemmer**.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (Van Duyn) = **jurisbyhemmer**.

**Frage 2: Anspruch des S auf Zahlung von 998,- € auf anderem Wege**

S könnte ein Schadensersatzanspruch aus Staatshaftung gegen die Bundesrepublik Deutschland zustehen.

**Anmerkung:** Wie die nun folgende Prüfung aufbautechnisch am besten zu bewerkstelligen ist, ist nicht ganz einfach zu beantworten. Sie orientiert sich in etwa an der des BGH.

Dazu müssen Sie aber jedenfalls folgende Vorüberlegung anstellen. Der Ihnen bekannte Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG in seiner nicht durch Unionsrecht geprägten Ausgestaltung scheidet:

1. Da dem Bundestag die Gesetzgebung anvertraut worden ist, sind die Abgeordneten im Parlament zwar sog. Beamte im haftungsrechtlichen Sinne gemäß Art. 34 GG.

2. Zur Ausübung des Amtes der Abgeordneten des Bundestages gehört auch die Umsetzung von EU-RL durch den Erlass von Gesetzen. Die Schlechtumsetzung war also eine Amtspflichtverletzung.

3. Fraglich ist jedoch, ob diese Amtspflicht drittbezogen ist, d.h., ob sie auch den Schutz des S bezweckt. RL sind jedoch grundsätzlich durch Gesetze oder deutsche Rechtsverordnungen umzusetzen. Diese sind jedoch durchweg generelle und abstrakte Regelungen, so dass der Gesetzgeber fast ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit und nicht auch im Interesse bestimmter Einzelner (Dritter) tätig wird. Die Amtspflicht zur ordnungsgemäßen Umsetzung der RL ist also nicht drittbezogen.

Kurz gesagt: Es gibt im deutschen Staatshaftungsrecht keine Haftung für legislatives Unrecht. Dass dies bei Verstößen gegen Unionsrecht anders sein muss, zeigt die nun folgende Prüfung.

Das europäische Staatshaftungsrecht ist nämlich durch Richterrecht entwickelt worden.<sup>46</sup>

**I. Anspruch gem. Art. 340 II AEUV (direkt/analog)**

Ein Anspruch des R gegen die Bundesrepublik gemäß Art. 340 II AEUV scheidet, weil diese Norm lediglich Ansprüche gegen die EU im Bereich der außervertraglichen Haftung wegen Schäden, die durch Unionsorgane oder deren Bedienstete verursacht worden sind, umfasst.

Hier jedoch wurde der Schaden durch einen Mitgliedstaat verursacht.

Auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, da Analogien zu den Verträgen grundsätzlich nicht möglich sind (Analogieverbot im Unionsrecht).

**II. Anspruch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts**

S könnte gegen die Bundesrepublik Deutschland einen Anspruch auf Schadensersatz aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts haben.

**1. Grundsatz der Staatshaftung**

Das setzt voraus, dass das Unionsrecht einen entsprechenden Grundsatz der Staatshaftung beinhaltet.

- a) Die Mitgliedstaaten sind aus dem Grundsatz der Unionstreue verpflichtet, die volle Wirksamkeit der EU-RL zu gewährleisten und die Rechte zu schützen, die das Unionsrecht dem Einzelnen verleiht.<sup>47</sup> Diese Rechte wären beeinträchtigt, wenn der Einzelne für den Fall, dass seine Rechte durch einen einem Mitgliedstaat zuzurechnenden Verstoß gegen das Unionsrecht verletzt werden, nicht die Möglichkeit hätte, eine Entschädigung zu erlangen. Dieser Aspekt wird noch dadurch verstärkt, dass der Einzelne keine Möglichkeit besitzt, die Umsetzung der Richtlinie einzuklagen.

Der Grundsatz unionsrechtlicher Staatshaftung folgt somit aus dem Wesen der mit den Verträgen geschaffenen Rechtsordnung.<sup>48</sup>

- b) Der Grundsatz findet zudem eine Stütze in Art. 4 III EUV. Zu den geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen gehört auch die Beseitigung der rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht.<sup>49</sup>
- c) Das Unionsrecht beinhaltet also einen Grundsatz, wonach die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet sind, die dem Einzelnen durch Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Vgl. zum Ganzen Cornils, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 318 ff.

<sup>47</sup> Vgl. insbes. EuGH, Rs. 106/77, Simmenthal II, Tz. 14/16, in: Slg. 1978, 629 = jurisbyhemmer.

<sup>48</sup> EuGH, Rs. C-6 u. 9/90, Francovich u.a., Tz. 31-35, in: Slg. 1991, I-5357 = jurisbyhemmer.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-6 u. 9/90, Francovich u.a., Tz. 36, in: Slg. 1991, I-5357 = jurisbyhemmer.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-6 u. 9/90, Francovich u.a., Tz. 37, in: Slg. 1991, I-5357 = jurisbyhemmer.

2. Eigene Anspruchsgrundlage im Unionsrecht oder bloße Modifikation des nationalen Staatshaftungsanspruchs?

a) Nach einer Ansicht<sup>51</sup> besteht ein eigenständiger unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, der seine Rechtsgrundlage in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts findet.

Ausgangspunkt für diese Ansicht sind die Aussagen des EuGH,<sup>52</sup> wonach der Anspruch „seine Grundlage unmittelbar im Unionsrecht findet“ bzw. „unmittelbar im Unionsrecht begründet“ ist. Es sei „mangels unionsrechtlicher Regelung“ Sache der Mitgliedstaaten „im nationalen Haftungsrecht die (Rechts-) Folgen des verursachten Schadens zu beheben“.

Damit verweise der EuGH bloß hinsichtlich der Rechtsfolgen auf die §§ 249 ff. BGB.

b) An dieser Stelle knüpft die andere Ansicht an. Sie zieht gerade aus der letzten Aussage den Schluss, dass die Anspruchsgrundlage im nationalen Recht zu verankern sei und § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG nun europarechtskonform zu modifizieren seien.<sup>53</sup>

c) Vorzugswürdig ist die Auffassung, die eine eigene Anspruchsgrundlage im Unionsrecht begründet sieht. Die Voraussetzungen, die der EuGH aufstellt (vgl. dazu sogleich), sind zwingende Vorgaben. Sofern diese vorliegen, muss der Anspruch vom Tatbestand her bejaht werden. Auch für den Fall, dass ein Mitgliedstaat keine modifizierbare nationale Regelung hat, muss ein Anspruch gegeben sein. Dieser kann dann aber nur unmittelbar auf das Unionsrecht gestützt werden. Letztlich handelt es sich dabei aber um einen rein dogmatischen Streit, der auf Grund der identischen Voraussetzungen nur für die Bezeichnung der Anspruchsgrundlage Bedeutung hat.

**Anmerkung:** Selbstverständlich können Sie hier auch eine andere Ansicht vertreten. Sie müssen aber dann, sofern Sie diese Punkte nicht vor diese Diskussion ziehen, die vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen inzident beim § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG prüfen.

*Der BGH prüft bisher zunächst einen unionsrechtlichen Anspruch, für den nur die Rechtsfolgen dem nationalen Recht zu entnehmen seien, um dann eine unionsrechtskonforme Anwendung des § 839 BGB offenzulassen. Dies war ihm auch möglich, da er meist schon die vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen als nicht gegeben ansah.<sup>54</sup>*

### 3. Voraussetzungen der Staatshaftung

Fraglich sind die Voraussetzungen, unter denen ein Staatshaftungsanspruch des Mitgliedstaates eröffnet ist.

Diese hängen von der Art des Verstoßes gegen das Unionsrecht, der dem verursachten Schaden zugrunde liegt, ab.<sup>55</sup> Dabei sind die vom EuGH entwickelten Grundsätze der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft gemäß Art. 340 II AEUV zu berücksichtigen, da in dieser Hinsicht eine sachliche Gleichbehandlung geboten ist.<sup>56</sup>

a) Das Unionsrecht erkennt wegen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht einen Entschädigungsanspruch an, wenn

- die Rechtsnorm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen,
- der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und
- zwischen dem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.<sup>57</sup>

b) Vorliegen der Voraussetzungen

aa) Art. 3 V der RL bezweckt, dem **Einzelnen Rechte zu verleihen** (s.o.). Die RL zielt eindeutig darauf, dem Verbraucher unter den dort genannten Voraussetzungen das Recht zur Vertragsauflösung zu geben.<sup>58</sup>

Gegen diese Pflicht hat die Bundesrepublik auch verstoßen, da sie an das Recht zum Rücktritt mit dem Erfordernis der Fristsetzung höhere Anforderungen stellt, als dies nach der Richtlinie vorgesehen ist. Das Recht des Verbrauchers, unter den einfachen Voraussetzungen der RL zurücktreten zu können, wurde missachtet.

<sup>51</sup> LG Bonn, NJW 2000, 816 = jurisbyhemmer; Schäfer, Studienbuch Europarecht, S. 112.

<sup>52</sup> EuGH, a.a.O. (Francovich); EuGH, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, in: EuZW 1996, 205 (Brasserie du Pêcheur) = jurisbyhemmer.

<sup>53</sup> So z.B. Gellermann, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 288 EG, Rn. 39 m.w.N.; Grüneberg, § 839 BGB, Rn. 19b.

<sup>54</sup> BGHZ 134, 30 = NJW 1997, 123 = jurisbyhemmer.

<sup>55</sup> EuGH, Rs. C-6 u. 9/90, Francovich u.a., Tz. 38, in: Slg. 1991, I-5357 = jurisbyhemmer.

<sup>56</sup> EuGH, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, Tz. 42, in: EuZW 1996, 205 (208) = jurisbyhemmer.

<sup>57</sup> EuGH, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, Tz. 51, in: EuZW 1996, 205 (208); BayVBl. 2003, 142; BGH, Urteil vom 18.10.2012 – III ZR 197/11 = **Life&LAW 03/2013, 203**.

<sup>58</sup> Allgemein zu diesem Erfordernis auch von Danwitz, DÖV 1996, 481 ff.; Reich, EuZW 1996, 709 ff.

- bb) Der durch die nicht ordnungsgemäße RL-Umsetzung erfolgte Verstoß müsste auch **hinreichend qualifiziert** sein.

Hinreichende Qualifizierung eines Verstoßes ist gegeben, wenn ein Organ oder Mitgliedstaat bei der Rechtsetzung die Grenzen, die der Ausübung seiner Befugnisse gesetzt sind, **offenkundig und erheblich** überschritten hat.<sup>59</sup>

**Anmerkung:** Das Problem der Haftung für europarechtswidriges Verhalten existiert in mehreren Varianten.

So kann ein Anspruch entstehen

- allgemein bei Verstoß gegen Primärrecht
- bei vollständig fehlender Umsetzung einer EU-Richtlinie<sup>60</sup>
- bei erfolgter, aber fehlerhafter Umsetzung einer EU-Richtlinie<sup>61</sup>
- bei falscher Auslegung und/oder Anwendung des Unionsrechts durch die mitgliedstaatliche Verwaltung<sup>62</sup> oder durch ein mitgliedstaatliches Gericht. § 839 II BGB dürfte in dem letztgenannten Fall nicht anwendbar sein.<sup>63</sup>
- bei Nichtanpassung des mitgliedstaatlichen Rechts an unionsrechtliche Vorgaben<sup>64</sup>

Bei Nichtumsetzung von Richtlinien liegt ein hinreichend qualifizierter Verstoß **immer** vor, da bzgl. der Umsetzung der Richtlinie als solches kein Ermessen des Mitgliedstaates besteht.<sup>65</sup> Richtlinien sind grundsätzlich umzusetzen, Art. 288 III AEUV, 4 III EUV.

Bei Schlechtumsetzung von Richtlinien wie im vorliegenden Fall ist ein hinreichend qualifizierter Verstoß eher selten anzunehmen. Ein solcher liegt nur vor, wenn die Umsetzung in offenkundigem Widerspruch zu Wortlaut und Ziel der Richtlinie steht, nicht aber, wenn die Richtlinienbestimmung z.B. unklar ist und die Um-

setzung daher nicht von vornherein als abwegig erscheint.<sup>66</sup>

Dabei fließen in die Prüfung ein<sup>67</sup>

- Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift
- Umfang des Ermessensspielraums
- Vorsätzlichkeit des Verstoßes oder der Schadensherbeiführung
- Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums
- eventueller Beitrag des Verhaltens (Mitverschuldens) eines Unionsorgans.

Ob ein hinreichend qualifizierter Verstoß danach anzunehmen ist, ist vorliegend fraglich. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Richtlinie schon vom Wortlaut her keine Fristsetzung verlangt. Der Gesetzgeber wäre auf der sicheren Seite gewesen, wenn er den Richtlinienwortlaut einfach übernommen hätte. Dass dies im Gesetzgebungsverfahren sogar teilweise als Entwurf im Umlauf war, zeigt, dass sich der Gesetzgeber der Problematik eines drohenden Richtlinienverstoßes bewusst war. Er nahm damit quasi bedingt vorsätzlich einen solchen Verstoß in Kauf. Dass er dennoch meinte, die Richtlinie richtig umzusetzen, ist auch angesichts der heftigen Kritik aus dem Schrifttum nicht entschuldbar.

Die Annahme der Gesetzesbegründung, dass im Fall einer Schlechtumsetzung ja eine richtlinienkonforme Auslegung möglich sei, ist jedenfalls keine Entschuldigung. Es entspricht nämlich der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass eine richtlinienkonforme Auslegung ebenso wenig wie eine unmittelbare Wirkung dem Erfordernis einer klaren und transparenten Rechtslage genügt.<sup>68</sup> Die Schlechtumsetzung bleibt bestehen.

Ein hinreichend qualifizierter Verstoß ist daher anzunehmen.

<sup>59</sup> Vgl. grundlegend EuGH, C- 46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I- 1029, Rn. 55 („Factortame“) = **jurisbyhemmer**.

<sup>60</sup> Z.B. in den Entscheidungen „Francovich“, EuGH, NJW 1992, 165 ff. und „Dillenkofer“ (= MP Travel Line), EuGH, NJW 1996, 3141 = **jurisbyhemmer**.

<sup>61</sup> Z.B. „British Telecom“, EuGH, EuZW 1996, 274 = **jurisbyhemmer**.

<sup>62</sup> Z.B. EuGH, EuZW 1996, 435 = **jurisbyhemmer**.

<sup>63</sup> So wohl EuGH, Rs. C-173/03, TDM, NJW 2006, 3337 = **jurisbyhemmer**.

<sup>64</sup> Z.B. „Brasserie du Pêcheur“, EuGH, NJW 1996, 1267 sowie BGH, NJW 1997, 123 = **jurisbyhemmer**.

<sup>65</sup> EuGH, verb. Rs. C-178-179/94 u. C-188-190/94, Tz. 26, in: EuGRZ 1996, 450 (452) = **jurisbyhemmer**.

<sup>66</sup> Um einen solchen hinreichend qualifizierten Verstoß zu umgehen, geht man im deutschen Zivilrecht von einem generellen Umsetzungswillen des deutschen Gesetzgebers aus, der zudem eine weitgehende richtlinienkonforme Auslegung ermöglicht, vgl. nur Weber/Putz, BGH, NJW 2013, 220.

