

Schriften zum Europäischen Recht

Band 121

**Schutzpflichten der Mitgliedstaaten
für die Grundfreiheiten des EG-Vertrags
unter besonderer Berücksichtigung
des Grundrechtsschutzes
in der Gemeinschaft**

Von

Claudia Stachel



Duncker & Humblot · Berlin

CLAUDIA STACHEL

**Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten
des EG-Vertrags unter besonderer Berücksichtigung
des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft**

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera und Detlef Merten

Band 121

Schutzpflichten der Mitgliedstaaten
für die Grundfreiheiten des EG-Vertrags
unter besonderer Berücksichtigung
des Grundrechtsschutzes
in der Gemeinschaft

Von

Claudia Stachel



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs-
und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort

Die Juristische Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg
hat diese Arbeit im Wintersemester 2005
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 3-428-12183-X
978-3-428-12183-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Sie behandelt ein sehr vielgestaltiges Thema aus dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, das – angesichts der allgemeinen Tendenz, die Unionsbürger als direkte Adressaten der ursprünglich staatsgerichteten Grundrechte und Grundfreiheiten anzusehen – auch in den nächsten Jahren der fortschreitenden Integration von Bedeutung sein wird. Das Thema der staatlichen Schutzpflichten für die Grundfreiheiten verlangt eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit den Funktionen und der Bedeutung von Grundfreiheiten und Grundrechten in der Europäischen Wirtschaftsverfassung, ihrem Verhältnis zueinander und mit der Frage, ob und wie sich die Schutzpflichten in das System des Europäischen Wettbewerbsrechts einordnen lassen.

Ich möchte allen danken, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit mit Wort und Tat unterstützt haben und mir die Zeit in Würzburg lebenswert gemacht haben. Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Eckhard Pache, an dessen Lehrstuhl ich während der Erstellung dieser Arbeit tätig war und dem ich vielfältige inhaltliche Anregungen verdanke, meinem Würzburger Doktorandenkolloquium, darunter vor allem Joachim Bielitz, das mich durch zahlreiche interessante Diskussionen beflügelt und ermutigt hat, und nicht zuletzt meinen Eltern, die an meiner Arbeit großes Interesse gezeigt haben und mich bei ihrer Korrektur tatkräftig unterstützt haben.

Stuttgart, im Juli 2006

Claudia Stachel

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Gang der Untersuchung	13
--	----

Erster Teil

Begriff der Schutzpflichten und seine Abgrenzung zu ähnlichen Funktionen der Grundfreiheiten	16
---	----

A. Begriff der Schutzpflichten	16
--------------------------------------	----

B. Abgrenzung zu Teilhabe- und Verfahrensrechten	17
--	----

I. Teilhaberechte	17
-------------------------	----

II. Verfahrensrechte	19
----------------------------	----

Zweiter Teil

Kurzer Überblick über Schutzpflichten in anderen Rechtsordnungen	20
---	----

A. Deutschland	20
----------------------	----

B. Andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union	23
--	----

C. EMRK	25
---------------	----

D. Schutzpflichten im universellen Völkerrecht	27
--	----

E. Zusammenfassung	29
--------------------------	----

Dritter Teil

Bedürfnis für die Herleitung von Schutzpflichten	30
---	----

A. Das Binnenmarktziel und die Bedeutung des Verhaltens Privater im Binnenmarkt ...	30
---	----

I. Die Wirtschaftsordnung der EG	30
--	----

II. Das Verhalten Privater im Binnenmarkt	33
---	----

III. Die Verordnung 2679/98/EG	35
--------------------------------------	----

B. Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten	37
I. Unmittelbare Verpflichtungen der Unionsbürger durch Gemeinschaftsrecht	37
II. Rechtsprechung des EuGH zu einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten	38
III. Die unmittelbare Drittwirkung im System des EG-Vertrags	40
1. Wortlaut des EG-Vertrags	40
2. Historisch	42
3. Systematische Auslegung	43
a) Die Rechtfertigungsgründe	44
b) Das Wettbewerbsrecht	46
aa) Das Wettbewerbsrecht als Ausnahme vom Prinzip der Selbstregulierung	46
bb) Übertragung des Spürbarkeitskriteriums auf die Drittwirkungsfälle ...	48
4. Teleologische Auslegung	49
5. Ausnahmen für intermediäre Gewalten?	55
a) Übertragung von Hoheitsaufgaben	55
b) Public Private Partnerships	58
6. Zusammenfassung	59
IV. Verhältnis zwischen Drittwirkung und Schutzpflicht	60
1. Das „Drei- Ebenen-Modell“ von Alexy	60
2. Doppelbindung	61
V. Gegenüberstellung von unmittelbarer Drittwirkung und Schutzpflichten	64
C. Abwehrrechtliche Lösung	67
D. Das Wettbewerbsrecht als Ausdruck eines bewussten Regulierungsverzichts	69
I. Vollständige Erfassung von Störungen des Binnenmarktes durch Privatpersonen?	69
II. Verhältnis zwischen Schutzpflichten und Wettbewerbsrecht	72

