

Innerstaatliche Anwendung und Drittwirkung der Grundfreiheiten?

– Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 6.6.2000, Roman Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, Rs. C-281/98 –

Von Torsten Körber, Göttingen

A. Einleitung

Den Grundfreiheiten des EG-Vertrages (Art. 28 ff. EG) kommt eine überragende Rolle für Errichtung und Funktionieren des Europäischen Binnenmarktes zu. Als spezielle Diskriminierungsverbote und Freiheitsgarantien öffnen sie die nationalen Märkte für den *grenzüberschreitenden* Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital und halten sie insbesondere gegenüber Behinderungen offen, die aus der dezentralen Regelungszuständigkeit *der Mitgliedstaaten* resultieren.¹ Die Grundfreiheiten ermöglichen dadurch das Zusammenwachsen der nationalen Teilmärkte „von unten“ durch grenzüberschreitende Ausübung der Privatautonomie. Insoweit besteht bei aller Ungewißheit im Detail im Grundsatz Einigkeit. Dagegen ist nicht abschließend geklärt, ob und unter welchen Voraussetzungen die Grundfreiheiten auch auf die Beurteilung faktisch *rein innerstaatlicher Sachverhalte* einwirken können und ob sie private Marktteilnehmer nicht nur gegenüber staatlichen Handelsbeschränkungen schützen, sondern auch selbst im Sinne einer *unmittelbaren Drittwirkung* verpflichten. Eine aktuelle Entscheidung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EG (48 EGV)² bietet Anlaß, sich zu diesen Fragen zu äußern.

B. Sachverhalt und Problemstellung der Entscheidung Angonese

Gegenstand des Ausgangsfalles der Rechtssache Angonese war eine Stellenausschreibung einer privaten italienischen Bankgesellschaft in Bozen (Südtirol), die als Bedingung für die Zulassung zum Auswahlverfahren den Besitz einer öffentlichen Bescheinigung der Provinz Bozen über die deutsch-italienische Zweisprachigkeit (sog. „patentino“) festsetzte. Das „patentino“ wurde nur von der Verwaltung der Provinz Bozen nach Absolvierung einer nur dort viermal jährlich stattfindenden Prüfung ausgestellt. Die Prüfung bestand aus einem schriftlichen und einem mündlichen Teil, zwischen denen mindestens 30 Tage liegen mußten. In der Provinz Bozen wohnhafte Bürger erwarben das „patentino“ üblicherweise im Rahmen ihrer Schulausbildung. Herr Angonese, ein (nach Auffassung der dortigen Behörden ständig seit seiner Geburt) in der Provinz Bozen wohnhafter italienischer Stellenbewerber deutscher Muttersprache, der in Österreich studiert hatte, bewarb sich um die ausgeschriebene Stelle. Er wurde nicht zum Auswahlverfahren zugelassen, obwohl er perfekt deutsch und italienisch sprach, weil er nicht über das „patentino“ verfügte. Ein Erwerb des „patentino“ bis Ende der Ausschreibungsfrist war nicht mehr möglich. Daher ging Herr Angonese gerichtlich gegen die auf das „patentino“ abstellende Ausschreibungsbedingung

1 Jarass, FS-Everling, S. 593, 597; W.-H. Roth, EuR 1986, 340, 355.

2 Die Entscheidungsgründe folgen noch primär der alten Numerierung des EG-Vertrages in der Fassung vor Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages. Hier werden die Normen des EG-Vertrages nach der aktuellen Numerierung zitiert.

vor. Das Bezirksgericht Bozen legte dem EuGH die Frage vor, ob Art. 39 EG bzw. Art. 3 und 7 der Verordnung Nr. 1612/68³ der Anwendung dieser Bedingung entgegenstünden. Dieser Sachverhalt wirft vier Fragen auf. Problematisch sind *erstens* das Vorliegen einer Diskriminierung, *zweitens* die Anwendbarkeit der VO 1612/68 auf eine Ausschreibungsbedingung, *drittens* das Vorliegen einer hinreichenden Verbindung des Sachverhalts zum Gemeinschaftsrecht und *schließlich* und vor allem die Frage der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 39 EG. Die Ausführungen des EuGH zu den beiden letztgenannten Aspekten sind von grundsätzlicher Bedeutung. Vorab ist ein kurzes Streiflicht auf die beiden anderen Probleme zu werfen.

C. Zur Frage der materiellen Diskriminierung regionsfremder Bewerber

Der EuGH bejahte im vorliegenden Fall eine materiell diskriminierende Wirkung der (formell unterschiedslos anwendbaren) Ausschreibungsbedingung. Sie erschwere ausländischen Stellenbewerbern potentiell den Zugang zu der ausgeschriebenen Stelle oder mache ihn sogar unmöglich, weil das verlangte „patentino“ nur an bestimmten Terminen in Bozen erworben werden könne⁴ und weil keine sachliche Rechtfertigung dafür bestehe, gleichwertigen anderen Nachweisen die Anerkennung zu verweigern, sondern ausschließlich auf das „patentino“ abzustellen.⁵ Dadurch würden ausländische Bewerber gegenüber Südtirolern benachteiligt, welche mehrheitlich über ein „patentino“ verfügten.⁶ Den Umstand, daß die Regelung regionsfremde Italiener ebenso benachteiligte wie Ausländer, hielt der EuGH zu Recht für irrelevant.⁷ Eine Regelung, die Ausländer ungerechtfertigt gegenüber *bestimmten* Inländern benachteiligt, kann nicht deshalb der Kontrolle am Maßstab der Grundfreiheiten entgehen, weil sie andere Inländer ebenfalls diskriminiert. Die Entscheidung bewegt sich insoweit auf durch die vorausgehende Rechtsprechung vorgezeichneten Pfaden.⁸ Allerdings gehörte Herr Angonese als Südtiroler gerade nicht zu den materiell diskriminierten Personen. Daß der EuGH es gleichwohl nicht mit einem Hinweis auf diesen Umstand bewenden ließ, beruht auf einer Besonderheit des italienischen Rechts. Das vorliegende Gericht wies darauf hin, daß nach Art. 1418 und 1421 des italienischen Codice Civile (CC)⁹ eine Regelung allgemein (also auch Südtirolern und anderen Italienern gegenüber) nichtig sei, wenn sie potentiell die Rechte ausländischer Stellenbewerber aus Art. 39

3 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABIEG Nr. L 257 S. 2 (auch: Freizügigkeits-VO).

4 EuGH, 6.6.2000, Rs. C-281/98, Rz. 38 f. Angonese, abgedruckt in diesem Heft S. 926; vgl. insoweit schon EuGH, 21.12.1987, Rs. 379/87, Slg. 1989, 3967 Rz. 23 Groener.

5 EuGH Angonese (Fn. 4) Rz. 42 ff. Der EuGH zieht die Rechtfertigungsfrage also bereits in die Prüfung des Vorliegens einer Diskriminierung herein. Ähnlich bereits EuGH, 17.7.1963, Rs. 13/63, Slg. 1963, 337, 384 Italien/Kommission (Kühlschränke); EuGH, 17.6.1981, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625 Rz. 14 Kommission/Irland („foreign“); EuGH, 9.7.1992, Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431 Rz. 34 ff. Kommission/Belgien (Abfall).

6 EuGH Angonese (Fn. 4) Rz. 40. Dieser Hinweis des EuGH sollte mit Blick auf die Zufälligkeit von rein empirisch ermittelten Mehrheiten eher dahingehend verstanden werden, daß Südtiroler „typischerweise“ über ein „patentino“ verfügen, Regionsfremde dagegen nicht, vgl. zu diesem Interpretationsansatz etwa Jarass, EuR 1995, 202, 215; Lackhoff/Raczinski, EWS 1997, 109, 113.

7 EuGH Angonese (Fn. 4) Rz. 41.

8 Vgl. schon EuGH, 25.7.1991, verb. Rs. C-1 und C-176/90, Slg. 1991, I-4151Rz. 24 Aragonese.

9 Nach Art. 1418 CC ist ein Vertrag nichtig, wenn er zwingenden Vorschriften widerspricht. Nach Art. 1421 CC kann die Nichtigkeit von jedem, der ein berechtigtes Interesse daran hat, geltend gemacht und vom Gericht von Amts wegen wahrgenommen werden, vgl. Bauer, Italienisches Zivilgesetzbuch/Codice Civile, Zweisprachige Ausgabe, 2. Aufl. Bozen 1992.

EG verletze.¹⁰ Mit anderen Worten: Darauf, ob Herr Angonese selbst diskriminiert wurde, kam es nach der Vorlage nicht an. Es reichte aus, daß ein ausländischer Bewerber in seiner Position einer Diskriminierung ausgesetzt gewesen wäre.

D. Zur Anwendbarkeit der VO 1612/68 auf Ausschreibungsbedingungen

Die VO 1612/68 differenziert das in Art. 39 EG enthaltene Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit aus und ergänzt es (z.B. mit Blick auf die Rechte der Familienangehörigen). Art. 7 Abs. 4 der Verordnung erklärt in Anlehnung an den Wortlaut des Art. 39 Abs. 2 EG Bestimmungen in „Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung und allen übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen“ für nichtig, die ausländische Arbeitnehmer diskriminieren. Im Ergebnis kommt dem primärrechtlich in Art. 39 EG normierten Diskriminierungsverbot also – unbeschadet der Frage, ob sich diese Wirkung aus Art. 39 EG selbst oder erst im Zusammenspiel mit der VO 1612/68 ergibt – unzweifelhaft unmittelbare Drittwirkung zu. Dies relativiert die Relevanz der Drittwirkungsfrage für die Praxis allerdings nur, soweit der Anwendungsbereich der Verordnung reicht. Gegenstand der Rechtssache Angonese war unmittelbar weder ein Tarifvertrag noch ein Einzelarbeitsvertrag, sondern eine Ausschreibungsbedingung. Diese Bedingung diskriminierte zwar nach Auffassung des EuGH potentiell ausländische Arbeitnehmer. Doch erfolgte diese Diskriminierung bereits in der Vertragsanbahnungsphase. Nach seinem Sinn und Zweck hätte gleichwohl eine Anwendung des Art. 7 Abs. 4 der VO 1612/68 nahe gelegen, denn die Ausschreibungsbedingung regelte unzweifelhaft den Zugang zur Beschäftigung. Der EuGH sah dies anders. Er orientierte sich in seiner Entscheidung eng am Wortlaut der Verordnung und prüfte lediglich, ob die diskriminierende Ausschreibungsbedingung durch den geltenden Tarifvertrag vorgezeichnet war. Dies war nicht der Fall.¹¹ Der EuGH kam aufgrund dieser (unnötig engen) Auslegung des Art. 7 Abs. 4 zu dem Schluß, daß die VO 1612/68 nicht anwendbar und die Ausschreibungsbedingung daher allein an Art. 39 EG zu messen sei.¹²

E. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf rein innerstaatliche Sachverhalte?

I. Grundsätzliche Unanwendbarkeit

Die Grundfreiheiten dienen grundsätzlich nur dem Schutz des *grenzüberschreitenden* Verkehrs von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Personen. Arbeitnehmer können aus Art. 39 EG typischerweise das Recht ableiten, sich zur Aufnahme unselbständiger Tätigkeiten in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und diese Tätigkeit dort ohne Benachteiligung gegenüber den Angehörigen des Bestimmungslandes auszuüben.¹³ Dagegen fallen Sachverhalte, die keinerlei grenzüberschreitenden Bezug aufweisen, sondern sich allein inner-

10 Vgl. Schlußanträge des GA Fennelly zu EuGH *Angonese* (Fn. 4) Tz. 7. GA Fennelly selbst hielt dieses Argument für nicht stichhaltig, weil er die Frage, ob die Norm möglicherweise Ausländer diskriminiere, aufgrund des rein innerstaatlichen Charakters des Sachverhalts für rein hypothetisch erachtete (ebenda, Tz. 34).