<sup>67</sup> Vgl. EuGH a.a.O. (Brasserie du Pêcheur), Tz. 43 = **jurisbyhemmer**.

<sup>68</sup> Schroeder, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 249 EG, Rn. 95 m.w.N.

**Anmerkung:** Eine andere Ansicht ist hier sehr gut vertretbar. Überdies wird von Ihnen nicht erwartet, über den Sachverhalt hinausgehende Kenntnisse zu haben. Klausurtaktisch bietet es sich aber natürlich an, hier einen hinreichend qualifizierten Verstoß zu bejahen.

- cc) Dem S müsste dadurch ein kausaler Schaden entstanden sein.<sup>69</sup>

S hat 998,- € gezahlt, ohne dafür eine äquivalente Gegenleistung zu bekommen. Dies stellt für ihn einen Schaden dar. Dieser Schaden müsste auch kausal auf dem Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen das Unionsrecht beruhen. Der EuGH folgt hinsichtlich des Kausalzusammenhangs einer weit gefassten Adäquanztheorie. Ausreichend ist daher, wenn das Verhalten des Mitgliedstaates für einen objektiven Beobachter den Schaden herbeiführen konnte.

Hier hätte S seinen Kaufpreis von der Pluto-GmbH zurückerhalten, wenn die RL ordnungsgemäß umgesetzt worden wäre. Der Verstoß ist also äquivalent kausal. Da dieser Schaden auch einem verständig denkenden Beobachter entstanden wäre, besteht adäquate Kausalität.

#### 4. Rechtsfolgen der unionsrechtlichen Vorgaben

Diese Voraussetzungen reichen aus, um dem Einzelnen einen Anspruch auf Entschädigung zu geben, der unmittelbar im Unionsrecht begründet ist. Der Vollzug des Anspruchs hat jedoch mangels unionsrechtlicher Regelung im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu erfolgen.

Dabei dürfen die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen (*Äquivalenzgebot oder Gebot der Gleichwertigkeit*), und sie dürfen nicht so ausgestaltet sein, dass sie es praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu erlangen (*Effektivitätsgebot*).<sup>70</sup>

- a) Die Subsidiaritätsklausel gemäß § 839 I S. 2 BGB greift jedenfalls hier nicht. Es liegt eine bedingt vorsätzliche Amtspflichtverletzung des Bundestages vor, da dieser von allen Umständen der Amtspflichtverletzung Kenntnis hat. I.Ü. erscheint höchst zweifelhaft, ob § 839 I

S. 2 BGB im Hinblick auf den Sanktionscharakter dieses Schadensersatzanspruchs und wegen des Effizienzgebots überhaupt Anwendung finden kann.

- b) Auch § 839 III BGB führt hier nicht zu einem Haftungsausschluss wegen Rechtsmittelver-säumnis.

Zwar macht die Rechtsfolge des Haftungsausschlusses den unionsrechtlichen Staatshaf-tungsanspruch unmöglich, so dass ein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz des Art. 4 III EUV vorliegen könnte. Allerdings stellt § 839 III BGB einen speziellen Fall des Mitverschuldens und damit auch einen allgemeinen, den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemein-samen Grundsatz dar, dass sich der Geschä-digte in angemessener Form um die Begren-zung des Schadensumfangs bemühen muss.<sup>71</sup> Die Existenz der Vorschrift des § 839 III BGB stellt daher nicht als solche einen Verstoß ge-gen Art. 4 III EUV dar. Jedoch widerspräche es dem Grundsatz der Effektivität, von dem Ge-schädigten zu verlangen, systematisch von al-len ihm zur Verfügung stehenden Rechts-schutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen, selbst wenn dies zu übermäßigen Schwierig-keiten führen würde oder ihm nicht zugemutet werden könnte. Ein Verstoß liegt also dann nicht vor, wenn der Gebrauch des fraglichen Rechtsmittels dem Geschädigten zumutbar ist.<sup>72</sup>

Des Weiteren ist zu bedenken, dass auch im Unionsrecht das Versäumnis einer etwaigen Nichtigkeitsklage grundsätzlich nicht den Scha-densersatz ausschließt.

Unabhängig von der Frage der Zumutbarkeit ist aber die Frage, ob S überhaupt ein Rechtsmit-tel zur Verfügung stand. Die Verfassungsbe-schwerde wird grundsätzlich nicht zu den Rechtsmitteln gemäß § 839 III BGB gezählt. Zudem wäre eine etwaige Verfassungsbe-schwerde des S wegen einfachen gesetzgebe-ri-schen Unterlassens hier nicht zulässig gewe-sen. Der Maßstab der Verfassungsbeschwerde sind nur die Grundrechte, nicht aber das Uni-onsrecht. S stand also kein Rechtsmittel zur Verfügung, das er versäumt haben könnte.

<sup>69</sup> Die konkrete Berechnung des ersatzfähigen Schadens richtet sich grundsätzlich nach nationalem Recht. Der EuGH gibt hierfür lediglich Mindeststandards vor: Der Umfang des Schadensersatzanspruchs muss demnach ange-messen sein.

<sup>70</sup> EuGH, Rs. C-6 u. 9/90, Francovich u.a., Tz. 40, in: Slg. 1991 I, 5357 = jurisbyhemmer; vgl. dazu auch Fall 4.

<sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46 und 48/93, Braserie du Pêcheur, Tz. 84 f., in: EuZW 1996, 205 (211), m.V.a. EuGH, Rs. Mulder, Tz. 33, in: EuZW 1992, 450; BGH, NJW 2004, 1241 = jurisbyhemmer.

<sup>72</sup> EuGH, C-445/06, Danske Slagterier, NVwZ 2009, 771 = ju-risbyhemmer.

Ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258, 259 AEUV brauchte S nicht abzuwarten, da er diesbezüglich nicht beteiligtenfähig ist.

- c) Fraglich ist jedoch, ob den S allgemein ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB trifft. Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens verstößt auch nicht grundsätzlich gegen das Effizienzgebot des Art. 4 III EUV, da es zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts gehört.

Dies könnte darin bestehen, dass S auf ein Recht zur Rückgängigmachung aus der Richtlinie gehofft hat (anstatt sich etwa einen entsprechenden vertraglichen Anspruch einräumen zu lassen), obwohl ihm das deutsche Recht dies nicht gewährte. Dadurch könnte der Anspruchsumfang des S gegenüber dem tatsächlich entstandenen Schaden gemindert sein.

Grundsätzlich darf aber der Bürger auf das unionsrechtmäßige Verhalten der Mitgliedstaaten vertrauen. Es obliegt nicht ihm, Verstöße zu entdecken und in sein Verhalten mit einzubeziehen. Den S trifft somit kein Mitverschulden gemäß § 254 BGB.

5. **Zwischenergebnis:** R hat gegen die Bundesrepublik einen Anspruch aus dem im Unionsrecht begründeten Staatshaftungsanspruch in Höhe von 998,- €.

**Anmerkung:** Mangels Angabe von Daten im Sachverhalt bestand vorliegend kein Anlass, auf eine etwaige Verjährung einzugehen. Sollte dies einmal erforderlich sein, gilt Folgendes: Eine Verjährungsregelung im mitgliedstaatlichen Recht macht nach h.M. zwar die Durchsetzung des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs praktisch unmöglich. Da jedoch auch das Unionsrecht eine Verjährung kennt, ist sie mit dem Effizienzgebot vereinbar.

**Die Verjährung ergibt sich für den Staatshaftungsanspruch aus nationalem Recht.**

Streitig ist allerdings, ob insoweit dann die dreijährige Frist aus § 195 BGB zur Anwendung kommen soll, oder ob die fünfjährige aus Art. 46 EuGH-Satzung analog anzuwenden ist, welche auch für die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft aus Art. 340 II AEUV gilt (Argument für letzteres: einheitliche Anwendung und Durchsetzung des Haftungsanspruchs).

*Der EuGH hat allerdings nunmehr entschieden, dass die dreijährige Verjährungsfrist aus § 195 BGB für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch angemessen im Sinne des Art. 4 III EUV ist.<sup>73</sup>*

*Des Weiteren erklärte der EuGH aber auch, dass die Verjährungsfrist, um ihren Zweck der Rechtssicherheit erreichen zu können, bestimmt sein müsse. Dies sei, so der BGH<sup>74</sup> im anschließenden nationalen Verfahren, nicht der Fall, da es weder eine gesetzliche Regelung noch eine höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu gab.*

*Da sich der Kläger daher nicht in einer gleichwertigen Lage wie in einem rein nationalen Staatshaftungsprozess befand (Gebot der Gleichwertigkeit aus Art. 4 III EUV), wendete der BGH im konkreten Fall die für den Kläger günstigste nach vertretbarer Auffassung anwendbare Verjährungsfrist an (im Fall die dreißigjährige Frist des § 195 BGB a.F.).*

*Für zukünftige Fälle stellte der BGH klar, dass der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch seit dem 01.01.2002 nach neuem Recht der Regelverjährung von **drei Jahren** unterliegt.<sup>75</sup>*

### III. Anspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

1. Da dem Bundestag die Gesetzgebung anvertraut worden ist, sind die Abgeordneten im Parlament zwar sog. Beamte im haftungsrechtlichen Sinne gemäß Art. 34 GG.
2. Zur Ausübung des Amtes der Abgeordneten des Bundestages gehört auch die Umsetzung von EU-RL durch den Erlass von Gesetzen. Die Schlechtumsetzung war also eine Amtspflichtverletzung.
3. Fraglich ist jedoch, ob diese Amtspflicht drittbezogen ist, d.h., ob sie auch den Schutz des S bezweckt. RL sind grundsätzlich durch Gesetze oder Verordnungen umzusetzen. Diese sind jedoch durchweg generelle und abstrakte Regelungen, so dass der Gesetzgeber fast ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit und nicht auch im Interesse bestimmter Einzelner (Dritter) tätig wird. Die Amtspflicht zur ordnungsgemäßen Umsetzung der RL ist also nicht drittbezogen.

Als anspruchsbegründende Voraussetzungen i.R.d. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG sind aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die unionsrechtlichen Vorgaben maßgeblich. Es kommt insbesondere nicht auf eine drittbezogene Amtspflichtverletzung an.

<sup>73</sup> EuGH, C 445/06, Danske Slagterier, NVwZ 2009, 771 = jurisbyhemmer.

<sup>74</sup> BGH, Az. III ZR 144/05, EuZW 2009, 865 = jurisbyhemmer.

<sup>75</sup> BGH a.a.O.

4. Das Verschulden als solches ist auf Grund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts nicht maßgeblich. Vielmehr ist das Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes erforderlich. Dieser wurde oben bereits festgestellt.

**Anmerkung:** Es ist nicht zwingend nötig, sich auf den Anwendungsvorrang zu berufen. Auch eine unionsrechtskonforme Auslegung des Merkmals „Verschulden“ im Sinne eines hinreichend qualifizierten Unionsrechtsverstoßes ist dogmatisch denkbar.

5. Auch ein kausaler Schaden i.S.d. EuGH-Rechtsprechung liegt vor (s.o.).
6. Im Übrigen gilt das zu §§ 839 I S. 2, III, 249 ff. BGB Gesagte entsprechend.

Auch eine modifizierte Anwendung des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ergibt damit einen Anspruch des S.

- IV. **Ergebnis:** S hat gegen die Bundesrepublik Deutschland einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG bzw. direkt aus allgemeinen Grundsätzen des Europarechts in Höhe des Kaufpreises von 998,- €.

Allerdings wird er auf Verlangen den Laptop herausgeben müssen, da er nicht besser gestellt sein darf, als wenn die Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt worden wäre. Dann hätte er zurücktreten und den Kaufpreis zurückverlangen können, aber eben auch den Laptop wieder herausgeben müssen.

Jedes andere Ergebnis würde auch gegen das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot verstoßen, das in § 249 I BGB zum Ausdruck kommt.

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen:

1. Welches Gericht ist für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zuständig?
2. Gibt es auch eine unionsrechtliche Staatshaftung für unionsrechtswidriges Verhalten von Gerichten (judikatives Unrecht)?
3. Wenn ja, was sind die Voraussetzungen?

### Arbeitshinweise

Bearbeiten Sie **Hemmer/Wüst, Europarecht, Rn. 377 ff.** (Haftung der Mitgliedstaaten für Unionsrechtsverstöße) sowie **Hemmer/Wüst, Staatshaftungsrecht, Rn. 150 ff.**

### Aktueller Rechtsprechungshinweis:

#### § 3 BDSG/unionsrechtskonforme Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen mit geringer Eingriffsintensität:

1. § 3 BDSG stellt in Verbindung mit den Regelungen des jeweiligen Fachrechts eine unionsrechtskonforme Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen mit geringer Eingriffsintensität dar, die zur Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse erforderlich sind.
2. Die Datenschutz-Grundverordnung knüpft an die nach Maßgabe des einschlägigen Fachrechts festgelegten Zwecke der Datenerhebung an. Diese Zwecke sind insbesondere nicht am Maßstab des Grundsatzes der Datenminimierung gemäß Art. 5 I c DSGVO zu überprüfen.
3. Das Informationsfreiheitsgesetz setzt voraus, dass die Behörde Kenntnis von der Identität des Antragstellers hat. Anonyme Antragstellungen oder Anträge unter einem Pseudonym sind unzulässig.

Vgl. **BVerwG, Urteil vom 20.03.2024 - 6 C 8.22**

## Grundrechtsschutz bei der Anwendung von Unionsrecht

Der Schutz durch die Grundrechte des Grundgesetzes gilt auch dann, wenn nach dem Unionsrecht innerstaatliches Recht zur Anwendung kommt, ohne dass eine unionsweite Vereinheitlichung angestrebt worden ist. Daneben ist auch bei vollharmonisiertem innerstaatlichem Recht zu prüfen, ob der an sich vorrangige Grundrechtsschutz aus der Unionsgrundrechte-Charta einen mit dem Niveau der deutschen Grundrechte vergleichbaren Schutz bietet.

„Viel hilft viel“ ist eine im Alltag bei vielen Gelegenheiten bewusst oder unbewusst zu Rate gezogene Handlungsmaxime. Doch ist dies wirklich immer so? Schon der schweizerische Arzt Paracelsus (1493-1541) hatte dem Grunde nach erkannt: „Alle Dinge sind Gift, und nichts ist ohne Gift; allein die Dosis macht, dass ein Ding kein Gift sei“. Eben dieses Zitat in Bezug auf Grundrechtsschutz zu bemühen, mag auf den ersten Blick fast schon ein juristisches Pendant zur Blasphemie sein, denn kann es überhaupt ein „Zuviel“ an Grundrechtsschutz geben? Diese (rechts-)philosophisch anmutende und rein abstrakte Frage, auf die es nur eine richtige Antwort zu geben scheint, treibt indessen, was für sich schon genug Beleg sein müsste, dass es eben doch keine alleinige und erst recht keine allzu leichte Antwort hierauf geben dürfte, seit über 45 Jahren das Bundesverfassungsgericht um, wie ein Blick in die Rechtsprechung seit dem Jahre 1974 zeigt.