Vierter Teil

Dogmatische Herleitung der Schutzpflichten 77

A. Die Rechtsprechung des EuGH zu den Schutzpflichten	77
B. Wortlautinterpretation	79
I. Der Wortlaut der Grundfreiheiten	79
II. Der Wortlaut der Bestimmungen über die Vertragsziele der Gemeinschaft	81
C. Systematische Betrachtung	82
I. Die Pflichten der Mitgliedstaaten aus Art. 10 EGV	82
II. Sonstige Vorschriften des EG-Vertrags	87
D. Teleologische Erwägungen	88
I. Die Notwendigkeit der effektiven Verwirklichung der Vertragsziele	89
II. Die Grenzen der dynamischen Auslegung	92
III. Die objektive Wirkung der Grundfreiheiten	94
IV. Das den Grundfreiheiten übergeordnete Binnenmarktziel	95
E. Schutzpflichten für alle Grundfreiheiten des EG-Vertrags?	96
F. Zusammenfassung	97

Fünfter Teil

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Schutzpflicht 98

A. Grundfreiheiten als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote	98
B. Das Problem des weiten Tatbestandes der Grundfreiheiten in ihrer negatorischen Funktion	100
C. Bestimmung des schutzpflichtauslösenden Tatbestandes	102
I. Rechtsprechung des EuGH	103
II. Probleme des weiten Beschränkungsverbotes bei den Schutzpflichten	104

III. Versuch der Beschränkung des Tatbestandes	107
1. Ziel der Beschränkung vor dem Hintergrund der Wirtschaftsverfassung der EG	107
a) Verständnis der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte	110
b) Ansätze im Schrifttum	112
c) Vornahme einer Einschränkung auf der Grundlage des Meinungsspektrums	113
d) Auswirkung auf die Schutzpflichten	114
2. Weitere Möglichkeiten zur Begrenzung des Tatbestandes	117
a) Kriterium der Rechtswidrigkeit	117
b) Berücksichtigung der Grundrechte auf der Tatbestandsebene	118
c) Das Erfordernis eines Ereignisses	121
d) Das Unterlassen privater Marktteilnehmer	122
e) Eingriffe in den institutionellen Kern der Privatautonomie	123
f) Spürbarkeitskriterium	125
aa) Spürbarkeitskriterium zur Vermeidung eines Wertungswiderspruches?	126
bb) Das Spürbarkeitskriterium als sachgerechte Tatbestandsbeschränkung	127
3. Stellungnahme	130
D. Gefahrenquellen	133
I. Ausschluss des Staates als Urheber der Beeinträchtigung	133
II. Gemeinschaftsrechtlich determinierte Abgrenzung	134
1. Nicht hoheitliches Handeln von Staatsorganen	135
2. Dem Staat zurechenbare Maßnahmen aufgrund seiner Einflussnahme	136
3. Vom Staat Beliehene und intermediäre Gewalten	137
4. Maßnahmen Privater, die sich auf mitgliedstaatliches Zivilrecht stützen	138
5. Hoheitliche Genehmigungen	140
6. Subventionen und andere staatliche Begünstigungen	142
III. Zusammenfassung	142

IV. Störungen durch andere Ursachen	143
1. Schutzpflichten auch bei anderen als von Personen hervorgerufenen Störungen?	143
2. Natürliche Ursachen	145
3. Störungen durch Drittstaaten	147
4. Störungen anderer Mitgliedstaaten	149
E. Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung	150
I. Gefahrenbegriff im deutschen Recht	151
II. Möglicher Gefahrenbegriff im Gemeinschaftsrecht	152
1. Schutzpflichten im Vorfeld eines Schadenseintritts	152
2. Wahrscheinlichkeitsgrad	153