11 EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 25 f. Der Tarifvertrag erlaubte es den Arbeitgebern lediglich, die Auswahl- und Einstellungsbedingungen festzulegen, ohne dafür inhaltliche Vorgaben zu treffen.

12 EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 28. Art. 3 Abs. 1 der VO 1612/68 war offensichtlich nicht einschlägig, weil sich diese Regelung nur auf staatliche Maßnahmen bezieht.

13 Dazu ausführlich *Wölker*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, 5. Aufl. 1997, Art. 48 EG Rz. 5 ff. (Zitierung im folgenden: GTE-Autor).

halb der Grenzen eines Mitgliedstaates abspielen und allein dessen Staatsangehörige betreffen, nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.¹⁴ Von dieser Rechtsprechung scheint der EuGH nun abzuweichen – allerdings nur auf den ersten Blick.

II. Faktisch rein innerstaatliche Natur des Sachverhalts der Entscheidung Angonese

Der Sachverhalt der Entscheidung Angonese ist in tatsächlicher Hinsicht nicht nur rein innerstaatlicher, sondern sogar rein regionaler Natur. Er spielt ausschließlich in der italienischen Provinz Bozen. Ein italienischer Staatsbürger mit Wohnsitz in der Provinz Bozen bewarb sich bei einer in der Provinz Bozen ansässigen Bank auf eine dort zu besetzende Stelle und wurde abgewiesen, weil ihm eine Bescheinigung der Verwaltung der Provinz Bozen fehlte. Das vorlegende Bezirksgericht erfaßte diese Fakten korrekt, sah aber gleichwohl einige möglicherweise grenzüberschreitende Elemente. *Erstens* hatte Herr Angonese in Wien studiert. *Zweitens* war die Anwendung der Ausschreibungsbedingung auf Stellenbewerber aus anderen EG-Mitgliedstaaten zwar nicht erfolgt, aber immerhin möglich. *Drittens* betonte das Gericht, daß sich auch Italiener nach Art. 1418 und 1421 CC auf die Nichtigkeit der Ausschreibungsbedingung berufen könnten, wenn sie potentiell die Rechte ausländischer Stellenbewerber aus Art. 39 EG verletze.¹⁵

III. Ausnahmsweise Geltung des Art. 39 EG für rein innerstaatliche Sachverhalte?

Aus dieser Vorlagefrage ergeben sich drei mögliche Anknüpfungspunkte für die Herstellung eines Bezugs des Sachverhalts zu Art. 39 EG: der Qualifikationserwerb im Ausland, die potentielle Anwendbarkeit der regional privilegierenden Regelung auf ausländische Stellenbewerber und die Bezugnahme des nationalen Rechts auf gemeinschaftsrechtliche Regelungen.

1. Qualifikationserwerb im Ausland

Nach ständiger Rechtsprechung kann es gegen die Personenverkehrsfreiheiten verstoßen, wenn ein Mitgliedstaat bei der Aufstellung von Berufszulassungs- oder -ausübungsvoraussetzungen die Berücksichtigung von im Ausland erworbenen Qualifikationen und Diplomen verweigert.¹⁶ Auch Inländer, die im EG-Ausland Qualifikationen oder Diplome erworben haben, können sich unter bestimmten Voraussetzungen auf den Schutz der Grundfreiheiten berufen.¹⁷ Ein solcher Fall des Qualifikationserwerbs im Ausland lag hier jedoch nicht vor. Herr Angonese hatte seine Kenntnis der Sprachen Deutsch und Italienisch nicht im Ausland, sondern als Südtiroler in täglicher Übung in seiner Heimatprovinz Bozen erworben. Zwar hatte er zwischenzeitlich in Wien studiert. Doch standen seine Studienfächer (Vermessungs-

14 Z.B. EuGH, 28.3.1979, Rs. 175/78, Slg. 1979, 1129 Rz. 11 *Saunders*; EuGH, 5.6.1997, verb. Rs. C-64 und C-65/96, Slg. 1997, I-3171 Rz. 16 *Uecker und Jacquet*; EuGH, 2.7.1998, verb. Rs. C-225 bis C-227/95, Slg. 1998, I-4239 Rz. 22 *Kapasakalis*.

15 Siehe dazu bereits oben bei Fn. 11.

16 Siehe etwa EuGH, 28.4.1977, Rs. 71/76, Slg. 1977, 765 *Thieffry*; EuGH, 7.5.1991, Rs. C-340/89, Slg. 1991, I-2357 *Vlassopoulou*; EuGH, 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 *Gebhard*.

17 EuGH, 7.2.1979, Rs. 115/78, Slg. 1979, 399 Rz. 24 *Knoors*; EuGH, 6.10.1981, Rs. 246/80, Slg. 1981, 2311 Rz. 20 *Broekmeulen*; EuGH, 21.12.1987, Rs. 379/87, Slg. 1989, 3967 Rz. 23 *Groener*; EuGH, 3.10.1990, Rs. C-61/89, Slg. 1990, I-3551 Rz. 11 *Bouchoucha*; EuGH, 31.3.1993, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663 Rz. 32 *Kraus*.

technik, Englisch, Slowenisch und Polnisch) weder in einem Zusammenhang mit der angestrebten Banktätigkeit noch mit den durch das „patentino“ nachzuweisenden Sprachkenntnissen. Die Auffassung der Kommission, nach der es als Verbindungselement zum Gemeinschaftsrecht ausreichen sollte, daß Herr Angonese über längere Zeit im EG-Ausland studiert hatte und nunmehr im unmittelbaren Anschluß daran eine Beschäftigung in Italien suchte,¹⁸ vermag angesichts des fehlenden sachlichen Zusammenhangs der Inhalte des Auslandsstudiums sowohl mit der angestrebten Berufstätigkeit als auch mit der angegriffenen Regelung nicht zu überzeugen.¹⁹ Ein Auslandsaufenthalt bzw. ein Wohnsitz im Ausland allein stellt noch nicht einmal dann einen hinreichenden Bezug des Sachverhalts zum Gemeinschaftsrecht her, wenn er im Zeitpunkt der möglichen Diskriminierung noch andauert.²⁰ Der Nachteil des Herrn Angonese gegenüber anderen italienischen Stellenbewerbern resultierte weder daraus, daß er im Ausland studiert hatte, noch aus der Nicht-Anerkennung eines ausländischen, dem „patentino“ vergleichbaren Diploms,²¹ sondern allein daraus, daß er zu der Minderheit der Südtiroler gehörte, die nicht über ein „patentino“ verfügten.

2. Regionale Privilegien

Regelungen, die ausschließlich den inländischen Wirtschaftsverkehr betreffen, fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Von diesem Grundsatz macht der EuGH aber eine Ausnahme in bezug auf Regelungen, die regionale Privilegien begründen. Eine aktuelle Entscheidung zur Warenverkehrsfreiheit verdeutlicht diesen Gesichtspunkt. Gegenstand der Rechtssache *Pistre* war die Auslegung des Art. 28 EG in bezug auf eine französische Norm, welche die Bezeichnung „montagne“ Produkten aus bestimmten Bergregionen Frankreichs vorbehält. In Frage stand die Anwendbarkeit dieser Regelung auf den Vertrieb regionsfremder französischer Waren durch einen französischen Händler.²² Gleichwohl erklärte der EuGH Art. 28 EG für einschlägig. Nach Auffassung des EuGH scheidet die Überprüfung einer Maßnahme am Maßstab des Art. 28 EG nicht schon daran, daß keines der Elemente des konkreten Falles über die Grenzen eines einzelnen Mitgliedstaats hinausweist: Durch die Anwendung einer solchen Maßnahme werde nämlich, so der EuGH, auch wenn sie bisher tatsächlich auf inländische Hersteller beschränkt sei, eine Ungleichbehandlung zwischen eingeführten und (aus der Region stammenden) inländischen Waren geschaffen und aufrechterhalten, die zumindest potentiell den innergemeinschaftlichen Handel behindere.²³

Überträgt man den nach dieser Rechtsprechung vorzunehmenden Test auf den Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten, so darf danach eine Regelung, die *erstens* nach dem Wohnsitz einer Person innerhalb oder außerhalb einer bestimmten Region differenziert und *zweitens* Personen aus dieser Region gegenüber Regionsfremden ungerechtfertigt privilegiert und dadurch letztere diskriminiert, auch gegenüber regionsfremden Inlän-

18 Wiedergegeben bei GA *Fennelly*, Schlußanträge zu EuGH *Angonese*, Tz. 30.

19 So auch GA *Fennelly*, Schlußanträge zu EuGH *Angonese*, Tz. 28 ff.

20 Vgl. EuGH, 25.1.1993, Rs. C-112/91, Slg. 1993, I-429 Rz. 13 ff. *Werner*.

21 Auch hinsichtlich der in Wien studierten anderen Sprachen hatte er keinen Studienabschluß erworben, vgl. Schlußanträge des GA *Fennelly* zu EuGH *Angonese*, Tz. 27.

22 EuGH, 7.5.1997, verb. Rs. C-321 bis C-324/94, Slg. 1997, I-2343 Rz. 11 ff. *Pistre*.

23 EuGH *Pistre* (Fn. 22) Rz. 44 ff. ähnlich jüngst EuGH, 13.1.2000, Rs. C-254/98, EuZW 2000, 309 Rz. 25 ff. *TK-Heimdienst Sass* m. Anm. *Gundel*.

dem grundsätzlich nicht angewendet werden,²⁴ denn auch die Anwendung auf regionsfremde Inländer hat gegenüber den zu derselben Vergleichsgruppe gehörenden Ausländern eine abschreckende und insoweit potentiell (und nicht nur rein hypothetisch) freiverkehrshindernde Wirkung.²⁵ Normativ betrachtet liegt in diesen Fällen also doch kein „rein innerstaatlicher Sachverhalt“ vor.²⁶ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist *drittens* nur dann zu machen, wenn die Anwendung auf regionsfremde Ausländer ausdrücklich ausgeschlossen ist.²⁷ In diesem Fall entfällt die abschreckende Wirkung auf den grenzüberschreitenden Verkehr, und es liegt ein – bei tatsächlicher wie normativer Betrachtung – „rein innerstaatlicher Sachverhalt“ vor, auf den die Grundfreiheiten ebenso wenig Anwendung finden wie auf den umgekehrten Fall der Diskriminierung *regionsansässiger* Personen. Zwar betraf die Rechtssache *Angonese* ein regionales Privileg.²⁸ Doch war auch diese Fallgruppe hier letztlich nicht einschlägig, denn Herr Angonese gehörte als Südtiroler zur grundsätzlich privilegierten Vergleichsgruppe. Ihm fehlte lediglich, wie bereits gezeigt wurde, eine für diese Vergleichsgruppe typische Eigenschaft.