„Solange I“ wird noch heute die erste Entscheidung in einer ganzen Reihe von Folgeentscheidungen bezeichnet, die, würde man die ursprüngliche Bezeichnung fortführen, wohl mittlerweile bei „Solange XI“ oder noch höher angekommen wäre. Es ging damals – und geht heute – unverändert darum, ob und inwieweit die im deutschen Grundgesetz garantierten und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgelegten Grundrechte im Falle der Anwendung von Recht der früheren Europäischen Gemeinschaft(en), der heutigen Europäischen Union, maßgeblich sind.

Generationen von Studierenden konnten sich jahre- und jahrzehntelang in einer relativen Sicherheit wiegen, dass es mit den „frühen Entscheidungen“ – Solange I, Solange II und Maastricht – erst mal sein Bewenden haben würde. Doch im Zuge der vorangeschrittenen europäischen Integration folgten, in zunehmend kürzeren Abständen, dann auch schon Entscheidungen zur Bananenmarkt-Ordnung und dem Lissabon-Vertrag, das Honeywell-Urteil und schließlich der OMT-Vorlage-Beschluss.

In jüngerer Vergangenheit (06.11.2019) kam es sogar gleich zum „Doppel(auf)schlag“, passenderweise schon seitens der Pressestelle des Bundesverfassungsgerichts selbst mit „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“ „überschrieben“: Welchen Maßstab zieht das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung von Unionsrecht heran? Die mittlerweile etablierte Grundrechte-Charta der EU mit ihren – eigenen – Grundrechten, die tradierten und bewährten Grundrechte des Grundgesetzes – oder beides, eben weil viel viel hilft?

Die Antwort(en) aus Karlsruhe sind differenziert und einzelfallabhängig, lassen aber eines deutlich erkennen: Das letzte Wort wird wohl weiterhin nur in Karlsruhe gesprochen werden, weil zu viel eben doch zu viel wäre.

Letzteres gilt zumindest dann, wenn eben nicht nur ein – oder mehrere – Grundrechte als Abwehrrechte des Einzelnen als alleinige Grundrechtsträger gegenüber dem Staat in Rede stehen, sondern – was keineswegs eine untypische Ausnahmesituation wäre, sondern nicht minder alltäglich vorkommt wie staatliche Eingriffe etwa in die Privatsphäre – zwei miteinander konkurrierende Grundrechtsträger aufeinandertreffen: Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) versus Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I S. 1 und 2 GG).

Anlassgebend war zum einen eine allgemein zugängliche Berichterstattung über die Taten eines rechtskräftig wegen Mordes Verurteilten, welche dieser Jahre nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug als fortwährende Beeinträchtigung der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit empfand, weil hierdurch quasi Jedermann jederzeit auf seine fast vierzig Jahre zurückliegenden Handlungen aufmerksam werden könne. Vor dem Bundesgerichtshof scheiterte er mit einem entsprechenden Unterlassungsanspruch, seine hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde hatte insoweit Erfolg, als die Entscheidung des BGH aufgehoben und das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den BGH zurückgegeben worden ist.

Zum anderen hatte eine Geschäftsführerin eines Unternehmens gegen die von ihr ebenfalls als ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht verletzende Darstellung geklagt, weil schon der Titel „Kündigung: Die fiesen Tricks des Arbeitgebers“ eine negative Vorbelastung beinhalte. Vor den Fachgerichten blieb dieses Begehren auf Unterlassen entsprechender Nachweise etwa in Suchmaschinen erfolglos, die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde sodann ihrerseits ebenfalls.

Im Kern entschieden die Richterinnen und Richter des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, die am gleichen Tag über beide Verfassungsbeschwerden per Beschluss judiziert haben, unter anderem darüber, ob und inwieweit es auf die deutschen Grundrechte (überhaupt noch) ankommt, wenn in der Sache europäisches Unionsrecht das innerstaatliche Recht gewissermaßen vorgeformt hat.

Die Antwort lässt sich dem Grunde nach erfreulich prägnant finden: Grundsätzlich kommt es immer auf die deutschen Grundrechte an. Soweit innerstaatliches Recht lediglich durch Unionsrecht, namentlich unionales Sekundärrecht, beeinflusst und vorbestimmt wird, ohne dass im Zuge einer sogenannten Vollharmonisierung den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von unionalen Vorgaben jeglicher Gestaltungsspielraum entzogen wird, bleibt es bei dem Prüfungsmaßstab des Grundgesetzes. Dies deshalb, weil die Vermutung besteht, dass im Zuge des den Mitgliedstaaten überlassenen Gestaltungsspielraums auch keine Einheitlichkeit des Grundrechtsschutzes seitens des Unionsrechtsgebers verfolgt wird, sondern Grundrechtsvielfalt nach Maßgabe der nationalen Grundrechtsräume beibehalten werden soll.

Die Grundrechte des Grundgesetzes treten nur dann zunächst zurück, wenn es sich um vollständig vereinheitlichte Regelungen handelt, da in diesem Fall, auch für das Bundesverfassungsgericht, nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nur die Unionsgrundrechte, wie sie in der Grundrechte-Charta niedergelegt sind, maßgeblich sind. Doch selbst dann bleiben die deutschen Grundrechte und der durch sie gewährleistete Grundrechtsschutz nicht außen vor. Denn in diesem Fall umfasst der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts die Kontrolle, dass der von den Unionsgrundrechten gewährleistete Schutzstandard nicht hinter dem der an sich verdrängten innerstaatlichen Grundrechte zurückbleibt. Dies lässt es unbenommen, dass das Bundesverfassungsgericht die Anwendung und Auslegung der Unionsgrundrechte in enger Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof ausübt und erforderlichenfalls nach Maßgabe des Art. 267 III AEUV diesem im Vorabentscheidungsverfahren Auslegungsfragen – zu den Unionsgrundrechten – vorlegt.

In der den erfolgreichen Beschwerdeführer selbst betreffenden Sache betonten die Richter sodann noch die spezifische Bedeutung des Internets und der ständig und dauerhaft dort abrufbaren Informationen. Aus dem Schutz der äußerungsrechtlichen Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 GG) und gerade nicht aus dessen Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung folge, dass die Rechtsordnung den Einzelnen davor schützen müsse, dass diesem alle früheren Positionen, Äußerungen und Handlungen zeitlich unbegrenzt in der Öffentlichkeit vorgehalten werden könnten, ohne dass es allerdings ein Recht des Einzelnen darauf gebe, dass buchstäblich alle im Internet über ihn verfügbaren Informationen gelöscht werden müssten oder zumindest nicht mehr auffindbar sein dürften.

BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13

BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106\\_1bvr001613.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106_1bvr001613.html)

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106\\_1bvr027617.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106_1bvr027617.html)

- Hemmer/Wüst/Christensen, Staatsrecht I, Rn. 31 (Solange-Rechtsprechung)
- Hemmer/Wüst/Christensen, Staatsrecht I, Rn. 162 ff. (Allgemeines Persönlichkeitsrecht)
- Hemmer/Wüst/Christensen, Staatsrecht II, Rn. 29a ff. (Solange-Rechtsprechung)
- Hemmer/Wüst/Hutka, Europarecht, Rn. 57 ff. (Grundrechte-Charta)
- Hemmer/Wüst/Hutka, Europarecht, Rn. 289 ff. (Solange-Rechtsprechung)

## Charta der Grundrechte der Europäischen Union

### – Prüfungsschema Freiheitsgrundrechte –

**Beachte:** Für die Grundrechte des GG existiert eine – durch Lehre und Rechtsprechung entwickelte – sehr umfangreiche Dogmatik. Dies ist für die Grundrechte der GRC grundlegend anders. Auch in anderen Mitgliedstaaten existiert z.T. keine so ausdifferenzierte Dogmatik.<sup>1</sup> Auf die deutsche Grundrechtsdogmatik kann bei der Auslegung der GRC nicht einfach zurückgegriffen werden. Schließlich geht es nicht darum, die deutsche Dogmatik auf Europa zu übertragen, sondern eine eigenständige europäische Grundrechtsdogmatik zu entwickeln. Hierbei kommt dem EuGH eine entscheidende Rolle zu, der in seiner Rspr. – vergleichbar dem BVerfG – zunehmend eine solche europäische Dogmatik entwickelt, gleichwohl aber bisher aber auch in vielen Punkten noch nicht entwickelt hat.

Der europäische Grundrechtsschutz kennt drei Ebenen: GRC, EMRK sowie Grundrechte, die allgemeine Rechtsgrundsätze i.S.v. Art. 6 III EUV sind. Letztere sind seit Inkrafttreten der GRC (vgl. Art. 6 I S. 1 EUV) in den Hintergrund gerückt. Das Verhältnis von GRC und EMRK, respektive EU und Europarat, ist komplex; es kann deshalb an dieser Stelle nicht näher in den Blick genommen werden. Hingewiesen sei lediglich darauf, dass die GRC eine Kohärenzverpflichtung bzgl. der EMRK (Art. 52 III GRC) enthält und dieser wohl nur dann endgültig entsprochen werden kann, wenn der EuGH das Primat des EGMR in Menschenrechtsfragen anerkennt. Dies hängt auch mit dem angestrebten Beitritt der EU zur EMRK (vgl. Art. 6 II EUV) zusammen.<sup>2</sup>

Durch Art. 6 I S. 1 EUV ist die GRC mit EUV und AEUV gleichgestellt worden: Bei der GRC handelt es sich somit um **Unionsprimärrecht**; die GRC ist also Teil der unionalen Verfassung.

#### I. Anwendbarkeit der GRC, Art. 51 I GRC

#### II. Schutzbereich

1. Sachlich
2. Persönlich

#### III. Einschränkung

#### IV. Rechtfertigung

1. Schranke/Gesetzesvorbehalt, Art. 52 I S. 1 GRC
2. Schranken-Schranken
  - a) Bestimmtheitsgebot
  - b) Wesensgehaltsgarantie, Art. 52 I S. 1 GRC
  - c) Verhältnismäßigkeit, Art. 52 I S. 2 GRC
    - aa) Legitimes Ziel
    - bb) Geeignetheit
    - cc) Erforderlichkeit
    - dd) Angemessenheit

<sup>1</sup> Vgl. in diesem Kontext nur die Unterschiede zwischen dem deutschen und dem französischen Verfassungsgericht, hierzu Jestaedt, Verfassungsgericht ist nicht gleich Verfassungsgericht, JZ 2019, 473–482.

<sup>2</sup> Ob, wann und wie dieser Beitritt erfolgen wird, ist freilich seit dem EMRK-Gutachten des EuGH (EuGH [Plenum] Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454) ungewiss.

## I. Anwendbarkeit der GRC

- Gebunden an die GRC sind alle Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU, Art. 51 I S. 1 Alt. 1 GRC
- Gebunden sind aber auch die Mitgliedstaaten „bei der Durchführung des Rechts der Union“ („*implementing Union law*“, „*mettent en œuvre le droit de l'Union*“), Art. 51 I S. 1 Alt. 2 GRC (dies gilt ebenso für JurP des Privatrechts, die von einem MS beherrscht werden)
  - ⇒ Unionsrecht = Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht
  - ⇒ (P) „Durchführung“ = unionsrechtlich geregelte Sachverhalte<sup>3</sup>
    - Situation 1: Mitgliedstaaten setzen Unionsrecht um (z.B. RL) oder führen Unionsrecht aus (z.B. VO). Anwendbarkeit (+)
    - Situation 2: Mitgliedstaaten schränken die Grundfreiheiten ein. Grundrechte der GRC sind eine Schranke-Schranke i.R.d. Prüfung der Grundfreiheiten. Anwendbarkeit (+)
    - Situation 3: Mitgliedstaaten handeln im Kontext des Unionsrechts, aber ohne eine eindeutige Umsetzung oder Durchführung von Unionsrecht (str.)
  - Es bedarf eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen nationaler Maßnahme und der einschlägigen Norm des Unionsrechts.
  - Kriterien sind, „ob mit ihr [der Maßnahme] eine Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird, welchen Charakter diese Regelung hat und ob mit ihr nicht andere als die unter das Unionsrecht fallenden Ziele verfolgt werden, selbst wenn sie das Unionsrecht mittelbar beeinflussen kann, sowie ferner, ob es eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für diesen Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann.“<sup>4</sup>

## II. Schutzbereich

### 1. Sachlich

- Je nach einschlägigem Grundrecht
- Die Grundrechte der GRC kennen sowohl die Dimension des status negativus (Abwehrrechte) als auch des status positivus (Leistungsrechte).
- Die GRC enthält dem GG vergleichbare Gewährleistungen (siehe Synopse GG – GRC – EMRK).
- Die GRC unterscheidet grob sechs Bereiche von Grundrechten, vgl. Titel I–IV: Würde des Menschen – Freiheiten – Gleichheit – Solidarität – Bürgerrechte – Justizielle Rechte.
- Die GRC unterscheidet terminologisch zwischen „Rechten“ und „Freiheiten“ (vgl. Art. 52 I S. 1 GRC) sowie „Grundsätzen“ („*principles*“) (Art. 52 V GRC).<sup>5</sup> Freiheiten stellen einen Unterfall der Rechte dar. Rechte meinen subjektive Rechte des Einzelnen. Grundsätze dagegen enthalten objektive Berücksichtigungspflichten, also keine subjektiven Rechte. Ob ein Recht oder ein Grundsatz vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>6</sup>

#### (P) Auslegung

- Wie auch das sonstige Unionsrecht wird die GRC grundsätzlich autonom ausgelegt.
- Art. 52 III GRC: Transferklausel – stellt eine inhaltliche Identität der einander entsprechenden Rechte in der GRC und in der EMRK her (vgl. Synopse GG – GRC – EMRK).
- Art. 52 IV GRC: Gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Rechtskenntnisquelle.

<sup>3</sup> Siehe hierzu *Terhechte*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 51 GRC Rn. 9 ff. Grundlegend EuGH (GK) C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 – *Akerberg Fransson*; weiterführend und klarstellend EuGH C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 – *Siragusa* = **juris**byhemmer.

<sup>4</sup> EuGH C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 25 – *Siragusa* = **juris**byhemmer.

<sup>5</sup> Hierzu Ehlers, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 98.

<sup>6</sup> So sprechen z.B. sowohl die Überschrift von Titel IV (Solidarität) als auch der Wortlaut von Art. 38 GRC gegen ein subjektives Recht und für einen Grundsatz.

