

Das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip

Versuch einer prinzipiengeleiteten und normativ-wettbewerbsökonomischen
Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote im
Kontext der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union

Marco Keser



E-Dissertation der Universität Hamburg

Das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip

Versuch einer prinzipiengeleiteten und normativ-wettbewerbsökonomischen
Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote im
Kontext der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union

Dissertation

Zur Erlangung der Würde des Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. iur.)
der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Marco Keser, LL.M.Eur.
aus Hamburg

© Marco Keser, 2018

Diese Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im
Wintersemester 2017/2018 als Dissertation angenommen.

Erstgutachter: Prof. Dr. Thomas Bruha

Zweitgutachter: Prof. Dr. Armin Hatje

Drittgutachter: Prof. Dr. Stefan Voigt

Tag der Disputation: 20. Dezember 2017

1. Auflage, Hamburg 2018

Danksagung

Mein Dank gebührt allen, die mich über viele Jahre intensiver Arbeit unterstützten und damit zum Gelingen dieses Werkes beigetragen haben.

Prof. Dr. Thomas Bruha danke ich für die motivierende Begleitung der Dissertation, die ausführliche Erstbegutachtung sowie für wertvolle Anregungen in der Abschlussphase. Ebenso danke ich Prof. Dr. Armin Hatje für das Zweitgutachten und Prof. Dr. Stefan Voigt für das Drittgutachten aus ökonomischer Perspektive.

Mein herzlicher Dank gilt besonders Dir, Birgit, für Deine Liebe, tiefe Freundschaft und Deine unzähligen weisen Ratschläge in jeder Lebenslage sowie für alle unvergesslich schönen Momente mit Pluto. Herzlicher Dank geht ebenso an meinen Vater, für die immerwährende liebevoll motivierende Unterstützung, wertvollen Lebensrat und weisen Zuspruch, an meine Mutter, für ihre Fürsorge und Hingabe, an Ursel und Monika, für ihre Hilfe und guten Ratschläge, und an Euch Martin, Heiko, Oliver, Nils und Uwe, für Eure unzertrennliche Freundschaft.

Prof. Dr. Peter Behrens, MCJ (New York University), Prof. Dr. Thomas Bruha, Prof. Dr. Carsten Nowak und dem Europa-Kolleg Hamburg/Institut für Integrationsforschung danke ich für die Inspiration zu der Beschäftigung mit dem Europäischen Wirtschaftsrecht an der faszinierenden Schnittstelle von Recht und Ökonomie sowie für die vielfältige Unterstützung bei meiner Forschung.

Für wertvolle Fachdiskussionen, Reflexionen und kollegialen Austausch danke ich insbesondere Dr. Oliver Vogt, LL.M. (Brügge), Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M. (Berkeley), Dr. Hanns Peter Nehl, LL.M. (Florenz), D.E.A. (Université d'Aix-Marseille III), Dr. Nikolaos Kotalakidis, Dr. Mary Papaschinopoulou, Dr. Piero Cavicchi, LL.M. (Brügge), Sabina Kuhlmann, Dr. Sylvia Hacke, Dr. Jörg Föh, LL.M. (Stockholm), Dr. Birgit Gruner, Dr. Christiane Unland-Schlebes, Oda Keppler, Dr. Marc Brüser, Dr. Ingolf Meyer-Larsen, Dr. Michael Rauterkus, Boris Recke, Christian Harringa, Klaus von Lepel, Axel Neuhaus, Martin Kowalske, Dr. Helmut Messer und Dr. Patrick Hoyer.

Der Behörde für Wissenschaft, Forschung und Gleichstellung der Freien und Hansestadt Hamburg danke ich für die Gewährung von Sonderurlaub während der Abschlussphase des Werkes. Besonders danke ich meinen ehemaligen und derzeitigen Kolleginnen und Kollegen im Amt, die mich bei dem Vorhaben durch ihren Arbeitseinsatz, Zuspruch sowie manche Entbehrung unterstützt haben, namentlich: Hanna Fangohr, Katja Linke, Dr. Nicole Elleuche, MBA, Karin Fricke, Sandra Groth, Anke Dieckmann, Markus Grüner, Margoth Gäth, Patricia Ivens, Doreen Nobis, Christine Wilms, Ulf Lange, Natalie Martens, Corinna Ipach, Ulrike Morawietz-Niggemann, Julia Dühring und Berit Paulsen.

Ich wünsche mir, dass dieses Werk zum kreativen Weiterdenken anregt und dabei hilft, den Geist der Werte- und Verfassung Europas im Dienste der Humanität und des Friedens zu festigen.

Marco Keser, im März 2018

Inhaltverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
Kapitel 1: Anlass, Ziel und Rahmen der Untersuchung	25
A. Anlass und Ziel der Untersuchung.....	25
I. Neuausrichtung der grundfreiheitlichen Konzeption/Kontrolldichte.....	25
II. Dogmatisch-konzeptionelle Friktionen der Grundfreiheiten	30
1. Zehn Problembereiche.....	31
a) Maßnahmentypisierung (Problembereich 1).....	31
b) Wirkungsdifferenzierung (Problembereich 2)	31
c) Maßstabsdualität (Problembereich 3)	32
d) Modalitäten (Problembereich 4)	33
e) Dualität staatlicher und privater Maßnahmen (Problembereich 5).....	33
f) Territoriale Transnationalität (Problembereich 6)	34
g) Relative Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes (Problembereich 7).....	35
h) Relative Unbestimmtheit des Marktzutrittskriteriums (Problembereich 8)....	36
i) „Zwingende Erfordernisse“ als Ausnahmen (Problembereich 9).....	38
j) Relative Unbestimmtheit der Verhältnismäßigkeit (Problembereich 10).....	38
2. Legitimation einer (Neu-)Konzeptionierung	39
III. Ziel der Untersuchung.....	41
1. Prinzipiengeleitete Konzeption für das Beschränkungsverbot (Dogmatik)	41
2. Funktional, normativ-wettbewerbsökonomische Konkretisierung (Praxis).....	42
B. Rahmen der Untersuchung.....	47
I. Institutioneller Rahmen („Werte- und Ziel-Architektur“ der Union)	47
1. Werteverfassung (Werte).....	47
2. Wirtschaftsverfassung (Ziele).....	49
3. Supranationalität (Machtbalance und Interessen-Trias).....	51

II. Renaissance der „frühen Schule“ im „neuen Telos“ nach Lissabon	59
III. European Law & Economics	65
1. Marktintegrationsökonomik als Werte fundierte Wettbewerbsökonomik	66
2. Functional economic approach	69
a) Funktionaler Markt-/Wettbewerbsbegriff (Tausch-/Interaktionssystem)	71
b) Schutzgegenstand/Kontrollgegenstand und Schutzobjekt/Kontrollmaßstab ...	72
c) Vertikale und horizontale Kontrolle von Macht (Marktverantwortung)	74
Kapitel 2: Struktur und Gang der Untersuchung	77
Erster Teil: Grundlegung auf der Regelbildungsebene	83
Kapitel 3: Das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip	83
A. Prinzipienherleitung aus der Verfasstheit der Union	84
I. Das politisch-ökonomisch fundierte Free Movement-Konzept	85
1. Integrationspolitik: Von der OEEC zur EWG bis zu Lissabon	85
2. Die vertragsautonome Ökonomik der Außenwirtschaftstheorien	91
3. Die vertragsautonome Ökonomik der Wettbewerbstheorien	95
4. Das Marktzugangsparadigma	97
5. Fazit: Das Free Movement-Konzept als Bezugsgegenstand (Funktionalität)	99
II. Methode der funktionalen Prinzipienbildung und Auslegung	101
1. Begründung einer funktionalen Prinzipienbildung	103
2. Begründung der funktional-wettbewerbsökonomischen Auslegung	105
a) Wettbewerbsökonomik und Faktormobilität (Free Movement)	106
b) Wettbewerbsökonomik als Ausdruck des „effet utile“	108
c) Von Posner zur European Law & Economics	109
3. Drei Ebenen der funktional-wettbewerbsökonomischen Auslegung	111
III. Zusammenfassung	112
B. Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV)	113
I. Systematik: Strukturvergleich von EU/EG vs. EUV/AEUV	114
II	

1.	Strukturelemente: Das Normgefüge als Auslegungsmaßstab	114
a)	Struktur von EG-Vertrag vs. EUV/AEUV	114
aa)	Überblick.....	114
	(1) EG-Vertrag	114
	(2) EUV/AEUV i.d.F. des Vertrages von Lissabon	115
bb)	Systematik und Teleologie.....	116
	(1) Das EG-System der Aufgaben und Tätigkeiten	116
	(a) Systementscheidung „unverfälschter Wettbewerb“	117
	(b) Funktionszusammenhang von Binnenmarkt und Wettbewerb	119
	(2) Das neue EUV/AEUV-System der Werte und Ziele.....	119
	(a) Primat der Werte oder der Wirtschaftsintegration?	120
	(aa) Interdependenz von Markt, Wettbewerb und Gesellschaft.....	121
	(bb) Einzelfallbezogene, wertende Abwägung als Lösung	122
	(b) Unveränderte Bedeutung des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip	126
	(c) Mehrfache Rückkoppelung des Wettbewerbsprinzips.....	129
b)	Ergebnis und dogmatische Konsequenzen des Strukturvergleichs.....	133
2.	Implikationen für das Prinzip	134
II.	Funktionale Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung	135
1.	<i>Gegenstand: Freiheit und Gleichheit von Zuordnung und Zuordnungswechsel</i>	135
2.	Grundtelos: Begrenzung von Macht.....	137
III.	Ergebnis: Ziel gebundene Werte- und Wirtschaftsverfassung.....	139
C.	Maßstäbe der Werteverfassung.....	140
I.	Unionsprinzip: Frieden durch wirtschaftliche Integration	141
II.	Prinzip der funktionalen Integration	143
III.	Freiheit und Gleichheit im Kontext der Gerechtigkeit, Art. 2 EUV	144
1.	Freiheit.....	144
2.	Gleichheit.....	147
3.	Gerechtigkeit	149
4.	Fazit: Koppelung von Werten und Wettbewerbsökonomik	153

IV. Ergebnis: Werte fundierte Integrationsfreiheit/-gleichheit	153
D. Maßstäbe der Wirtschaftsverfassung	154
I. Das Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand	154
1. Objektiv-rechtliche Gehalte des Binnenmarktziels	156
a) Kontinuität der funktionalen Gehalte des Binnenmarktziels	156
b) Gesellschaftspolitisch akzentuierter Binnenmarktziel	157
c) Art. 26 AEUV: Funktionsbestimmung als „Brückennorm“	159
aa) „Operative“ Grundsatznorm: Umsetzung des Binnenmarktziels.....	160
bb) „Brückenfunktion“: Werte, Ziele, interne Politiken.....	160
cc) Operative Maßstäbe: „Verwirklichen“/„Funktionieren“	161
2. Definition der Prinzipienfunktion des Binnenmarktes	162
3. Maßstab-1 „Verwirklichung“ des Binnenmarktes.....	163
a) Objektiv-rechtliche Gehalte der Wertebindung (Art. 2 EUV).....	163
aa) Gerechtigkeit = Marktgleichheit?	164
bb) Werte der Gleichheit/Freiheit versus Marktgleichheit/-freiheit	167
b) Objektiv-rechtliche Gehalte des Leitbildes (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV)	167
c) Verknüpfung von Werten und „Verwirklichung“ des Binnenmarktes	170
4. Maßstab-2 „Funktionieren“ des Binnenmarktes.....	170
a) Transnationalität durch Überwindung staatlicher Territorialität	171
b) Sicherung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität.....	172
c) Sicherung transnationaler Marktmechanismen.....	173
5. Implikationen für das Beschränkungsverbot	174
II. Das Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt.....	175
1. Der Wettbewerb als immanentes Strukturmerkmal des Binnenmarktes	176
a) Funktionaler Zusammenhang von Binnenmarkt und Wettbewerb	176
b) Systematisch-teleologische Ableitung aus der Vertragsarchitektur	178
2. Die Systemfunktion des Wettbewerbs.....	180
a) Integrationspolitische Funktion (Meta-Funktion).....	180
b) Funktion als Interaktionssystem (Operative Funktion).....	183
3. Definition der Prinzipienfunktion des Wettbewerbs	185

4.	Inhaltsbestimmung des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt.....	186
a)	Vertragsautonome Qualifikation des Wettbewerbsbegriffs.....	187
b)	Die Entwicklungslinien der wettbewerbstheoretischen Konzepte.....	188
c)	Kategorien normativ-wettbewerbsökonomischer Gehalte.....	191
aa)	Freiheitsparadigma (Entscheidungsfreiheit, Marktverhalten).....	191
bb)	Funktionsfähiger Wettbewerb (Wettbewerbsformen, Aktionsparameter) .	194
cc)	Contestable Markets (Marktzutrittsschranken, Wettbewerbsstrategien) ...	195
dd)	Das SVE-Paradigma (Markt-Struktur/-Verhalten/-Ergebnis).....	196
ee)	More economic approach (Effizienz- und Wohlfahrtsparadigma)	198
d)	Fazit: Vertragsautonomer Wettbewerbsbegriff.....	202
5.	Implikationen für das Beschränkungsverbot	205
III.	Ergebnis: Schutzgegenstand und Schutzobjekt des Prinzips	206
E.	Maßstäbe aus der EuGH-Rechtsprechung zum subjektiven Recht.....	207
I.	Die Wettbewerbsregeln als Beschränkungsverbote	207
1.	Freiheit und Gleichheit als Maßstab für das Verbot.....	208
2.	Interaktionssystem Wettbewerb als Bezugspunkt der Kontrolle.....	210
3.	Dynamische Definition von Freiheit/Gleichheit im Wettbewerb.....	210
4.	Implikationen für das Prinzip	215
II.	Die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote.....	215
1.	Ausgangspunkt: Das Dassonville-Urteil zur Warenverkehrsfreiheit	218
a)	Die „Dassonville-Formel“, Art. 34 AEUV	219
b)	Sukzessive Übertragung des Beschränkungsparadigmas	220
aa)	Dienstleistungsfreiheit, Art. 56, 57 AEUV	221
bb)	Niederlassungsfreiheit, Art. 49, 54 AEUV	222
cc)	Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV.....	223
dd)	Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV	224
2.	Ergänzung: Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung seit EuGH Cassis	225
3.	Klarstellung: „unterschiedslose“ Maßnahme, <i>Cassis</i> -Folgerechtsprechung.....	227
4.	Erweiterung: Die „Attraktivitätsformel“ seit EuGH Kraus/Gebhard	227