3. Herstellung einer Verbindung zum Gemeinschaftsrecht durch nationale Regelungen

Auch dann, wenn der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens aufgrund seiner rein innerstaatlichen Natur an sich nicht unter das Gemeinschaftsrecht fällt, kann eine hinreichende Verbindung zum Gemeinschaftsrecht durch eine nationale Regelung hergestellt werden. Die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH läßt sich in die Fallgruppen der freiwilligen Bezugnahme und der freiwilligen Nachbildung des Gemeinschaftsrechts unterteilen.²⁹ Von der freiwilligen Bezugnahme handelt die sog. *Dzodzi*-Rechtsprechung des EuGH. Der grundlegenden Entscheidung *Dzodzi* lag eine belgische Regelung zugrunde, welche Ehegatten belgischer Staatsangehöriger, die aus einem Drittstaat stammten, Ehegatten aus EG-Mitgliedstaaten gleichstellte. Der EuGH sah darin eine Verweisung auf eine Gleichstellungsrichtlinie zugunsten EG-ausländischer Familienangehöriger.³⁰ In der Rechtssache *Federconsorzi* übertrug der EuGH diese Rechtsprechung im Grundsatz auf Fälle, in denen die Bezugnahme auf das Gemeinschaftsrecht nicht durch eine staatliche Norm, sondern durch einen privaten Vertrag erfolgte.³¹ Eine freiwillige Nachbildung gemeinschaftsrechtli-

24 Eine Übertragung dieses Tests auf nichtdiskriminierende Beschränkungen kommt nicht in Betracht, so auch *Weyer*, EuR 1998, 435, 460.

25 Die vom EuGH vorgenommene Differenzierung zwischen potentiell und lediglich hypothetisch handelsbehindernden Maßnahmen (vgl. EuGH, 18.5.1993, Rs. C-126/91, Slg. 1993, I-2361 Rz. 21 *Yves Rocher*) erscheint allerdings angesichts des Fehlens eindeutiger Maßstäbe zweifelhaft.

26 Insoweit a.A. *Weyer*, EuR 1998, 435, 444 ff.

27 Insoweit offenlassend EuGH *Pistre* (Fn. 22) Rz. 55.

28 Siehe oben S. 933.

29 Mit dem Begriff der Freiwilligkeit soll ausgedrückt werden, daß keine gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur Nachbildung einer Norm des Gemeinschaftsrechts bzw. zur Erstreckung ihrer Anwendung auf rein innerstaatliche Sachverhalte bestand. Wenn eine Norm „unfreiwillig“ aufgrund einer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung – etwa in Umsetzung einer Richtlinienvorgabe – dem Gemeinschaftsrecht angepaßt wurde, ist der EuGH natürlich erst recht zur Beantwortung der Vorlagefrage verpflichtet.

30 EuGH, 18.10.1990, Rs. 297/88, Slg. 1990, I-3763 Rz. 13 f. *Dzodzi*; vgl. auch jüngst EuGH, 17.7.1997, Rs. C-130/95, Slg. 1997, I-4291 Rz. 23 *Giloy*; EuGH, 3.12.1998, Rs. C-247/97, Slg. 1998, I-8095 Rz. 14 *Schoonbroodt*.

31 EuGH, 25.6.1992, Rs. C-88/91, Slg. 1992, I-4035 Rz. 6 ff. *Federconsorzi*. Allerdings stellt der EuGH insoweit ausdrücklich klar, daß sich die Zuständigkeit des Gerichtshofes auf die Auslegung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts beschränkt. In welchen Grenzen eine solche Vereinbarung überhaupt möglich und zulässig sei, beurteile sich nach dem nationalem Recht. Private Parteien können daher nicht Regelungen des nationalen Privatrechts durch Bezugnahme auf abweichende gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen aushebeln.

cher Bestimmungen durch eine mitgliedstaatliche Norm lag schließlich der Rechtssache *Leur-Bloem*³² zugrunde. Der EuGH hält sich für verpflichtet, auf Vorlagefragen zur Auslegung dergestalt in Bezug genommenen oder nachgebildeten Gemeinschaftsrechts zu antworten: Dies gilt auch dann, wenn das nationale Recht eines Mitgliedstaats auf gemeinschaftsrechtliche Normen verweise, um einen rein internen Sachverhalt zu regeln.³³ Zur Begründung beruft sich der EuGH zum *einen* darauf, daß es im Rahmen des Vorlageverfahrens nach Art. 234 EG allein Sache der vorlegenden nationalen Gerichte sei, im Hinblick auf die Besonderheiten des konkreten Rechtsstreits sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen.³⁴ Zum *zweiten* bestehe ein gemeinschaftliches Interesse an der einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, dem auch das Vorlageverfahren nach Art. 234 EG diene.³⁵ Möglichen Bedenken im Hinblick auf einen Eingriff in nationale Kompetenzen begegnet der EuGH mit dem Hinweis, daß Sache des EuGH lediglich die Auslegung des Gemeinschaftsrechts sei, während die Anwendung der innerstaatlichen Normen auf den konkreten Fall allein dem vorlegenden Gericht zustehe.³⁶ Von dieser Rechtsprechung macht der EuGH in zwei Fällen eine Ausnahme: *erstens* bei einem Mißbrauch des Vorlageverfahrens oder wenn es auf der Hand liegt, daß das Gemeinschaftsrecht auf den konkreten Sachverhalt weder unmittelbar noch mittelbar angewendet werden kann,³⁷ und *zweitens* wenn die das Gemeinschaftsrecht in Bezug nehmende mitgliedstaatliche Norm es dem vorlegenden Gericht freistellt, sich bei Entscheidung über rein innerstaatliche Sachverhalte an die Auslegung durch den EuGH zu halten oder nicht.³⁸

Der Rechtssache *Angonese* läßt sich in die Fallgruppe der freiwilligen Bezugnahme im Sinne der *Dzodzi*-Rechtsprechung einordnen.³⁹ Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich allerdings von demjenigen der Rechtssache *Dzodzi* dadurch, daß die streitentscheidende italienische Norm selbst keinen klaren Bezug zum Gemeinschaftsrecht herstellt. Art. 1418 CC spricht lediglich ganz allgemein von „zwingenden Vorschriften“, zu denen das vorlegende Gericht auch Art. 39 EG zählte.⁴⁰ Generalanwalt *Fennelly* lehnte es daher in seinen Schlußanträgen ab, die *Dzodzi*-Rechtsprechung auf die Rechtssache *Angonese*

32 EuGH, 17.7.1997, Rs. C-28/95, Slg. 1997, I-4161 *Leur-Bloem*.

33 EuGH *Dzodzi* (Fn. 30) Rz. 35 f.; EuGH *Leur-Bloem* (Fn. 32) Rz. 25.

34 EuGH *Dzodzi* (Fn. 30) Rz. 33 f.; EuGH *Leur-Bloem* (Fn. 32) Rz. 25; ebenso EuGH, 30.4.1998, Rs. C-230/96, Slg. 1998, I-2055 Rz. 21 *Carbour*.

35 EuGH *Dzodzi* (Fn. 30) Rz. 37.

36 EuGH *Dzodzi* (Fn. 30) Rz. 38. Freilich hält sich der EuGH nicht immer an die eigene *Maxime*. So nimmt er etwa im Fall EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rz. 104 ff. *Bosman* die Verhältnismäßigkeitsprüfung selbst vor; anders aber jüngst im Fall EuGH, 13.4.2000, Rs. C-176/96, EuZW 2000, 375 Rz. 59 *Lehtonen* m. Anm. *Röthel*. Der EuGH hält sich für befugt, die Verhältnismäßigkeitsprüfung selbst vorzunehmen, wenn die ihm vorgelegten Fakten für eine abschließende Beurteilung ausreichen, vgl. dazu EuGH, 16.12.1992, Rs. C-169/91, Slg. 1992, I-6635 Rz. 12 ff. *B&Q*.

37 EuGH *Dzodzi* (Fn. 30) Rz. 40; EuGH *Leur-Bloem* (Fn. 32) Rz. 26; zu den – vom EuGH eng gehandhabten – Voraussetzungen für das Vorliegen einer solchen Ausnahme im einzelnen B. *Wägenbauer*, EuZW 2000, 37, 39 f.

38 So war es im Fall EuGH, 28.3.1995, Rs. C-346/93, Slg. 1995, I-615 Rz. 16 f. *Kleinwort Benson*; dazu instruktiv EuGH *Giloy* (Fn. 30) Rz. 25. Diese Ausnahme leuchtet ein, denn das Ziel, eine einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen, wird in diesem Fall möglicherweise verfehlt. Der EuGH hält sich allerdings nicht immer an diese *Maxime*. In der Rechtssache EuGH, 12.11.1992, Rs. C-73/89, Slg. 1992, I-5621 Rz. 23 f. *Fournier* beantwortete er eine Vorlagefrage zur Auslegung einer Richtlinie, obwohl er zuvor ausdrücklich festgehalten hatte, daß das nationale Gericht bei Auslegung eines dieser Richtlinien nachgebildeten Vertrages nicht an die Auffassung des EuGH gebunden sei.

39 Die Fallgruppe der freiwilligen Nachbildung dürfte für die Grundfreiheiten keine Rolle spielen. In ihr geht es eher um die freiwillige Ausdehnung der Wirkung von EG-Richtlinien.

40 Siehe oben bei und in Fn. 9.

anzuwenden.⁴¹ Der EuGH ging auf diese Bedenken nicht ein. Er betonte lediglich, daß eine Zurückweisung der Vorlagefrage nur in Betracht komme, wenn offensichtlich jeder Zusammenhang zwischen der erbetenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts und der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens fehle. Dies verneinte er ohne jede Begründung.⁴² Im Ergebnis dürfte dem EuGH gleichwohl zuzustimmen sein. Das Bedürfnis nach einer einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts hängt nicht von seinem innerstaatlichen Geltungsgrund ab. Verweigerte sich der EuGH dem Auslegungersuchen der nationalen Gerichte in Fällen, in denen die Heranziehung des Gemeinschaftsrechts erst durch eine Generalklausel des nationalen Rechts vermittelt wird, so bestünde die Gefahr einer uneinheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf der nationalen Ebene.⁴³ Wenn der EuGH auf derartige Vorlagefragen antwortet, dehnt er dadurch andererseits nicht etwa den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts aus, sondern respektiert lediglich die diesbezügliche Entscheidung des nationalen Rechts. Die Entscheidung *Angonese* erweitert die *Dzodzi*-Rechtsprechung insoweit, als der EuGH nunmehr auch eine lediglich indirekte und konkludente Bezugnahme durch eine Generalklausel des mitgliedstaatlichen Privatrechts für die Herstellung eines hinreichenden Bezuges rein innerstaatlicher Sachverhalte zum Gemeinschaftsrecht ausreichen läßt.⁴⁴

IV. Ergebnis

1. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit entfaltet ihre Schutzwirkung (ebenso wie Art. 43 und 49 EG) nicht nur gegenüber EG-Ausländern, sondern unter Umständen auch gegenüber Inländern. Das gilt namentlich bei Erwerb einer beruflichen Qualifikation im Ausland. Doch setzt die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten in diesem Fall einen sachlichen Zusammenhang zwischen Qualifikationserwerb und angestrebter Berufstätigkeit bzw. potentiell freiverkehrbeschränkender Berufsregelung voraus.
2. Regelungen, die in einem bestimmten Gebiet ansässige Inländer in gemeinschaftsrechtswidriger Weise gegenüber regionsfremden In- und Ausländern privilegieren, müssen mit Blick auf die mögliche Abschreckungswirkung auch gegenüber regionsfremden Inländern unangewendet bleiben. Regionale Privilegien sind gemeinschaftsrechtlich nur dann unbeachtlich, wenn ihre Anwendung auf Ausländer bzw. ausländische Produkte ausdrücklich ausgeschlossen ist.
3. Im übrigen sind die Grundfreiheiten auf rein innerstaatliche Sachverhalte nicht aus sich heraus anwendbar. Sie können allerdings auch für solche Sachverhalte Bedeutung erlangen, wenn und soweit eine Norm des nationalen Rechts oder ein Vertrag sie in Bezug nimmt. Ist

41 GA *Fennelly*, Schlußanträge zu EuGH *Angonese* (Fn. 4) Tz. 36 f.

42 EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 18 f.

43 Ähnlich lag der Fall in der Rechtssache *TK-Heimdienst Sass* (Fn. 23). Die Auslegung des Art. 28 EG war in diesem Fall mit Blick auf einen rein innerösterreichischen Sachverhalt erheblich, weil die Anwendung der (angeblich) handelsbehindernden österreichischen Norm aufgrund des Gleichbehandlungsgebots des österreichischen Verfassungsrechts auch Inländern gegenüber unterbleiben mußte, wenn sie EG-Ausländern gegenüber durch Art. 28 EG verboten war, vgl. *ÖstVerfGH EuGRZ* 1997, 362 (Verbot der Inländerdiskriminierung); *Engel*, in: *Schulze/Engel/Jones*, Casebook Europäisches Privatrecht, 2000, S. 195 f.; *Gundel*, EuZW 2000, 311.