### 2. Persönlich

- Alle natürlichen Personen; Ausnahmen: Bürgerrechte (z.B. Art. 15 II, Art. 39 GRC), Sonderkonstellationen (z.B. Rechte des Kindes, Art. 24 GRC)
- Juristische Personen
  - ⇒ Zum Teil explizit genannt, vgl. Art. 42, Art. 43, Art. 44 GRC
  - ⇒ Grundrechte der GRC sind grundsätzlich auch auf JurP anwendbar
    - Arg.: Die EMRK gewährt JurP Grundrechte (vgl. Art. 52 III GRC) ebenso die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 52 IV GRC), also auch die GRC
  - ⇒ Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ein Grundrecht auch JurP zusteht.
  - ⇒ Anwendbarkeit (+), wenn Grundrecht seinem Wesen nach anwendbar ist<sup>7</sup>
    - Anhaltspunkt im deutschen (!)<sup>8</sup> Wortlaut der Normen:
      - Mensch = Anwendbarkeit (-)
      - Person = Anwendbarkeit (+)
- EU, Mitgliedstaaten<sup>9</sup>
  - ⇒ Verfahrensgarantien anwendbar
  - ⇒ Darüber hinaus str. bis ungeklärt (u.a. sind die Traditionen der Mitgliedstaaten recht verschieden)
  - ⇒ JurP öffR<sup>10</sup>: Die wohl h.M. orientiert sich an der Rspr. des EGMR – welche der des BVerfG recht ähnlich ist – und nimmt eine Anwendbarkeit bei einer gewissen Eigenständigkeit (Hochschulen, Kirchen und Rundfunkanstalten) an.
  - ⇒ Mitgliedstaaten selbst
    - e.A.: Anwendbarkeit (+)
    - a.A.: Anwendbarkeit (-), Arg.: Funktion der Grundrechte
  - ⇒ JurP des priv. Rechts, die durch einen Mitgliedstaat beherrscht werden
    - wohl h.M.: Anwendbarkeit (+)
    - a.A.: Anwendbarkeit (-)

### III. Einschränkung

- GRC selbst spricht von „Einschränkung“ („limitation“), vgl. Art. 52 I GRC
- Der EuGH folgt einem weiten Eingriffsbegriff:<sup>11</sup> Grundsätzlich jede Maßnahme eines Grundrechts-Verpflichteten, die die Ausübung des Grundrechts beeinträchtigt/einschränkt. Erfasst werden also neben finalen Eingriffen durch einen *Rechtsakt* auch mittelbare, faktische und mittelbar-faktische Eingriffe. Letztere setzen aber eine gewisse Nähebeziehung zwischen Maßnahme und einschränkender Wirkung sowie das Überschreiten einer gewissen Spürbarkeitsgrenze voraus.<sup>12</sup> Eine einhellige Dogmatik hat sich allerdings noch nicht herausgebildet.
- Grundrechts-Verpflichtete
  - ⇒ EU, Art. 51 I S. 1 Alt. 1 GRC
  - ⇒ Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht, Art. 51 I S. 1 Alt. 2 GRC
  - ⇒ Private (str.)

<sup>7</sup> Siehe Jarass, GRC, 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 53. Beachte: Auch wenn diese Sichtweise Art. 19 III GG entspricht, so darf dennoch nicht auf Art. 19 III GG bzw. Forschung zu diesem zurückgegriffen werden.

<sup>8</sup> In der englischen Fassung ist dagegen immer von „everyone“ und in der französischen Fassung von „toute personne“ die Rede. Der Wortlaut beider Fassungen schließt zumindest eine Erstreckung auf JurP nicht aus.

<sup>9</sup> Für die Grundrechte des GG ist bei diesem Punkt auf das sog. Konfusionsargument einzugehen. Zur Grundrechts-Berechtigung von Mitgliedstaaten der EU siehe aber BVerfG, 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, 426 (Rn. 191 ff.) – *Atomausstieg* = *jurisbyhemmer*.

<sup>10</sup> Die Grundrechte des GG sind auf JurP öffR grundsätzlich nicht anwendbar, außer auf Hochschulen, Kirchen und Rundfunkanstalten (sog. grundrechtsdienende JurP).

<sup>11</sup> Hierzu *Ehlers*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 98. Für einen Überblick zum Eingriffsbegriff des GG siehe Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 313–315.

<sup>12</sup> So *Ehlers*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 98.

- (P) Drittwirkung<sup>13</sup>
  - wohl h.M.: mittelbare Drittwirkung
  - a.A.: unmittelbare Drittwirkung in manchen Konstellationen
  - a.A.: weder unmittelbare noch mittelbare Drittwirkung

## IV. Rechtfertigung

### 1. Schranke/Gesetzesvorbehalt

- Einheitliche Regelung in Art. 52 I S. 1 GRC: allgemeine Schrankenbestimmung – wird durch spezielle Regelungen verdrängt
- Zum Teil spezielle Regelungen in GRC selbst (z.B. Art. 8 II, Art. 17 I GRC)
- Bei Grundrechten, die Rechten aus der EMRK entsprechen (vgl. Art. 52 III GRC), gelten die Schranken aus der EMRK (z.B. Art. 9 II EMRK für Art. 10 GRC)
- Gesetzesvorbehalt: Gesetzliche Regelung notwendig, d.h. eine abstrakt-generelle Regelung
  - ⇒ Nicht erforderlich ist ein formelles Gesetz! Wie bei der EMRK auch muss den unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden, sodass es sich präziser gesprochen um einen Rechtsnormvorbehalt handelt. Damit sind auch Gewohnheitsrecht und – aus Sicht des Common-Law-Rechtskreises besonders wichtig – das „*judge made law*“ erfasst.
- **Beachte:** Manche Grundrechte gelten absolut, sind also nicht einschränkbar! Dies gilt nach h.M. für Art. 1, Art. 4, Art. 5 und Art. 19 GRC.

### 2. Schranken-Schranken

*Die Schranke selbst (also die Maßnahme der EU bzw. des Mitgliedstaates) unterliegt selbst wiederum gewissen Schranken, den sog. Schranken-Schranken.*

*Ob **formelle Anforderungen** geprüft werden, ist nicht geklärt. Zum Teil wird geltend gemacht, die Maßnahme müsse unter Beachtung der jeweiligen Zuständigkeits-, Verfahrens und Formregeln ergangen sein.<sup>14</sup> Der EuGH prüft Derartiges nicht und geht wohl einfach vom Vorliegen dieser Voraussetzungen aus.*

*Folgende **materielle Anforderungen** sind Bestandteil der Prüfung der Schranken-Schranken.*

#### a) Bestimmtheitsgebot

- Allgemeiner Rechtsgrundsatz
- Die gesetzliche Regelung muss so genau sein, dass die Betroffenen die Folgen voraussehen können.

#### b) Wesensgehaltsgarantie, Art. 52 I S. 1 GRC

(P) Abstrakte oder konkrete Bestimmung des Wesensgehalts

- e.A.: Konkrete Bestimmung des Wesensgehalts durch Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- h.M.: Abstrakte Bestimmung des Wesensgehalts. Dieser ist wohl spätestens dann verletzt, wenn der Menschenwürdekern eines Grundrechts angetastet wird.

**Arg.: Systematik von Art. 52 I GRC. Satz 1 enthält die Wesensgehaltsgarantie, Satz 2 den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Würde die Wesensgehaltsgarantie letzterem entsprechen, wäre die separate Nennung in Satz 1 überflüssig.**

<sup>13</sup> Hierzu Ehlers, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 49. Für die Grundrechte des GG ist eine sog. mittelbare Drittwirkung von der h.M. anerkannt.

<sup>14</sup> Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 7 Rn. 30, 64; vgl. auch Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 254.

## c) Verhältnismäßigkeit, Art. 52 I S. 2 GRC

*Der EuGH nimmt i.R.d. VHM nicht immer eine separate Prüfung der Angemessenheit vor. Hintergrund dürfte wohl sein, dass der Wortlaut von Art. 52 I GRC hierfür keinen Anknüpfungspunkt bietet. Gleichwohl bietet sich eine gesonderte Prüfung der Angemessenheit an – auf die sich der EuGH in letzter Zeit auch rückzubesinnen scheint.<sup>15</sup>*

### aa) Legitimes Ziel

- Die Maßnahme muss einer „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ (vgl. z.B. Art. 3 EUV) oder dem Schutz „der Rechte und Freiheiten anderer“ (z.B. Grundrechte Dritter) entsprechen.

### bb) Geeignetheit

- Die fragliche Maßnahme muss einen Beitrag zur Zielerreichung darstellen.
- (P) Kohärenz: Besonderer Bedeutung kommt der Kohärenz von Maßnahmen zu. Verfolgt das Verhalten des Grundrechts-Verpflichteten das Ziel nicht in kohärenter und systematischer Weise, so ist es nicht geeignet.<sup>16</sup>

### cc) Erforderlichkeit

- Eine Maßnahme ist nur dann erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gibt, das das verfolgte Ziel genauso gut erreicht.
- Die Maßnahme darf auch nicht über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgehen.
- Existiert ein weniger grundrechtseinschränkendes „Austauschmittel“?<sup>17</sup>

### dd) Angemessenheit<sup>18</sup>

- Die mit der strittigen Maßnahme bewirkte GR-Einschränkung darf nicht außer Verhältnis zur Verwirklichung des angestrebten Ziels stehen.

**(P) Verfahrenskonstellationen:** Die Grundrechte der GRC können nicht i.R.e. Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden, vgl. Art. 93 Nr. 4a GG. Jeder nationale Rechtsanwender, also vor allem jedes **Fachgericht**, muss die Grundrechte der GRC aber berücksichtigen (wenn die GRC anwendbar ist); schließlich handelt es sich um unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Selbstverständlich können die Grundrechte der GRC auch vor dem **EuGH** und dem **EuG** geltend gemacht werden.

**(P) Auslegung:** Bei der GRC handelt es sich um Unionsprimärrecht, Art. 6 I EUV! Unionsrecht wird grundsätzlich autonom ausgelegt, d.h. man darf nicht auf nationale Rechtsbegriffe, Spruchpraxis etc. zurückgreifen. In Bezug auf die GRC sind allerdings gewisse Besonderheiten zu beachten.

**Art. 52 II GRC:** Gleichlauf mit in den Verträgen (EUV + AEUV) garantierten Rechten, die in der GRC eine Entsprechung finden (z.B. Art. 21 AEUV und Art. 45 GRC).

**Art. 52 III GRC:** Transferklausel

⇒ stellt eine inhaltliche Identität der einander entsprechenden Rechte in der GRC und in der EMRK her

⇒ umfasst auch die Rspr. des EGMR

**Art. 52 IV GRC:** Gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der MS sind eine Rechtserkenntnisquelle (ebenso wie bei Art. 6 III EUV) – Rechtsvergleich als Auslegungsmethode

**Art. 53 GRC: Schutzniveau:** Die GRC soll den Grundrechtsschutz verstärken, nicht den existierenden Schutz reduzieren.

**(P) Sprache:** Die GRC ist – ebenso wie sonstiges Unionsprimärrecht – in allen offiziellen Sprachen der EU rechtlich verbindlich, vgl. Art. 55 EUV; also in 24 Sprachen! Deshalb ist i.R.d. der Auslegung anhand des Wortlauts eine Betrachtung der verschiedenen Sprachfassungen unerlässlich.

<sup>15</sup> Hierzu von Danwitz, in: Grabenwarter, EnzEuR Bd. 2, 2014, § 6 Rn. 68.

<sup>16</sup> Exemplarisch z.B. das deutsche Verhalten bei der Bekämpfung von Glücksspiel; vgl. nur EuGH C-46/08, ECLI:EU:C:2010:505 – *Carmen Media* = jurisbyhemmer.

<sup>17</sup> Von Danwitz, in: Grabenwarter, EnzEuR Bd. 2, § 6 Rn. 67.

<sup>18</sup> Für eine Angemessenheitsprüfung z.B. Borowsky, in: Meyer, GRC, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 22b; Ludwigs/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Klausurenkurs Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2016, S. 442; Jarass, GRC, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 41; Ehlers, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 112; Krämer, in: Stern/Sachs, GRC, 2016, Art. 52 Rn. 52 f.; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRC Rn. 70.

## Synopse Grund- und Menschenrechte<sup>1</sup> des GG, der GRC und der EMRK

Die drei Menschenrechtsregime (GG, GRC und EMRK) schützen die Rechte der Bürger in ähnlichem Umfang. Gleichwohl gibt es keinen völligen Gleichlauf:<sup>2</sup> Obwohl die nachfolgend aufgezeigten Rechte einen ähnlichen Schutzzumfang aufweisen, muss für jede Norm der Gewährleistungsgehalt gesondert ermittelt werden. Im Folgenden finden sich die wichtigsten Grund- und Menschenrechte und ihre jeweilige Verankerung. Zum Teil findet sich die Gewährleistung in einem der Zusatzprotokolle (ZP) zur EMRK; bei diesen muss beachtet werden, dass Deutschland nicht alle ZP ratifiziert hat.

Grund-/Menschenrecht	GG	GRC <sup>3</sup>		EMRK
Menschenwürde	Art. 1	Art. 1		–
Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf Achtung des Privatlebens	Art. 2 Abs. 1	Art. 7 Var. 1	=	Art. 8 Abs. 1 Var. 1
Recht auf Leben, Körperliche Unversehrtheit, Folterverbot	Art. 2 Abs. 2	Art. 2 Art. 3 Art. 4	=	Art. 2  Art. 3
Freiheit der Person	Art. 2 Abs. 2 S. 2, 3 Art. 104	Art. 6	=	Art. 5 Art. 1 ZP 4
Informationelle Selbstbestimmung	Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1	Art. 8		Art. 8 Abs. 1 Var. 1
Gleichbehandlung	Art. 3	Art. 20 Art. 21 Art. 23		Art. 14 Art. 1 ZP 12 <sup>4</sup> Art. 5 ZP 7
Religionsfreiheit	Art. 4	Art. 10 Abs. 1	=	Art. 9
Meinungs-, Pressefreiheit	Art. 5 Abs. 1	Art. 11	=	Art. 10
Kunst-, Wissenschaftsfreiheit	Art 5 Abs. 3	Art. 13		Art. 10
Familie	Art. 6	Art. 7 Var. 2 Art. 9 Art. 33	=	Art. 8 Abs. 1 Var. 2 Art. 12
Versammlungsfreiheit	Art. 8	Art. 12 Abs. 1 Alt. 1	=	Art. 11 Abs. 1 Alt. 1
Vereinigungsfreiheit	Art. 9	Art. 12 Abs. 1 Alt. 2	=	Art. 11 Abs. 1 Alt. 2
Freizügigkeit	Art. 11	Art. 45 Art. 21 AEUV		Art. 2 ZP 4

<sup>1</sup> Wie schon die Bezeichnung in den Normtexten selbst zeigt, sprechen das GG und die GRC von „Grundrechten“ („*fundamental rights*“, „*droits fondamentaux*“), die EMRK dagegen von „Menschenrechten“ („*human rights*“, „*droits de l'homme*“). Bei all diesen Rechten handelt es sich um subjektive Rechte des Einzelnen gegen die staatliche Gewalt (vgl. Art. 1 III GG, Art. 51 I GRC, Art. 1 EMRK). Beachte aber, dass die GRC neben (subjektiven) „Rechten“ auch (objektive) „Grundsätze“ enthält. Letztere vermitteln keine Rechte des Einzelnen, sondern stellen (lediglich) objektive Staatenpflichten dar.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu allgemein Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), Konkordanz-Kommentar EMRK – GG, 2. Aufl. 2013.

<sup>3</sup> Die inhaltliche Entsprechung nach Art. 52 III GRC wird durch „=“ zum Ausdruck gebracht.

<sup>4</sup> Deutschland hat ZP 12 bisher nicht ratifiziert.