5. Konkretisierung: Marktzugangsprüfung seit EuGH Keck	231
6. Änderung: Marktausgangsprüfung, EuGH Gysbrechts, Art. 35 AEUV	233
7. Klarstellung: Marktzugangsfunktion: EuGH Italien/Kommission (Anhänger)	235
8. Implikationen für das Prinzip	237
III. Die Warenmarktregeln als Beschränkungsverbote	238
IV. Ergebnis: Marktstruktur- und Marktverhaltenskontrolle	239
F. Die Gesamtheit der Maßstäbe als Inhalt des Prinzips.....	243
I. Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit.....	243
II. Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit.....	246
III. Free Movement-Konzept als Bezugsgegenstand (Funktionalität).....	247
1. Transnationale Mobilitätsfreiheit	247
2. Transnationale Mobilitätsgleichheit	248
G. Ergebnis: Das unionsrechtliche Beschränkungsverbot (Prinzip).....	250
Kapitel 4: Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten.....	252
A. Teleologie der Werte- und Zielidentität („Was“)	254
I. Schutzgegenstand (Prinzip) vs. Kontrollgegenstand (subj. Recht).....	255
II. Schutzobjekt (Prinzip) vs. Kontrollmaßstab (subj. Recht).....	257
B. Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse („Wie“)	258
I. Wettbewerbsökonomische Methode: Konnexität	259
1. Legitimation und Konzeption der Methode.....	260
2. Systemische Zusammenhänge von Recht und Wettbewerbsökonomik	261
3. Perspektive des Wirtschaftssubjektes („Attraktivität des Marktzugangs“).....	262
a) Wettbewerbsökonomische Analysematrix: Entscheidungsvariablen	263
aa) Schaubild.....	265
bb) Aktionsparameter/Wettbewerbsformen (Gegenstand der Entscheidung)..	267
cc) Input-/Output-Ebene (Bezugspunkt der Entscheidung)	270
dd) Langfristig/Kurzfristig (Wirkungsdauer der Entscheidung)	272

b) Konnexitätsordnung der Grundfreiheiten (Kontrollgegenstände)	274
4. Zusammenfassung	276
II. Funktionsabgrenzung nach Wettbewerbsformen	278
1. Kapazitäts- und Innovationswettbewerb	279
a) Funktionszusammenhänge	281
aa) Art. 106 AEUV vs. Grundfreiheiten	284
(1) Besserstellungsverbot	285
(2) Systembrücke: „Maßnahme“ bei Art.106 AEUV	286
(3) Chancengleichheitspostulat	288
(4) Dogmatische Konsequenzen	290
bb) Art. 37 AEUV vs. Grundfreiheiten	290
(1) Konzeptidentität von Art. 37 und Art. 106 AEUV (Marktstruktur).....	291
(2) „Ergänzungsnorm“ zu Art. 34, 35 AEUV (Marktverhalten).....	292
(3) Lex specialis zu Art. 34 AEUV	292
(4) Funktionale Parallelität zu Art. 102 AEUV (Marktmachtkonzept).....	293
(5) Parallelität zur FKVO (Marktstrukturkontrolle).....	294
(6) Dogmatische Konsequenzen	295
cc) Art. 107 AEUV vs. Grundfreiheiten	296
(1) Art. 34, 35 AEUV vs. Art. 107 AEUV	296
(2) Das Verhältnis der anderen Grundfreiheiten zu Art. 107 AEUV	297
(3) Dogmatische Konsequenzen	300
b) Implikationen für die Funktion der Grundfreiheiten	301
2. Image-, Kompatibilitäts-, Diversifikations- und Qualitätswettbewerb	302
a) Funktionszusammenhänge	302
aa) Art. 101 AEUV vs. Grundfreiheiten	303
bb) Art. 102 AEUV vs. Grundfreiheiten (Marktmachtkonzept)	304
cc) Dogmatische Konsequenzen	306
b) Implikationen für die Funktion der Grundfreiheiten	307
3. Preis- und Mengenwettbewerb	307
a) Funktionszusammenhänge	307
aa) Art. 30 AEUV vs. Grundfreiheiten	308
bb) Art. 110-112 AEUV vs. Grundfreiheiten	308
cc) Art. 101, 102 AEUV vs. Grundfreiheiten	309

b)	Implikationen für die Funktion der Grundfreiheiten	309
4.	Ergebnis: Funktional determinierter Kontrollgegenstand	310
III.	Funktionsabgrenzung hoheitlicher vs. privater Machtkontrolle	313
1.	„Staat versus Privat“: Begründung einer funktionalen Abgrenzung	318
a)	„Maßnahme“ versus „funktionaler Unternehmensbegriff“	319
b)	Horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten als funktionaler Ansatz	321
c)	Faktische Relativierung der Grenzen zwischen „Staat und Privat“	324
2.	Das System vertikaler/horizontaler Machtkontrolle und Marktverantwortung	326
a)	Entzugstatbestände vs. Art. 106 AEUV vs. Grundfreiheiten	329
aa)	Marktverantwortung durch Zurechnung: Akzessorietät	332
bb)	Dogmatik der akzessorischen Verantwortung	334
(1)	Horizontale Ergänzungsfunktion zu Art. 106 AEUV	334
(2)	Vertikale Ergänzungsfunktion zu den Grundfreiheiten	335
cc)	Normabgrenzungen durch Zurechnungstypen	336
b)	Entzugstatbestände vs. horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten	337
c)	Konvergenz der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln	340
3.	Ergebnis: Funktionaler Maßnahmenbegriff	341
IV.	Ergebnis: Funktionskreise subjektiv-rechtlicher interner Politiken	344
1.	Funktionskreis vertikaler Kontrolle (Grundfreiheiten)	345
2.	Funktionskreis horizontaler Kontrolle (Wettbewerbsregeln)	346
3.	Funktionskreis vertikaler/horizontaler Kontrolle (Warenmarktregeln)	347
C.	Das Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung	349
I.	Schaubild (Struktur des Systems)	349
1.	Vertikale und horizontale Marktverantwortung	350
2.	Freiheit/Gleichheit in der Zuordnung von Funktionskreisen	351
II.	Gegenstand der unionsrechtlichen Marktverantwortung	352
1.	Parallele subjektiv-rechtliche Kontrolle hoheitlicher/privater Macht	352
2.	Verantwortung für Transnationale Leistungs-/Vertragsbeziehungen	353

3.	Haftung als Folge der Verantwortung	353
4.	Fazit: Machtkontrolle durch Marktverantwortung	354
III.	Konsequenz für die Dogmatik der Grundfreiheiten	355
1.	Anspruchsnormen mit ordnungsrechtlichem Charakter	355
2.	Haftungsrechtlicher Charakter	356
3.	Parallelen zur zivilrechtlichen Dogmatik	357
4.	Fazit: Vertikale Kontrolle von Regelungs- und Durchsetzungsmacht	358
	Zweiter Teil: Grundlegung auf der Anwendungsebene	361
	Kapitel 5: Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten	361
A.	Kernproblem: Systemisch relativ unbestimmte Kontrolldichte	362
I.	Der Kontrollmaßstab für „unterschiedslose Maßnahmen“	362
II.	Der Streit um das Beschränkungsverbot als Freiheitsrecht	366
1.	Reduktion auf ein Diskriminierungsverbot	367
2.	Differenzierung nach Kern- und Randbereich	368
3.	Der Beschränkungsbegriff als Berücksichtigungsgebot	369
4.	Freiheitsrechtliche Qualifikation	370
5.	Funktionale und wettbewerbliche Interpretation	371
6.	Marktzugangsrecht (market access approach)	373
7.	Dogmatisch-konzeptionelle Bewertung	376
III.	Zusammenfassung	381
B.	Problemursache	384
I.	Implikationen der Interessen-Trias auf der Anwendungsebene	384
1.	Dynamik: „Aktueller Stand der Integration“, „Geist der Verträge“	385
2.	Wert der Demokratie: Repräsentation von nationalem „Bürgerwillen“	391
II.	Integrationspolitisch-richterrechtlich etablierte Prüfungsstruktur	393

III. Zusammenfassung.....	394
C. Problemanalyse: Dogmatisch-konzeptionelle Friktionen.....	397
I. Friktionen auf der Ebene des Kontrollgegenstandes.....	397
1. Inkongruenzen von Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung.....	398
a) Dogmatische Konzeption der „Maßnahme“	398
aa) „unterschiedlich“ vs. „unterschiedslos“(Maßnahmentypisierung)	401
bb) „diskriminierend“ vs. „beschränkend“ (Wirkungsdifferenzierung).....	402
cc) Diskriminierungsverbot vs. Beschränkungsverbot (Maßstabsdualität)	403
b) Vergleich mit den Wettbewerbsregeln.....	404
c) Dogmatischer Befund	405
aa) Notwendigkeit der Trennung von Kontrollgegenstand und -maßstab	406
bb) Notwendigkeit eines einheitlich definierten Kontrollmaßstabes	407
2. Praktisch unmögliche Definition von „Modalitäten“ als Bereichsausnahme....	408
a) Dogmatische Konzeption der Modalitäten	409
aa) Dualismus Produktbezogenheit vs. Verkaufsmodalität	410
(1) „bestimmte Verkaufsmodalität“	411
(2) „Absatzmodalität“ (Vertriebsregelung).....	412
(3) „Verwendungsmodalität“/„Nutzungsmodalität“	413
(4) „Nicht-Modalität“ (Umfeldregelung).....	415
bb) Verknüpfung zur „gleichen rechtlichen und tatsächlichen Berührtheit“ ...	415
b) Vergleich mit den Wettbewerbsregeln.....	416
c) Dogmatischer Befund	417
aa) Systematisch-strukturelle Argumente für eine Revision.....	418
bb) Argument der konzeptionellen Schwäche von Modalitäten	418
cc) Integrationspolitische Argumente (dynamische Auslegung)	420
dd) Teleologische Argumente aus der Wertverfassung.....	421
ee) Zusammenfassung.....	424
3. Friktionen der formalen Differenzierung staatlicher vs. privater Maßnahmen .	424
4. Widerspruch von Free Movement und territorialer „Grenzüberschreitung“	425
a) Dogmatische Konzeption der „Grenzüberschreitung“	426
b) Vergleich mit den Wettbewerbsregeln.....	431
c) Dogmatischer Befund	434

aa)	Strukturell-systematische Argumente für eine Revision.....	434
bb)	Teleologische Argumente und subjektivierte Interpretation.....	435
cc)	Zusammenfassung.....	437
5.	Ergebnis.....	439
II.	Friktionen auf der Ebene des Kontrollmaßstabs.....	440
1.	Relative Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes.....	440
a)	Dogmatische Konzeption der „Beschränkung“.....	440
aa)	Der offene Beschränkungsbegriff im AEUV.....	441
bb)	Unterschiedslose Maßnahme = Beschränkung = Beschränkungsverbot ...	443
cc)	Maßstab: „geeignet zu behindern“, „weniger attraktiv“, „Marktzugang“ .	444
b)	Vergleich mit den Wettbewerbsregeln.....	445
c)	Dogmatischer Befund.....	447
aa)	Notwendigkeit eines Perspektivenwechsels.....	448
bb)	Argumente für den einheitlichen Beschränkungstatbestand („entrave“) ...	449
cc)	Schwellenwert von Mobilitätsfreiheit im Lichte der Interessen-Trias.....	450
(1)	Klärung von Bezugsmaßstab und Inhalt von „Freiheit“.....	453
(2)	Bestimmung eines funktionalen Freiheits- und Gleichheitsbegriffs.....	455
(3)	Reduktion auf funktionale Kerngehalte.....	458
(a)	Gleichheit als Relationskonzeption.....	458
(b)	Freiheit als Kapazitätskonzeption.....	459
(c)	Funktionszusammenhang von Freiheit/Gleichheit (Gerechtigkeit)....	459
dd)	Zusammenfassung.....	460
2.	Unzureichendes Prüfungsraaster für das Marktzutrittskriterium.....	461
a)	Der sog. „Drei-Stufen-Test“.....	462
aa)	Miguel Poiares Maduro (EuGH Alfa Vita).....	462
bb)	EuGH Kommission/Italien (Anhänger).....	464
cc)	Schrifttum.....	467
b)	Vergleich mit der Prüfung bei Art. 101 AEUV.....	470
c)	Dogmatischer Befund.....	470
3.	Ergebnis.....	472
III.	Inkongruenz von Tatbestand, Ausnahmen und Abwägung.....	473
1.	Dogmatisch-konzeptionelle Friktionen von Tatbestand und Ausnahmen.....	473

a)	Geltende Konzeption von Ausnahmen als „Rechtfertigungsgründe“	473
aa)	Kodifizierte Ausnahmen (AEUV).....	474
bb)	Ungeschriebene Ausnahmen (Cassis-Rechtsprechung).....	475
b)	Vergleich mit den Wettbewerbsregeln.....	477
c)	Dogmatischer Befund	479
2.	Unbestimmtheit der Abwägungsmaßstäbe bei der Verhältnismäßigkeit	481
a)	Dogmatische Konzeption der Abwägung.....	481
b)	Vergleich mit den Wettbewerbsregeln.....	485
c)	Dogmatischer Befund	485
3.	Ergebnis.....	486
D.	Zusammenfassung.....	487
Kapitel 6: Die Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote		489
A.	Ökonomisierung des Tatbestandes (functional economic approach)	491
I.	Kontrollgegenstand: Funktionale Maßnahmenqualifikation.....	493
1.	Anknüpfungsgegenstand der Maßnahme (Was).....	500
a)	Einseitig, nicht-unternehmerisch, Regelungs- und Durchsetzungsmacht.....	501
b)	Transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt	502
aa)	Transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen	505
(1)	Leistungs-transnationalität (Angebot/Nachfrage).....	505
(2)	Leistungs-/Vertragsbeziehungen (Leistungsgegenstand/-inhalt)	507
bb)	Relevanter Markt (Wettbewerbsverhältnisse).....	508
(1)	Sachlich relevanter Markt (Grundfreiheiten Marktbereiche)	509
(2)	Örtlich relevanter Markt	511
(3)	Zeitlich relevanter Markt.....	511
cc)	Dogmatische Konsequenzen für die Inländerdiskriminierung.....	513
(1)	Überwindung der systemwidrigen faktischen Rechtswahl.....	514
(2)	Gleichheit und Gerechtigkeit in der Wettbewerbsökonomik	515
2.	Anknüpfungspunkt der Maßnahme (Wie).....	518
a)	Territoriale Anknüpfung („Bezwecken“)	520
b)	Nicht-territoriale Anknüpfung („Bewirken“)	523
c)	Konsequenz für die Struktur des Beschränkungstatbestandes.....	526

