

## Literaturschwerpunkt Grundfreiheiten

Primärrechtliche Normen, die (auch) dem Schutz individueller Rechte dienen, finden sich sowohl im Verfassungsrecht der Gemeinschaft als auch in den nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten. Sie sind in ihrer Reichweite und Bedeutung gerade in Bezug auf privatrechtliche Fragestellungen oftmals ambivalent und dementsprechend umstritten. Neben dem Rangverhältnis von europäischem und deutschem Recht ist die Frage nach dem Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten sowie die Beziehung dieser Normkomplexe zu Gemeinschaftsprivatrecht und nationalem Privatrecht aufgeworfen. Die Vielschichtigkeit der insoweit auftretenden Probleme legt ein weites Feld aus, das bei weitem noch nicht abschließend bearbeitet ist und vom EuGH durch neue Judikate beständig neu „durchpflügt“ wird. Dementsprechend verwundert es nicht, dass in den letzten Jahren mehrere Habilitationsschriften und zahlreiche Dissertationen zu Aspekten dieses Forschungsfeldes erschienen sind. Einige dieser Dissertationen aus den Jahren 2004 und 2005 werden im Folgenden kurz besprochen.

**Michael Reiling: Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht** (Berlin: Duncker & Humblot 2004. ISBN 3-428-11585-6. € 84,80)

*Reiling* widmet sich in grundsätzlicher, rechtsvergleichender und umfassender Weise der Figur des „individuellen Rechts“. Nach eingehender Abgrenzung dieses zentralen Begriffs spürt *Reiling* der Begründung und genaueren Konturierung individueller Rechte sowie den Mechanismen ihrer Ermittlung nach deutschem und gemeinschaftsrechtlichem Verständnis nach. In der Essenz kommt *Reiling* zu dem Schluss, dass zwar durchaus ein Konvergenzpotential bestehe. Doch sei ein wesentlicher Unterschied zu konstatieren: die aus deutscher Perspektive grundsätzlich objektiv-rechtliche Strukturierung aggregierter Interessen sei dem Gemeinschaftsrecht fremd (S. 418). An diesen Befund schließt sich eine ausführliche Analyse der Frage der Durchsetzung individueller Rechte zwischen Rechtsschutzgebot und Haftung an. Dieser wird wiederum durch Ermittlung des deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Verständnisses und durch deren abschließende Gegenüberstellung nachgespürt. Beide Hauptteile werden ebenso wie die Arbeit insgesamt durch synoptisch vergleichende Zusammenfassungen und durch die Bilanzierung der wesentlichen Ergebnisse abgerundet.

**Alexander Schultz: Das Verhältnis von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten des EGV** (Berlin: Duncker & Humblot 2005. ISBN 3-428-11510-4. € 69,80)

Auf den ersten Blick scheint sich eine Grenzziehung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten auf der Ebene Institutionenschutz (Grundfreiheiten) und Individualschutz (Grundrechte) anzubieten. Doch dienen die Grundfreiheiten nach heute allgemeiner Auffassung nicht nur dem institutionellen Binnenmarktziel. Sie begründen auch subjektive Rechte der Marktbürger im Verhältnis zu Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorganen. Umgekehrt können Grundrechte auch institutionenschützenden Charakter erlangen (vgl. etwa die

Eigentumsgarantie). Ziele, aber auch Normstruktur der Grundfreiheiten – man denke nur an die Schranken – weisen deutliche Überschneidungen mit den Grundrechten auf. Umso dringlicher erscheint eine Auslotung des Verhältnisses beider Normgruppen zueinander. Diese Aufgabe hat sich *Schultz* in seiner Dissertation gestellt. Im ersten Teil seiner Arbeit ermittelt *Schultz* – zunächst getrennt nach Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten, deren „relevante Eigenschaften“, d.h. namentlich Geltungsgrund, Rang, Funktion, Adressaten, Schutzbereich und Schranken. Der zweite Teil setzt beide Gruppen in Beziehung zueinander und fragt zunächst nach der Grundrechtsqualität der Grundfreiheiten, die er ebenso verneint wie mögliche Konkurrenzen zwischen beiden Normgruppen. Komme es gleichwohl zu einer Kollision, so gebühre den Grundfreiheiten der Vorrang, während die Funktion der Grundrechte dann primär darin liege, als Schranken-Schranken gegenüber mitgliedstaatlichen Eingriffen in die Grundfreiheiten zu fungieren; auch dies gelte nur, soweit nicht bereits in Anwendung der mitgliedstaatlichen Grundrechte ein effektiverer Schutz erreicht werde.