Berufsfreiheit	Art. 12 Abs. 1	Art. 15		–
Verbot von Zwangsarbeit (und Sklaverei)	Art. 12 Abs. 2, 3 Art. 12a	Art. 5 Abs. 1, 2	=	Art. 4
Wohnung	Art. 13	Art. 7 Var. 3	=	Art. 8 Abs. 1 Var. 3
Eigentumsfreiheit	Art. 14	Art. 17	=	Art. 1 ZP 1
Ausbürgerung, Auslieferung	Art. 16	Art. 19		Art. 3, 4 ZP 4
Petitionsrecht	Art. 17	Art. 44		–
Wahlrecht	Art. 38 Abs. 1, 2	Art. 39 Art. 40		Art. 3 ZP 1
Keine Strafe ohne Gesetz	Art. 103 Abs. 2	Art. 49 Abs. 1 (außer letzter Satz), Abs. 2	=	Art. 7
Effektiver Rechtsschutz, Grundsatz des fairen Verfahrens	Art. 19 IV Art. 103	Art. 47 Art. 48, 49, 50		Art. 6; Art. 4 ZP 7

**Anwendbarkeit der EMRK in Deutschland:**<sup>5</sup> Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag und als solcher deshalb in Deutschland nicht unmittelbar anwendbar – anders als die GRC. Die EMRK wurde durch ein einfaches Bundesgesetz i.S.v. Art. 59 II GG in Bundesrecht übernommen. Damit steht die EMRK unter dem GG; gleichwohl müssen im Wege der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG bei der Auslegung der Grundrechte des GG die Menschenrechte der EMRK berücksichtigt werden: Es ist „im Rahmen der konventionsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes ... die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen, weshalb sich eine unreflektierte Adaption völkerrechtlicher Begriffe verbietet.“<sup>6</sup>

**Auslegung der EMRK:** Die EMRK wird nach den völkerrechtlichen Regeln ausgelegt, vgl. Art. 31–33 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention [WVK]).<sup>7</sup> Authentisch sind nur die englische und die französische Sprachfassung.

Die letztverbindliche Auslegung der EMRK wird vom EGMR vorgenommen, vgl. Art. 19 ff. EMRK.

**Auslegung der GRC:** Die GRC wird nach den unionsrechtlichen Regeln ausgelegt. Authentisch sind die 24 Sprachfassungen der Sprachen der Mitgliedstaaten. Zudem weist die GRC einige Besonderheiten hinsichtlich der Auslegung auf (vgl. Art. 52, Art. 53 GRC).

Die letztverbindliche Auslegung der GRC wird vom EuGH vorgenommen, vgl. Art. 267 AEUV.

<sup>5</sup> Hierzu z.B. Grabenwarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 8–12.

<sup>6</sup> BVerfG, 2 BvR 2365/09 u.a., *EGMR Sicherungsverwahrung*, BVerfGE 128, 326 (371) = **juris**byhemmer.

<sup>7</sup> Zur völkergewohnheitsrechtlichen Geltung der WVK siehe Dörr, in: Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 6 f.

Kernkraftwerks allein schon 20 Jahre und ein Endlager dürfte vor 2050 nicht verfügbar sein.<sup>34</sup>

Das Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz bestimmt nach dem Referentenentwurf vom 2. 9. 2015 in § 1 Abs. 1 eine umfassende – wenn auch subsidiäre – Verantwortlichkeit der Atomkonzerne für Betreibergesellschaften: Für sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen öffentlich-rechtlichen Zahlungsverpflichtungen eines Betreibers von im Inland belegenen Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität, die für die Stilllegung und den Rückbau dieser Anlagen nach § 7 Abs. 3 des AtomG sowie für die geordnete Beseitigung der radioaktiven Abfälle nach § 9a Abs. 1 S. 1 AtomG (Entsorgungsaufgaben bis zur Endlagerung radioaktiver Abfälle) anfallen (insbesondere die Verbindlichkeiten aus den §§ 21a und 21b AtomG, der Endlagervorausleistungsverordnung sowie aus den §§ 21 ff. des Standortauswahlgesetzes), haften herrschende Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 und 2 Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz der jeweils anspruchsberechtigten Körperschaft, wenn der Betreiber diese Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllt. Indem die Verbindlichkeiten nicht abschließend aufgezählt werden, sind auch gegebenenfalls künftig eingeführte Zahlungsverbindlichkeiten umfasst.<sup>35</sup> Die Muttergesellschaften können nach § 1 Abs. 2 Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz ebenfalls herangezogen werden, wenn der Betreiber im Fall der Zwangsvollstreckung oder der Ersatzvornahme seine Kostentragungspflicht nicht erfüllt.

Mehrere herrschende Unternehmen haften dabei untereinander gesamtschuldnerisch (§ 1 Abs. 3 Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz). Es gelten §§ 421 ff. BGB.<sup>36</sup> Ist die Betreibergesellschaft als Rechtsträger untergegangen, kann die jeweils anspruchsberechtigte Körperschaft nach § 1 Abs. 4 Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz die Zahlungsverpflichtungen gegenüber den herrschenden Unternehmen in dem Umfang geltend machen, in welchem diese gegenüber dem erloschenen Betreiber hätten geltend gemacht werden können. Im Fall der Insolvenz hört auch die Eigenschaft als herrschendes Unternehmen nach § 2 Abs. 3 Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz ausdrücklich nicht auf. Die Haftung erlischt nach § 3 Abs. 1 Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz selbst

nicht dadurch, dass eine Beherrschung nach Inkrafttreten dieses Gesetzes beendet wird. Nach § 3 Abs. 2 Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz können die Haftung und die Haftungsverbindlichkeiten nicht im Wege der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge befreiend auf einen Dritten übertragen werden. Daraus kann eine kumulative Haftung von mehreren Unternehmen resultieren.<sup>37</sup> Ein Ende der Haftung ist gegenständlich bedingt: Sie endet nach § 4 Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz spätestens zu dem Zeitpunkt, zu dem die ablieferungspflichtigen Stoffe vollständig in einem Endlager abgeliefert wurden und dieses verschlossen ist.

Ein solches Gesetz sichert, dass die Atomkonzerne ihre Verantwortlichkeit auch bei Unternehmensumstrukturierungen nicht verlieren und gewährleistet so umfassend die Wahrung des Beihilfenverbotes.

## V. Ergebnis

Das Verursacherprinzip entfaltet seinen Einfluss auf das Beihilfenverbot auch im Hinblick auf das Fondsmodell, das die für die Folgelasten der Kernenergienutzung eingesetzte Regierungskommission am 26. 4. 2016 empfohlen hat. Die in diesem Modell veranschlagten Risikokosten, welche die Energiekonzerne neben den bislang bereits gebildeten Rückstellungen in einen öffentlich-rechtlichen Fonds einbezahlen müssen, sollen Kostensteigerungen und -unwägbarkeiten auffangen und so eine Inanspruchnahme des Steuerzahlers verhindern, welcher einspringen müsste, soweit die Energiekonzerne durch die Einzahlung in den Fonds von allen weiteren Kosten befreit sind. Dadurch schließen die erhobenen Risikokosten erst eine Inanspruchnahme staatlicher Mittel aus und sichern die Vereinbarkeit mit dem Beihilfenverbot i. V. m. dem umweltrechtlichen Verursacherprinzip.

giebereich (Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz – Rückbau- und Entsorgungskostennachhaftungsgesetz) vom 2. 9. 2015, S. 5. Näher dargestellt im Vergleich zu § 4 Abs. 3 S. 4 BBodSchG bei Frenz, ZNER 2015, 407 ff.

34 Begründung zum Referentenentwurf vom 2. 9. 2015, S. 5.

35 Begründung zum Referentenentwurf vom 2. 9. 2015, S. 8.

36 Begründung zum Referentenentwurf vom 2. 9. 2015, S. 8.

37 Begründung zum Referentenentwurf vom 2. 9. 2015, S. 10.

Prof. Dr. Markus Ludwigs und Patrick Sikora, Würzburg\*

## Der Zweite Senat zwischen Selbstbehauptung und Kooperation – Das OMT-Urteil des BVerfG vom 21. 6. 2016

Mit seinem Beschluss zu „Outright Monetary Transactions“ vom 6. 9. 2012 hat der EZB-Rat den Grundstein für eine aufsehenerregende Folge gerichtlicher Entscheidungen gelegt. Nach erstmaliger Vorlage des BVerfG und darauf folgender Antwort des EuGH in der Rs. Gauweiler fand die OMT-Judikatur mit dem Urteil des Zweiten Senats vom 21. 6. 2016 – 2 BvR 2728/13 u. a. ihr vorläufiges Ende. Während die

vorgenommene dogmatische Neujustierung hinsichtlich des Ultra-vires-Vorbehalts zu begrüßen ist, wirft die Bewertung des Gauweiler-Urteils mit Blick auf die detaillierten Vorgaben im eigenen Vorabent-

\* Prof. Dr. Markus Ludwigs ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Patrick Sikora ist Doktorand an diesem Lehrstuhl. Mehr über die Autoren auf S. IV.

scheidungsersuchen auch kritische Fragen auf. Letztendlich hat das Streben nach Kooperation gegenüber dem Drang nach Selbstbehauptung überwogen.

## I. Einführung

Am 21. 6. 2016 verkündete das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ein vielschichtiges Urteil,<sup>1</sup> welches auf verschiedenen Ebenen richtungweisenden Charakter für das Verhältnis von nationalem Recht und Unionsrecht hat. In erster Linie nahm der Zweite Senat zu der Frage Stellung, ob der *Outright Monetary Transactions*-Beschluss (OMT-Beschluss) der Europäischen Zentralbank (EZB) Anlass für die erstmalige Aktivierung des Ultra-vires-Vorbehalts bietet. In diesem Zusammenhang haben die Karlsruher Richter zugleich die Gelegenheit genutzt und grundlegende dogmatische Erwägungen zu den Kontrollvorbehalten angestellt, die weit über die Entscheidung in der konkreten Sache hinausweisen. Auf verfassungsprozessualer Ebene finden sich überdies Aussagen dazu, ob und wie der einzelne Bürger die Kontrollvorbehalte unter Berufung auf seinen „Anspruch auf Demokratie“ durchsetzen kann. Der folgende Beitrag stellt nach einer Skizzierung der tatsächlichen Hintergründe (II.) sowie des Verfahrensgangs (III.) die zentralen Aspekte der mit Spannung erwarteten Entscheidung dar und unterzieht diese einer ersten kritischen Würdigung (IV.).

## II. Staatsschuldenkrise als Ausgangslage

Im Zuge der Bekämpfung der europäischen Staatsschuldenkrise hat der EZB-Rat am 6. 9. 2012 den so genannten OMT-Beschluss gefasst. Die wesentlichen Inhalte wurden der Öffentlichkeit im Wege einer Pressemitteilung vorgestellt.<sup>2</sup> Dieser war zu entnehmen, dass Ziel der Maßnahme die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen geldpolitischen Transmission und einer einheitlichen Geldpolitik sei. Zu diesem Zweck kündigte die EZB an, bei Bedarf Staatsanleihen notleidender Euroländer am Sekundärmarkt aufzukaufen, wenn und solange diese Mitgliedstaaten zugleich an einem mit der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) oder dem Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) vereinbarten Reformprogramm teilnehmen. Dabei betonte die EZB, dass sie keine Sonderstellung innerhalb der Gläubiger einnehme. Zudem wurde ausdrücklich ex ante keine Begrenzung der Höhe der Ankäufe festgelegt. Diese konkreten Maßgaben verdeutlichten die Bereitschaft der EZB, das „*Whatever it takes*“-Versprechen<sup>3</sup> ihres Präsidenten Mario Draghi in die Tat umsetzen.

Bereits die Veröffentlichung der Pressemitteilung führte zu einer Beruhigung der Finanzmärkte. Die Inhalte des OMT-Beschlusses wurden daher bis zum heutigen Tag nicht in die Tat umgesetzt. Dessen ungeachtet strengten zahlreiche Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerden gegen den Beschluss an. Zugleich wandten sie sich gegen das Unterlassen von Bundesregierung und Bundestag und forderten, der Durchführung des OMT-Programms entgegenzuwirken bzw. die resultierende Haftung zu beschränken.<sup>4</sup> Zudem beantragte die Bundestagsfraktion der Partei DIE LINKE im Wege eines Organstreitverfahrens unter anderem festzustellen, dass der Bundestag verpflichtet sei, auf die Aufhebung des OMT-Beschlusses hinzuwirken.

Im Wesentlichen sahen alle Beschwerdeführer sowie die Antragstellerin im OMT-Beschluss eine Kompetenzüberschreitung der EZB, die zudem geeignet sei, das Budgetrecht des Deutschen Bundestages zu beeinträchtigen. Hieran anknüpfend zielten die Verfahren auf eine Aktivierung von Ultra-vires- und/oder Identitätskontrolle.<sup>5</sup>

## III. Verfahrensgang bis zum abschließenden Urteil vom 21. 6. 2016

Bevor der Zweite Senat in den zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfahren<sup>6</sup> über die Aktivierung der Kontrollvorbehalte entschied, entschloss er sich, dem EuGH verschiedene Fragen bezüglich des OMT-Programms nach Art. 267 AEUV vorzulegen<sup>7</sup> (1.). Der Gerichtshof antwortete auf das erstmalige Vorabentscheidungsersuchen des BVerfG mit seinem Gauweiler-Urteil vom 16. 6. 2015,<sup>8</sup> indem er die Kompetenzmäßigkeit des Beschlusses der EZB bestätigte (2.).

### 1. OMT-Vorlagebeschluss des BVerfG

Die Karlsruher Richter haben dem EuGH im Wesentlichen zwei Punkte zur Vorabentscheidung vorgelegt. Zum einen fragten sie, ob die Unionsrechtswidrigkeit des OMT-Beschlusses aus einer Überschreitung des geld- und währungspolitischen Mandats der EZB in Art. 119 und Art. 127 Abs. 1, 2 AEUV (i.V.m. Art. 17 bis 24 ESZB/EZB-Satzung) resultiert. Zum anderen wollten sie geklärt wissen, ob in dem Beschluss eine Umgehung des Verbots der monetären Haushaltsfinanzierung aus Art. 123 Abs. 1 AEUV zu sehen ist. Die Begründung der Vorlage<sup>9</sup> wurde im Schrifttum als offene Drohung mit einer Aktivierung des Ultra-vires-Vorbehalts gedeutet.<sup>10</sup> In diese Richtung wiesen insbesondere die Ausführungen zur möglichen Ausräumung der Bedenken des BVerfG im Wege einer vom Zweiten Senat näher

1 BVerfG, 21. 6. 2016 – 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, BeckRS 2016, 47387, RIW 2016, 519 – OMT II; aus der Lit.: Ruffert, JuS 2016, 756; Schalast, BB 2016, 1667; s. auch Frenz, BB 2016, 1603; ders., DVBl. 2016, 1056; Sander, EuZW 2016, 614; ferner Boehme-Neßler, NVwZ Editorial 15/2016.

2 Pressemitteilung der EZB v. 6. 9. 2012, abrufbar unter [http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906\\_1.en.html](http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html) (Abrufdatum für alle Links: 30. 8. 2016).

3 „*Within our Mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the Euro. And believe me, it will be enough.*“ Rede von Mario Draghi vom 26. 7. 2012, <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

4 Zusätzlich wandte sich ein Teil der Beschwerdeführer gegen die Anleihenkäufe im Rahmen des durch das OMT-Programm abgelösten *Securities Markets Programme* (SMP) bzw. gegen das Unterlassen der Bundesregierung, gegen dieses vorzugehen. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich in der Sache auf die rechtliche Würdigung des im Zentrum stehenden OMT-Programms, das im Gegensatz zum beendeten SMP auch in Zukunft noch aktiviert werden kann.

5 Eingehend zur Kontrollvorbehalte-Judikatur des BVerfG zuletzt Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121 (123 ff.).