3. Zusammenfassung	526
II. Kontrollmaßstab: Transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit.....	528
1. Die wettbewerbsökonomische „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung.....	528
a) „Bewirken“ (Funktionale Teleologie der EuGH-Rechtsprechung)	530
aa) „Geeignet zu behindern“=Aktionsparameter: Output-/Input-Ebene.....	531
(1) Schutz der Mobilität des gegenständlichen Outputs.....	532
(2) Schutz der Mobilität des persönlichen Outputs.....	534
(3) Schutz der Mobilität der Input-Ebene als Wirtschaftssubjekt.....	534
bb) „Weniger attraktiv“= Subjektives Element (Entscheidung).....	536
(1) Wettbewerbsstrategien: Strategischer Marktzugang	537
(2) Strategischer Protektionismus und politische Märkte	538
cc) „Marktzutritts-/Marktaustrittskriterium“=„barriers to entry“/-“to exit” ...	540
(1) Variablen der transnationalen Mobilität (Entscheidungsfreiheit)	541
(a) Die Theorie der Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken	542
(aa) Markteintritts- und Wachstumsformen (Unternehmenspraxis)	543
(bb) Konzepte der „barriers to entry/-to exit“, „mobility barriers“	544
(b) Funktionsbedingungen als Entscheidungsrahmen (Marktstruktur) ...	547
(aa) Allgemeine Funktionsbedingungen (Umfeld)	548
(bb) Spezifische Funktionsbedingungen (Branche).....	548
(c) Strategievariablen als Entscheidungsgegenstand (Marktverhalten) ...	550
(aa) Entscheidungsfreiheit (Aktionsradius von Strategievariablen)	553
(bb) Entscheidungsgesetzmäßigkeiten (Funktionsgruppen).....	555
(2) Maßstäbe für die Entscheidungsfreiheit in Mobilitätsphasen.....	560
(a) Freiheit zum ersten Marktzutritt und -austritt (Sequenz-1)	563
(b) Gleichheit nach dem ersten Marktzutritt im Zielmarkt (Sequenz-2)..	564
(c) Gleiche Freiheit zum zweiten Marktzutritt (Sequenz-3)	566
b) Ergebnis	568
2. Verknüpfung rechtlicher Maßstäbe und wettbewerbsökonomischer Variablen	570
a) Transnationale Mobilitätsfreiheit/Strategievariablen (Marktverhalten)	570
b) Transnationale Mobilitätsgleichheit/Funktionsbedingungen (Marktstruktur)	572
c) Parallelität von Mobilitätsfreiheit/-gleichheit in Mobilitätsphasen	575
d) Irrelevanz der Beschränkungsrichtung	575
e) Ergebnis	576

3. Zusammenfassung	578
III. Herleitung von Prüfungsstruktur und Subsumtionskriterien.....	581
1. Mobilitätsbeschränkung: „Bewirken“ (Wirkung auf Marktzutritt/-austritt)	583
a) „Strategierelevanz“ (Wettbewerbsstrategie).....	584
aa) Obersatz.....	585
bb) Subsumtion.....	585
(1) Anknüpfung an eine Wettbewerbsstrategie.....	589
(a) Beispiel-1: Markt für Kaffee (EuGH Keck)	589
(b) Beispiel-2: Markt für Transportfahrzeuge (EuGH Anhänger)	593
(2) Relevanz der Wettbewerbsstrategie für den Marktzutritt/-austritt	594
(a) Beispiel-1: Niedrigpreisstrategie, „billiger als die Konkurrenz“	595
(b) Beispiel-2: Nischenstrategie, „spezieller als die Konkurrenz“	596
b) „Selektivität“ (Funktionsbedingungen)	596
aa) Obersatz.....	598
bb) Subsumtion.....	600
(1) Feststellung der Funktionsbedingungen (Marktstruktur)	600
(2) Prüfung der Attraktivitätsgleichheit	605
(a) Beispiel-1: Selektivität einer Mindestpreisregelung (EuGH Keck) ...	606
(b) Beispiel-2: Selektivität einer StVO (EuGH Anhänger).....	607
c) „Spezifität“ (Strategievariablen).....	607
aa) Obersatz.....	611
bb) Subsumtion.....	611
(1) Begrenzung des Aktionsradius zum Einsatz von Strategievariablen	612
(a) Beispiel-1: Preis- und Kapazitätswettbewerb	615
(b) Beispiel-2: Kompatibilitäts- und Kapazitätswettbewerb	616
(2) Strategische Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten.....	616
(a) Beispiel-1: Mindestpreisregelung	617
(aa) Strategisch-mikroökonomische Bewertung.....	618
(bb) Wirkung auf den Marktzutritt/Marktaustritt	621
(cc) Ergebnis.....	622
(b) Beispiel-2: Sicherheitsvorschrift.....	623
2. Zurechnung (Marktverantwortung)	623
a) Prozessrechtliche Ebene (Zulässigkeit)	624

b) Materiell-rechtliche Ebene (Begründetheit)	624
aa) Akzessorietät der Handlungen	625
bb) Äquivalenz und Adäquanz	626
3. Zusammenfassung	627
IV. Ergebnis.....	629
B. Auflösung der Rechtfertigungsebene.....	631
I. „Zwei-Stufen-Test“ von Tatbestand und Abwägung.....	631
1. Rechtfertigungsgründe als „ordre public“-Vorbehalte und „externe Kosten“ ..	632
2. Rechtfertigungsgründe als typisierte Ziele „externer Kosten“	633
a) Strukturidentität von Rechtfertigung und Freistellung	633
b) Funktionsidentität auf der Abwägungsebene.....	634
c) Überwindung von Wertungswidersprüchen	635
d) Auflösung der Unterscheidung von „unterschiedlich“/„unterschiedslos“	637
e) „Qualifikation als „externe Kosten“	637
3. Ausnahmen als Darlegungs- und Beweislasteichterung	638
II. Ergebnis.....	638
C. Werte fundierte Ökonomisierung der Verhältnismäßigkeit.....	640
I. Geeignetheit: Zielerreichung vs. strategischer Protektionismus.....	642
1. Abwägungsmaßstab (Zielerreichungsmöglichkeit)	643
a) Interdependenz zu der Maßnahmenqualifikation.....	643
aa) Abwägungsgegenstand.....	644
bb) Abwägungspunkt.....	644
b) Subsumtionsbeispiel	644
2. Ziel und Zweck der Maßnahme: Strategisch-protektionistische Motivation?...	645
a) Interdependenz zu der „Selektivität“ und „Spezifität“	645
b) Typisierte Ziele: Ausnahmen und „zwingende Erfordernisse“	646
3. Maßnahmenurheber: Zurechnung der Wirkung an Staat oder Privat.....	647
II. Erforderlichkeit: Zweck-Mittel-Relation (Werte und Effizienz)	649
1. Abwägungsmaßstab (Zielerreichungsvergleich)	650

2. Wettbewerbsökonomische Implikationen der konkreten Prüfung	651
III. Angemessenheit: Normative Effizienz (Kosten-Nutzen-Analyse)	654
1. Abwägungsmaßstab (Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich)	654
2. Wettbewerbsökonomische Implikationen der konkreten Prüfung	655
a) Wirkungsgleichheit in Bezug auf das „Ziel“	655
b) Ausnahmen/Rechtfertigungen á la Cassis als i.w.S. „externe“ Kosten	658
c) Wertende Berücksichtigung der Interessen-Trias	658
d) Effizienz und Werte in der Kosten-Nutzen-Analyse	661
IV. Ergebnis.....	669
D. Zusammenfassung und Prüfungsraster	672
Schlussbetrachtung und Ergebnis der Untersuchung	680
Anhang gem. § 7 Abs. 6 PromO: Kurzfassung der Ergebnisse.....	695
Literaturverzeichnis	707

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. C	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Ausgabe C (Mitteilungen und Bekanntmachungen)
ABl. L	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Ausgabe L (Rechtsvorschriften)
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU
AG	Aktiengesellschaft
AktienG	Gesetz betreffend die Aktiengesellschaft
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
AUE	Acte Unique Européen
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
Beschl.	Beschluss
BSE	Bovine Spongiforme Enzephalopathie
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CMLR	Common Market Law Report
CMLRev	Common Market Law Review
DAM	Distinctly Applicable Measure
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Dok.	Dokument
dsbzgl.	diesbezüglich/diesbezügliche
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGFL	Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft
ebd.	ebenda
EC	European Community
ECJ	European Court of Justice

Ed.	Edition / Editor/s
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEC	European Economic Community(ies)
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechts-Konvention
endg.	endgültig
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
ERA	Europäischer Forschungsraum
ESF	Europäischer Sozialfond Fn. 446
et. al.	et alii / und andere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht 1. Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EVÜ	Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 - Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Währungssystem; Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
F&E	Forschung & Entwicklung
ff.	fortfolgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GD	Generaldirektion
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
XX	

Ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRC	Grundrechtecharta der Europäischen Union
GRUR-Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S	im engeren/eigentlichen Sinn
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.d.	im Sinne des/r
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn/im weitesten Sinne
	Juristische Blätter
Jan.	Januar
JZ	Juristenzeitung
KMU	Kleinere und mittlere Unternehmen
KOM	Kommissionsdokument(e)
Lfg.	Lieferung
lit.	litera
M.	Main
Mio.	Million(en)
Mrd.	Milliarde(n)
Müko EuWettbR	Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NGO	Non-governmental Organization(s)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OEEC	Organisation für Europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit
oHG	Offene Handelsgesellschaft
Okt.	Oktober

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RTDE	Revue trimestrielle du droit européen
S.	Seite
SA	Società Anonima
SCP	Structure-Conduct- Performance
SEC	Dokumente des Sekretariats der KOM
Sept.	September
SEW	Tidjschrift voor Europees en economisch Recht
sog.	sogenannte/r/s
s.r.l.	Società a responsabilità limitata
StGB	Strafgesetzbuch
StVO	Straßenverkehrsordnung
SVE	Struktur-Verhalten-Ergebnis
SWOT	Strengths-Weakness-Opportunities-Threats
u.	und
u.a.	unter andere(m)(n); und andere
Urt.	Urteil
USA	United States of America
usw.	und so weiter
v.	von/m
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VGR	Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung
VvL	Vertrag von Lissbon
WTO	Welthandelsorganisation
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
YEL	Yearbook of European Law
z.B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen

„Dass Gerechtigkeit herrscht, ist alles andere als selbstverständlich. Weder im Verhalten der Menschen noch in der Ordnung der Institutionen setzt sie sich von selbst durch. Die Gerechtigkeit braucht die Stütze des Rechts; zugleich stellt sie den entscheidenden Maßstab aller Rechtsordnungen dar.“

Wolfgang Huber*

„Bloße Freiheit könnte zum leeren Begriff werden, wenn sie sich nicht mit der sozialen Gerechtigkeit als verpflichtender Aufgabe verbände. So muss die soziale Gerechtigkeit mit und neben der Freiheit zum integrierenden Bestandteil unserer künftigen Wirtschaftsordnung erhoben werden“

Alfred Müller-Armack**

Einleitung

Die supranationale Europäische Union beruht seit dem *Vertrag von Lissabon*¹ auf einer *Werte- und Wirtschaftsverfassung*.² Mit einer Vielzahl *unionsrechtlicher Prinzipien*³ folgt diese Unionsverfassung der leitenden Idee einer dauerhaften Befriedung Europas *durch wirtschaftliche Integration*.⁴

* W. Huber, *Gerechtigkeit und Recht – Grundlinien christlicher Rechtsethik* (2006), S. 179.

** A. Müller-Armack, *Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft* (1974), S. 90.

¹ *Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007*, ABl. C 306 v. 17.12.2007, S. 1 ff. i.d.F. der Bekanntmachung der konsolidierten Fassungen des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union v. 09.05.2008, ABl. C 115 v. 09.05.2008, S. 1 ff. berichtigt via Protokoll über die Berichtigung, in ABl. C 290 v. 30.11.2009, S. 1 ff. Mit dem Vertrag von Lissabon (in Kraft seit 1.12.2009) einher ging die Aufteilung des Primärrechts in einen *Vertrag über die Europäische Union* (EUV) sowie einen *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (AEUV), in seiner konsolidierten Fassung im ABl. C 326 v. 26.10.2012, S. 47 ff.

² Zur Entwicklung und zu dem integrationstheoretischen Hintergrund im Überblick C. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 2 EUV, Rn. 2-5; M. Hilf/F. Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *EL 51 Sept. 2013*, Art. 2 EUV, Rn. 11 ff.; P.-C. Müller-Graff, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, A. I., EL 31 Juli 2012, Rn. 90 „Die Leitzieltrias der Europäischen Union.“ Grundsätzlich zu dem begrifflichen Verständnis sowie zu der i.w.S. ethischen Perspektive der europäischen Wertegemeinschaft C. Mandry, *Europa als Wertegemeinschaft* (2009) passim. Zur Wirtschaftsverfassung grundlegend A. Hatje, *Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 801-853.

³ Zur Prinzipienordnung der Europäischen Union J. P. Terhechte, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Enz-Eur Band 1* (2014), § 7, Rn. 1/5. Zur „Wissenschaft unionaler Grundprinzipien“ und zu den Aufgaben einer prinzipienorientierten Rechtsdogmatik siehe A. von Bogdandy, *Grundprinzipien*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 13, S. 15 ff.; P.-C. Müller-Graff, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU Wirtschaftsrechts*, A. I., EL 31 Juli 2012, Rn. 187: „Die Vertragsziele, darunter insbesondere die Förderung der Werte gemäß Art. 2 EUV, sind zugleich Grundlage und Rückhalt für die konkretisierende Konturierung einzelner unionsrechtlicher Verfassungsprinzipien.“

⁴ G. Nicolaysen, *Europarecht I – Integrationsverfassung* (2002), S. 25 f.