**Stefanie Witzke: Das Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten in der Europäischen Union** (Berlin: Verlag im Internet 2004. ISBN 3-89825-917-X. € 43,-)

Auch *Witzke* hat sich die Analyse des Verhältnisses von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten zur Aufgabe gestellt. Ausgehend von der primär institutionenschützenden Funktion der Grundfreiheiten und der primär individualschützenden Funktion der Grundrechte untersucht *Witzke* eingehend deren jeweiligen subjektiven Anwendungsbereich (Verbots- und Schutzadressaten) und die in beiden Normgruppen verbrieften Gewährleistungen. Dem schließt sich eine Abwägung an, die von einer grundsätzlichen Gleichrangigkeit beider Normgruppen ausgeht. Neben der Anwendung der Grundrechte als Schranken-Schranken hält *Witzke* ihre eigenständige Anwendung als Schranken staatlichen Handels jedenfalls dort für möglich, wo die Grundfreiheiten aufgrund des Erlasses von Sekundärrechtsakten keine Anwendung mehr fänden (S. 183). Insoweit bleibt allerdings zu bedenken, dass jedenfalls grundfreiheitenwidriges Sekundärrecht die Grundfreiheiten schon aus normhierarchischen Gründen nicht verdrängen kann, sondern vielmehr seinerseits wegen Verstoßen gegen die Grundfreiheiten unanwendbar wäre, so dass auch hier ein Zusammentreffen von Grundfreiheiten und Grundrechten möglich bleibt.

**Kara Preedy: Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten** (Berlin: Duncker & Humblot 2005. ISBN 3-428-11428-0. € 74,-)

Die Frage nach einer Bindung Privater an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages gehört zu den aus der Sicht des Privatrechters wichtigsten und problematischsten Fragen. So mancher sieht nach der „Vergrundrechtlichung“ (etwa des deutschen Miet- oder Bürgschaftsrechts) nun auch die Gefahr einer „Vergrundfreiheitlichung“ heraufziehen. Dementsprechend ist nicht nur die Wissenschaft tief gespalten. Auch der EuGH beantwortet die Frage nach einer Bindung Privater an die Grundfreiheiten („Drittwirkung“) uneinheitlich. Er bejaht sie

für die Personenverkehrsfreiheiten, während er sie für die Warenverkehrsfreiheit verneint, ohne dass ein einleuchtender Grund für diese Differenzierung ersichtlich wäre. *Preedy* strebt daher nach der Entwicklung eines für alle Grundfreiheiten einheitlichen Modells. Im Ergebnis spricht sich sie insbesondere für eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten zur Kontrolle der Ergebnisse solcher Vertragsverhandlungen aus, die von Ungleichgewichtslagen geprägt werden (S. 210). Sie begrüßt die EuGH-Rechtsprechung zu den Personenverkehrsfreiheiten – namentlich im Fall *Angonese* (2000) – insoweit als Ausdruck einer zunehmenden Betonung individueller Rechte im Europarecht (S. 221). Das ist sicher vertretbar. Doch sollte bei aller Sympathie für den Schwächerschutz im Einzelfall nicht aus dem Blick geraten, dass dies eher Aufgabe des Verbraucherschutz- bzw. Wettbewerbsrechts ist. Wer sich für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten im Sinne unmittelbaren Drittwirkung ausspricht und „Vater Staat“ damit zum Wächter über die individuelle Freiheit einsetzt, muss sich bewusst sein, dass er damit letztlich den „Bock zum Gärtner“ macht. Angesichts der Unbestimmtheit der Grundfreiheiten erscheint dies noch bedenklicher als das immerhin etwas konkretere, letztlich aber nicht minder systemfremde (und zudem auch inhaltlich höchst überflüssige) „Antidiskriminierungsgesetz“.

**Alexander Brigola: Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot (München: C.H. Beck 2004. ISBN 3-406-51766-8. € 37,-)**

Nach traditionellem Verständnis waren die Grundfreiheiten des EG-Vertrages lediglich als spezielle Diskriminierungsverbote zu verstehen. Mit den Entscheidungen *Dassonville* (1974) und *Cassis de Dijon* (1978) setzte eine Entwicklung der Warenverkehrsfreiheit zum Beschränkungsverbot ein, die zwischenzeitlich alle Grundfreiheiten erfasst hat. Die Reichweite dieses Bedeutungswandel ist allerdings noch immer nicht abschließend geklärt. Sie läuft – wie die Entscheidung *Keck* (1993) zeigt – auch keineswegs zwingend auf einen immer weiteren Ausbau der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote hinaus. *Brigola* spürt dieser Entwicklung bis *Keck* und in der Folge dieser Entscheidung nach, stellt sie in Bezug zum allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG und ordnet die Grundfreiheiten ausgehend von der These eines grundfreiheitenübergreifenden spezifischen Beschränkungsverbots in das „System der Grundrechte der EG“ ein.