6 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813 (Tenor) – OMT II.

7 BVerfG, 14. 1. 2014 – 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114. 2bvr272813, BVerfGE 134, 366 – OMT I.

8 EuGH, 16. 6. 2015 – Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, EWS 2015, 159, RIW 2015, 505.

9 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114. 2bvr272813, BVerfGE 134, 366 (398, 404 ff., 411 ff.) – OMT I.

10 Kritisch zur diktatorischen Vorlage: Mayer, EuR 2014, 473 (482 f.); s. auch Sondervotum Lübke-Wolff, BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 134, 419 (422) – OMT I; näher zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens vor diesem Hintergrund: Wendel, ZaöRV 74 (2014), 615 (647 ff.); die Zulässigkeit behandelnd EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 18 ff., 127.

vorstrukturierten unionsrechtskonformen Auslegung.<sup>11</sup> Danach wurde zumindest eine Interpretation des OMT-Beschlusses dahingehend gefordert, dass ein Schuldenschnitt zu Lasten der EZB ausgeschlossen ist, Staatsanleihen einzelner Mitgliedstaaten nicht unbegrenzt angekauft werden und Eingriffe in die Preisbildung am Markt möglichst vermieden werden.<sup>12</sup>

## 2. Gauweiler-Urteil des EuGH

Der EuGH erachtete das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) in seiner Antwort vom 16. 6. 2015<sup>13</sup> in der Rs. *Gauweiler* für ermächtigt, ein Programm zum Ankauf von Staatsanleihen an den Sekundärmärkten (wie das OMT-Programm) durchzuführen.<sup>14</sup> Hierin liege weder eine Überschreitung des geld- und währungspolitischen Mandats des ESZB, noch könne eine Verletzung des Verbots der monetären Haushaltsfinanzierung festgestellt werden.<sup>15</sup>

Zur Begründung verwiesen die Luxemburger Richter zum einen auf die Grenzen des Programms, das „den Ankauf von Staatsanleihen nur in dem Umfang vorsieht, der für die Erhaltung des geldpolitischen Transmissionsmechanismus und der Einheitlichkeit der Geldpolitik erforderlich ist und [vorsieht,] dass die Ankäufe eingestellt werden, sobald diese Ziele erreicht sein werden“.<sup>16</sup> Zum anderen wurde unterstrichen, dass das OMT-Programm „mit einer Reihe von Garantien versehen ist, die seine Auswirkungen auf den Anreiz, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen, begrenzen sollen“.<sup>17</sup> Schließlich stellte der Gerichtshof klar, dass das Verbot der monetären Staatsfinanzierung aus Art. 123 Abs. 1 AEUV nicht umgangen werden dürfe.<sup>18</sup>

### a) Gauweiler-Kriterien

Neben diesen grundlegenden Erwägungen lassen sich dem Urteil des EuGH auch eine Reihe konkreter Vorgaben für das OMT-Programm entnehmen:<sup>19</sup>

1. Die Entscheidung zum Erwerb bestimmter Anleihen darf nicht vorab angekündigt werden.<sup>20</sup>
2. Ebenfalls ausgeschlossen ist die vorherige Mitteilung des Volumens der geplanten Ankäufe.<sup>21</sup>
3. Zwischen der Emission eines Schuldtitels auf dem Primärmarkt und seinem Ankauf durch das ESZB an den Sekundärmärkten muss eine Mindestfrist liegen.<sup>22</sup>
4. Erworben werden können nur Schuldtitel von Mitgliedstaaten, die einen ihre Finanzierung ermöglichenden Zugang zum Anleihemarkt haben.<sup>23</sup>
5. Schuldtitel dürfen nur bis zum Eintritt ihrer (End-)Fälligkeit gehalten werden, wenn dies zur Verwirklichung der angestrebten Ziele erforderlich ist.<sup>24</sup>
6. Schließlich sind die Ankäufe zu begrenzen oder einzustellen und erworbene Schuldtitel wieder dem Markt zuzuführen, sobald die mit dem OMT-Programm verfolgten Ziele der Erhaltung des geldpolitischen Transmissionsmechanismus und der Einheitlichkeit der Geldpolitik erreicht werden.<sup>25</sup>

Diese Maßgaben lassen sich als Entgegenkommen des EuGH unter Rezeption der Kritik des Zweiten Senats werten.

### b) Verbleibende Divergenzen

Dessen ungeachtet sind drei Abweichungen zu den Auslegungsdirektiven des BVerfG aus dem Vorlagebeschluss erkennbar:<sup>26</sup>

1. Der Gerichtshof hält die ex ante Unbegrenztheit der Ankäufe von Staatsanleihen nicht von vornherein für unzulässig.<sup>27</sup> So betont der EuGH zwar zum einen, dass nur Anleihen von Mitgliedstaaten erworben werden dürfen, die an einem makroökonomischen Anpassungsprogramm (EFSF/ESM) teilnehmen und zudem Zugang zum Anleihemarkt haben.<sup>28</sup> Zum anderen weist er darauf hin, dass sich das OMT-Programm auf Staatsanleihen mit einer Laufzeit von weniger als drei Jahren konzentriert.<sup>29</sup> Beide Aspekte haben aber nur eine mittelbar-faktische, nicht jedoch eine unmittelbare rechtliche Beschränkung des Volumens der Ankäufe zur Folge.<sup>30</sup>
2. Der Gerichtshof sieht das Halten von Staatsanleihen bis zur Endfälligkeit weniger kritisch als die Karlsruher Richter.<sup>31</sup>
3. Es ist nach Ansicht des EuGH Sache der EZB, ob sie den Status eines bevorrechtigten Gläubigers beansprucht und sich damit im Falle einer Staateninsolvenz dem Schuldenschnitt entzieht.<sup>32</sup>

## IV. Darstellung und Analyse des OMT-Urteils

Der vorläufig letzte Akt der OMT-Judikatur zielt nicht nur auf eine Auflösung der Divergenzen, sondern untermauert überdies die Lösung des konkreten Falls mit weiterführenden Ausführungen zu grundlegenden verfassungs- und ver-

11 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813, BVerfGE 134, 366 (398, 416 f.) – OMT I; ablehnend zum Vorlageschluss z. B. *Heun*, JZ 2014, 331; *Thiele*, EuZW 2014, 694; zustimmend *Di Fabio*, German Law Journal 15 (2014), 107; *R. Schmidt*, JZ 2015, 317; differenzierend *Klement*, ZG 2014, 169 (173 ff., 187); s. auch *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (540 ff.), m. w. N.

12 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813, BVerfGE 134, 366 (417) – OMT I.

13 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400; zustimmend *Herrmann/Dornacher*, EuZW 2015, 579 (583); *Mayer*, NJW 2015, 1999 (2000 ff.); *Kingreen*, Jura (JK), 2016, 222; *Ohler*, NVwZ 2015, 1001 (1004 ff.); s. auch *Borger*, CMLR 53 (2016), 139 (195 f.); *Classen*, EuR 2015, 477 (480 ff.); *Ruffert*, JuS 2015, 758 (760); kritisch *Klement*, JZ 2015, 754 (754 ff.); ferner *Ergen*, Würzburger Online-Schriften zum Europarecht 6, 2016, S. 8 ff.

14 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 127.

15 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 33 ff. und Rn. 93 ff.

16 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 112; vgl. zudem Rn. 47 ff., 81 ff.

17 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 115.

18 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 97.

19 Undeutlich BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 195, 199, 201, 206 – OMT II, mit der pauschalen Aussage, dass „[d]as Volumen der Ankäufe (...) zu begrenzen [ist]“.

20 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 106 f.

21 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 106 f.

22 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 106.

23 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 116, 119.

24 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 117 f.

25 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 112 ff., 117 ff.

26 Hierzu bereits *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016 121 (128); zu Teilaspekten vgl. insb. *Ohler*, NVwZ 2015, 1001 (1005); ferner *Herrmann/Dornacher*, EuZW 2015, 579 (582 f.); *Kingreen*, Jura (JK), 2016, 222.

27 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 81 ff., 87.

28 EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 86, 116.

29 Ibid.

30 Zur undeutlichen Würdigung durch den Zweiten Senat vgl. bereits den Nachweis in Fn. 19.

31 Vgl. einerseits EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 118; andererseits BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813, BVerfGE 134, 366 (413 f.) – OMT I.

32 Vgl. einerseits EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 126; andererseits BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs2014 0114.2bvr272813, BVerfGE 134, 366 (412 f.) – OMT I; BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 204 – OMT II.

fassungsprozessrechtlichen Fragestellungen. Aus der Fülle diskussionswürdiger Aussagen sollen nachfolgend die zentralen Aspekte aufgegriffen und einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

### 1. Verfassungsrechtliche Bewertung des OMT-Beschlusses

Aufbauend auf dem Gauweiler-Urteil des EuGH – dessen Wortlaut nahezu vollständig in die Urteilgründe aufgenommen wurde<sup>33</sup> – gelangt das BVerfG zu dem Ergebnis, dass sowohl die Verfassungsbeschwerden als auch die Anträge im Organstreit als unbegründet zurückzuweisen sind.<sup>34</sup> Der OMT-Beschluss und seine mögliche Durchführung stellen danach weder eine qualifizierte Überschreitung des währungsrechtlichen Mandats der EZB noch eine Verletzung des Verbots monetärer Haushaltsfinanzierung dar.<sup>35</sup> Folglich fehle es an der Grundlage für eine Handlungspflicht bzw. an einem vorwerfbaren Unterlassen der deutschen Staatsorgane.

Im Lichte des Vorlagebeschlusses vom 14. 1. 2014 muss es allerdings überraschen, wenn der Zweite Senat ausführt, dass der OMT-Beschluss und seine Durchführung „unter den Bedingungen, die der Gerichtshof (...) formuliert hat“ keinen Ultra-vires-Akt darstellen sollen.<sup>36</sup> Insoweit ist auf die bereits (unter III. 2.b)) skizzierten Divergenzen zwischen BVerfG und EuGH hinsichtlich des Volumens der Ankäufe, des Haltens der Staatsanleihen bis zur Endfälligkeit und der Zulässigkeit eines Schuldenschnitts zu verweisen. Selbst bei der im Urteil vom 21. 6. 2016 wiederholt bemühten „wertenden Gesamtbetrachtung“<sup>37</sup> entspricht der vom EuGH ausgelegte Grundsatzbeschluss über das OMT-Programm den vom BVerfG im Vorabentscheidungsersuchen aufgestellten Anforderungen allenfalls „im Wesentlichen“.<sup>38</sup> Die Formulierungskunst des BVerfG vermag nicht zu verdecken, dass die fortbestehenden Divergenzen unaufgelöst bleiben. Ungeachtet dessen ist es uneingeschränkt zu begrüßen, dass der Zweite Senat die noch im Januar 2014 apodiktisch formulierten Anforderungen an eine unionsrechtskonforme Auslegung des OMT-Beschlusses nicht in einem Akt kompromissloser Selbstbehauptung „durchgesetzt“ hat.

Stattdessen beschränken sich die Karlsruher Richter darauf, Bundesregierung und Bundestag zur genauen Beobachtung der EZB bei einer möglichen Durchführung des Programms zu verpflichten.<sup>39</sup> Dies ermöglicht es den Staatsorganen, ihrer Integrationsverantwortung auch im Falle von Verstößen gegen die im Gauweiler-Urteil formulierten Maßgaben bzw. bei einem konkreten Risiko für den Bundeshaushalt gerecht zu werden. Der Bundesbank – als in besonderem Maße involvierter nationaler Institution – ist eine zukünftige Beteiligung nur unter Einhaltung der *Gauweiler-Kriterien* gestattet.<sup>40</sup> Diese konkreten Vorgaben, die die Reichweite des OMT-Beschlusses näher konturieren, sind ein taugliches Mittel, um die an dem Programm geübte Kritik weithin zu entschärfen. Ein gewisses Spannungspotential birgt es freilich, wenn das BVerfG die Gauweiler-Entscheidung pauschal dahin deutet, dass „[d]as Volumen der Ankäufe (...) zu begrenzen [ist]“.<sup>41</sup> Wie bereits (unter III. 2.b)) gezeigt, hat der EuGH nur mittelbar-faktische Beschränkungen des Volumens der Ankäufe postuliert. Allein auf die Einhaltung der zugrunde liegenden Bausteine des OMT-Beschlusses (unter anderem Teilnahme an einem makroökonomischen Anpassungsprogramm) kann sich folglich die Beobachtungspflicht der deutschen Staatsorgane beziehen.

### 2. Fortentwicklung des Ultra-vires-Vorbehalts und „Recht auf Demokratie“

Bevor sich das BVerfG zu dem konkret auf dem Prüfstand stehenden OMT-Beschluss äußerte, nahm es die Gelegenheit zu einer grundlegenden verfassungsdogmatischen Einordnung wahr. Von fundamentaler Bedeutung ist hierbei zum einen die Fortentwicklung der Kompetenzkontrolle durch ihre Rückführung auf Art. 79 Abs. 3 GG (i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) (a). Zum anderen lässt diese Entwicklung auch das vom BVerfG propagierte „Recht auf Demokratie“ in neuem Licht erscheinen (b).

#### a) Rückführung der Kompetenzkontrolle auf die Identitätsgarantie

Den methodischen Anknüpfungspunkt für die Rückführung der Ultra-vires-Kontrolle auf den Kern der Verfassung bildet eine entsprechende inhaltliche Aufladung der für die Annahme eines Ultra-vires-Akts vorausgesetzten „hinreichend qualifizierten“, d.h. „offensichtlichen“ und „strukturell bedeutsamen“ Kompetenzüberschreitung.<sup>42</sup> Was zum einen das *Merkmal der Offensichtlichkeit* angeht, so schließt der Zweite Senat von der geforderten „offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren (...) Auslegung der Verträge“ auf das Fehlen eines „Mindestmaß[es] an demokratischer Legitimation“.<sup>43</sup> Zum anderen könne eine *strukturell bedeutsame Verschiebung* zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen nur vorliegen „wenn die Kompetenzüberschreitung ein für das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität erhebliches Gewicht besitzt“.<sup>44</sup> Die Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) als Konkretisierung des in seinen Grundsätzen integrationsfesten Demokratieprinzips ermöglicht dabei die Verknüpfung von Verfassungsidentität und grundrechtsgleichem Wahlrecht (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) der Beschwerdeführer.

33 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 69 – OMT II.

34 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 174 ff. – OMT II; zur partiellen Verwerfung als unzulässig vgl. Rn. 95 ff., 113.

35 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 174 – OMT II, wo überdies festgehalten wird, dass auch ein Risiko für die *haushaltspolitische Gesamtverantwortung* des Bundestages (als Teil der Verfassungsidentität des Grundgesetzes) bei Einhaltung der durch den EuGH formulierten Bedingungen nicht erkennbar ist (näher Rn. 210 ff.).

36 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 174 – OMT II.

37 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 193, 201 – OMT II.

38 Dies erkennend BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 193 – OMT II.

39 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 174, 220 – OMT II.

40 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 174, 205 f. – OMT II.

41 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 199, s. auch Rn. 206 und Ls. 4 – OMT II.

42 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 147 ff. – OMT II; für einen instruktiven Überblick zur Entwicklung der Ultra-vires-Rechtsprechung des BVerfG vgl. *Schneider*, AöR 139 (2014), 196 (201 ff.).