44 Das in der grundlegenden Entscheidung EuGH, 24.11.1993, verb. Rs. C-267 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 *Keck und Mithuard* geäußerte Anliegen, die Anrufung des EuGH zur Klärung rein interner Streitigkeiten zurückdrängen (a.a.O. Rz. 14), wird dadurch freilich nicht gefördert.

dies der Fall, so beantwortet der EuGH Vorlagefragen zur Auslegung der Grundfreiheiten grundsätzlich auch dann, wenn der Vorlage ein rein interner Sachverhalt zugrunde liegt.⁴⁵

F. Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten?

I. Problemstellung

Bei den bisherigen Ausführungen zur Entscheidung Angonese wurde unterstellt, daß die umstrittene Ausschreibungsbedingung als solche in den Anwendungsbereich des Art. 39 EG fiel. Dies setzt voraus, daß die Arbeitnehmerfreizügigkeit unmittelbare Wirkung im Verhältnis zwischen den potentiellen Arbeitsvertragspartnern entfaltet. Mit anderen Worten: Privatpersonen müßten nicht nur Schutz-, sondern auch Verbotsadressaten des Art. 39 EG sein. Hiermit ist die bis vor kurzem nur vergleichsweise wenig diskutierte und in der Grundfreiheitenrechtsprechung des EuGH widersprüchlich beantwortete Frage nach der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten angesprochen.⁴⁶ Der EuGH mußte sich in der Rechtssache Angonese dieser Frage stellen, weil die VO 1612/68 seiner Ansicht nach nicht einschlägig war⁴⁷ und auch eine kartellrechtliche Lösung durch Anwendung der Wettbewerbsregeln offensichtlich ausschied.⁴⁸

II. Stand der Rechtsprechung zur Drittwirkungsfrage

1. Unmittelbare Drittwirkung des Art. 39 EG nach Maßgabe der „Sportverbandsfälle“

Der EuGH mißt der Arbeitnehmerfreizügigkeit in bestimmtem Umfang bereits seit der grundlegenden Entscheidung Walrave und Koch aus dem Jahre 1974 eine unmittelbare Drittwirkung zu. Gegenstand dieser Entscheidung war das Reglement eines internationalen Radsportverbandes, demzufolge Schrittmacher und Radrennfahrer dieselbe Staatsangehörigkeit haben mußten (sog. Ausländerklausel).⁴⁹ Zwei niederländische Schrittmacher, die hauptsächlich mit nicht niederländischen Rennfahrern zusammenarbeiteten, fühlten sich durch diese Regelung diskriminiert. In seiner Entscheidung betonte der EuGH, die Art. 12, 39 und 49 EG stünden in ihrem jeweiligen Geltungsbereich jeder auf der Staatsangehörig-

45 Unklar ist mit Blick auf den fehlenden eigenen Geltungsanspruch der Grundfreiheiten, ob in einem solchen Fall eine Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte nach Art. 234 Abs. 3 EG besteht (zur Vorlagepflicht vgl. *Dausies*, FS-Everling, S. 223 ff.; GTE-*Krück*, Art. 177 EGV Rz. 71 ff.). Es liegt aber nahe, eine solche Pflicht jedenfalls aus Art. 10 Abs. 2 EG abzuleiten. Auch wenn die Mitgliedstaaten das Gemeinschaftsrecht freiwillig zur innerstaatlichen Geltung berufen, müssen sie dem Erfordernis seiner einheitlichen Auslegung durch den EuGH Rechnung tragen.

46 Vgl. allerdings die Monographien von *Schaefer*, Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, 1987; *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997 (dazu Rezension *Körper*, EuR 2000, 483 ff.); *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000; *Strein/Leible*, EuZW 2000, 459 ff.

47 Siehe Kritik oben S. 934.

48 Die sog. „Sportverbandsfälle“ *Walrave und Koch* (EuGH, 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405), *Donà* (EuGH, 14.7.1976, Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333), *Bosman* (Fn. 36) und *Lehtonen* (Fn. 36) hätten, was hier nicht ausgeführt werden kann, auch durch Anwendung des Art. 81 EG gelöst werden können, vgl. dazu GA *Lenz*, Schlußanträge zu EuGH *Bosman*, Tz. 253 ff.; *Fleischer*, WuW 1996, 473 ff. Der EuGH hat diese Frage in der Rechtssache *Bosman* unter Hinweis darauf, daß ohnehin Art. 39 EG einschlägig sei (a.a.O. Rz. 138) und in *Lehtonen* (a.a.O. Rz. 28 f.) wegen insoweit unzureichender Tatsachenangaben in der Vorlage offen gelassen.

49 EuGH *Walrave und Koch* (Fn. 48). Es ging entgegen *Jarass*, FS-Everling, S. 593, 594 also nicht um eine Kollektivregelung der Tarifvertragspartner.

keit beruhenden unterschiedlichen Behandlung entgegen, auch einer Diskriminierung durch private Maßnahmen, die „eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich“ enthielten.⁵⁰ Der EuGH begründete diesen Ansatz (abgesehen von einem ominösen Hinweis auf den „zwingenden Charakter“ der Art. 12, 39 und 49 EG) mit drei Argumenten: *erstens* mit der Wirksamkeit der Grundfreiheiten, die gefährdet wäre, wenn durch Abschaffung staatlicher Regelungen beseitigte Freiverkehrshindernisse von Privaten neu errichtet werden könnten (*effet utile*-Argument), *zweitens* mit dem Erfordernis der einheitlichen Anwendung der Grundfreiheiten in allen Mitgliedstaaten, unabhängig davon, ob die diskriminierende Regelung der Arbeitsbedingungen durch Gesetz oder private Verträge erfolge (Einheitlichkeits-Argument) und *schließlich* mit dem allgemein gefaßten Wortlaut der Art. 12, 39 und 49 EG, der keinen eindeutigen Adressaten erkennen lasse (Wortlaut-Argument).⁵¹ In der Rechtssache *Bosman* aus dem Jahre 1995 bekräftigte und erweiterte der EuGH diese Rechtsprechung. Gegenstand dieser Entscheidung waren neben „Ausländerklauseln“ in den Satzungen der nationalen Fußballverbände auch nichtdiskriminierende „Transferregeln“ in den Reglements der internationalen Fußballverbände UEFA und FIFA, nach denen ein Spieler auch bei Ablauf seines Vertrages nur dann von einem anderen Verein beschäftigt werden durfte, wenn dieser dem bisherigen Verein zuvor eine Transferentschädigung gezahlt hatte.⁵² Nach Ansicht des EuGH verstießen auch diese unterschiedslos auf In- und Ausländer anwendbaren Transferregeln gegen Art. 39 EG, weil sie den Marktzugang für ausländische Spieler im Falle grenzüberschreitender Vereinswechsel beschränkten.⁵³ Der EuGH dehnte damit die unmittelbare Drittwirkung der Norm auf schlicht freizügigkeitsbeschränkende Regelungen der Arbeitsbedingungen in den Satzungen von Sportverbänden aus. Dies warf die Frage nach einer möglichen Rechtfertigung und damit nach dem Verhältnis zwischen Arbeitnehmerfreizügigkeit und Verbandsautonomie auf. Der EuGH ließ es insoweit bei dem lapidaren Hinweis bewenden, auch Private könnten sich auf die den Mitgliedstaaten zu Gebote stehenden, in Art. 39 Abs. 3 EG normierten Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit⁵⁴ bzw. auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses berufen. Ob die ihm vorgetragenen Ziele der „Aufrechterhaltung des finanziellen und sportlichen Gleichgewichts in der Welt des Fußballs“ und der Ermutigung „nach Talenten zu suchen und für die Ausbildung der jungen Spieler zu sorgen“ solche Ziele darstellten, ließ der Gerichtshof letztlich offen, weil die Transferregeln für die Erreichung dieser Ziele jedenfalls nicht erforderlich seien.⁵⁵ In der vor wenigen Monaten ergangenen Entscheidung *Lehtonen* bekräftigte der EuGH seine Auffassung zur unmittelbaren Drittwirkung des Art. 39 EG als Beschränkungsverbot. Gegenstand des Vorlageverfahrens war eine Regelung des belgischen Basketballverbandes, die einen Einsatz in- und ausländischer Spieler für einen neuen Verein ausschloß, wenn sie innerhalb der Saison nach einem bestimmten Stichtag den Verein gewechselt hatten (sog. Transferfrist).⁵⁶ Der EuGH sah darin eine grundsätzlich durch Art. 39 EG verbotene Beschränkung der Freizügigkeit, die allerdings möglicherweise gerechtfertigt sei, wenn sie

50 EuGH *Walrave und Koch* (Fn. 48) Rz. 16 ff. Bestätigt in EuGH *Donà* (Fn. 48).

51 EuGH *Walrave und Koch* (Fn. 48) Rz. 16/19.

52 EuGH *Bosman* (Fn. 36) Rz. 14, 101 (Transferregeln) und 27 (Ausländerklausel).

53 EuGH *Bosman* (Fn. 36) Rz. 100 ff.; anders noch im Fall EuGH, 9.6.1977, Rs. 90/76, Slg. 1977, 1091 Rz. 29 ff. *Van Ameyde*.