Das zur Durchführung der wirtschaftlichen Integration berufene *Marktintegrationsrecht der Union*⁵ gründet einerseits auf dem „kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen sowie Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als universelle Werte entwickelt haben“ (Präambel EUV), andererseits folgt es als rechtliches Instrument *ökonomischen Funktionserkenntnissen*⁶ und dem *Prinzip von Free Movement* als Konzept der wirtschaftlichen Integration.⁷

Auf der Grundlage eines Systems von Werten (Art. 2 EUV) und Zielen (Art. 3 EUV) dient die „Errichtung“, „Verwirklichung“ und die „Funktionssicherung“ eines *Binnenmarktes* gemäß dem *Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft* (Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV) dem grundlegenden Ziel der Union (Art. 3 Abs. 1 EUV), nämlich „den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern.“ Diesem Ziel dienen ebenso Prinzipien⁸, welche der rechtschöpfenden Feder des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) entstammen.⁹ Diese *richterrechtlich etablierten Grundprinzipien*, wie das *Unionsprinzip* und das *Prinzip der funktionalen Integration*,¹⁰ stellen zusammen mit den im Unionsrecht geschriebenen (Vertrags-) Grundsätzen¹¹ Instrumente einer supranationalen Unionsrechtsordnung dar, welche sich in ganz eigenständiger Weise sowohl von klassisch völkerrechtlichen als auch von nationalrechtlichen Konzeptionen emanzipiert hat.¹²

⁵ Grundlegend *H. von der Groeben*, Aufbaujahre der Europäischen Gemeinschaft, Das Ringen um den Gemeinsamen Markt und die Politische Union 1958-1966 (1982) passim, insb. zum „neuen Steuerungssystem“ S. 27 ff.

⁶ Zur Funktion von Marktintegrationsrecht sowie zu den Prinzipien, die für die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes (heute Binnenmarkt) maßgeblich sind *H. von der Groeben/E.-J. Mestmäcker*, Ziele und Methoden der europäischen Integration (1972), S. 14-16; *G. Nicolaysen*, Europarecht I – Integrationsverfassung (2002), S. 24 ff. Zusammenfassend unter Einbeziehung der ökonomischen Implikationen *R. Baldwin/C. Wyplosz*, The Economics of European Integration (2015), S. 38 ff.

⁷ Hierzu im Detail Kapitel 3 A. I. Das politisch-ökonomisch fundierte Free Movement-Konzept. Zur theoretischen Konzeption grundlegend *B. Balassa*, The Theory of Economic Integration (1961/2011), S. 1-3 (The Concepts and Forms of Integration) und S. 21 ff. (Commodity Movements, Factor Movements).

⁸ Der Zielverwirklichung dienende Prinzipien sind insbesondere die im Zusammenhang der operativen Funktion der subjektiven Rechten stehenden sog. Charakteristika des supranationalen Rechts, wie die unmittelbare Geltung, die unmittelbare Wirkung und die Vorrangwirkung (Anwendungsvorrang) des Unionsrechts, vgl. *Schütz/Bruha/König*, Europarecht (2004), § 3, S. 68 – 85.

⁹ Hier zu verstehen im Sinne einer *richterrechtlich etablierten Prinzipienordnung* der Union, vgl. *J. P. Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEuR Band 1 (2014), § 7, Rn. 3.

¹⁰ Hierzu im Detail Kapitel 3 C. Maßstäbe der Werteverfassung.

¹¹ Wie insbesondere der *Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit*, Art. 4 Abs. 3 EUV; der *Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*, Art. 5 Abs. 2 EUV; das *Subsidiaritätsprinzip*, Art. 5 Abs. 3 EUV und der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Art. 5 Abs. 4 EUV, jeweils i.V.m. dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. C 306 v. 17.12.2007, S. 150 ff.

¹² *J. P. Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEuR Band 1 (2014), § 7, Rn. 17 ff. und Rn. 34.

Die zuvor skizzierten Besonderheiten des supranationalen Unionsrechts, insbesondere die spezifischen Verbindungslinien von (Integrations-)Politik, (universellen) Werten, Zielen, Prinzipien und wettbewerbstheoretisch ausgerichteter (Integrations-)Ökonomie, indizieren ein *funktional ausgerichtetes Marktintegrationsrecht*. Dementsprechend bedarf das Marktintegrationsrecht nach der vorliegend vorgestellten Auffassung einer konsequent Werte orientiert prinzipiengeleiteten¹³ und normativ-wettbewerbs-ökonomisch fundierten Konzeptionierung, Konkretisierung und Interpretation.

Diese Anforderung betrifft insbesondere die seit der Vertragsrevision von Lissabon in dem *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)*¹⁴ kodifizierten „Internen Politiken“ der Union. Gemäß ihrer durch den EuGH sukzessive entwickelten subjektiv-rechtlichen Ausprägung, auf der Basis der unmittelbaren Geltung, der unmittelbaren Anwendbarkeit und des Anwendungsvorrangs¹⁵, wird der Einzelne via den subjektiven Rechtsschutz vor nationalen Gerichten (in Verknüpfung mit dem Vorabentscheidungsverfahren, Art. 267 AEUV) i.w.S. für die Integration „instrumentalisiert“.¹⁶ Ausgehend von einer vertragsautonomen Normenqualität als *subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV* sowie auf der Basis einer aus der Struktur der Unionsverfassung folgenden *Teleologie der Werte- und Zielidentität* sowie einer *Teleologie funktionaler Komplementärverhältnisse*¹⁷, lassen sich diese internen Politiken¹⁸ in einem primär-rechtlichen¹⁹ *Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung*²⁰ funktional dif-

¹³ Grundlegend zu dem Zusammenhang von Prinzipien- und Werttheorie R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985/2015), S. 125 ff. mit einer Differenzierung von „deontologischer“ (Prinzip) und „axiologischer“ (Wert) Norm, vgl. die graphische Übersicht auf S. 132.

¹⁴ ABl. C 326 v. 26.10.2012, S. 47 ff. (konsolidierte Fassung).

¹⁵ Schütz/Bruha/König, *Europarecht* (2004), § 3 Charakteristika des Gemeinschaftsrechts, S. 65-85.

¹⁶ Manfred Zuleeg und Stefan Kadelbach beschreiben diese Rechtsprechung als „Transformation von zunächst allein an die Mitgliedstaaten adressierten Vertragsbestimmungen“, M. Zuleeg/S. Kadelbach, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht Handbuch* (2015), § 8, Rn. 1, S. 339. Zur Durchsetzung der Funktionalität des Integrationsrechts via den Einzelnen als „Marktbürger“ (wirtschaftliche Integration durch transnationale Mobilität) und als „Unionsbürger“ (nicht-wirtschaftliche Integration durch persönliche Mobilität) G. Nicolaysen, *Europarecht I - Integrationsverfassung* (2002), S. 83 ff.

¹⁷ In Fortführung der Ansätze von J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement* (2002) und C. Nowak, *Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt*, in: Hatje, A./Terhechte, J. P. (Hrsg.), *Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung*, EuR Beiheft 3/2004, S. 77 ff. Der vorliegend vertretene Ansatz unterscheidet sich damit von dem Ansatz bei T. Kingreen, *Die Struktur der Grundfreiheiten* (1999) passim und von dem Ansatz bei A. Brigola, *Das System der EG-Grundfreiheiten* (2004) passim.

¹⁸ Ausgenommen ist das sektorale Wirtschaftsrecht, wie die Verbote im Abschnitt zur Verkehrspolitik (Art. 90 AEUV ff.), hier insb. Art. 95 AEUV (Beseitigung von Diskriminierungen), Art. 96 AEUV (Verbot von Unterstützungsmaßnahmen), Art. 97 AEUV (Abgaben und Gebühren bei Grenzübergang). Ebenso ausgenommen ist Art. 157 AEUV, der ursprünglich (Art. 119 EWGV) wettbewerbspolitisch motiviert war (Wettbewerbsneutralität von Arbeitskosten durch Mindeststandards) und mit dem heute eine umfassende Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsrecht gewährleistet wird, vgl. S. Krebber, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 157, Rn. 1, 3. Ausführlich A. Toth, in: ders. (Hrsg.), *The Oxford Encyclopedia-II, The Law of the Internal Market* (2005), S. 165 ff. „Equal Treatment (Principle of).“

¹⁹ Die vorliegende Untersuchung bezieht sich nicht auf die sekundärrechtlich ausgestaltete Fusionskontrolle, das Agrarrecht sowie die speziellen Regelungen des europäischen „Außenwirtschaftsrechts“ (Dumping, Export- und Importkontrolle etc.).

ferenzieren. Mittels der vorliegend hergeleiteten Dogmatik einer vertikalen und horizontalen (Macht-) Kontrolle werden die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV drei, auf das Binnenmarktziel der Union gerichteten, *Funktionskreisen*²¹ nicht funktionsidentischer²² Beschränkungsverbote systematisierend zugeordnet:

erstens einem Funktionskreis von im deutschsprachigen Schrifttum überwiegend als *Grundfreiheiten* bezeichneten²³ Normen, als hier so benannte *grundfreiheitliche Beschränkungsverbote*²⁴, namentlich Artikel 34, 35 AEUV (Verbot von Einfuhr-/ Ausfuhrbeschränkungen), 45 AEUV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer), 49, 54 AEUV (Niederlassungsfreiheit), 56, 62 AEUV (Dienstleistungsfreiheit), 63 AEUV (Freier Kapital-/ Zahlungsverkehr)²⁵; zweitens einem Funktionskreis von *Wettbewerbsregeln*²⁶ als hier so

²⁰ Siehe hierzu die Herleitung in Kapitel 4 B. und im Ergebnis Kapitel 4 C. (Das Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung). Zu einem Verständnis der Grundfreiheiten als „(Markt-) Verantwortungsrecht“ im weitesten Sinne siehe bereits *H. Matthies*, Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977), S. 669 ff.

²¹ Dieser Funktionsbetrachtung liegt die These zugrunde, dass sich die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV gemäß einem funktional-wettbewerbsökonomischen Ansatz (dazu im Detail Kapitel 1 B. III. 2. (Functional economic approach) in ihrer vertragsautonomen Normqualität in drei hier so benannten Funktionskreisen definieren lassen (siehe Kapitel 4 B. IV. und C. Das Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung).

²² So *C. Nowak*, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt, in: *Hatje/Terhechte* (Hrsg.), Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung, EuR Beiheft 3/2004, S. 77, 105. Dazu näher im Rahmen der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in Kapitel 4 B.

²³ Der Terminus „Grundfreiheit“ ist angesichts seiner semantischen Ähnlichkeit mit dem Terminus „Grundrecht“ im Lichte der vertragsautonomen Funktion der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV missverständlich. Die internen Politiken unterscheiden sich wesentlich von den Grundrechten und von den Grundfreiheiten der EMRK, so explizit auch *W. Kilian/D. H. Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht (2016), Rn. 229/230 mit der dort gewählten Bezeichnung als „Marktfreiheiten“. Der Terminus „Grundfreiheit“ entspricht nicht dem geltenden Unionsrecht, sondern wurde durch das rechtswissenschaftliche Schrifttum geprägt (vgl. zusammenfassend hierzu *C. Nowak*, in: *Basedow/Wurmnest* (Hrsg.), Unternehmen auf offenen Märkten (2011), Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Unionsrecht, S. 69 m.w.N. in Fn. 2) und wurde nicht in den Vertragstext des AEUV aufgenommen. Anders war dies noch im Entwurf des Verfassungsvertrages, (vgl. *Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa*, Europäischer Konvent, Dok. CONV 850/03 ABl. C 169/1 ff. vom 18.07.2003). In der Überschrift des Art. I-4 heißt es dort „Grundfreiheiten und Nichtdiskriminierung“. Im englischsprachigen Schrifttum werden die Grundfreiheiten überwiegend als „Four Freedoms“ oder auch als „Free Movement Law“ bezeichnet. Letzterer Terminus entspricht nach der vorliegend vertretenen Auffassung der Funktion der subjektiv-rechtlichen internen Politiken, wie im Einzelnen darzulegen ist. Da der Terminus „Grundfreiheit“ im deutschsprachigen europarechtlichen Schrifttum indessen überwiegend gebräuchlich ist, wird diesem in vorliegender Untersuchung aus pragmatischen Gründen gefolgt.

²⁴ Zu der dsbzgl. EuGH-Rechtsprechung siehe Kapitel 3 E. II. (Die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote).

²⁵ Art. 28, 29, 39, 43, 49, 56 EG in der bis zum 30.11.2009 geltenden Fassung des Vertragsrechts i.d.F. des *Vertrages von Nizza v. 26.02.2001* (BGBl. 2001 II, 1667) in Kraft seit 01.02.2003 (BGBl. 2003 II, 1503). Entsprechende Artikel werden im Folgenden als „ex Art. EG“ bzw. „EG“ bezeichnet.

²⁶ Art. 101 AEUV (Kartellverbot), 102 AEUV (Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung), 106 AEUV (Öffentliche Unternehmen/Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse), 107 AEUV (Beihilfenverbot).

benannte *wettbewerbliche Beschränkungsverbote*²⁷; drittens einem Funktionskreis so benannter *Warenmarktregeln*²⁸ als hier so benannte *warenmarktliche Beschränkungsverbote*.²⁹ Abzugrenzen sind diese drei Funktionskreise wirtschafts- und mobilitätsbezogener Beschränkungsverbote sowohl von den auf natürliche Personen bezogenen *nicht-wirtschaftlichen* subjektiv-rechtlichen Mobilitätsrechten der Unionsbürgerfreizügigkeit³⁰ als auch von den *nicht spezifisch auf die wirtschaftliche Mobilität* bezogenen wirtschaftlichen Grundrechten der Union³¹, welche nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind.

Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die Begründung des Beschränkungsverbotes als ein aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vertragsautonom abzuleitendes Prinzip *unionsrechtliches Beschränkungsverbot* (Hauptthese) und dessen operative Umsetzung via subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV (Folgethese), von denen die Grundfreiheiten als *grundfreiheitliche Beschränkungsverbote* eine bedeutende Teilmenge bilden. Dem folgt eine prinzipiengeleitete und normativ-wettbewerbsökonomische Konzeptionierung der für den Integrationsprozess zentralen Grundfreiheiten³² in deren vertragsautonomen Qualität als Marktverantwortungsrecht, d.h. als subjektiv-rechtliches³³ *Free Movement Law*.³⁴

²⁷ Zu der dsbzgl. EuGH-Rechtsprechung siehe Kapitel 3 E. I. (Die Wettbewerbsregeln als Beschränkungsverbote).