## Rezensionen

**Kerstin Stünkel: EG-Grundfreiheiten und Kapitalmärkte. Die Auswirkungen der Grundfreiheiten auf die Integration der Sekundärmärkte (Baden-Baden/München: Nomos/C.H. Beck 2005. ISBN 3-8329-1225-8. € 78,-)**

Die Integration der europäischen Kapitalmärkte schreitet voran – zumindest aber die Harmonisierung des Kapitalmarktrechts in den Mitgliedstaaten, die seit den 1970er Jah-

**Kerstin Stünkel: EG-Grundfreiheiten und Kapitalmärkte (Baden-Baden/München: Nomos/C.H. Beck 2005. ISBN 3-8329-1225-8. € 78,-)\***

Während das Verhältnis der Grundfreiheiten zu einigen Bereichen des Privatrechts – wie etwa dem Lauterkeitsrecht – bereits seit langem Gegenstand intensiver Diskussion ist, ist ihr Einfluss auf die Kapitalmärkte ein vergleichsweise „neues“ Problem. Erst mit der Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EWG wurde ein Instrument zur umfassenden Liberalisierung des Kapitalverkehrs geschaffen, und erst mit dem Maastrichter Vertrag wurden die Bestimmungen zur Kapitalverkehrsfreiheit vollwertige, unmittelbar anwendbare Mitglieder im Verein der Grundfreiheiten. Trotzdem bildet der Einfluss der Grundfreiheiten (namentlich auch der Niederlassungsfreiheit) auf die Kapitalmärkte spätestens seit den *Golden Shares*-Entscheidungen des EuGH (2002/2003) einen Schwerpunkt des wissenschaftlichen Interesses. *Stünkel* unternimmt es, vor der Hintergrund kompromissbedingter Schwächen der sekundärrechtlichen Rechtsangleichung umfassend der Einwirkung der Grundfreiheiten auf die Kapitalmärkte nachzuspüren. Im ersten, wohltuend komprimierten Teil werden die Grundlagen des Kapitalmarktrechts und der Integration der Kapitalmärkte skizziert. Im Anschluss daran werden die Regelungsziele des Kapitalmarktrechts ins Verhältnis zur Grundfreiheitsbeschränkung der „zwingenden Erfordernisse“ gesetzt und sowohl Anlegerschutz als auch Funktionsschutz als solche Erfordernisse identifiziert. Dafür wird erfreulicherweise nicht noch einmal die Entwicklung der Grundfreiheiten nacherzählt. Die Arbeit konzentriert sich auch hier auf das Wesentliche und auf wirklich Neues. Vor diesem Hintergrund untersucht *Stünkel* die Auswirkung der Grundfreiheiten auf einzelne Felder des Kapitalmarktrechts, namentlich auf allgemeine Struktur- und Aufsichtsvorschriften, auf Vertriebs- und Werbevorschriften für Börsen- und Wertpapierfirmen, auf Transparenzvorschriften und auf Vorschriften zur Regulierung der Allfinanzstrategien. Abschließend wird ausführlich die hinter den *Golden Shares*-Entscheidungen stehende Frage nach der Grundfreiheitenkonformität der Vereitelung des Kontrollerwerbs einer börsennotierten Aktiengesellschaft durch mitgliedstaatliche Regelungen erörtert. Eine Zusammenfassung rundet die klar strukturierte, thematisch überaus interessante Untersuchung ab.

*Professor Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley), Jena*

\* Ausführlich zu dieser Arbeit die Besprechung von *Binder*, in diesem Heft. Red.

ren durch ein komplexes Gefüge zahlreicher Legislativakte vorangetrieben wird (vgl. *Binder/Broichhausen*, Europäisches Kapitalmarktrecht, ZBB 2006, 85 ff.). Angesichts der Regelungsdichte des sekundären Gemeinschaftsrechts erstaunt die Themenwahl für das anzuzeigende Werk, eine von *Klaus J. Hopt* betreute Hamburger Dissertation, auf den ersten Blick: Ihr Gegenstand ist der Einfluss der Grundfreiheiten – mithin des primären Gemeinschaftsrechts – auf den sekundären Kapitalmarkt; das Buch befasst sich somit gerade mit dem (wie sich erweist: nur vermeintlich kleinen) Problembereich, der durch das komplexe sekundärrechtliche