54 EuGH *Bosman* (Fn. 48) Rz. 85 f.

55 EuGH *Bosman* (Fn. 48) Rz. 104 ff.

56 EuGH *Lehtonen* (Fn. 36) Rz. 9 f. und 47 ff.

dem Zweck diene, den geordneten Ablauf sportlicher Wettkämpfe sicherzustellen und nicht über das zur Erreichung dieses Zwecks erforderliche Maß hinausgehe.⁵⁷ Anders als in *Bosman* überließ der EuGH die Beurteilung dieser Fragen dem vorlegenden Gericht.⁵⁸ Zurückhaltung mit Blick auf den Anwendungsbereich des Art. 49 EG als Beschränkungsverbot übte der EuGH bereits in der zwei Tage vor Lehtonen ergangenen Entscheidung *Deliège*. Gegenstand dieser Entscheidung war eine unterschiedslos anwendbare Regelung des belgischen Judosportverbandes, nach der eine Teilnahme an hochrangigen internationalen Wettkämpfen eine Genehmigung oder Auswahlentscheidung des nationalen Verbandes voraussetzte. Der EuGH lehnte es ab, darin einen Verstoß gegen Art. 49 EG zu sehen, weil die Auswahlregeln zwar die Zahl der Spieler beschränkten, die an solchen Wettkämpfen teilnehmen durften, aber weder Ausländer diskriminierten noch den Zugang zum Arbeitsmarkt regelten.⁵⁹

2. Unmittelbare Drittwirkung des Art. 141 EG nach der Defrenne II-Rechtsprechung

Die Defrenne II-Rechtsprechung zu Art. 141 EG (119 EGV) belegt, daß selbst der ausdrücklich nur an die Mitgliedstaaten gerichtete Wortlaut einer Norm für den EuGH kein Hindernis darstellt, ihr eine unmittelbare Drittwirkung zuzuerkennen. Nach Art. 141 Abs. 1 EG stellt „[j]eder Mitgliedstaat ... die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher“. Die Formulierung als Auftrag an die Mitgliedstaaten spricht nicht nur deutlich gegen eine unmittelbare Drittwirkung, sondern sogar gegen die unmittelbare Anwendbarkeit der Norm. Gleichwohl erkannte der EuGH ihr in der Entscheidung *Defrenne II* und seitdem in ständiger Rechtsprechung eine umfassende unmittelbare Drittwirkung gegenüber privaten Regelungen jedweder Art zu.⁶⁰ Allerdings darf dabei nicht außer acht gelassen werden, daß der Defrenne II-Entscheidung ganz besondere Umstände zugrunde lagen. Der EuGH brachte in ihr durch eine Rechtsfortbildung *contra legem* und mit ungewöhnlich harschen und stellenweise sogar polemischen Worten seine Mißbilligung darüber zum Ausdruck, daß Mitgliedstaaten die für die Umsetzung des einfachen und klaren Gebots des Art. 141 EG gesetzte Frist bis zum 31. Dezember 1961 um mehr als 14 Jahre ergebnislos überschritten hatten und daß auch die Kommission kein besonderes Interesse gezeigt hatte, daran etwas zu ändern.⁶¹

57 EuGH *Lehtonen* (Fn. 36) Rz. 49 ff.

58 EuGH *Lehtonen* (Fn. 36) Rz. 59.

59 EuGH, 11.4.2000, verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, EuZW 2000, 371 Rz. 61 *Deliège* m. Anm. *Röthel*, die zu Recht darauf hinweist, daß in dieser Beschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 39 EG auf diskriminierende und zugangsbeschränkende Regelungen (wie schon in *Bosman*) eine Parallele zur *Keck*-Rechtsprechung des EuGH (siehe oben Fn. 44) deutlich werde.

60 EuGH, 8.4.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455 *Defrenne II*; aus jüngerer Zeit vgl. etwa EuGH, 28.9.1994, Rs. C-128/93, Slg. 1994, I-4583 Rz. 32 *Fischer*.

61 Ein ähnlicher „Ungehorsam“ ist im Bereich der Grundfreiheiten allenfalls im Hinblick auf die Ermöglichung der Sitzverlegung von Gesellschaften unter Erhaltung ihrer Rechtspersönlichkeit festzustellen. Die Lösung dieses Problems legte der EuGH mit der Entscheidung EuGH, 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483 *Daily Mail*, in die Hände der Mitgliedstaaten bzw. der Gemeinschaftsexekutive. Nachdem diese es zehn Jahre lang ergebnislos vor sich hergeschoben hatten, ergriff der EuGH anlässlich der Rechtssache EuGH, 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 *Centros* wiederum selbst die Initiative: Der Gerichtshof erlaubte es den Unternehmen im Ergebnis (trotz gegenteiliger verbaler Beteuerungen), die beschränkenden Auswirkungen der Sitztheorie mit Hilfe der sekundären Niederlassungsfreiheit durch Gründung von Briefkastenfirmen zu umgehen.

3. Ablehnung der unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit

Ein ganz anderes Bild ergibt ein Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit. Nach einer kurzlebigen Abschweifung in einem mißverständlichen *obiter dictum* zur Rechtssache *Dansk Supermarked*⁶² verneinte der EuGH wiederholt ausdrücklich eine unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit und differenzierte insoweit klar zwischen Art. 28 und 29 EG als Maßstäben staatlicher Tätigkeit und den Wettbewerbsregeln als Maßstäben für die private (genauer: unternehmerische) Betätigung. Den Grundstein für diese funktionale Differenzierung zwischen Warenverkehrsfreiheit und Wettbewerbsregeln legte der EuGH bereits 1984 in einem *obiter dictum* anlässlich der Rechtssache *Van der Haar*, in dem er darauf hinwies, daß Art. 81 EG sich an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen richte und nur Verhaltensweisen verbiete, die den innerstaatlichen Handel *spürbar* beeinträchtigten, während Art. 28 EG Maßnahmen der Mitgliedstaaten beseitigen solle, die geeignet seien, den freien Warenverkehr *in irgendeiner Weise* zu behindern.⁶³ Er bekräftigte diese Auffassung in der Rechtssache *VVR*⁶⁴ und lehnte es schließlich in der Rechtssache *Bayer* aus dem Jahre 1988 ausdrücklich ab, einen Lizenzvertrag an der Warenverkehrsfreiheit zu messen: Die Gültigkeit eines solchen Vertrages sei gemeinschaftsrechtlich allein am Maßstab des Art. 81 EG zu beurteilen.⁶⁵ Erst jüngst hatte der EuGH Gelegenheit, diese Auffassung zu überprüfen. Den Hintergrund der Rechtssache *Kommission/Frankreich* („Französische Bauernproteste“) bildeten systematisch von Privatpersonen und Protestbewegungen französischer Landwirte gegen landwirtschaftliche Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten begangene Gewalttaten. Diese Taten bestanden u.a. in Straßenblockaden, in der gezielten Vernichtung ausländischer Erzeugnisse und in der Bedrohung französischer Supermärkte, die ausländische Erzeugnisse führten.⁶⁶ Obgleich sich eine massivere Behinderung der Einfuhr ausländischer Waren durch private Handlungen kaum denken läßt und diese Handlungen nach Auffassung des EuGH eine „Atmosphäre der Unsicherheit“ schaffen konnten, die sich auf die gesamten Handelsströme nachteilig auswirkte,⁶⁷ maß der Gerichtshof nicht etwa die privaten Akte an Art. 28 EG, sondern leitete aus der Warenverkehrsfreiheit lediglich eine auf deren Unterbindung gerichtete Schutzpflicht Frankreichs ab.⁶⁸ Dabei räumte er den nationalen Entscheidungsträgern ein weites Ermessen in bezug auf die zu ergreifenden Maßnahmen ein und behielt sich selbst lediglich eine Überprüfung dieser Maßnahmen auf Ermessensfehler vor.⁶⁹

62 EuGH, 22.1.1981, Rs. 58/80, Slg. 1981, 181 Rz. 17 *Dansk Supermarked*. Darin heißt es in der Tat, „daß Vereinbarungen zwischen Privaten in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr abweichen dürfen“. Doch erweckt dieses aus dem Zusammenhang gerissene Zitat einen falschen Eindruck. Insoweit erhellend GA *Capotorti*, Schlußanträge (a.a.O.), S. 199 f.; vgl. auch *Joliet*, GRUR Int. 1994, 1, 14; *W.-H. Roth*, FS-Everling, S. 1231, 1235; a.A. (im Sinne einer Deutung für eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 28 EG) aber *Steindorff*, FS-Lerche, S. 575, 579; *ders.*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 278; *Pescatore*, E.L.R. 1983, 155, 163.

63 EuGH, 5.4.1984, verb. Rs. 177 und 178/82, Slg. 1984, 1797 Rz. 11 f. *Van der Haar*.

64 EuGH, 1.10.1987, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801 *VVR* (auch: *Vlaamse Reisbureaus*).

65 EuGH, 27.9.1988, Rs. 65/86, Slg. 1988, 5249 Rz. 11 ff. *Bayer*.

66 EuGH, 9.12.1997, Rs. C-265/95, Slg. 1998, I-6959 Rz. 2 ff. *Kommission/Frankreich* = EuR 1998, 47 m. Anm. *Schwarze*.

67 EuGH *Kommission/Frankreich* (Fn. 66) Rz. 53.

68 *Burgi*, EWS 1999, 327, 330 f.

69 EuGH *Kommission/Frankreich* (Fn. 66) Rz. 33 ff.

4. Zusammenfassung

Am Vorabend der Entscheidung *Angonese* ergab sich ein unklares und widersprüchliches Bild. Drei Bereiche lassen sich unterscheiden. *Einen Bereich* beschrieb die „Sportverbands-Rechtsprechung“ des EuGH, in der er ausdrücklich und eindeutig eine unmittelbare Drittwirkung der Art. 12, 39 und 49 EG gegenüber kollektiven Regelungen der Berufszulassung und -ausübung in Sportverbandssatzungen bejahte, soweit diese Regelungen eine Diskriminierung von Personen aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit bewirkten (Ausländerklauseln) oder ihnen den Zugang zum Arbeitsmarkt versperrten (Transferregeln). *Den entgegengesetzten Bereich* bildete die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit, in welcher der Gerichtshof ebenso ausdrücklich und eindeutig eine unmittelbare Drittwirkung der Art. 28 und 29 EG unter Hinweis auf die Wettbewerbsregeln als primärrechtliche Maßstäbe privaten Verhaltens verneinte und allenfalls eine auf Abstellung extremer Handelsbehinderungen durch Private gerichtete Schutzpflicht der Mitgliedstaaten annahm. *Dazwischen* lag eine Grauzone, in der die Frage nach der unmittelbaren Drittwirkung der Personenverkehrsfreiheiten gegenüber sonstigen (nichtkollektiven) Regelungen (etwa einseitigen Ausschreibungen oder Individualverträgen) und gegenüber Regelungen, die nicht die Arbeitsbedingungen betreffen, ebenso unbeantwortet bleibt wie diejenige nach der unmittelbaren Drittwirkung der Kapitalverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit als Produktverkehrsfreiheit.

III. Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Angonese*

Im Gegensatz zu den Sportverbandsfällen ging es in der Rechtssache *Angonese* nicht um die kollektive Regelung von Arbeitsbedingungen, die aufgrund der faktischen Monopolstellung des sie erlassenden Verbandes eine normähnliche Wirkung hatten, sondern um eine potentiell diskriminierende Ausschreibungsbedingung einer einzelnen, „machtlosen“ Bank. Gleichwohl bejahte der EuGH eine Anwendbarkeit des Art. 39 EG (48 EGV) in sehr allgemeinen gefaßten Worten: „Das in Artikel 48 des Vertrages ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gilt auch für Privatpersonen“.⁷⁰ Zur Begründung berief er sich auf die Vorentscheidungen *Walrave und Koch*, *Bosman* und *Defrenne II*, denen er vier Argumente für eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 39 EG entnahm: Zunächst wiederholte er seine bereits aus der Rechtssache *Walrave und Koch* bekannten Argumente (offener Wortlaut der Grundfreiheiten, Gefährdung ihres *effet utile*, Erfordernis ihrer einheitlichen Anwendung in allen Mitgliedstaaten);⁷¹ darüber hinausgehend parallelisierte er seine Rechtsprechung zu Art. 39 EG ausdrücklich mit derjenigen zu Art. 141 EG: In *Defrenne II* sei der Gerichtshof in bezug auf eine andere „Vertragsvorschrift mit zwingendem Charakter“ zu dem Ergebnis gelangt, daß das Diskriminierungsverbot auch für alle Verträge zwischen Privatpersonen gelte. Dies müsse „erst recht“ auch für Art. 39 EG gelten, der eine spezifische Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EG darstelle und ebenso wie Art. 141 EG eine nichtdiskriminierende Behandlung auf dem Arbeitsmarkt gewährleisten solle (Erst-Recht-Schluß aus *Defrenne II*).⁷² Auf die entgegen-

70 EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 36.71 EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 30 ff.; für Einzelheiten siehe oben nach Fn. 50.72 EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 34 f.

gesetzte Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit geht die Entscheidung mit keinem Wort ein.