43 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 149 – OMT II, bezogen auf den EuGH; vgl. dort aber auch die allgemeine Aussage, wonach eine offensichtliche Zuständigkeitsüberschreitung vorliegt, „wenn sich die Kompetenz (...) unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründen lässt“.

44 BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 151 – OMT II.

Die auch an weiteren Stellen des Urteils<sup>45</sup> hervorgehobene Ableitung des Ultra-vires-Vorbehalts aus Art. 79 Abs. 3 GG (sowie Art. 23 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2) entspricht dem positiv-rechtlichen Befund des Grundgesetzes und gewährleistet eine – bei aller Interpretationsbedürftigkeit – hinreichende Klarheit der anzuwendenden Kriterien.<sup>46</sup> Überdies hat die Rückführung der Kompetenzkontrolle auf die Ewigkeitsgarantie eine schärfere Konturierung der prozessualen Durchsetzbarkeit des Kontrollvorbehalts zur Folge.<sup>47</sup>

Ungeachtet dessen ergeben sich auch zwei Kritikpunkte. Zum einen bleibt unerwähnt, dass der bisherigen verfassungsgerichtlichen Judikatur gerade keine strikte Verkopplung der Ultra-vires-Kontrolle mit Art. 79 Abs. 3 GG entnommen werden konnte.<sup>48</sup> Insoweit hätte eine Klarstellung nahegelegen. Zum anderen erscheint es zweifelhaft, wenn der Zweite Senat die Identitätskontrolle einerseits und die Ultra-vires-Kontrolle andererseits als „eigenständige Kontrollverfahren“ klassifiziert.<sup>49</sup> Angesichts der übereinstimmenden Rückführung auf Art. 79 Abs. 3 GG spricht mehr dafür, die Ultra-vires-Kontrolle schlicht als spezielle Ausprägung des allgemeinen Identitätsvorbehalts zu charakterisieren.<sup>50</sup> Dabei ist auch der Ultra-vires-Vorbehalt richtigerweise über Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG mit Art. 79 Abs. 3 GG zu verknüpfen.<sup>51</sup> Denn die vom BVerfG für die Identitätskontrolle reklamierte materielle Prüfung an der absoluten Grenze der Art. 1 und 20 GG bildet gleichermaßen das Fundament der Ultra-vires-Kontrolle.

Abzuwarten bleibt schließlich, ob das BVerfG zukünftig auch die Grundrechtskontrolle auf Art. 79 Abs. 3 GG zurückführen wird.<sup>52</sup> Einen Anknüpfungspunkt hierfür könnte – neben Art. 1 Abs. 3 GG<sup>53</sup> – das unter anderem in Art. 20 Abs. 3 GG zu verortende und daher in seinen Grundsätzen änderungsfeste (Art. 79 Abs. 3 GG) wie auch integrationsfeste (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG) Rechtsstaatsprinzip darstellen.<sup>54</sup> Es setzt eine dauerhafte und effektive Gewährleistung bestimmter Grundrechte voraus, wie sie insbesondere für eine funktionierende Demokratie und rechtsstaatliche Ordnung unabdingbar sind.<sup>55</sup> Zumindest insoweit erscheint auch das in der Solange-Judikatur des BVerfG etablierte Erfordernis eines *generellen Grundrechtsdefizits* (in Bezug auf ein bestimmtes Grundrecht)<sup>56</sup> rezeptionsfähig. Die begrüßenswerten, weil dem positiv-rechtlichen Befund der Grundgesetzes entsprechende Verankerung aller drei Kontrollvorbehalte in der unverfügbaren Identität der Verfassung hätte zur Folge, dass neben dem Ultra-vires-Vorbehalt auch der Grundrechtsvorbehalt als spezieller Unterfall der allgemeinen Identitätskontrolle einzuordnen wäre.

### b) „Recht auf Demokratie“ in neuem Licht

Eng verknüpft mit der Kompetenzkontrolle ist der aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG (i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 sowie Art. 79 Abs. 3 GG) abgeleitete „Anspruch auf Demokratie“.<sup>57</sup> Dieser bildete unmittelbar nach Verkündung der Entscheidung des BVerfG vom 21. 6. 2016 den Gegenstand einschlägiger Diskussionsbeiträge. Soweit die Verwendung von Anführungszeichen als Relativierung gedeutet wurde,<sup>58</sup> dürfte hierin allerdings, schon im Lichte der Verknüpfung des „Rechts auf Demokratie“ mit dem grundlegenden *Anspruch auf demokratische Selbstbestimmung*,<sup>59</sup> eine Überinterpretation der Interpunktion liegen.

Der Sache nach können die Ausführungen des Zweiten Senats überzeugen. Insbesondere wird durch die bereits festge-

stellte Rückführung des Ultra-vires-Vorbehalts auf Art. 79 Abs. 3 GG der Gefahr einer Ausweitung des „Recht[s] auf Demokratie“ in eine *actio popularis*<sup>60</sup> begegnet. Die noch im Vorlagebeschluss vom 14. 1. 2014 geöffnete „Tür zu einem allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch“<sup>61</sup> wird wieder geschlossen. Der in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG wurzelnde Anspruch des Bürgers auf demokratische Selbstbestimmung bleibt nunmehr „strikt auf den in der Würde des

45 Explizit BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 121, 153 – OMT II.

46 Ludwigs, NVwZ 2015, 537 (539); zur Problematik der Unbestimmtheit der Kontrollvorbehalte *Wahl*, Der Staat 48 (2009), 587 (600).

47 Ludwigs, NVwZ 2015, 537 (539).

48 Vgl. insb. BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813, Rn. 37; Rn. 44 ff., 51 ff. – OMT I; deutlich: Sondervotum *Lübbe-Wolff*, BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 134, 419 (423 f.) – OMT I; s. auch BVerfG, 18. 3. 2014 – 2 BvE 6/12, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1824/12, ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140318.2bvr139012, BVerfGE 135, 317, Rn. 125 – ESM II: „Einen ‚Anspruch auf Demokratie‘ vermittelt Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG *jenseits von Ultra-vires-Konstellationen* (...) nur insoweit, als durch einen Vorgang demokratische Grundsätze berührt werden, die Art. 79 Abs. 3 GG auch dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht (...)“ (Hervorhebung v. *Verf.*).

49 Explizit BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 121, 153 – OMT II; ferner Rn. 154: „je eigenständige Kontrollinstrumente“.

50 In diese Richtung bereits *Dederer*, JZ 2014, 313 (317); *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (539); s. auch BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 153 – OMT II, wo – ungeachtet der behaupteten Eigenständigkeit der Vorbehalte – zutreffend darauf hingewiesen wird, dass „die Ultra-vires-Kontrolle einen besonderen (...) Anwendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität [darstellt]“.

51 Insoweit anders aber BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 163 – OMT II, wo davon ausgegangen wird, dass die Verfassungsorgane Ultra-vires-Akten auch dann entgegenzutreten müssen, „wenn sie nicht den gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. Artikel 79 Absatz 3 GG integrationsfesten Bereich betreffen“. Wie sich dies mit der Rückführung der Ultra-vires-Kontrolle auf Art. 79 Abs. 3 GG vereinbaren lässt, bleibt unklar.

52 Dafür *Dederer*, JZ 2014, 313 (315 ff.); ferner *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 236, wonach die Grundrechtskontrolle als „besonderer Aspekt der Identitätskontrolle angesehen werden kann“; vgl. bereits BVerfG, 29. 5. 1974 – 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 (279) – Solange I, wo (allerdings ohne normative Anknüpfung an Art. 79 Abs. 3 GG) explizit die „Identität der geltenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland“ in Bezug genommen wird; zum Sonderfall der Menschenwürdegarantie vgl. BVerfG, 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514, NJW 2016, 1149 – Europäischer Haftbefehl II; hierzu *Nettesheim*, JZ 2016, 424; *Sauer*, NJW 2016, 1134; *Schönberger*, JZ 2016, 422 ferner *Bender*, ZJS 2016, 260; *Eifert*, Jura (JK) 2016, 707; *Eßlinger/Herzmann*, Jura 2016, 852 (857 ff.); *Rung*, EWS 2016, 145; *Sachs*, JuS 2016, 373.

53 Vgl. insoweit *Dederer*, JZ 2014, 313 (316).

54 Überzeugend *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, 76. Erg.-Lfg. Stand: 2015, Art. 79 Rn. 124 f.; s. auch *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 79 III Rn. 32 ff.

55 *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 79 Rn. 125.

56 Siehe etwa BVerfG, 7. 6. 2000 – 2 BvL 1/97, ECLI:DE:BVerfG:2000:ls20000607.2bv1000197, BVerfGE 102, 147 (164) – Bananenmarkt; aus der Lit.: *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (274); für eine Einzelfallkontrolle *Dederer*, JZ 2014, 313 (317 f.) m. w. N.

57 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 133, 185 – OMT II; ferner Rn. 147, 166: „Recht auf Demokratie“.

58 Vgl. insoweit *Steinbeis*, VerfBlog, 2016/6/21; s. auch *Ruffert*, VerfBlog, 2016/6/22; *ders.*, JuS 2016, 756 (758).

59 Deutlich BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 129 mit 133 – OMT II.

60 Noch zum Vorlagebeschluss dezidiert kritisch *Gärditz*, German Law Journal 15 (2014), 183 (190 ff.); ferner *Heun*, JZ 2014, 331 (332); *Mayer*, EuR 2014, 473 (502 ff.); *Nettesheim*, JZ 2014, 585 (588); *Ruffert*, JuS 2014, 373 (374); *Ukrow*, ZEuS 2014, 119 (127 f.); a. A. *Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, S. 42 ff., 46 ff.; differenzierend *Gött*, EuR 2014, 514 (534 ff.).

61 Vgl. in kritischer Perspektive: Sondervotum *Gerhardt*, BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813, BVerfGE 134, 366 (430, 432) – OMT I.

Menschen wurzelnden Kern des Demokratieprinzips begrenzt (Art. 1 [i.V.m.] Art. 79 Abs. 3 GG)<sup>62</sup>. Im Schrifttum sind zwar auch gegen ein solches *materielles Verständnis* des Wahlrechts Einwände erhoben worden.<sup>63</sup> Dafür lässt sich aber immerhin mit dem Zweiten Senat anführen, dass der durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Kern der Volkssouveränität sowohl bei einer substantiellen Erosion der Gestaltungsmacht des Bundestages als auch bei einer im Lichte von Art. 79 Abs. 3 GG (!) offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitung in Frage gestellt wird.<sup>64</sup>

### 3. Verfassungsprozessuale Klarstellungen

In prozessualer Hinsicht sind drei Aspekte besonders hervorzuheben. Zum einen bezieht der Zweite Senat dezidiert Position in der umstrittenen Frage,<sup>65</sup> ob Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU selbst tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein können (a). Zum anderen lassen sich dem Urteil Aussagen zum Organstreitverfahren entnehmen (b). Schließlich präzisiert das Gericht die Reichweite der Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV im Vorfeld einer Aktivierung des Identitätsvorbehalts (c).

#### a) Beschwerdegegenstand bei Verfahren mit Unionsrechtsbezug

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung verneint das BVerfG explizit die Möglichkeit, den OMT-Beschluss zum unmittelbaren Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde zu machen.<sup>66</sup> Zwar stelle die Rechtmäßigkeit einzelner Unionsakte eine Vorfrage zur Aktivierung des Ultra-vires-Vorbehalts dar.<sup>67</sup> Im Verfahren sei aber formal an ein Handeln oder Unterlassen deutscher Staatsorgane anzuknüpfen.

Damit lehnen die Karlsruher Richter die Möglichkeit ab, Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU zum unmittelbaren Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde zu machen.<sup>68</sup> In Fällen mit Unionsrechtsbezug wird allerdings regelmäßig ein angreifbarer Akt der deutschen öffentlichen Gewalt vorliegen.<sup>69</sup> So bedürfen etwa Richtlinien typischerweise der Umsetzung in nationale Gesetze, um in den Mitgliedstaaten ihre Wirkung zu entfalten.<sup>70</sup> Des Weiteren kann beim indirekten Vollzug von Unionsrecht (als Regelfall) an einen innerstaatlichen Durchführungsakt der handelnden Verwaltungsbehörde angeknüpft werden.<sup>71</sup> Schließlich ist eben auch die *vorwerfbare Untätigkeit* deutscher Staatsorgane (insbesondere von Bundestag und Bundesregierung) in Bezug auf ein mögliches Ultra-vires-Handeln der Union bzw. eine drohende Verletzung der Verfassungsidentität als potentieller Verfahrensgegenstand anerkannt.<sup>72</sup> Rügefähig ist also nicht nur positives Handeln, sondern auch die unterlassene Wahrnehmung der den deutschen Staatsorganen obliegenden *Integrationsverantwortung*.<sup>73</sup>

Konkret macht die Pflicht zur Wahrnehmung der Integrationsverantwortung<sup>74</sup> verbunden mit dem grundrechtsgleichen Wahlrecht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG das Unterlassen zum tauglichen Verfahrensgegenstand. In Anlehnung an die Konstruktion grundrechtlicher Schutzpflichten skizziert das BVerfG nicht nur allgemeine Vorgaben, sondern zeigt auch konkrete Handlungsmöglichkeiten auf.<sup>75</sup> Insbesondere Bundesregierung und Bundestag seien verpflichtet, das Verhalten der EU-Organen zu beobachten,<sup>76</sup> zu analysieren<sup>77</sup> und bei drohenden Kompetenzüberschreitungen oder Identitäts-

verletzungen einzuschreiten.<sup>78</sup> Parallel zum grundrechtlichen Untermaßverbot räumt das BVerfG den handelnden Organen freilich einen „weite[n] politische[n] Gestaltungsspielraum“ hinsichtlich der Verteidigung der Verfassungsidentität ein.<sup>79</sup>

Die Entwicklung dieser integrationsbezogenen Schutzpflichtenkonstruktion ist als konsequente Fortentwicklung der vorhandenen Rechtsschutzmechanismen zu werten. Wenn es das „Sprungbrett“ des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG dem Einzelnen ermöglicht, aktives Tun auf die Wahrung der Integrationsverantwortung zu überprüfen, muss auch ein etwaiges, pflichtwidriges Unterlassen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich gemacht werden.

62 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 126 – OMT II.

63 Kritisch z. B. *Schöneberger*, Der Staat 48 (2009), 535 (539 ff.); *Thym*, Der Staat 48 (2009), 559 (579); differenzierend *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (296).

64 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 124, 126, 129 ff., 135, 147 – OMT II; s. auch schon BVerfG, 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve 000208, BVerfGE 123, 267 (341) – Lissabon; BVerfG, 7. 9. 2011 – 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10, ECLI:DE:BVerfG: 2011:rs20110907.2bvr098710, BVerfGE 129, 124 (169) – EFSF; aus der Lit.: *Grimm*, Der Staat 48 (2009), 475 (481); *Kahl*, DVBl. 2013, 197 (207); *Ludwigs*, in: Hendlers/Iblers/Martínez (Hrsg.), Herausforderungen an die Kompetenzordnung der EU, 2015, S. 27 (36).