Sechster Teil

Die Rechtsfolgen der Schutzpflichten 156

A. Adressaten der Schutzpflichten	156
I. Die Mitgliedstaaten als alleinige Adressaten der Grundfreiheiten	156
II. Die Adressaten der Schutzpflichten innerhalb des Gefüges der Gewaltenteilung	158
B. Inhalt und Reichweite der Schutzpflichten	159
I. Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten	159
1. Entschließungsermessen	161
2. Auswahlermessen	162
a) Weites Auswahlermessen der Mitgliedstaaten	162
b) Kontrolldichte des EuGH	164
II. Allgemeine Erwägungen zum möglichen Inhalt der Schutzpflichten	165
1. Schutz durch Eingriff	167
2. Bestehen einer Erfolgspflicht?	168

*Siebter Teil***Die Rechtfertigung von Schutzpflichtverletzungen** 170

A. Geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	170
B. Rechtfertigung und staatliches Unterlassen	171
I. Grundrechte als Rechtfertigungsgrund	173
1. Einordnung des Grundrechtsschutzes in die bestehende Dogmatik	174
2. Nationale Grundrechte oder europäische Grundrechte?	175
a) Begriff und Geltungsgrund der europäischen Grundrechte	176
b) Unterschiedliche Gewährleistungsgehalte europäischer und nationaler Grundrechte	177
c) Ansicht des EuGH	178
d) Die verschiedenen Auffassungen im Schrifttum	179
e) Die Verordnung 2679/98/EG über das Funktionieren des Binnenmarktes	181
f) Gemeinschaftsrechtliche Determinierung der Ausnahmeklauseln	181
g) Gewährleistungsgehalte von Grundrechten und Grundfreiheiten	182
aa) Grundfreiheiten als Grundrechte?	183
(1) Ähnliche Dogmatik und Bedeutung in der Gemeinschaftsrechtsordnung	184
(2) Grundfreiheiten als institutionelle Gewährleistung	185
(3) Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte	186
(4) Überschneidungen ihrer Gewährleistungsgehalte	188
bb) Rangverhältnis	188
(1) Auffassungen im Schrifttum	189
(2) Rangverhältnis nach der Rechtsprechung des EuGH	191
(3) Schaffung eines Ausgleichs im Rahmen von Schutzpflichten	194
II. Andere Rechtfertigungsmöglichkeiten	197
1. Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	197
2. Schadenskompensation	199
3. Schutzmaßnahmen nach Art. 297 EGV	199
4. Vertragsverstöße anderer Mitgliedstaaten	200

Inhaltsverzeichnis	11
--------------------	----

Achter Teil

Rechtsschutz	201
---------------------	-----

A. Subjektives Recht auf Wahrnehmung der Schutzpflichten?	201
---	-----

B. Prozessuale Geltendmachung	203
-------------------------------------	-----

I. Anspruch auf Vornahme einer Schutzhandlung	203
---	-----

II. Staatshaftung	203
-------------------------	-----

III. Vertragsverletzungsverfahren	207
---	-----

Zusammenfassung und Ausblick	209
---	-----

Literaturverzeichnis	213
-----------------------------------	-----

Sachverzeichnis	236
------------------------------	-----

* * *

Benutzungshinweis: Wegen der in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen wird auf das „Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache“ von Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia, 5. Aufl., Berlin 2003, Bezug genommen.

Einleitung und Gang der Untersuchung

Eines der Hauptanliegen der Europäischen Gemeinschaft ist die Errichtung und Erhaltung eines Binnenmarktes, dessen wesentlicher Bestandteil die Gewährleistung der Grundfreiheiten ist. Im Mittelpunkt der Bestrebungen zu seiner Entwicklung steht seit jeher der Abbau der in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Handelshemmnisse staatlichen Ursprungs, während den durch nicht-staatliche Akteure verursachten Hindernisse zunächst keine große Bedeutung beigemessen wurde. Die Grundfreiheiten werden im Grundsatz als allein an die Mitgliedstaaten adressierte Verbotsnormen angesehen, die auf den Abbau bestehender und auf die Unterlassung der Errichtung neuer Hindernisse gerichtet sind. Das Gemeinschaftsrecht kennt eine ausdrückliche Bindung Privater nur im Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts, das in erster Linie Unternehmen mit großen Marktanteilen erfasst, die mit erheblichen Auswirkungen auf den Binnenmarkt Wettbewerbsbeeinträchtigungen hervorrufen. Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft wird aufgrund der Existenz der Wettbewerbsregeln und des Fehlens anderer Private unmittelbar verpflichtender Vorschriften als eine marktwirtschaftlich geprägte Wettbewerbsordnung angesehen, die auf den freien Wettbewerb als das primäre Instrument zur Steuerung der Wirtschaftsabläufe setzt¹. Das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht stellt insoweit eine Ausnahme dar, da es steuernd in die Wirtschaftsabläufe eingreift und in diesem Bereich nicht auf die Selbstregulierungskräfte des Binnenmarktes vertraut. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein Bedürfnis für Schutzpflichten schon deshalb zu verneinen ist, weil das Wettbewerbsrecht schon Handlungen Privater erfasst, die den Zielen des EG-Vertrags zuwiderlaufen und insoweit abschließend sein könnte.