Im Verhältnis zur älteren Rechtsprechung stellte der EuGH mit dieser Entscheidung dreierlei klar: *erstens*, daß Art. 39 EG aus sich heraus und nicht nur kraft der VO 1612/68 unmittelbare Drittwirkung entfaltet;⁷³ *zweitens*, daß die unmittelbare Drittwirkung nicht auf kollektive Regelungen der Arbeitsbedingungen (etwa Tarifverträge oder Verbandssatzungen) beschränkt ist, sondern grundsätzlich „alle Verträge zwischen Privatpersonen“ erfaßt;⁷⁴ und *drittens*, daß es für die Anwendung des Art. 39 EG nicht darauf ankommt, ob der private Verbotsadressat besonders staatsnah ist oder wenigstens über eine faktische Monopolstellung verfügt. Der EuGH spricht vielmehr ganz allgemein von einer Geltung des Art. 39 EG „für Privatpersonen“.⁷⁵ Einer in der Literatur verbreiteten Deutung der Sportverbands-Rechtsprechung, nach der die Sportverbände deshalb Adressaten der Grundfreiheiten sein sollen, weil ihrem Handeln aufgrund ihrer überragenden sozialen Macht ein „quasi-staatlicher“ Charakter zukomme,⁷⁶ ist damit die Grundlage entzogen.⁷⁷

IV. Bedenken gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten

Gegenüber einer Bejahung der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten bestehen erhebliche Bedenken. Allen voran sind an dieser Stelle das primäre Schutzziel der Grundfreiheiten und ihr Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln sowie die mögliche Beeinträchtigung der Rechtssicherheit zu nennen.

1. Primäres Schutzziel und Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln

Die Grundfreiheiten dienen nach Art. 3 Abs. 1 lit. c und Art. 14 Abs. 2 EG der Errichtung und dem Funktionieren eines Binnenmarktes, der durch den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb geprägt ist. Die Grundfreiheiten sind insoweit darauf gerichtet, in möglichst weitem Umfang grenzüberschreitende Privatautonomie und grenzüberschreitenden Wettbewerb und damit ein Zusammenwachsen des Binnenmarktes „von unten“ zu ermöglichen, nicht aber die Privatautonomie zu beschränken. Die Aufgabe, die Entstehung und den Mißbrauch privater Macht zu kontrollieren, kommt nach dem System des EG-Vertrages grundsätzlich dem Wettbewerb und, wo dieser versagt, dem Wettbewerbsrecht zu, d.h. insbesondere den Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 EG. Der EuGH hat dies in seiner Rechtsprechung zum Verhältnis von Warenverkehrsfreiheit und Wettbewerbsregeln mehrfach unterstrichen. Der Einsatz der Grundfreiheiten zur Begrün-

73 Letzteres hatte ein Teil der Literatur angenommen (vgl. *Kluth*, AöR 122 (1997), 557, 566; *GTE-Wölker*, (Fn. 13) Art. 48 Rz. 16; wohl auch *Burgi*, EWS 1999, 327, 330). Gegen diese Auffassung sprach freilich schon der Wortlaut der grundlegenden Entscheidung *Walrave und Koch*, nach dem das Drittwirkungsgebot in Art. 7 Abs. 4 der VO lediglich dasjenige des Art. 39 EG umsetzt, und nicht etwa umgekehrt erst die VO dem Art. 39 EG unmittelbare Drittwirkung verleiht, vgl. EuGH a.a.O. (Fn. 48) Rz. 16/19.74 EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 34.75 EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 30.76 So z.B. *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 275 ff. Dagegen sprach schon vor der Entscheidung *Angonese* der Umstand, daß diese Verbände ihre Macht in keiner Weise dem Staat, sondern allein sich selbst verdanken. Dem Mißbrauch (und in Grenzen auch der Erlangung und Erweiterung) privatautonom erlangter Macht gebietet typischerweise das Kartellrecht Einhalt.77 Weiterhin bedeutsam ist dagegen die Frage, ob Privatpersonen oder Unternehmen ihre Macht staatlicher Beilegung verdanken und möglicherweise deshalb Verbotsadressaten der Grundfreiheiten sind, vgl. etwa EuGH, 18.5.1989, verb. Rs. 266 und 267/87, Slg. 1989, 1295 Rz. 14 *Royal Pharmaceutical Society*.

dung staatlicher Eingriffe in die Privatautonomie stellt ihre grundsätzliche Schutzausrichtung auf den Kopf und prägt die Grundfreiheiten partiell in „Grundbeschränkungen“ um. Sie gerät auch leicht in Konflikt mit dem durch Unternehmensbezug und Spürbarkeitsanfordernis in seinen Voraussetzungen teils bewußt enger gefaßten Wettbewerbsrecht⁷⁸ und mit dem flexiblen Regelungssystem des Art. 81 Abs. 1 und 3 EG.⁷⁹ Wer die Grundfreiheiten einsetzen will, um mit ihrer Hilfe die Privatautonomie zu beschränken, den trifft daher eine erhebliche Begründungslast.

2. Beeinträchtigung der Rechtssicherheit

Gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten spricht weiterhin der Aspekt der Rechtssicherheit. Dies gilt sowohl für die Eingriffs- als auch und vor allem für die Schrankenebene.

Auf der *Eingriffsebene*, d.h. hinsichtlich der Frage, ob der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten überhaupt eröffnet ist, läßt sich im Hinblick auf eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote vielleicht noch argumentieren, daß die Auswirkungen auf den Privatrechtsverkehr einigermaßen überschaubar und vorhersehbar seien.⁸⁰ Bei Ausdehnung der unmittelbaren Drittwirkung auf reine Beschränkungssachverhalte wäre dies aber nicht mehr der Fall. Mit Blick auf die Unbestimmtheit und Weite – und damit eigentlich: Maßstabslosigkeit – der vom EuGH insoweit für die Kontrolle staatlicher Maßnahmen aufgestellten „Maßstäbe“⁸¹ sprechen selbst Befürworter einer unmittelbaren Drittwirkung von einem „horror iuris“.⁸²

Völlig unklar ist auf der *Schrankenebene*, welche Rechtfertigungsgründe Privaten zu Gebote stehen. Die primärrechtlich normierten oder vom EuGH als „zwingende Erfordernisse“ anerkannten Gründe bringen durchweg öffentliche Interessen der Mitgliedstaaten zur Geltung. Daß der EuGH es Privatpersonen in der Rechtssache *Bosman* gestattet hat, im Dienste der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit tätig zu werden, dürfte deren Interessen in der Praxis kaum genügen. Die Interessen privater Wirtschaftsteilnehmer sind typischerweise nicht altruistischer Natur, sondern auf individuelle Bedürfnisbefriedigung bzw. auf die Erlangung individueller wirtschaftlicher Vorteile gerichtet. Ein privater Marktteilnehmer verfolgt mithin regelmäßig wirtschaftliche Interessen, während Freiverkehrsbeschränkungen nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich nur durch Gründe nicht-

78 Vgl. etwa die Argumentation des EuGH zur Rechtssache *Van der Haar* (oben bei Fn. 63): Während Art. 81 EG nur „spürbare“ Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen verbietet, enthalten die Grundfreiheiten keine solche Spürbarkeitsgrenze (so auch in jüngerer Zeit EuGH *Yves Rocher* (Fn. 25) Rz. 21). Auch wäre die Anwendung der Grundfreiheiten im Gegensatz zu denjenigen der Wettbewerbsregeln nicht auf Unternehmen (Art. 81 EG) bzw. sogar marktbeherrschende Unternehmen (Art. 82 EG) beschränkt.

79 Dieses Regelungssystem setzt wegen der Notwendigkeit der Bewertung von komplexen wirtschaftlichen Zusammenhängen einen weiten, politisch diskretionären Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Kommission voraus (vgl. *Möschel*, JZ 2000, 61, 62). Damit korrespondiert eine entsprechend eingeschränkte gerichtliche Nachprüfungsbefugnis (dazu GTE-*Schröter*, Art. 86 Abs. 3 EGV Rz. 243), die durch Anwendung der Grundfreiheiten unterlaufen werden könnte.

80 Unproblematisch wäre allenfalls eine unmittelbare Drittwirkung des Verbots formeller Diskriminierung. Die Maßstäbe für die Ermittlung einer rein materiellen (versteckten) Diskriminierung sind dagegen alles andere als eindeutig, vgl. etwa Nachweise oben in Fn. 6 f.

81 Vgl. zur Warenverkehrsfreiheit EuGH, 11.7.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 Rz. 5 *Dassonville*: „Jede Handelsregelung ... die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“; zu den Personenverkehrsfreiheiten EuGH *Kraus* (Fn. 17) Rz. 32: Jede Regelung, die „geeignet ist, die Ausübung der ... grundlegenden Freiheiten ... zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“.

82 Vgl. *Steindorff*, JZ 1994, 95, 97.

wirtschaftlicher Art gerechtfertigt werden können.⁸³ Die eigentlich interessante Frage ist diejenige nach der angemessenen Berücksichtigung ihrer Privatautonomie. Insoweit fehlt es in Vertragstext und EuGH-Rechtsprechung an konkreten Maßstäben. Es bleibt nur eine Einzelfallabwägung. Eine umfassende Bindung Privater an die Grundfreiheiten würde insoweit nicht nur die Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Judikative sowie zwischen nationaler und europäischer Gerichtsbarkeit in Frage stellen,⁸⁴ sondern könnte auch die Pandora-Büchse einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitskontrolle privater Vereinbarungen aufstoßen.⁸⁵ Eine solche Kontrollkompetenz des EuGH wird aber kaum den vom Gerichtshof selbst im Hinblick auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes aufgestellten Maßstäben genügen.⁸⁶ Wenn der EuGH insoweit in der Rechtssache Lehtonen die Entscheidung über eine mögliche Rechtfertigung dem vorlegenden nationalen Gericht überläßt, so ist dies zwar mit Blick auf dessen größere Sachnähe zu begrüßen. Doch löst eine solche Rückverweisung nicht das Rechtssicherheitsproblem, sondern verlagert es nur auf die nationale Ebene.

V. Bedenken gegen die Tragfähigkeit der Argumentation des EuGH

Der EuGH wird der ihm angesichts der skizzierten Bedenken obliegenden Begründungslast nicht gerecht. Seine Argumentation für eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 39 EG, die ohne Anpassung an die Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts weitgehend wörtlich aus der Entscheidung *Walrave und Koch* übernommen ist, ist letztlich in keinem Punkt überzeugend. Ihr Gewicht steigt auch nicht dadurch, daß der EuGH sie seit dieser grundlegenden Entscheidung gebetsmühlenartig wiederholt.

1. Wortlautargument

Wenn der EuGH auf den offenen Wortlaut des Art. 39 EG rekurriert, so ist ihm zwar zuzugeben, daß der Normtext in der Tat nicht zwingend an die Mitgliedstaaten gerichtet ist. Er schließt also eine Anwendung des Art. 39 EG auf Private nicht aus, rechtfertigt oder gebietet sie aber auch nicht.⁸⁷ Zudem erscheint eine auf den Wortlaut der Verbotsnorm beschränkte Argumentation unter systematischen Gesichtspunkten bedenklich. Schon die auf den Schutz öffentlicher Interessen gerichteten Rechtfertigungsgründe des Art. 39 Abs. 3 EG sprechen gegen eine Verbotsadressatenstellung Privater. Gleiches gilt mit Blick auf die ausdrückliche Staatsbezogenheit der Begleitnormen der Art. 40 ff. EG und auf die ausdrückliche Unternehmensbezogenheit der Wettbewerbsregeln.