65 Instrukтив *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 93 Rn. 26 m. w. N. zum Streitstand; s. jüngst auch *Eifert/Gerberding*, Jura 2016, 628 (635 ff.); *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (129 f.).

66 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 97 ff. – OMT II; vgl. nachfolgend auch BVerfG, 28. 6. 2016 – 2 BvR 322/13, ECLI:DE:BVerfG:2016:vk20160628.2bvr032 213, BeckRS 2016, 48586, Rn. 8 f.

67 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 97 ff. – OMT II.

68 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 97 ff. – OMT II; vgl. nachfolgend auch BVerfG 2 BvR 322/13, Rn. 8 f.

69 Darauf hinweisend bereits *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (130).

70 Zum Ausnahmecharakter einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinien vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 47 ff.

71 *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 978; s. auch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 214.

72 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114. 2bvr272813, BVerfGE 134, 366 (390 f., 394 ff.) – OMT I; BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 99 f.; ferner Rn. 163 ff. – OMT II; näher *Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 216 ff.; kritisch zuletzt *Nettesheim*, VerfBlog, 2016/6/24, mit prägnantem Hinweis darauf, dass „Bundesregierung und (...) Bundestag (...) in die Rolle von Rechtshütern gedrängt [werden], die sie funktional und institutionell-gewaltenteilig nur schwer spielen können“.

73 *Hillgruber*, JA 2014, 635 (638); grundlegend BVerfG 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208, BVerfGE 123, 267 (356) – Lissabon.

74 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 88, 163 ff. – OMT II.

75 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 171 – OMT II; Das BVerfG zählt an dieser Stelle verschiedene denkbare Maßnahmen auf (z. B. Klage vor dem Gerichtshof der EU). Des Weiteren werden die Handlungsmöglichkeiten des Bundestages näher umrissen (Ausübung seines Frage-, Debatten- und Entschließungsrechts, Subsidiaritätsklage, Enquêterecht und Misstrauensvotum).

76 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 165 – OMT II.

77 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 167 – OMT II.

78 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 168 ff. – OMT II.

79 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621. 2bvr272813, Rn. 163 – OMT II.

Liegt somit regelmäßig ein Akt der deutschen öffentlichen Gewalt als möglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde vor, entfällt das Bedürfnis nach einer direkten Überprüfung von Unionsrecht. Mangels *planwidriger Regelungslücke* sind auch die Voraussetzungen für eine Analogie nicht gegeben. Dies gilt parallel für andere Verfahrensarten wie die abstrakte oder konkrete Normenkontrolle.

Dessen ungeachtet sind aber Konstellationen denkbar, in denen ein angreifbares Handeln oder Unterlassen deutscher öffentlicher Gewalt schwerlich in Betracht kommt.<sup>80</sup> Dies gilt etwa dann, wenn es dem Einzelnen unzumutbar ist, vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde gegen eine sanktionsbewehrte Handlungs- oder Unterlassungspflicht aus einer EU-Verordnung zu verstoßen, um eine klagefähige nationale (Sanktions-)Maßnahme hervorzurufen. Zu denken ist überdies an Konstellationen, in denen nationale Gerichte mit behördlichen Vollzugsakten auf Grundlage einer EU-Verordnung befasst sind und Letztere für nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlagebedürftig halten. Wollte man den jeweiligen supranationalen Akt in diesen Fallgestaltungen nicht als tauglichen Beschwerde- bzw. Vorlagegegenstand erachten, entstünden Schutzlücken.<sup>81</sup> Da diese schwerlich hinnehmbar sind, spricht viel dafür, die knappen Aussagen im Urteil vom 21. 6. 2016<sup>82</sup> zwar als Klarstellung der skizzierten Grundsätze zu begreifen, ohne Ausnahmen hiervon aber apodiktisch auszuschließen.

#### b) Fraktion im Organstreitverfahren

Mit Blick auf den Antrag im Organstreitverfahren bestätigt das BVerfG seine – durchaus umstrittene<sup>83</sup> – jüngere Rechtsprechung, wonach eine Fraktion Rechte und Pflichten des Bundestags auch gegenüber dem Parlament selbst in Prozessstandschaft geltend machen kann.<sup>84</sup> Hierfür lässt sich immerhin mit dem Zweiten Senat anführen, dass die in § 64 BVerfGG geregelte Prozessstandschaft auch ein Instrument des Minderheitenschutzes darstellt. Sollte es nach zukünftigen Wahlen zur Bildung einer europakritischen Fraktion im Bundestag kommen, könnte dieser Aspekt noch besondere praktische Bedeutung erlangen.

#### c) Reichweite der Vorlagepflicht

Zu begrüßen ist es schließlich, wenn der Zweite Senat, anknüpfend an seinen Beschluss zum Europäischen Haftbefehl vom 15. 12. 2015<sup>85</sup> und in unausgesprochenem Kontrast zum Vorlagebeschluss vom 14. 1. 2014<sup>86</sup> eine Befassung des EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV auch im Vorfeld der Aktivierung des *Identitätsvorbehalts* fordert.<sup>87</sup> Als interpretationsbedürftig erweist sich insoweit allerdings, wie der Einschub „soweit erforderlich“ zu verstehen ist.<sup>88</sup> Handelt es sich lediglich um einen unproblematischen Verweis auf die entsprechende Zulässigkeitsvoraussetzung im Rahmen von Art. 267 AEUV oder um eine bedenkliche „Hintertür“ des BVerfG? Für das letztgenannte Verständnis streitet einerseits der Umstand, dass die in Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV adressierte Entscheidungserheblichkeit der Vorlage bei drohender Aktivierung des Identitätsvorbehalts stets gegeben sein wird. Andererseits spricht für die erstgenannte Deutung der explizite Rekurs des Zweiten Senats auf den Verfassungsgrundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.<sup>89</sup> In einem von wechselseitiger Loyalität und Dialog geprägten Kooperationsverhältnis muss der EuGH die Gelegenheit zur Konfliktschärfung erhalten, bevor das BVerfG seine souveränitätswahrende Letztentscheidungs-

befugnis ausübt.<sup>90</sup> Gestützt wird diese Einschätzung zudem durch die vom Zweiten Senat vorgenommene Gleichsetzung von Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle.<sup>91</sup> Für den Ultra-vires-Vorbehalt ist eine Vorlagepflicht vor Aktivierung anerkannt,<sup>92</sup> so dass für den Identitätsvorbehalt nichts anderes gelten dürfte.<sup>93</sup>

Vom Kooperationsverhältnis der Gerichte geprägt ist schließlich auch die explizite Bestätigung der grundsätzlichen Bindung des BVerfG an die Auslegung des EuGH.<sup>94</sup> Hierin spiegelt sich der *relative Anwendungsvorrang*<sup>95</sup> des Unionsrechts wider, dem sich *allein* der Kern des Grundgesetzes (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 und Art. 20 GG) entzieht.<sup>96</sup>

### V. Fazit

Bedingt durch den Umstand, dass sich die makroökonomische Einflussnahme im Zusammenhang mit dem OMT-Programm auf die Pressemitteilung vom 6. 9. 2012 beschränkte,

80 Eingehend zum Folgenden: *Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 170.

81 *Ibid.*

82 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 97 ff. – OMT II.

83 Statt vieler: *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 93 Rn. 49: „unzulässige[r] Insihprozess(...)“; dem BVerfG zustimmend aber z. B. *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2015, Rn. 382a.

84 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 106 – OMT II, unter Verweis auf BVerfG 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, ECLI: DE: BVerfG:2009:es20090630.2bve000208, BVerfGE 123, 267 (338 f.) – Lissabon; BVerfG, 12. 9. 2012 – 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12 und 2 BvR 6/12, ECLI:DE:BVerfG:2012:rs20120912.2bvr139012, BVerfGE 132, 195 (247) – ESM; BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813, BVerfGE 134, 366 (397) – OMT I.

85 BVerfG 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514, Rn. 46, s. ferner Rn. 125 – Europäischer Haftbefehl II.

86 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813, BVerfGE 134, 366 (418 f., s. aber auch 384 f.) – OMT I; kritisch hierzu *Calliess*, Staatsrecht III, 2014, S. 333; *Dederer*, JZ 2014, 313 (320); *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (542); *Mayer*, EuR 2014, 473 (496).

87 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 154 ff. – OMT II.

88 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 154, 156 – OMT II; s. auch schon BVerfG 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514, Rn. 46 – Europäischer Haftbefehl II.

89 *Ibid.*

90 *Ludwigs*, in: Hender/Ibler/Martínez (Hrsg.), Herausforderungen an die Kompetenzordnung der EU, 2015, S. 27 (44).

91 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 156 – OMT II; ebenso bereits BVerfG 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514, Rn. 46 – Europäischer Haftbefehl II.

92 Grundlegend BVerfG 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208, BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon; *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (126); *Ruffert*, DVBl. 2009, 1197 (1205).

93 Bedingt durch das Postulat der Vereinheitlichung der Kontrollvorbehalte (unter IV. 2. a) hat dies entsprechend für die Grundrechtskontrolle zu gelten; so bereits *Dederer*, JZ 2014, 313 (319) m. w. N.

94 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 175, 176 ff. – OMT II; zuvor bereits BVerfG, 8. 6. 1977 – 2 BvR 499/74, 2 BvR 1042/75, BVerfGE 45, 142 (162) – Rückwirkende Verordnungen; BVerfG, 25. 7. 1979 – 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 187 (201) – Vielleicht-Beschluss.

95 *Kahl*, in: ders./Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Stand: Juli 2016, Art. 1 Abs. 3, Rn. 106.

96 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 115 – OMT II widerstreitet im Umkehrschluss der Ansicht (*Dederer*, JZ 2014, 313 [315 ff.]; *Herdegen*, Europarecht, 17. Aufl. 2015, § 10, Rn. 21) wonach die *Struktursicherungsklausel* des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG ebenfalls integrationsfest sei; vgl. hierzu auch *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (123) m. w. N.

lag der Fokus nachfolgend auf der juristischen Problemanalyse. Diese offenbarte zahlreiche unions- wie verfassungsrechtliche Problemfelder und gipfelte schließlich im erstmaligen direkten Dialog von BVerfG und EuGH. Im Schlusswort vom 21. 6. 2016 besannen sich die Karlsruher Richter auf das Kooperationsverhältnis zu ihren Luxemburger Kollegen und stimmten diesen im Ergebnis zu. Zu diesem begrüßenswerten Votum konnte der Zweite Senat allerdings nur über eine Relativierung seiner Postulate aus dem Vorlagebeschluss gelangen. Der Umgang mit den fortbestehenden Divergenzen entbehrt dabei hinreichender Transparenz, was Anlass für Kritik bietet.

Ungeachtet dessen stellt die ausführliche Begründung der Entscheidung einen Meilenstein in der dogmatischen Fundierung des Verhältnisses von nationalem Recht und Unionsrecht dar. Zum einen versetzt die überzeugende Fortentwicklung des Ultra-vires-Vorbehalts den einzelnen Bürger in die Lage, seinen „Anspruch auf Demokratie“ gegenüber

den durch „Einflussknicke“<sup>97</sup> geprägten Strukturen der EU effektiv durchzusetzen, ohne die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes preiszugeben. Zum anderen enthält das Urteil auch in prozessualer Hinsicht wertvolle Hinweise, die einen Beitrag zur bruchlosen Einpassung der Kontrollvorbehalte-Judikatur in das verfassungsrechtliche Rechtssystem leisten.

Bei einer Gesamtwürdigung ist daher dem Präsidenten des BVerfG und Vorsitzenden des Zweiten Senats *Andreas Voßkuhle* beizupflichten, wenn dieser bei der Urteilsverkündung am 21. 6. 2016 konstatierte, dass das „gemeinsame Ringen [der Gerichte] um das Recht“ dazu geführt habe, dass die „europäische Rechtsgemeinschaft (...) aus diesem Verfahren gestärkt hervorgegangen [ist]“.

97 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, Rn. 131, 161 – OMT II m. w. N.

## Rechtsprechung der EU-Gerichte

■ **OMT-Programm der EZB: Kein Verstoß gegen Art. 38, Art. 20 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG, wenn die Maßgaben des EuGH eingehalten werden – Grundsatzbeschluss nicht „offensichtlich“ ultra vires**

BVerfG (3. Kammer), Urteil vom 21. 6. 2016 – Rs. 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvR 13/13

### Tenor

**1. Zur Sicherung seiner demokratischen Einflussmöglichkeiten im Prozess der europäischen Integration hat der Bürger grundsätzlich ein Recht darauf, dass eine Übertragung von Hoheitsrechten nur in den vom Grundgesetz dafür vorgesehenen Formen der Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3, Art. 79 Abs. 2 GG erfolgt.**

**2. Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, die ultra vires ergehen, verletzen das im Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG niedergelegte Integrationsprogramm und damit zugleich den Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG). Der Abwendung derartiger Rechtsverletzungen dient das Institut der Ultra-vires-Kontrolle.**

**3. Die Verfassungsorgane trifft aufgrund der ihnen obliegenden Integrationsverantwortung die Verpflichtung, Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, die eine Identitätsverletzung bewirken oder einen Ultra-vires-Akt darstellen, entgegenzutreten.**

**4. Die Deutsche Bundesbank darf sich an einer künftigen Durchführung des OMT-Programms nur beteiligen, wenn und soweit die vom Gerichtshof der Europäischen Union aufgestellten Maßgaben erfüllt sind, das heißt wenn**

- das Volumen der Ankäufe im Voraus begrenzt ist,
- zwischen der Emission eines Schuldtitels und seinem Ankauf durch das ESZB eine im Voraus festgelegte Mindest-

**frist liegt, die verhindert, dass die Emissionsbedingungen verfälscht werden,**

– **nur Schuldtitel von Mitgliedstaaten erworben werden, die einen ihre Finanzierung ermöglichenden Zugang zum Anleihemarkt haben,**

– **die erworbenen Schuldtitel nur ausnahmsweise bis zur Endfälligkeit gehalten werden und**

– **die Ankäufe begrenzt oder eingestellt werden und erworbene Schuldtitel wieder dem Markt zugeführt werden, wenn eine Fortsetzung der Intervention nicht erforderlich ist.**

ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813

GG Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3, Art. 79 Abs. 2

### Pressemitteilung

Das Unterlassen von Bundesregierung und Bundestag in Ansehung des Grundsatzbeschlusses der Europäischen Zentralbank vom 6. 9. 2012 über das OMT-Programm geeignete Maßnahmen zu dessen Aufhebung oder Begrenzung zu ergreifen, verletzt die Beschwerdeführer nicht in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG, wenn die vom Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 16. 6. 2015 (C-62/14) formulierten, die Reichweite des OMT-Programms begrenzenden Maßgaben eingehalten werden. Unter diesen Voraussetzungen beeinträchtigt das OMT-Programm gegenwärtig auch nicht die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages. Dies hat der Zweite Senat des BVerfG mit dem am 21. 6. 2016 verkündetem Urteil entschieden. Der Grundsatzbeschluss über das OMT-Programm bewegt sich in der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung nicht „offensichtlich“ außerhalb der der Europäischen Zentralbank zugewiesenen Kompetenzen. Zudem birgt das OMT-Programm in der durch den Gerichtshof vorgenommenen Auslegung kein verfassungsrechtlich relevantes Risiko für das Budgetrecht des Deutschen Bundestages.