Im Zuge der fortschreitenden Integration wurde deutlich, dass nicht alleine die Mitgliedstaaten für Handelsbarrieren verantwortlich sind, sondern dass auch Privatpersonen erhebliche Störungen der grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeiten auf dem Binnenmarkt verursachen können. Gerade die seit Jahren anhaltende Diskussion um die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten und die Rechtsprechung des EuGH zu den Schutzpflichten zeugt davon, dass in bestimmten Fällen ein Bedürfnis dafür besteht, dem Verhalten von Privatpersonen auf dem Binnenmarkt Grenzen zu setzen. Der EuGH nahm bis vor etwa fünf Jahren in aller Regel nur eine direkte Bindung von Organisationen an, die aufgrund ihrer Macht zur Rechtsetzung staatsähnlich auftreten, hat diese Bindung aber mittlerweile auf andere Private ausgedehnt², ohne dass gegenwärtig feststeht, wie sich seine Recht-

¹ Zur Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft Dritter Teil, A I.

² Vgl. EuGH, Slg. 2000, I-4139, Rn. 36 – *Angonese*.

sprechung in dieser Hinsicht weiterentwickeln wird. Im Grundsatz bestehen drei verschiedene Möglichkeiten, auf Hemmnisse des Binnenmarktes durch Private zu reagieren: Sie hinzunehmen, die Privaten selbst als Adressaten der Grundfreiheiten anzusehen oder von den Mitgliedstaaten zu verlangen, sich diesen Hindernissen entgegenzustellen. In diesem Fall sind die Grundfreiheiten in ihrer Funktion als Schutzpflichten einschlägig. Alle drei Möglichkeiten sind auf dem Binnenmarkt gegenwärtig zu finden, ohne dass sich bisher eine kohärente Lösung für das Problem der nicht-staatlich verursachten Störungen des Binnenmarktes gefunden hätte oder Klarheit darüber bestehen würde, in welchen Fällen welcher der Lösungsansätze heranzuziehen ist.

Die Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die europäischen Grundfreiheiten stellen eine relativ neue rechtliche Dimension der Grundfreiheiten dar, die erst in den letzten Jahren durch die Rechtsprechung des EuGH Anerkennung gefunden hat. Die Schutzpflichten sind ein weiterer Baustein in der sich entwickelnden Dogmatik der Grundfreiheiten und vermögen es unter Umständen, bestehende Lücken in vom EG-Vertrag nicht explizit erfassten Fällen von Beeinträchtigungen des Binnenmarktes zu schließen. Schutzpflichten sind zwar schon aus dem deutschen Recht und aus anderen Rechtsordnungen für Grund- und Menschenrechte bekannt, jedoch kann die Schutzpflichtdogmatik aus anderen Rechtsordnungen nicht ohne weiteres auf das Gemeinschaftsrecht übertragen werden. Es besteht sonst die Gefahr einer unreflektierten Übernahme rechtlicher Erwägungen, die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen oder dem System des EG-Vertrags widersprechen. Andererseits können die aus anderen Rechtsordnungen gewonnenen Ergebnisse der Untersuchungen zu den Schutzpflichten zu einem Erkenntnisgewinn führen und möglicherweise in einigen Fällen auf das Gemeinschaftsrecht übertragen werden.