²⁸ Art. 30 AEUV (Zollverbot), Art. 37 AEUV (staatliche Handelsmonopole) und Art. 110-112 AEUV (Steuern) werden angesichts ihrer sachlichen Anwendungsbereiche, die sich ausschließlich auf die Mobilität von Waren und diese betreffende staatliche Handlungsformen beziehen, in dieser Untersuchung (abweichend von der geltenden Terminologie) mit einem zusammenfassenden Oberbegriff als *Warenmarktregeln* bezeichnet.

²⁹ Zu der dsbzgl. EuGH-Rechtsprechung siehe Kapitel 3 E. III. (Die Warenmarktregeln als Beschränkungsverbote).

³⁰ Art. 20, 21 AEUV. Die Abgrenzung ergibt sich aus der hier bereits im Ansatz zugrunde gelegten funktional-wettbewerbsökonomischen Betrachtung von *wirtschaftlicher Mobilität* auf der Basis des Free Movement-Konzeptes (warenmarktliches Beschränkungsverbot, grundfreiheitliches Beschränkungsverbot, wettbewerbliches Beschränkungsverbot) und *nicht-wirtschaftlicher Mobilität* (Unionsbürgerfreizügigkeit), welche sich dogmatisch-konzeptionell aus der wettbewerbsökonomischen Funktion der Grundfreiheiten (Kapitel 4 B.) sowie dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung (Kapitel 4 C.) ableitet.

³¹ In Bezug genommen sind hier insbesondere die sog. „wirtschaftlichen Grundrechte“ der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRC). Die Grundfreiheiten sind vorliegend funktional von den Grundrechten durch die spezifische auf das Free Movement-Konzept gerichtete Mobilitätsfunktion abgegrenzt, ähnlich *J. H. Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 477 m.w.N. in Fn. 118. Damit wird bereits im Ansatz von einer prinzipiell unterschiedlichen Funktion von Grundfreiheiten und Grundrechten ausgegangen. So auch *W. Kilian/D. H. Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht (2016), Rn. 229. Siehe zu dem Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten, auch bei der umstrittenen parallelen Anwendung auf mitgliedstaatliche Maßnahmen, zuletzt *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36, Rn. 7/8 sowie Art. 51 GRCh, Rn. 19/20.

³² Methodisch ähnlich für die Grundrechte *Robert Alexy*, der unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes eine allgemeine Theorie der Grundrechte entwickelt, deren Kernstück eine Prinzipientheorie und eine Theorie der Struktur subjektiver Rechte bildet, *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte (1985/2015) passim.

³³ Zu der objektiv-rechtlichen Funktion der Grundfreiheiten sowie deren weiteren Funktionen, welche nicht im Fokus der vorliegenden Untersuchung stehen, siehe *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2014), § 7, Rn. 21-42, Rn. 42; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten (2012), Kapitel 2 Geltungsgehalte, Rn. 84-224, zusammenfassend in Rn. 225 Abb. 2.1.,

Entsprechend dieses zwei rechtliche Qualitäten (Ebenen) umfassenden Untersuchungsprogramms einerseits zur Begründung des Beschränkungsverbot als objektiv-rechtliches Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) und andererseits zur Konzeptionierung der subjektiv-rechtlichen Umsetzung desselbigen via Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot), ist der Gang der Untersuchung (wie in Kapitel 2 dargestellt) in zwei Ebenen aufgeteilt, und zwar in eine Grundlegung auf der Regelbildungsebene (Erster Teil) und eine Grundlegung auf der Anwendungsebene (Zweiter Teil).

Die Grundfreiheiten sind als „Instrumente“ zur Kontrolle staatlicher „Maßnahmen“, bzw. auch privater Verhaltensweisen (Fälle der sog. horizontalen Direktwirkung³⁵) mit Wirkungen auf die wirtschaftliche Mobilität (Free Movement) im wettbewerblich organisierten Binnenmarkt im Kontext *unionsrechtlicher Grundprinzipien* und prinzipieller *Maßstäbe der Werte- und Wirtschaftsverfassung* der Europäischen Union zu betrachten. Gemäß dem die Unionsverfassung prägenden System von Werten und Zielen erscheint es mehr denn je angebracht, (*Markt-*) *Gerechtigkeit* durch angemessene Teilhabe im aktuellen und potenziellen Wettbewerb einer globalisierten transnationalen Wirtschaft über das *Marktintegrationsrecht der Union* im europäischen Binnenmarkt zu gewährleisten. Genau dazu sind die Grundfreiheiten nach der Ansicht des Verfassers in ihrer „operativen Funktion“ als subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV (Free Movement Law) im Lichte des aktuellen Standes der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) berufen. Eine demgemäß auf den Werten von Freiheit und Gleichheit (Art. 2 EUV) sowie dem Binnenmarktziel in Ausrichtung an dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) beruhende, d.h. prinzipiengeleitete und *normativ-wettbewerbsökonomische, (Neu-) Konzeptionierung der Grundfreiheiten* ist Ausdruck eines am Individuum, nämlich an dem Unionsbürger als Wirtschaftssubjekt ausgerichteten, „modernen“ Marktintegrationsrechts eines Europas der Bürger (Art. 3 Abs. 2 EUV).

Gesamtschau: Gehalt der Grundfreiheiten, sowie zur objektiv-rechtlichen Funktion Rn. 220-224 („Grundfreiheiten als essenzielle Grundwertung“, Rn. 222).

³⁴ Im Sinne eines Normen übergreifenden, funktional-prinzipiellen Ansatzes, so auch *N. N. Shuibhne*, *The Coherence of EU Free Movement Law* (2013), S. 16 ff. (Functional constitutionalism): “Building on the definition of a constitution [...] it is the [...] that strengthens the feasibility of describing the *Treaty bases of free movement law* [...]”, S. 21 ff. “The significance and scope of free movement law.”; *J. Baquero Cruz*; *Between Competition and Free Movement* (2002), S. 7 “supranational economic constitutionalism, based on economic integration through the *principles of free movement and competition*”, S. 91 “A Common Approach to the Free Movement Rules”. Ähnlich zuletzt *Reich/Nordhausen Scholes/Scholes*, *EU Internal Market Law* (2015), S. 157 “Concept and Nature of Free Movement.” (Hervorhebungen durch den Verf.).

³⁵ In vorliegender Untersuchung wird für die auch als „Drittwirkung“, „Privatwirkung“ usw. bezeichnete Anwendung der Grundfreiheiten auf Handlungen von privat-rechtlich organisierten Rechtssubjekten durchgängig der Begriff „horizontale Direktwirkung“ verwendet, und zwar in Anlehnung an die englisch sprachige Bezeichnung „horizontal direct effect“, so explizit auch *S. Löwisch*, *Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten* (2009), S. 30, 32/33. Die von dem EuGH umschriebenen Voraussetzungen einer horizontalen Direktwirkung sind im europarechtlichen Schrifttum umstritten, siehe hierzu im Überblick Kapitel 1 A. II. 1. e).

Die Grundlegung beruht dabei auf einem (integrations-)politisch-ökonomischen und Werte fundierten Verständnis von europäischem Wirtschaftsintegrationsrecht als Ausdruck einer vertragsautonomen Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union. Diesem Verständnis folgt eine *funktionale Methode* zur Prinzipienbildung, Konzeptionierung und konkretisierenden Auslegung des Marktintegrationsrechts. Fußend auf einer vertragsautonomen Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik) handelt es sich hierbei i.w.S. um einen European Law & Economics³⁶-Ansatz, der an eine *Funktionslehre* im Sinne der *Ökonomischen Rechtslehre* anknüpft, hier zusammenfassend benannt als *functional economic approach*, der rechtlich und ökonomisch determiniert ist.³⁷ Bezugnehmend auf den Begriff der sozialen Marktwirtschaft in seiner ursprünglichen Bedeutung werden hierbei klassisch-ordoliberalen Paradigmen der „frühen Schulen“ ebenso wie moderne Strömungen der Wirtschaftswissenschaften zu wettbewerbsstrategischen Betrachtungen i.w.S.³⁸ in die funktionale Teleologie einbezogen. Die wirtschaftswissenschaftlich theoretische Grundlage wird vorliegend mit dem Oberbegriff der *Wettbewerbsökonomik*³⁹ bezeichnet.

³⁶ Der Begriff *European Law & Economics* wird verwendet von Initiativen und Denkrichtungen, welche sich zu einem eigenen europäischen Ansatz von Law & Economics formieren, wie z.B. die *European Association of Law & Economics (EALE)*, <http://eale.org/about-eale/the-association>. Gemeinsam ist diesen Ansätzen, dass sie methodisch an die US-amerikanisch geprägte Tradition von Law & Economics (i.S.v. Richard Posner, siehe nur *R. A. Posner, Economic Analysis of Law* (2. Ed. 1977)) anschließen, jedoch in Abgrenzung zu dieser Tradition andere Inhalte und Nuancen der Analyse wählen. So wird auch für die vorliegende Untersuchung ein Ansatz gewählt, welcher ausgehend von dem politisch-ökonomischen Fundament eines Free Movement-Konzepts, vgl. Kapitel 3 A. I., die Implikationen der Werte- und Wirtschaftsverfassung mit einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik) verbindet, welche verschiedene wettbewerbstheoretische Ansätze und moderne wirtschaftswissenschaftliche Konzepte polyparadigmatisch miteinander verknüpft. Siehe zu dem hier zugrunde gelegten Verständnis Kapitel 1 B. III.

³⁷ Grundlegend zu dem theoretischen Fundament einer *Funktionslehre* von Recht und Ökonomie als *Ökonomische Rechtslehre*, vgl. *P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986) passim, zur Konzeption insb. S. 6-80 und im Ergebnis S. 335 ff. Siehe auch *P. Behrens, Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, in: E. Boettcher/P. Herder-Dorneich/K.-E. Schenk (Hrsg.), *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* (1988), Interdisziplinarität, S. 209 ff. Zur Verbindung von Recht und Ökonomie betr. die Gestaltung einer i.w.S. „angemessenen Ordnung“, *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Ökonomie im Europäischen Wettbewerbsrecht* (2006), S. 9 ff./10. Der Begriff „funktional“ ist hier angelehnt an *Peter Behrens*, a.a.O. S. 335 zu verstehen, als Betrachtung von i.w.S. institutionellen Funktionszusammenhängen und der dafür maßgeblichen ökonomischen und rechtlichen Bedingungen. Siehe zu einem an ökonomischen Paradigmen orientierten Kosten-Nutzen-Ansatz bei der Warenverkehrsfreiheit bereits *B. Weiher, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr* (1997) passim.

³⁸ Industrieökonomik, spieltheoretische Ansätze und wirtschaftswissenschaftliche Ansätze zur strategischen Betrachtung des Wettbewerbs (wie *Michael E. Porter, Competitive Strategy* (1980/1998); *ders., Competitive Advantage* (1985/1998)) sowie zu Unternehmensstrategien im Wettbewerb (wie *W. Pfähler/H. Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (2008); *H. Hungenberg, Strategisches Management in Unternehmen* (2011), *R. M. Grant, Moderne Strategische Unternehmensführung* (2014)). Im Überblick *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: *MüKo EuWettbR* (2015), Einl. Rn. 115/116 (spieltheoretisch fundierte Industrieökonomik), Rn. 118-120 (Institutionenökonomik/Law & Economics), Rn. 123-125 (Verhaltensökonomik/Experimentelle Ökonomie), Rn. 238 ff./276 f. (Marktzutrittschranken, strategische Marktzutrittschranken).

³⁹ So jüngst auch *Christian Ewald, Grundzüge der Wettbewerbsökonomie*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 7. Im deutschsprachigen wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum so ausdrücklich auch *Günter Knieps, Wettbewerbsökonomie* (2008), passim.

Demnach sind die Grundfreiheiten angesichts ihres integrationspolitisch-ökonomischen Ursprungs entsprechend dem Free Movement-Konzept funktional, d.h. prinzipiengeleitet und normativ-wettbewerbsökonomisch *als transnationale Mobilitätsfreiheits- und Mobilitätsgleichheitsrechte (Mobilitätsbeschränkungsverbote) zu konzipieren*. Die theoretische Begründung einer solch prinzipiengeleiteten sowie rechtlich und wirtschaftswissenschaftlich fundierten (Neu-)Konzeption der Grundfreiheiten⁴⁰ bedarf einer *funktional-systemischen* Herangehensweise.⁴¹

In der systemischen Perspektive ist damit zunächst eine *grundlegende Gestaltungsfrage* tangiert, nämlich die *Frage nach der richtigen „Ordnung“ zur Kontrolle von Macht*, welche sich auf den transnationalen Binnenmarktprozess, also die Mobilität wirtschaftlicher Leistung (Free Movement) auswirkt. Das Marktintegrationsrecht der Union steht diesbezüglich angesichts der seit Lissabon veränderten Struktur eines Systems der Werte und Ziele verstärkt im *Kontext der Gerechtigkeitsfrage*, welche bezogen auf den Binnenmarktprozess Chancengleichheit und Fairness im Sinne einer angemessene Teilhabe im Wettbewerb betrifft. Dementsprechend beziehen sich Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit (Art. 2 EUV) systemisch-funktional betrachtet auf die operative Umsetzung des Binnenmarktziels (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV) und auf das hierbei zu berücksichtigende *Leitbild der sozialen Marktwirtschaft* (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV), dessen theoretische Konzeption wiederum maßgeblich auf die sog. „Freiburger Kreise“ zurückgeht, namentlich auf *Walter Eucken, Alfred Müller-Armack, Friedrich August von Hayek, Franz Böhm, Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow*.⁴²

⁴⁰ Die hier vorgestellte Konzeption steht damit dem auf Allokationseffizienz basierenden Ansatz eines „Markteingriffsmodells“ von *Jens Thomas Füller* gegenüber, vgl. *J. T. Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag (1999), S. 145 ff. Denn das Markteingriffsmodell beruht mit vier abschließenden Fallgruppen maßgeblich auf klassisch ökonomischen Theoremen der Außenhandelstheorie und dem Gedanken des Allokationsoptimums, S. 150 ff., 189. Dieser strikt an der Allokationseffizienz orientierte Ansatz, der zudem sehr enge Grenzen einer ökonomischen Auslegung des Rechts beschreibt, steht damit genau invers zu der vorliegend vertretenen Auffassung, da *Jens Thomas Füller* zu der Schlussfolgerung gelangt, dass wettbewerbsökonomische Theoreme (Barriers to Entry, Mobility Barriers usw.) sowie verhaltensorientierte Ansätze (Industrieökonomik und Spieltheorie, Theorien zum Strategischen Management etc.) nicht geeignet seien, um die rechtlichen Maßstäbe der Freiheit zu konkretisieren, vgl. ebd. S. 181, 189. Ebenso unterscheidet sich dieser Ansatz in der Methode von dem Ansatz bei *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999) passim und dem Ansatz bei *A. Brigola*. Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot (2004) passim.