83 Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa jüngst EuGH *TK-Heimdienst Sass* (Fn. 23) Rz. 33.

84 Zu letzterem eingehend *B. Wägenbaur*, EuZW 2000, 37 ff.

85 *Kluth*, AöR 122 (1997), 557, 581 beschwört in diesem Zusammenhang sogar (etwas melodramatisch) das „Ende der Privatrechtsgesellschaft“.

86 Auf den vom Gemeinschaftsrecht erfaßten Gebieten fordert der EuGH von den Mitgliedstaaten „eine eindeutige Formulierung der Rechtsnormen ... die den betroffenen Personen die klare und genaue Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten ermöglicht und die innerstaatlichen Gerichte in die Lage versetzt, deren Einhaltung sicherzustellen“, EuGH, 26.2.1991, Rs. C-120/88, Slg. 1991, I-621 Rz. 11 *Kommission/Italien* (Mehrwertsteuer). An diesem Maßstab muß der Gerichtshof sich auch selbst messen lassen.

87 So zu Recht *W.-H. Roth*, FS-Everling, S. 1231, 1241.

2. Effet utile-Argument

Die Berufung des EuGH auf die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheiten erscheint ebenfalls zweifelhaft. Genauer betrachtet handelt es sich dabei in bezug auf die Drittwirkungsfrage um eine *petitio principii*: Der EuGH unterstellt bei diesem Argument stillschweigend eine Grundfreiheitenbindung Privater, denn wenn die Grundfreiheiten privates Verhalten nicht erfassen wollen, kann ihr *effet utile* auch nicht durch private Handelshindernisse in Frage gestellt werden. Eine Verpflichtung Privater, die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheiten zu wahren, besteht grundsätzlich nur dann, wenn diese Verbotsadressaten der Grundfreiheiten sind. Das aber steht gerade in Frage.⁸⁸ Dasselbe gilt für den Hinweis des EuGH auf den „zwingenden“ Charakter des Art. 39 EG, der keinerlei Rückschluß auf ihre Verbotsadressaten zuläßt. Nicht zuletzt findet der *effet utile* der Grundfreiheiten eine Grenze im Zusammenspiel mit den Wettbewerbsregeln und den insoweit im Vertrag angelegten Wertungen, nach denen eben nicht alle privatautonom veranlaßten, sondern nur bestimmte, qualifizierte private Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen verboten sind.⁸⁹ Zwar könnte man insoweit erwägen, die sich aus den Wettbewerbsregeln ergebenden Grenzen (namentlich das Spürbarkeitsersfordernis) auf die Grundfreiheiten zu übertragen. Doch liegt es in diesem Fall näher, derartige Verhaltensweisen sogleich und ausschließlich an den Wettbewerbsregeln zu messen, wie es der EuGH im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit tut. Der Zweck, die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheiten sicherzustellen, heiligt nicht jedes Mittel. Für die Begründung einer unmittelbaren Drittwirkung ist er gänzlich ungeeignet. Die Auslegungsregel des *effet utile* kann vielmehr erst ins Spiel kommen, wenn die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten bereits aus anderen Gründen zu bejahen ist.

3. Einheitlichkeits-Argument

Auf tönernen Füße steht auch das Einheitlichkeits-Argument. Wenn der EuGH insoweit argumentiert, die gleichförmige Anwendung der Grundfreiheiten sei bei Nichtanwendung auf private Regelungen der Arbeitsbedingungen gefährdet, weil diese je nach Mitgliedstaat verschieden durch staatliche Gesetze und Verordnungen oder durch private Verträge geregelt würden,⁹⁰ so geht dies bereits am Sachverhalt der Sportverbandsfälle vorbei. Der staatliche „Anteil“ beschränkte sich in diesen Fällen auf die Fachaufsicht über die Verbände⁹¹ bzw. auf die gesetzliche Zulassung (nicht aber Anordnung) der Verbindung des Vereinswechsels von Spielern mit einer obligatorischen Zahlung von Transferentschädigungen.⁹² Kein Mitgliedstaat schrieb Ausländerklauseln oder Transferregelungen vor oder nahm inhaltlich Einfluß auf deren Gestaltung. Gleiches gilt für die Ausschreibungsbedingungen in der Rechtssache Angonese. Das Einheitlichkeits-Argument wäre aber selbst dann fraglich, wenn die vom EuGH behaupteten Tatsachen zuträfen. Selbst wenn staatliches und privates Verhalten möglicherweise ähnliche Folgen haben, folgt daraus nämlich keineswegs zwingend, daß beide Verhaltensweisen auch an denselben Maßstäben gemessen werden müßten. Insoweit wurde bereits dargelegt, daß privates Verhalten grundsätzlich durch

88 Ähnlich Kluth, A6R 122 (1997), 557, 575 ff.; Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 186 f.

89 Siehe dazu bereits oben bei und in Fn. 78 f.

90 EuGH Walrave und Koch (Fn. 48) Rz. 16/19; EuGH Bosman (Fn. 36) Rz. 24 und 83.

91 Vgl. GA Trabucchi, Schlußanträge zu EuGH Donà (Fn. 48), S. 1343, 1345.

92 Vgl. GA Lenz, Schlußanträge zu EuGH Bosman (Fn. 36) Tz. 276.

Markt und Wettbewerb kontrolliert wird, und wo diese Selbstkontrolle versagt, an den Wettbewerbsregeln gemessen werden kann.⁹³ Diese Unterscheidung liegt auch der abweichenden EuGH-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit zugrunde.

4. Erst-Recht-Schluß aus Defrenne II

Vollends fehlgehend ist schließlich der Erst-Recht-Schluß des EuGH aus der Defrenne II-Rechtsprechung. Wie oben dargelegt, handelt es sich bei der Defrenne II-Rechtsprechung um eine nur vor ihrem besonderen, nicht auf Art. 39 EG übertragbaren Hintergrund verstandliche Rechtfortbildung *contra legem*,⁹⁴ die mit Blick auf ihren Ausnahmecharakter keines Erst-Recht-Schlusses fähig ist.⁹⁵ Polemisch überspitzt: Daß sich der EuGH in Defrenne II das Recht herausgenommen hat, sogar den ausdrücklichen Wortlaut einer primärrechtlichen Norm zu mißachten, um die säumigen Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorgane zu disziplinieren, kann es kaum rechtfertigen, sich auch im Falle der Grundfreiheiten über die durch ihr Grundanliegen, durch die auf sie bezogenen Rechtfertigungsgründe und Begleitvorschriften sowie durch die Existenz des speziell auf privates Verhalten ausgerichteten Regelungssystems der Wettbewerbsregeln implizierte Auslegung als Verbote staatlicher Diskriminierungen und Handelsbeschränkungen hinwegzusetzen.

VI. Ergebnis

Die hier nur knapp skizzierten schweren Bedenken gegenüber einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten, die gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit sprechenden Entscheidungen des EuGH und die unzureichende Begründung der unmittelbaren Drittwirkung der Personenverkehrsfreiheiten durch den EuGH sprechen eher dafür, eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten insgesamt zu verneinen. Soweit man angesichts der EuGH-Rechtsprechung mit ihr leben muß, gebieten diese Bedenken jedenfalls eine enge Auslegung.

1. Stand des Gemeinschaftsrechts zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten
 - a) Unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Rechtssache Angonese erfaßt ausdrücklich nur Fälle persönlicher Diskriminierung von Arbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit. Die unmittelbare Drittwirkung des Art. 39 EG als Diskriminierungsverbot ist nach dieser Entscheidung umfassend. *Gegenständlich* gilt sie nicht nur für Kollektivregelungen, sondern grundsätzlich für alle privaten Verträge. *Persönlich* trifft sie nicht nur staatsnahe oder besonders mächtige Unternehmen und Verbände, sondern jede Privatperson. Dies wird auch durch die ausdrückliche Parallelisierung der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 39 EG mit derjenigen des Art. 141 EG deutlich. Die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit als Beschränkungsver-

93 Siehe oben S. 945 f. Auf die Frage, wie zu verfahren ist, wenn auch die Wettbewerbsregeln versagen, wird noch am Ende dieses Beitrages zurückzukommen sein.

94 Siehe oben S. 942.

95 Gegen eine Übertragung des Defrenne II-Ansatzes auf die Grundfreiheiten bereits Körber, EuR 2000, 483, 485; ausführlich Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 64 ff.; a.A. jetzt Ganten, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 94 ff.

bot hat dagegen im Vergleich zu der insoweit ohnehin zweifelhaften Bosman-Rechtsprechung keine Erweiterung erfahren.

b) Unmittelbare Drittwirkung der anderen Personenverkehrsfreiheiten

Der EuGH hat schon in der Entscheidung *Walrave und Koch* deutlich gemacht, daß jedenfalls Art. 39 und 49 EG in bezug auf die Drittwirkungsfrage gleich zu behandeln seien.⁹⁶ Soweit private Vereinbarungen oder sonstige Regelungen der Arbeitsbedingungen in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fallen, steht daher auch diese persönlichen Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit entgegen. Ob gleiches auch für Handlungen gilt, die keine Arbeitsbedingungen betreffen bzw. in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG fallen, ist nicht mit letzter Sicherheit geklärt.⁹⁷ Die Bezugnahme des EuGH auf Art. 12 EG macht aber deutlich, daß er von einer unmittelbaren Drittwirkung aller Personenverkehrsfreiheiten jedenfalls insoweit ausgeht, als sie das allgemeine Diskriminierungsverbot als *leges speciales* verdrängen und an dessen Stelle treten.⁹⁸ Es ist daher damit zu rechnen, daß der EuGH die unmittelbare Drittwirkung des Verbots persönlicher Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bei gegebenem Anlaß auch gegenüber nicht die Arbeitsbedingungen betreffenden Bestimmungen in AVB, AGB und Individualverträgen bejahen wird.

c) Keine unmittelbare Drittwirkung der Produktverkehrsfreiheiten

Eine Übertragung der in der Entscheidung *Angonese* getroffenen Aussagen auf die Produktverkehrsfreiheiten kommt nicht in Betracht. Die abweichende Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit kann nach wie vor Geltung beanspruchen. Auch die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 EG entfaltet keine unmittelbare Drittwirkung.⁹⁹ Soweit der Anwendungsbereich der Produktverkehrsfreiheiten reicht, sind handelsbehindernde Handlungen von privater Seite weiterhin allein an den Wettbewerbsregeln zu messen. Allerdings werden persönliche Diskriminierungen im Anwendungsbereich der Produktverkehrsfreiheiten grundsätzlich von Art. 12 EG (und nicht unmittelbar von Art. 28, 29 oder 56 EG) erfaßt.¹⁰⁰ Die Negation der unmittelbaren Drittwirkung der Produktverkehrsfreiheiten hindert den EuGH daher nicht unbedingt, persönlichen Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Produktverkehrsfreiheiten stehen, Art. 12 EG entgegenzusetzen. Zweifelhaft bleibt die unmittelbare Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit in ihrer produktverkehrsfreiheitlichen Ausprägung.

96 Vgl. EuGH *Walrave und Koch* (Fn. 48) Rz. 16 ff.; bekräftigt durch EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 31.

97 Vgl. hierzu die Entscheidung EuGH *Van Ameyde* (Fn. 53), in der der EuGH zwar eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 43 EG als Diskriminierungsverbot bejaht, deren Verallgemeinerungsfähigkeit aber zweifelhaft erscheint, weil sie ein staatsnahes Unternehmen im Sinne des Art. 86 EG betrifft.