Die vorliegende Untersuchung hat zum Ziel, einen Beitrag zu der Entwicklung einer Dogmatik der Schutzpflichten im Gemeinschaftsrecht zu leisten, da auch nach der Rechtsprechung des EuGH und den überwiegend zustimmenden Äußerungen im Schrifttum im Hinblick auf die Annahme von Schutzpflichten die Aufgabe bestehen bleibt, sie dogmatisch klar zu begründen, ihre Inhalte und Reichweite festzustellen und sie in das Gefüge des bestehenden Rechtes einzuordnen. Eine zentrale Fragestellung dieser Untersuchung ist, ob es überhaupt ein Bedürfnis für die Annahme staatlicher Schutzpflichten gibt, da möglicherweise im EG-Vertrag ausreichende Rechtsinstrumente vorhanden sind, den Störungen des Binnenmarktes durch Privatpersonen Einhalt zu gebieten. Es soll daher untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen Private schon selbst im Wege einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten zu ihrer Beachtung verpflichtet werden können. Es soll auch geklärt werden, ob sich die Problematik der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten durch die Annahme von Schutzpflichten als weiterer Dimension der Grundfreiheiten verändert darstellt und wie sich diese beiden unterschiedlichen Möglichkeiten der Reaktion auf nicht-staatlich verursachte Binnenmarktstörungen zueinander verhalten. Im Schrifttum wird teil-

weise vertreten, dass nach dem ersten Urteil des EuGH zu den Schutzpflichten in der Rechtssache *Kommission/Frankreich*³ eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten als obsolet anzusehen sei, und dass einschlägige Probleme nunmehr ausschließlich anhand der Schutzpflichten zu lösen seien⁴.

Im Anschluss an diese Überlegungen soll untersucht werden, ob und wie sich Schutzpflichten dem EG-Vertrag entnehmen lassen und unter welchen Voraussetzungen die Mitgliedstaaten aus einer Schutzpflicht für die Grundfreiheiten zum Einschreiten *verpflichtet* werden können. Bislang ist nicht geklärt, welche Verhaltensweisen der Privaten der Selbstregulierung des Marktes überlassen bleiben sollten oder müssen und welche nach einem Einschreiten der Mitgliedstaaten verlangen. Nicht jede Beeinträchtigung des Binnenmarktes kann eine Schutzpflicht der Mitgliedstaaten nach sich ziehen, da die grenzüberschreitende Privatautonomie und der freie Wettbewerb das Wesen des Binnenmarktes ausmachen. Wenn man zu großzügig Schutzpflichten annimmt, besteht außerdem die Gefahr einer ausufernden Pflichtenstellung der Mitgliedstaaten, die mit einer Verschiebung der vertikalen Kompetenzordnung einhergeht.

Im nächsten Kapitel wird der Frage nachgegangen, welchen Inhalt die Schutzpflichten im Allgemeinen haben und wie weit dabei die Ermessensspielräume der Mitgliedstaaten gezogen werden. Dem schließt sich die Frage an, unter welchen Voraussetzungen die Mitgliedstaaten ihre Untätigkeit oder die unzureichende Erfüllung der Schutzpflichten rechtfertigen können. Da sie zur Erfüllung von Schutzpflichten häufig in Grundrechte der Störer eingreifen müssen, werden die Mitgliedstaaten sich zu ihrer Rechtfertigung regelmäßig darauf berufen, dass sie aufgrund ihrer Pflicht zur Wahrung der Grundrechte nicht die von ihnen verlangten Maßnahmen treffen konnten. In diesem Zusammenhang wird der Frage nachgegangen, ob es sich dabei um nationale oder europäische Grundrechte handelt und welche Bedeutung der Grundrechtsschutz in der Gemeinschaft vor dem Hintergrund hat, dass die Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Durchsetzung verlangen und der EuGH bislang nicht als sehr grundrechtsfreundlich angesehen wurde. Schließlich sollen auch alle weiteren möglichen Rechtfertigungsgründe betrachtet werden, die im Falle der Nichtvornahme der geforderten Schutzhandlungen in Frage kommen.

Abschließend soll untersucht werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen der Einzelne gegen den Staat ein subjektives Recht auf ein Einschreiten gegen einen anderen Bürger hat und welche Möglichkeiten es zur prozessualen Durchsetzung der Schutzpflichten gibt.

³ EuGH, Slg. 1997, I-6959 – *Kommission/Frankreich*.

⁴ *Kluth*, AöR 122 (1997), 557 (581); *Burgi*, EWS 1999, 327 (330); *Hirsch*, ZEuS 1999, 503 (508); *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 468 (469); *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten, S. 35.