⁴¹ *Funktional* im Sinne der Methode des EuGH, wie bspw. beim „funktionalen Unternehmensbegriff“ der Wettbewerbsregeln, und einer an der Funktion ausgerichteten Analyse, welche die juristische Methode kontextual ergänzt, im Sinne der von *U. Haltern*, a.a.O. (2007), S. 3-26 dargestellten Anforderungen. *Systemisch* wird vorliegend im Sinne der Methode einer Betrachtung von „Funktionssystemen“ verstanden, wie diese *Niklas Luhmann* als Teilsysteme sozialer Systeme bzw. der Gesellschaft definiert hat, siehe hierzu im Überblick *T. Huber*, Systemtheorie des Rechts (2007), S. 34 ff, 40/41. Damit wird eine Anlehnung an diese Methode adressiert, jedoch weder die Systemtheorie Luhmanns i.e.S. noch der Inhalt der von *Niklas Luhmann* beschriebenen Funktion des Rechts, vgl. *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1995/2013), S. 124 ff.

⁴² *Uwe Dathe* notiert „Obwohl der Begriff ‚Soziale Marktwirtschaft‘ im Werk Walter Euckens nicht vorkommt, zählen Politiker, Publizisten und Wissenschaftler seit Anfang der 1950er Jahre Eucken zu den wichtigsten Wegbereitern sowohl des wirtschaftspolitischen Konzepts als auch der Politik der Sozialen Marktwirtschaft. In der Öffentlichkeit wurde der Begriff ‚Soziale Marktwirtschaft‘ populär,

Die vertragsautonome „Funktionalität“ von Werten, Markt und Wettbewerb ist in dem unionsrechtlichen Beschränkungsverbot zu implementieren und über die subjektivrechtlichen internen Politiken, wie die Grundfreiheiten, zu operationalisieren.⁴³ Damit steht die bereits von *Adam Smith* grundlegend bearbeitete und u.a. auch von der „Freiburger Schule“ in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen gestellte Frage nach der „richtigen Ordnung“ aktuell (wieder) im Raum, und zwar betreffend eine Wirtschaft, die der Verwirklichung von „Menschlichkeit“ („Wohlstand“) i.w.S. dient.⁴⁴ Dieser Aspekt steht im engsten Zusammenhang mit der Konzeption und der Anwendung der subjektivrechtlichen internen Politiken des AEUV und so der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion, da diese das Individuum und dessen Rechte als Wirtschaftssubjekt betreffen. *Adam Smith* ging von der Hypothese des Eigennutzes von Individuen aus⁴⁵, welcher, in der richtigen (Gesellschafts-) Ordnung, dazu führe, dass dieser auch zum Vorteil der Gesellschaft, also des „Ganzen“ gereicht:

“Every individual is continually exerting himself to find out the most advantageous employment for whatever capital he can command. It is his own advantage, indeed, and not that of the society, which he has in view. But the *study of his own advantage naturally, or rather necessarily*, leads him to prefer that employment which is most advantageous to the society”⁴⁶.

als Ludwig Erhard seine erfolgreiche Wirtschaftspolitik nach der Wirtschafts- und Währungsreform vom Juni 1948 als Soziale Marktwirtschaft bezeichnet. [...] Es war aber Erhard selbst, der mehrmals erwähnte, dass er den Werken Euckens und anderer Freiburger zahlreiche Anregungen für seine Wirtschaftspolitik verdankte“, *U. Dathe*, Walter Eucken und die Soziale Marktwirtschaft, in: Meier (Hrsg.), *Die Freiburger Kreise – Akademischer Widerstand und Soziale Marktwirtschaft* (2014), S. 207 ff., 207. Siehe auch *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Ökonomie im Europäischen Wettbewerbsrecht* (2006), S. 9 f.

⁴³ Nach der hier vertretenen Auffassung hat daher die neue Vertragsarchitektur nach dem Vertrag von Lissabon nicht bloß deklaratorischen Charakter. Insbesondere die interdependente Struktur von Art. 1 Abs. 2 EUV („neue Stufe der Integration“), Art. 2 EUV (Werte der Union), Art. 3 EUV (Ziel der Union) und Art. 26 AEUV (Verwirklichung des Binnenmarktes) bringt eine „konstitutiv neue Qualität“ zum Ausdruck, unter Berücksichtigung der hinter den dort aufgenommenen Begriffen stehenden theoretischen Implikationen von Ökonomie, Recht und europäischem Gesellschaftsmodell, wie diese u.a. in dem Konzept der Sozialen Marktwirtschaft fundiert sind.

⁴⁴ Der Dreh- und Angelpunkt des ordnungspolitischen Entwurfs bei *Adam Smith* ist das System einer natürlichen Freiheit, „system of natural liberty“, wobei sein Wirken als Theoretiker der Ethik, des Rechtswesens und der Ökonomik sich insbesondere in dem Werk *Theory of Moral Sentiments* (1759) manifestiert, vgl. *R. Storn*, *Adam Smith (1723-1790)*, in: H. D. Kurz (Hrsg.) *Klassiker des ökonomischen Denkens*, Band 1 (2008), S. 68 ff., 69, 73.

⁴⁵ Diese Hypothese liegt heute dem mikroökonomischen Paradigma von *Gewinnmaximierung* (Angebotsseite des Marktes) und *Nutzenmaximierung* (Nachfrageseite des Marktes) zugrunde, vgl. *H. R. Varian*, *Grundzüge der Mikroökonomik* (2011), S. 79 ff. (Entscheidung, Nachfragefunktion) und S. 385 ff. (Gewinnmaximierung, Angebotsentscheidung bei Wettbewerb); *S. Siebe*, *Mikroökonomie* (2012), S. 110 (Eigenschaften von Nutzenfunktionen) und S. 133 ff. (Produktions- und Kostentheorie). In evolutionsbiologischer Perspektive einer „egoistischen“ Konkurrenz von Genen siehe *R. Dawkins*, *The Selfish Gene* (1976/2006) passim.

⁴⁶ *A. Smith*, *Wealth of Nations* (1776/2012), Chapter 2: Of Restraints upon Importation from Foreign Countries of such Goods as can be Produced at Home, S. 443.

Abgesehen davon, dass über diese Annahme im Lichte anderer Philosophien und Forschungen trefflich gestritten werden kann und muss⁴⁷, bedeutet dies heruntergebrochen auf die heutige Zeit und den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, dass es im Kern um die grundlegende Frage geht, *wie* die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV als supranationales Marktintegrationsrecht im Lichte der neuen Werte- und Wirtschaftsverfassung des Unionsrechts nach Lissabon „modernisiert“ (im Sinne des aktuellen Standes der Integration gemäß Art. 1 Abs. 2 EUV) zu konzipieren sind, damit im konkreten Rechtsstreit vor nationalen Behörden oder Gerichten die naturgemäß divergierenden Interessen von Union, Mitgliedstaaten und Individuen⁴⁸ (*Interessen-Trias*⁴⁹) zu einem gerechten Ausgleich gelangen können. Denn ein solcher Ausgleich am Maßstab der Gerechtigkeit, hier als transnationale Marktgerechtigkeit bzw. Verteilungsgerechtigkeit i.w.S., muss in der Betrachtung von legitimen Interessensphären darin bestehen, dass sowohl die (Eigen-) Interessen von Privaten (auf Basis der Privatautonomie/dem Paradigma der Nutzen-/Gewinnmaximierung) an ihrer größtmöglichen wirtschaftlichen Mobilitätsgleichheit und Mobilitätsfreiheit als auch die (Allgemein-) Interessen von Mitgliedstaaten zum Wohle des „Ganzen“, d.h. des supranationalen (Integrations-) Interesses, in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen. Den obersten Maßstab für die (Markt-) Gerechtigkeit bilden hierfür die vorgenannten Prinzipien der Union und deren institutionell-rechtliches Gefüge.⁵⁰

⁴⁷ Etwa ausgehend von neueren Forschungen zur Empathie, wie von *Frans de Waal* (*The Age of Empathy* (2009)), zu dem Aufbau einer altruistischen Gesellschaft von *Matthieu Ricard* (*Allumfassende Nächstenliebe – Altruismus* (2016), insb. S. 557 ff.) oder zur Ethik in der Wirtschaft, wie von Nobelpreisträger *Amartya Sen* (*Ökonomie für den Menschen* (2002/2011)), *Karl-Heinz Brodbeck* (*Buddhistische Wirtschaftsethik* (2011)) oder *Andreas Suchanek* (*Ökonomische Ethik* (2007)), um nur beispielhaft einige wenige Ansätze zu nennen. Auch *Alfred Müller-Armack* hat sich seinerzeit (1948) vor der Erstellung des theoretischen Konzepts der sozialen Marktwirtschaft kritisch aus kultursoziologischer Sicht mit einer zu starken Fokussierung auf Rationalität und Effizienz i.w.S. auseinandergesetzt, vgl. *A. Müller-Armack*, *Das Jahrhundert ohne Gott* (1948), S. 99 „*Die Ideale des Rationalismus*: „Keine Lebenserscheinung hat so wie die Rechenhaftigkeit den Anspruch der neueren Zeit bestärkt, von allem Religiösen befreit und in einer Diesseitigkeit verwurzelt zu sein. Im Beginn des 19. Jahrhunderts gewannen diese Kräfte der Ratio einen Einfluß, der ihre künftige Vorherrschaft erwarten ließ. Sie sind auf kein Lebensgebiet lokalisiert, sondern sind ein mixtum compositum von Glaubenssätzen und wissenschaftlichen Einsichten, von praktischen Erfahrungen und Lebenserwartungen, denen nur gemeinsam sind der Ursprung in einem nüchtern rechnenden Verstande und die Hoffnung auf eine bessere, auf Freiheit, Vernunft und Wohlstand gegründete Weltordnung, die von solchen Basteien gesichert werden soll. [...] Dieser Wille, alle Lebensvorgänge quantitativ zu erfassen und damit zu beherrschen, ist nicht auf das Wirtschaftliche allein beschränkt.“ Diesen Kontext i.w.S. aufnehmend bringt die Präambel zum EUV an oberster Stelle in Absatz 1 zum Ausdruck, dass die Europäische Union aus dem „kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas schöpft“ aus dem sich „universelle Werte“ entwickelt haben. Dieses klare Bekenntnis streitet für ein „modernes Recht“, welches sich nicht vorrangig der puren Rationalität und „Effizienz“ verschreibt, sondern den Bürger und die „Menschlichkeit“ in den Mittelpunkt stellt.

⁴⁸ D.h. im Binnenmarkt agierende Wirtschaftssubjekte als Einzelpersonen oder Gesellschaften.

⁴⁹ Kapitel 1 B. I. 3. und Kapitel 5 B. I.

⁵⁰ Insbesondere Art. 4 EUV (Zuständigkeiten der Union/ sog. „Kompetenzordnung“, Identität der Mitgliedstaaten, Wahrung der territorialen Unversehrtheit, Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Schutz der nationalen Sicherheit), Art. 3, 4 AEUV (ausschließliche und geteilte Zuständigkeiten), Art. 5 EUV (Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit).

Damit besteht die *konkrete Gestaltungsaufgabe* darin, die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, und so die Grundfreiheiten, ausgehend von den Prinzipien und den grundlegenden Maßstäben der Union in einer solchen Weise zu konzipieren, dass sie eine effektive Kontrolle staatlicher und/oder privater *Macht* (als Regelungs- und Durchsetzungsmacht bzw. Marktmacht) gewährleisten, auf deren Grundlage Handlungen die transnationale wirtschaftliche Mobilität (Free Movement) im Binnenmarkt „beschränken“. Dabei ist entscheidend die Kontrolle im konkreten Rechtsstreit so fein justieren zu können, dass Individualgerechtigkeit und übergeordnete Interessen im Sinne der Interessen-Trias bestmöglich (im Sinne eines Pareto-Optimums) verwirklicht sind, und zwar gemessen an den Maßstäben der Werte- und Wirtschaftsverfassung.

Peter Behrens hat das hierfür angemessene Ziel betreffend die „*Machtkontrollfrage*“⁵¹ in seiner Grundlegung zu einer Ökonomischen Rechtstheorie (1986) wie folgt formuliert:

„Der politische Gehalt der [...] ökonomischen Rechtstheorie besteht [...] vor allem darin, daß *nicht die Überwindung* des Phänomens gesellschaftlicher Macht, sondern allein seine *Bändigung* in einer vernünftigen und gerechten Ordnung [...] als sinnvolles Ziel zu akzeptieren ist.“⁵² (Hervorhebungen durch den Verf.).

Ausgehend von den *de lege lata* in der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten bestehenden Problemen (siehe hierzu näher Kapitel 1 A. II. 1.), erscheint *de lege ferenda* somit eine prinzipiengeleitete, normativ-wettbewerbsökonomische (Neu-) Konzeption der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote angemessen, welche den Individualrechtsschutz unter Berücksichtigung des „neuen Unionstelos“ der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach Lissabon „modernisierend“ theoretisch untermauert und für die Praxis konkretisiert. Zunächst ist dabei wiederum im Lichte der Interessen-Trias zu berücksichtigen, dass eine den institutionell-rechtlichen Rahmen bzw. die Kompetenzordnung der Union infrage stellende Erhöhung der grundfreiheitlichen Kontrolldichte damit nicht verbunden sein darf, jedoch eine Präzisierung der grundfreiheitlichen Kontrolle erforderlich scheint, einschließlich der Darlegungs- und Beweislast. Denn die nötigen gesetzgeberischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume bzw. die Handlungsoptionen von privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten (wie im Falle der sog. horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten) dürfen nicht unangemessen eingeschränkt werden.