98 EuGH *Angonese* (Fn. 4) Rz. 35; dies bestätigt die Auffassung von *W.-H. Roth*, FS-Everling, S. 1231, 1245 f., der die unmittelbare Drittwirkung eher bei Art. 12 EG als bei den Grundfreiheiten lokalisiert.

99 Wie Art. 28 und 29 EG fehlt auch dem Art. 56 EG die unmittelbar personale Komponente. Im Ergebnis wie hier *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 73b EGV Rz. 14 (mit der zweifelhaften Begründung, es fehle eine der VO 1612/68 vergleichbare Verordnung); a.A. *Usher*, The law of money and the financial services in the EC, S. 24 ff. (aufgrund unzutreffender Übertragung der Sportverbandsrechtsprechung auf die Kapitalverkehrsfreiheit).

100 Vgl. EuGH, 20.10.1993, verb. Rs. C-92 und C-326/92, Slg. 1993, I-5145 *Phil Collins*.

2. Alternativansatz zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten

Eine enge Auslegung der Entscheidung *Angonese* beseitigt weder die Widersprüchlichkeit noch die aus der undifferenzierten Übertragung der Grundfreiheitenrechtsprechung des EuGH zu staatlichen Maßnahmen auf privates Handeln resultierende Grobschlächtigkeit dieses Rechtsprechungsansatzes. Die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit weist den Weg zu einem alternativen Ansatz, der weit besser mit den Anforderungen eines durch offene Marktwirtschaft und freien Wettbewerb geprägten Binnenmarktes und der grundsätzlichen Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Privatrechtssetzung harmoniert, ohne dadurch die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheiten in Frage zu stellen. Durch diesen alternativen Test können auch weitgehend die Probleme für die Rechtssicherheit vermieden werden, die bei Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten, namentlich auf der Rechtfertigungsebene, entstehen. Grob skizziert, sind sieben Stufen zu unterscheiden:

- Privates Verhalten kontrolliert sich *erstens* grundsätzlich selbst durch Markt und Wettbewerb.
- Wo die wettbewerbliche Selbstkontrolle versagt, schlägt *zweitens* die Stunde des Kartellrechts, namentlich der Wettbewerbsregeln und der Fusionskontrollverordnung.
- Wo auch das Kartellrecht nicht anwendbar ist, ist *drittens* sorgfältig zu prüfen, ob es überhaupt einer staatlichen Kontrolle privaten Verhaltens bedarf.
- Erst wo Wettbewerb und Wettbewerbsregeln versagen und privates Verhalten zu für Freiverkehr und Binnenmarkt schlechthin unerträglichen Ergebnissen führt, ist *viertens* Raum für die Anwendung der Grundfreiheiten.¹⁰¹ Das Kriterium der Unerträglichkeit ist dabei mit Blick auf die Funktion der Grundfreiheiten grundsätzlich wirtschaftlich zu beurteilen. Bei Handlungen einzelner, machtloser Unternehmen – wie im Fall *Angonese* – ist es regelmäßig zu verneinen.¹⁰² Ein Gegenbeispiel bietet der Fall *Kommission/Frankreich „Französische Bauernproteste“*.
- Ansatzpunkt für das Eingreifen der Grundfreiheiten ist auch in einem solchen Fall *fünftens* nicht das privatautonome Handeln selbst, sondern das Unterlassen des Mitgliedstaats, gegen die davon ausgehenden Handelsbehinderungen einzuschreiten.
- Den Mitgliedstaaten ist dabei *sechstens* lediglich eine Ergebnispflicht auferlegt; darüber, welche Maßnahmen in einer bestimmten Situation am besten geeignet sind, um Beeinträchtigungen des Freiverkehrs zu beseitigen, haben die Mitgliedstaaten nach eigenem Ermessen selbst zu entscheiden; die Grundfreiheiten bilden insoweit nur eine Grenze für die Ermessensausübung.¹⁰³ Auf dem Gebiet des Privatrechts können die Mitgliedstaaten in Ausübung ihres Ermessens nach den Lösungen suchen, die sich am besten in die jeweilige Privatrechtsordnung einfügen lassen.

101 Entsteht die Schutzlücke erst durch Annahme einer kartellrechtlichen Bereichsausnahme (vgl. etwa EuGH, 21.9.1999, C-67/96, ZIP 2000, 34 Rz. 59 ff. *Albany* m. Anm. *Büdenbender*), sollte eine Lösung allerdings zuerst in einer Überprüfung der Berechtigung und Reichweite dieser Ausnahme gesucht werden, vgl. *Fleischer*, WuW 1996, 473, 484.

102 Wenn man insoweit ethische oder allgemein-politische Gesichtspunkte einfließen läßt – die eher bei Art. 12 EG oder bei den Gemeinschaftsgrundrechten anzusiedeln wären – sollte man allenfalls formelle und solche materielle Diskriminierungen für relevant halten, denen die Diskriminierungsabsicht auf die Stim geschrieben steht. Auch dies war im Fall *Angonese* nicht der Fall, der eine allenfalls mittelbare und objektiv-materielle Diskriminierung betraf.

103 Vorbildhaft EuGH *Kommission/Frankreich* (Fn. 66) Rz. 33.

- Wenn die Mitgliedstaaten hierbei über das Ziel hinausschießen und den privaten Freiraum zu stark beschränken, kommen *siebtens* gegebenenfalls erneut die Grundfreiheiten des EG-Vertrages ins Spiel. Diesmal allerdings in ihrer ureigensten Funktion: Als Schranken staatlich gesetzter Hindernisse für die grenzüberschreitende Ausübung der Privatautonomie.

Maut – Brennerautobahn

Die Republik Österreich hat gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 7 Buchstabe b der Richtlinie 93/89/EWG des Rates vom 25. Oktober 1993 über die Besteuerung bestimmter Kraftfahrzeuge zur Güterbeförderung sowie die Erhebung von Maut- und Benutzungsgebühren für bestimmte Verkehrswege durch die Mitgliedstaaten verstoßen, indem sie zum 1. Juli 1995 und 1. Februar 1996 die Maut für die Gesamtstrecke der Brennerautobahn, einer Transitstrecke durch Österreich, auf der überwiegend Lastkraftwagen mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mindestens 12 t verkehren, die für den Güterkraftverkehr bestimmt und in anderen Mitgliedstaaten zugelassen sind, erhöht hat, nicht aber für die Teilstrecken dieser Autobahn, die ganz überwiegend von Kraftfahrzeugen mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mindestens 12 t benutzt werden, die ebenfalls für den Güterkraftverkehr bestimmt sind und in Österreich zugelassen sind. Des Weiteren hat sie gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 7 Buchstabe h derselben Richtlinie verstoßen, indem sie die genannte Maut nicht nur zur Kostendeckung für den Bau, den Betrieb und den weiteren Ausbau der Brennerautobahn erhoben hat.

Urteil des Gerichtshofes vom 26.9.2000 (Vertragsverletzungsverfahren), Kommission/Österreich, Rs. C-205/98.

URTEIL

[1] Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat [...] gemäß Artikel 169 EG-Vertrag (jetzt Artikel 226 EG) Klage erhoben auf Feststellung, daß die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 7 Buchstabe b und aus Artikel 7 Buchstabe h der Richtlinie 93/89/EWG des Rates vom 25. Oktober 1993 über die Besteuerung bestimmter Kraftfahrzeuge zur Güterbeförderung sowie die Erhebung von Maut- und Benutzungsgebühren für bestimmte Verkehrswege durch die Mitgliedstaaten (ABl. Nr. L 279 S. 32; im folgenden: Richtlinie) verstoßen hat, indem sie die Maut zum 1. Juli 1995 und zum 1. Februar 1996 für die gesamte Brennerautobahn, eine Transitstrecke durch Österreich, auf der überwiegend Lastkraftwagen mit einem Gewicht von über 12 t aus anderen Mitgliedstaaten verkehren, erhöht und diese Maut nicht nur zur Kostendeckung für den Bau, den Betrieb und den weiteren Ausbau der Brennerautobahn erhoben hat.

Die Richtlinie

[2] Gemäß Artikel 2 der Richtlinie bezeichnet der Ausdruck Maut im Sinne dieser Richtlinie eine für eine Fahrt eines Kraftfahrzeugs zwischen zwei Punkten auf einem der Verkehrswege nach Artikel 7 Buchstabe d) zu leistende Zahlung, deren Höhe sich nach der

zurückgelegten Wegstrecke und der Fahrzeugklasse richtet (zweiter Gedankenstrich) und der Ausdruck Kraftfahrzeug ein Kraftfahrzeug oder eine Fahrzeugkombination, die ausschließlich für den Güterkraftverkehr bestimmt sind und deren zulässiges Gesamtgewicht mindestens 12 Tonnen beträgt (vierter Gedankenstrich).

[3] Artikel 7 der Richtlinie bestimmt:

Die Mitgliedstaaten dürfen unter folgenden Bedingungen Mautgebühren beibehalten und/oder Benutzungsgebühren einführen:

- a) Die Maut- und Benutzungsgebühren dürfen nicht gleichzeitig für die Benutzung ein und desselben Straßenabschnitts erhoben werden. Jedoch können die Mitgliedstaaten bei Netzen, in denen für die Benutzung von Brücken, Tunneln und Gebirgspässen Gebühren erhoben werden, auch Mautgebühren erheben.
- b) Unbeschadet des Artikels 8 Absatz 2 Buchstabe e) und des Artikels 9 dürfen die Maut- und Benutzungsgebühren weder mittelbar noch unmittelbar zu einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit des Verkehrsunternehmers bzw. des Ausgangs- oder Zielpunktes des Verkehrs führen.

...

- d) Die Maut- und Benutzungsgebühren werden nur für die Benutzung von Autobahnen, anderen mehrspurigen Straßen, die ähnliche Merkmale wie Autobahnen aufweisen, Brücken, Tunneln und Gebirgspässen erhoben.

...

- h) Die Mautgebühren orientieren sich an den Kosten für Bau, Betrieb und weiteren Ausbau des betreffenden Straßennetzes.

[4] Nach Artikel 13 der Richtlinie hatten die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft zu setzen, um der Richtlinie vor dem 1. Januar 1995 nachzukommen. Gemäß der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge (ABl. 1994 Nr. C 241 S. 21, und ABl. 1995 Nr. L 1 S. 1) galt diese Umsetzungsfrist auch für die Republik Österreich.

[5] Mit Urteil vom 5. Juli 1995 in der Rechtssache C-21/94 (Parlament/Rat, Slg. 1995, I-1827) hat der Gerichtshof die Richtlinie mit der Begründung für nichtig erklärt, diese sei ohne ordnungsgemäße Anhörung des Europäischen Parlaments erlassen worden; er hat jedoch ihre Wirkungen bis zum Erlass einer neuen Richtlinie aufrechterhalten.

[6] Am 17. Juni 1999 haben das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie 1999/62/EG über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge (ABl. Nr. L 187 S. 42) erlassen, die, wie aus ihrer Vierten Begründungserwägung hervorgeht, die aufgehobene Richtlinie ersetzt.

Die Brennerautobahn

[7] Die Brennerautobahn (A 13) verläuft von Innsbruck in Österreich bis zur italienischen Grenze am Brennerpaß. Sie gehört zu den alpenquerenden Straßenabschnitten, die durch österreichisches Bundesgesetz zu Mautstrecken erklärt worden sind. Bis 1997 war die Alpen Straßen AG mit dem Betrieb, dem Unterhalt und dem Ausbau der Brennerautobahn betraut, die im Eigentum des Bundes steht.

[8] Die mit dem Bau und dem Ausbau der Brennerautobahn sowie der übrigen alpenquerenden Autobahn- und Schnellstraßenabschnitte verbundenen Finanzierungsoperationen