Eine prinzipiengeleitete, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierte Konzeption der Grundfreiheiten kann und soll somit, auch unter dem Gesichtspunkt von (Verteilungs-)Gerechtigkeit, im Spiegel der *Marktwirklichkeit* der heutigen globalen (Welt-) Gesellschaft vielmehr eine umfassende *Kontrolle strategisch-protektionistischer Maßnahmen* von hoheitlich und privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten ermöglichen, welche gerade nicht die „Kompetenzen“ von Mitgliedstaaten oder die Privatautonomie

⁵¹ *E.-J. Mestmäcker*, Recht und ökonomisches Gesetz (1978), S. 12: Die klassische englische Ökonomie lieferte die empirischen Bezüge [...], die unser Verständnis von Freiheit, Macht und Herrschaft bis heute bestimmen. [...] Keine Wissenschaft, die gesellschaftliches Handeln zum Gegenstande hat, kann sich der Antinomie von Macht und Freiheit entziehen.“

⁵² *P. Behrens*. Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 337.

von Unternehmen konterkariert, sondern i.w.S. neu „kalibriert“. Unter dem Oberbegriff „Moderner Protektionismus“ geht es hierbei im Lichte von Marktgleichheit (Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV) als Aspekt einer „modernisierten“ Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik) insbesondere um eine Erfassung subtiler Formen des Protektionismus, welche der Funktionsweise auch sog. *politischer Märkte*⁵³ folgen bzw. einer veränderten tatsächlichen „Macht durch Strategie“. Solche Maßnahmen lassen sich durch rein gleichheitsrechtliche Konzeptionen im Sinne des „klassischen“ Diskriminierungsverbotes nicht hinreichend erfassen. Letztlich soll also die rechtlich gebundene Marktverantwortung von Mitgliedstaaten *und* Privaten im Lichte der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union deutlicher konturiert werden.

Blickt man vor diesem Hintergrund nunmehr auf die geltende *Konzeption* der für den europäischen Integrationsprozess zentralen Grundfreiheiten⁵⁴ in ihrer durch den EuGH 1974 mit der *Dassonville*-Rechtsprechung⁵⁵ etablierten Auslegung als sog. *Beschränkungsverbote*,⁵⁶ die heute konvergent⁵⁷ für alle Grundfreiheiten gilt⁵⁸, und welche

⁵³ Hierzu Kapitel 6 A. II. 1. a) bb) (2)).

⁵⁴ Die Grundfreiheiten bezeichnet *Peter Christian Müller-Graff* als „programmoperative Fixsterne im Kosmos des Verfassungsvertragsrechts der Europäischen Union“, vgl. *P.-C. Müller-Graff*, in: *Hatje/ders.* (Hrsg.), *EnzEuR* Band 1 (2014), § 9, Rn. 1.

⁵⁵ EuGH *Staatsanwaltschaft gegen Benoit und Gustave Dassonville (Dassonville)* (C- 8/74, EU:C:197:82).

⁵⁶ Ständige Rechtsprechung und heute ganz herrschende Auffassung, siehe insbesondere jeweils m.w.N. *E. Pache*, in: *Schulze/Zuleeg* (Hrsg.), *Europarecht Handbuch* (2015), § 10, Rn. 23-25 (Rn. 23: „Das Beschränkungsverbot spielt in der Praxis mittlerweile eine weitaus größere Rolle als das Diskriminierungsverbot“); *R. Streinz*, *Europarecht* (2016), Rn. 827 ff., 840/843 („Freiheitsrecht“/„Marktzugangsfreiheit“); *C. Calliess*, in *MüKo EuWettBR* (2015), Einl. Rn. 688-723; *U. Becker*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar* (2012), Art. 34 AEUV, Rn. 44; *H. Schneider/N. Wunderlich*, in: ebd., Art. 45 AEUV, Rn. 42 ff.; *M. Schlag*, in: ebd., Art. 49 AEUV, Rn. 45; *M. Holoubek*, in: ebd., Art. 56, 57 AEUV, Rn. 69 ff.; *A. Glaesner*, in: ebd., Art. 63 AEUV, Rn. 16/17; *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2015), Art. 34 AEUV, Rn. 32-45 (Rn. 40: „Verbot der transnationalen Marktzugangsbehinderung“) und Rn. 71-175 mit einer Auflistung von typischen Fallgruppen von Maßnahmen gleicher Wirkung; *V. Kreuschitz*, in: ebd., Art. 45 AEUV, Rn. 28-34; *J. Tiedje*, in: ebd., Art. 49 AEUV, Rn. 98-107 und Art. 56 AEUV, Rn. 35 ff.; *K.-P. Wojcik*, in: ebd., Art. 63 AEUV, Rn. 17 ff.; *S. Krebber*, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *EnzEur* Band 4 (2015), § 2 Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rn. 33; *A.-K. Siekemeier/H. M. Wendland*, in: ebd., § 3 Niederlassungsfreiheit der Selbständigen, Rn. 66/67 und § 4 Niederlassungsfreiheit der Unternehmen, Rn. 36/37; *J. Lübke*, in: ebd., § 5 Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Rn. 55-57 (Kapitalverkehr) und Rn. 157/158 (Zahlungsverkehr); *A. Kellerhals*, in: ebd., § 6 Warenverkehrsfreiheit, Rn. 34 („einfuhrbehindernde Wirkung“); *W. Obwexer/S. Ianc*, in: ebd., § 7 Dienstleistungsfreiheit, Rn. 69-77; *W. Hakenberg*, *Europarecht* (2015), Rn. 357 ff. („entrawe“); *W. Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2012), Art. 34 AEUV, Rn. 42; *M. Franzen*, in: ebd., Art. 45 AEUV, Rn. 86; *P.-C. Müller-Graff*, in: ebd., Art. 49 AEUV, Rn. 57 ff. und Art. 56 AEUV, Rn. 84 ff.; *M. Sedlaczek/M. Züger*, in: ebd., Art. 63 AEUV, Rn. 9 ff.; *M. Lux*, in: *Lenz/Borhardt* (Hrsg.), *EU-Vertrag-Kommentar* (2010), Art. 34 AEUV, Rn. 29 ff. mit Fallgruppen von Beschränkungen; *A. Scheuer/C. Weerth*, in: ebd., Art. 45 AEUV, Rn. 38; *H. G. Fischer*, in: ebd., Art. 49 AEUV, Rn. 8-10; *S. Seyer*, in: ebd., Art. 56, 57 AEUV, Rn. 20/21; *T. Schürmann*, in: ebd., Art. 63, Rn. 21-25. *A. Mühl*, *Diskriminierung und Beschränkung* (2004), S. 245-247 („Stufenmodell“); *A. Brigola*, *Das System der EG-Grundfreiheiten* (2004), im Sinne eines „spezifischen Beschränkungsverbotes“, S. 170-172; *M. Rolshoven*, „Beschränkungen“ des freien Dienstleistungsverkehrs (2002), S. 301 („einheitlicher Beschränkungsbegriff“); Anerkennend für die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit sowie zur Frage der Übertragbarkeit der Konzeption des

der EuGH zuletzt auf eine *Marktzugangsfunktion* fokussiert hat⁵⁹ (sog. *market access approach*⁶⁰), so ist betreffend der (Macht-)Kontrolle von sog. „unterschiedslosen Maßnahmen“ („indistinctly applicable measures“⁶¹) respektive Beschränkungen des Marktzutritts/Marktaustritts festzustellen, dass sowohl der Gegenstand und der Maßstab der Kontrolle (vorliegend als Kontrollgegenstand/Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten bezeichnet) als auch die Kriterien der Kontrolle, und damit im Ergebnis auch die die Kontrolldichte, noch relativ unbestimmt sind. Das *Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten in ihrer Marktzugangsfunktion* bedarf daher unter Berücksichtigung der zuvor skizzierten grundlegenden Aspekte einer theoretischen *Konzeptionierung* und praktischen *Konkretisierung*.⁶²

Beschränkungsverbot auf das Assoziierungsrecht (sog. „Europa-Abkommen“) siehe *O. Vogt*, Die Regelungen des Personenverkehrs in den Europa-Abkommen (2001), S. 193-196 (Arbeitnehmer), S. 259-266 (Niederlassungen). *J. T. Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag (1999), S. 149 ff. („Markteingriffsmodell“).

⁵⁷ *P. Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145 ff. Hierzu zum 70. Geburtstag von *Peter Behrens* in der Reflexion und Aktualisierung *C. Nowak*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Unionsrecht, in: *Basedow/Wurmnest* (Hrsg.), Unternehmen auf offenen Märkten (2011), S. 69 ff. Ähnlich *C.-D. Classen*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, EWS 1995, S. 97 ff.

⁵⁸ Dies ist die heute ganz überwiegend vertretene Auffassung, siehe nur *P.-C. Müller-Graff*, in: *Hatje/ders.* (Hrsg.), *EnzEuR* Band 1 (2014), § 9 Grundfreiheiten und Wettbewerbsordnung, Rn. 45 und *ders.*, in: *Hatje/ders.* (Hrsg.), *EnzEuR* Band 4 (2015), § 1 Die vier wirtschaftsordnungsrechtlichen Grundelemente, Rn. 73/74; *W. Hakenberg*, *Europarecht* (2015), Rn. 357: „Der EuGH [...] verwendet nur noch den einheitlichen Begriff der „Beschränkung“ (französisch „entrave“) [...]“. Anderer Auffassung ist indessen explizit *T. Kingreen*, der die Grundfreiheiten als materielle Diskriminierungsverbote ansieht, *T. Kingreen*, Grundfreiheiten, in: *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 705 ff, 727-740, 748 sowie zuletzt *ders.*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 34-36, Rn. 66 ff.; *Eberhard Grabitz* hat zu Art. 30 EWGV (heute Art. 34 AEUV) im Kontext der ökonomischen Funktion der Offenheit der Märkte am Beispiel des Kontingentes herausgearbeitet, dass bereits der Ausgangspunkt einer Argumentation nur mit Vergleichspaaren (im Sinne des Diskriminierungsverbotes) teleologisch nicht haltbar ist, *E. Grabitz*, Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: *Stödter/Thieme* (Hrsg.), *Hamburg-Deutschland-Europa* (1977), S. 645, 647 und S. 651. Im Übrigen ergibt sich eine besondere und über ein Diskriminierungsverbot hinausgehende Funktion aller Grundfreiheiten (konvergent) aus deren Charakter als „spezielle Gewährleistung der (durch das Unionsrecht in Art. 345 AEUV) garantieren Privatautonomie für den grenzüberschreitenden Verkehr“, vgl. *K. Riesenhuber*, in: *ders.* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft* (2009), § 1, S. 12.

⁵⁹ Insbesondere Rechtssachen EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* (C-265/06, EU:C:2008:210); EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66); EuGH *Aklagaren gegen Percy Mickelsson und Joakim Roos (Mickelsson & Roos (Wassermotorräder))* (C-142/05, EU:C:2009:336) sowie in der Folge bestätigend EuGH *Kommission/Republik Polen (Lenkanlage PKW)* (C-639/11, EU:C:2014:173) Rn. 52 ff.; EuGH *Kommission/Republik Litauen (Lenkanlage PKW)* (C-61/12, EU:C:2014:172) Rn. 57 ff.; EuGH *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) gegen Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis* (C-201/15, EU:C:2016:972) Rn. 48/49.

⁶⁰ So überwiegend die Bezeichnung in dem englischsprachigen Schrifttum zu dieser Rechtsprechungslinie, welcher hier gefolgt wird, vgl. nur *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2016), S. 19 ff., 102 ff.

⁶¹ Siehe nur *P. Oliver*, in: *Oliver* (Hrsg.), *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union* (2010), S. 104 ff. in der chronologischen Entwicklung zu Art. 34 AEUV.

⁶² So explizit auch *R. Streinz*, *Europarecht* (2016), § 11, Rn. 843 und Rn. 912; *S. Dietz/T. Streinz*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 50 ff.; *U. Forsthoff*, in:

Eine wesentliche Ursache der relativen Unbestimmtheit der grundfreiheitlichen Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ liegt darin begründet, dass der Begriff des *Beschränkungsverbot*es (Prohibition of Restrictions) zwar seinen Ursprung in der EuGH-Rechtsprechung⁶³ zu „nicht-diskriminierenden“ respektive „unterschiedslosen“ („beschränkenden“) Maßnahmen und deren Rezeption im europarechtlichen Schrifttum zu den Grundfreiheiten hat⁶⁴, jedoch das Beschränkungsverbot als *Verbotstypus* bis heute weder durch den Gerichtshof noch durch das Schrifttum theoretisch, d.h. dogmatisch-konzeptionell ausreichend fundiert wurde.⁶⁵ Seit Jahrzehnten sind der Begriff, der Inhalt

Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 42 Sept. 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 187, 191, 196 ff. C. Barnard, *The Four Freedoms* (2016), S. 21-23; G. Davies, *Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law*, German Law Journal Vol. 11 No. 08, S. 671 ff.; J. Snell, *The Notion of market access: A concept or a slogan?*, CMLR 2010, S. 437/438, 469 („As the term lacks a clear content“) und in der Schlussfolgerung S. 470-472; E. Spaventa, *Leaving Keck behind? European Law Review* 2009, S. 914: „The Court’s open embracement of an unqualified market access test raises questions both as to the boundaries of Art. 28 EC and to the theoretical basis which justifies a market access approach“, S. 923 ff.: „The boundaries of the market access test and its significance.“ Jens Thomas Füller hat die Marktzugangsfunktion mit einem „Markteingriffsmodell“ zur Warenverkehrsfreiheit des Gemeinschaftsrechts herausgearbeitet, vgl. J. T. Füller, *Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag* (1999), S. 149 ff.

⁶³ Betreffend das Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln - soweit ersichtlich - seit der Entscheidung zur Rechtssache EuGH *Établissements Consten S.à.R.L. und Grundig-Verkaufs-GmbH gegen Kommission der EWG (Consten & Grundig)* (C-56 und 58/64, EU:C:1966:41) betreffend die Anwendung von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag auf Alleinvertriebsvereinbarungen und den dortigen Ausführungen zu dem „Tatbestandsmerkmal Wettbewerbsbeschränkung“ in den Rn. 25 ff. der Entscheidungsgründe; auf Grundlage der sog. *Consten & Grundig-Formel* zur Definition von „zu beeinträchtigen geeignet sind“, in Rn. 24. Betreffend das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten seit der Entscheidung zur Rechtssache *Dassonville* zur Auslegung des Begriffs „Maßnahmen gleicher Wirkung“ wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen gemäß Art. 30 EWG-Vertrag, EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82). Siehe im Detail Kapitel 3 E.

⁶⁴ Zu den Nachweisen aus der Kommentarliteratur siehe Fußnote 56/58. In monographischer Form (jeweils passim) insbesondere *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *EnzEuR* Band 4 (2015), § 2 Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit (*S. Krebber*), § 3 Die binnenmarktliche Niederlassungsfreiheit der Selbständigen (*A.-K. Siekemeier/H. M. Wendland*), § 4 Die binnenmarktliche Niederlassungsfreiheit der Unternehmen (*F. Kainer*), § 5 Die binnenmarktliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (*J. Lübke*), § 6 Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit (*A. Kellerhals*), § 7 Das binnenmarktliche Recht der Dienstleistungsfreiheiten (*W. Obwexer/S. Ianc*); *N. N. Shuibhne*, *The Coherence of EU Free Movement Law* (2013); *A. Mühl*, *Diskriminierung und Beschränkung* (2004); *A. Brigola*, *Das System der EG-Grundfreiheiten* (2004); *M. Rolshoven*, „Beschränkungen“ des freien Dienstleistungsverkehrs (2002) passim; *K. Mojzesowicz*, *Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten* (2001); *J. T. Füller*, *Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag* (2000); *K. Lackhoff*, *Die Niederlassungsfreiheit* (2000); *M. Lehner* (Hrsg.), *Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten* (2000); *T. Schubert*, *Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff* (1999), S. 148-189; *T. Kingreen*, *Die Struktur der Grundfreiheiten* (1999); *M. P. Maduro*, *We, the Court – The European Court of Justice & the European Economic Constitution* (1998), S. 35-60: *discrimination tests vs. typological tests vs. balance or cost/benefit tests*, und passim; *K. Hammer*, *Handbuch zum freien Warenverkehr* (1998); *J. Keßler*, *Das System der Warenverkehrsfreiheit* (1997); *S. O. Hödl*, *Die Beurteilung verkaufsbehindernder Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt* (1997).

⁶⁵ Selbst die Untersuchung von *Axel Mühl*, *Diskriminierung und Beschränkung* (2004) passim, welche die Grundfreiheiten als *Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote* in deren Marktzugangsfunktion begründet, liefert keine umfassende theoretisch fundierte Konzeption für das Beschränkungsverbot als Verbotstypus, wenngleich hier der Nachweis einer „Doppelfunktion“ der Grundfreiheiten als

und die Struktur des Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten umstritten, vor allem die mit diesem Maßstab der Kontrolle im Zusammenhang stehende freiheitsrechtliche Dimension der Grundfreiheiten.⁶⁶ Gegenstand eines lebhaften Diskurses war zuletzt die noch unzureichende Konkretisierung des *Marktzutrittskriteriums* in der Rechtsprechung des EuGH⁶⁷ und der deshalb nicht bestimmbare „Schwellenwert“, ab dem eine „unterschiedslose Maßnahme“ als „Beschränkung“ „geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern“ (EuGH *Dassonville*⁶⁸) bzw. diesen „weniger attraktiv“ zu machen (EuGH *Kraus/Gebhard*⁶⁹) und damit den „Marktzutritt“ (EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*⁷⁰; EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*⁷¹) bzw. den „Marktaustritt“ (EuGH *Gysbrechts*⁷²) zu erschweren. Insbesondere vorliegend so benannte *strategisch-protektionistische Maßnahmen* des „modernen Protektionismus“, aber auch Sachverhalte einer sog. „umgekehrten Diskriminierung“ (*discrimination à rebours*), werden derzeit von den Grundfreiheiten, hier gemessen an den *Grundprinzipien der Union* (wie dem Prinzip der funktionalen Integration und dem Unionsprinzip) bzw. an den *prinzipiellen Gehalten von Maßstäben der Werte- und Wirtschaftsverfassung* (wie der Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit, dem Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzip), noch nicht in angemessener Weise erfasst.

Gleichheits- und Freiheitsrechte durchaus überzeugend begründet ist, vgl. S. 198 ff., S. 238-247 „Eigener Ansatz“/„Stufenmodell“. Der Darlegung und dem Beweis zugängliche Kriterien zur Subsumtion der freiheitsrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten werden indessen nicht hergeleitet. Ausgehend von einem funktionalen Verfassungsverständnis (wie *P.-C. Müller Graff*, in Dausen (Hrsg.), Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, A. I., EL 31 Juli 2012, Rn. 77ff.) und einer verfassungsrechtlichen Verantwortung des EuGH für eine kohärente Konzeption von Free Movement Law (paradigm of case law coherence) hat *Niamh Nic Shuibhne* die EuGH-Rechtsprechung analysiert und zumindest Ansätze für eine Prinzipienbildung aufgezeigt, insb. auch zur Marktzugangsfunktion, *N. N. Shuibhne*, *The Coherence of EU Free Movement Law* (2013), S. 250 ff., 256: „Thinking about access as a principle that has strong Treaty-based foundations [...]“

⁶⁶ Siehe zuletzt *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 34-36, Rn. 36 u. Rn. 56 ff. Der Streit um die Konzeption der Grundfreiheiten als sog. Beschränkungsverbote begann bereits Mitte der 1970er Jahre mit der Diskussion zu der extensiven Auslegung der Warenverkehrseinfuhrfreiheit gemäß der *Dassonville*-Rechtsprechung, EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82), welche bereits potenziell den Handelsverkehr beeinträchtigende Maßnahmen erfasst. Im Detail hierzu Kapitel 5 A. I. und II.

⁶⁷ Siehe zuletzt nur *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2016), S. 19-23 und 106/107; *S. Dietz/T. Streinz*, a.a.O., S. 50 ff.; *A. Kellerhals*, in: *EnzEur* Band 4 (2015), § 6, Rn. 41, mit weiteren Nachweisen in Fn. 189; *Leible/T. Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 18/19 und Rn. 83 ff. *G. Davies*, *Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law*, *German Law Journal* Vol. 11 No. 08, S. 671 ff.; *J. Snell*, *The Notion of market access: A concept or a slogan?*, *CMLR* 2010, S. 437/438, 469 („As the term lacks a clear content“) und in der Schlussfolgerung S. 470-472. Siehe zu den Problemen bei der Anwendung der Grundfreiheiten in der Praxis aufgrund der Fülle an möglichen Maßnahmen und dem Erfindungsreichtum der Mitgliedstaaten, *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2015), Art. 34 AEUV, Rn. 72 ff.

⁶⁸ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

⁶⁹ EuGH *Dieter Kraus gegen Land Baden-Württemberg (Kraus)* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Reinhard Gebhard gegen Consiglio del'Ordine degli Avvocati e Procuratori die Milano (Gebhard)* (C-55/94, EU:C:1995:411).

⁷⁰ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

⁷¹ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

⁷² EuGH *Lodewijk Gysbrechts und Santurel Inter BVBA (Gysbrechts)* (C-205/07, EU:C:2008:730).

Die *Kontrolldichte* der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer zuletzt durch den EuGH fokussierten Marktzugangsfunktion ist in der forensischen Praxis mangels hinreichend definierter Subsumtionsmaßstäbe und -kriterien insgesamt schwer handhabbar. Zudem bereitet die erhebliche Fülle an EuGH-Rechtsprechung⁷³ gerade wegen des bislang fehlenden konzeptionellen Rahmens erhebliche Schwierigkeiten.⁷⁴ Das Problem bei der Subsumtion liegt in der praktischen Anwendung vor allem darin, dass die in der Kasuistik des Gerichtshofs wiederkehrend verwendeten „Formeln“ bzw. unbestimmten Rechtsbegriffe, wie „geeignet zu behindern“ (EuGH *Dassonville*) oder „weniger attraktiv“ (EuGH *Kraus/Gebhard*), welche zudem in Nuancen weitere Abwandlungen erfahren haben, ohne dass diese weiter definiert wurden, im Detail eine Vielschichtigkeit in sich bergen, die im Zusammenspiel mit dem Marktzutrittskriterium auf den „ersten (rein juristischen) Blick“ kaum mehr erfassbar ist. Dies belegt eindrucksvoll die Quantität des Schrifttums zur Interpretation der Grundfreiheiten.⁷⁵

Ein zentraler Aspekt der EuGH-Rechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten, welcher einer intensiven Auseinandersetzung bedarf, besteht darin, dass sich die „Beschränkung des Marktzutritts“ bzw. die „Beschränkung des Marktaustritts“ (zusammenfassend hier als *Mobilitätsbeschränkung* benannt) im Zusammenhang der unbestimmten Rechtsbegriffe der „Geeignetheit“ und der „Attraktivität“ nicht aus sich heraus und vor allem nicht (mehr) ausschließlich rechtlich definieren lassen. Hierauf beziehen sich neuere Stimmen im europarechtlichen Schrifttum⁷⁶, wie u.a. auch die zuletzt unternommenen Ansätze zur Umschreibung eines sog. „Drei Stufen Tests“.⁷⁷ Überdies wurde bis dato eine theoretisch kongruente *gleichheits- und freiheitsrechtliche Konzeption* für den Kontrollmaßstab der (Mobilitäts-) Beschränkung nicht entwickelt. Strukturell setzt sich diese Problematik in der Korrelation von Verbotstatbestand (Beschränkungstatbestand), Ausnahmen (Rechtfertigung) und Abwägung (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) fort.

⁷³ Siehe hierzu bereits *K. Hammer*, Handbuch für den freien Warenverkehr (1998), S. 155 mit einem Zitat von EuGH-Richter *René Joliet* (1994) zu der Frage, warum mit der Keck-Entscheidung „pauschal“ die vorherige Rechtsprechung „verworfen“ wurde: „Der Grund hierfür ist, daß die Urteile zu Art. 30 EWGV in die Hunderte gehen; um zu präzisieren, welche von ihnen an Wert verloren haben, hätten wir sie alle erneut überprüfen müssen: Wir wären auch heute noch mit dieser Prüfung beschäftigt und das Urteil ‚Keck und Mithouard‘ wäre nie ergangen“.

⁷⁴ Ähnlich *W. Hakenberg*, Europarecht (2015), Rn. 360: „[...] Das case-law ist mittlerweile so stark angewachsen, dass es zwar einerseits einen großen Fundus bietet, andererseits aber auch unübersichtlich zu werden droht“.

⁷⁵ Exemplarisch sei hier nur das über 13 Seiten umfassende Schrifttumsverzeichnis von *Peter-Christian Müller-Graff* erwähnt, welches als „Literatur Auswahl“ betitelt wird, in der Kommentierung zu Art. 34-37 AEUV, vgl. *ders.*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Vor. Art. 34-37 AEUV, S. 1291-1304.

⁷⁶ Für eine i.w.S. ökonomische Konkretisierung auf der Basis des Konzepts der „barriers to entry“ siehe *G. Davies*, Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law, German Law Journal Vol. 11 No. 08, S. 671 ff., insb. S. 679 ff.

⁷⁷ Siehe Kapitel 5 C. II. 2. a).

Thorsten Kingreen hat den dogmatisch-konzeptionell insgesamt kaum befriedigenden Zustand der Grundfreiheiten mit dem Stichwort des unergründeten „Anders-Seins“ der Grundfreiheiten wie folgt umschrieben:

„[...] So bleibt das Konzept des EuGH und der herrschenden Meinung letztlich halbherzig: Die Grundfreiheiten sollen nicht gegenüber allen Belastungen grenzüberschreitender Transaktionen schützen, sondern nur vor einigen. Sie sollen zwar Freiheitsrechte sein, aber doch irgendwie anders als die Grundrechte. Wie dieses „Anders-Sein“ aber aussehen soll, bleibt weithin offen, und so verwundert es nicht, dass die Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten weitgehend durch weiche Formeln gesteuert wird, denen eine gewisse Beliebigkeit anhaftet. Die inkonsequente Rechtfertigungsdogmatik steht damit paradigmatisch für die These, dass die Formeln *Dassonville* und *Cassis de Dijon* auf Dauer keine verlässliche Grundlage für eine konsistente Dogmatik der Grundfreiheiten bilden können“.⁷⁸

Ausgehend von diesem Befund werden die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der Grundfreiheiten gemäß ihrer geltenden Auslegung in zehn Problembereichen zusammengefasst⁷⁹ und in einer Parallelwertung zu den Wettbewerbsregeln detailliert analysiert.⁸⁰ Darauf fußend widmet sich die vorliegende Untersuchung einem *Perspektivenwechsel* der darin besteht, für die Konzeptionierung und inhaltliche Konkretisierung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion nicht eine Einzelanalyse und Kritik an der geltenden EuGH-Rechtsprechung zu unternehmen, wie es der induktiven⁸¹ Methode bzw. der streitigen Interpretation im Schrifttum entsprechen würde. Vielmehr wird gezielt der „umgekehrte Weg“ einer theoretisch funktionalen, d.h. prinzipiengeleiteten und normativ-wettbewerbsökonomisch determinierten, al-

⁷⁸ *T. Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 705, 740.

⁷⁹ Kapitel I A. II. 1.

⁸⁰ Kapitel 5 C. Die Parallelwertung der Konzeptionen von grundfreiheitlichem und wettbewerbllichem Beschränkungsverbot beruht auf einer rezeptiven Orientierung an der Methodik und den Argumenten bei *K. Mortelmans*, *Towards Convergence in the application of the Rules on Free Movement and on Competition*, CMLR 2001, S. 613 ff.; *J. Baquero Cruz*, *Between Competition and Free Movement* (2002) passim; *C. Nowak*, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), *Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung*, EuR Beiheft 3/2004, *Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt*, S. 77 ff. passim; *P. Oliver*, *Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty*, in: Tridimas/Nebbia (Hrsg.), *European Union Law for the Twenty-First Century – Rethinking the New Legal Order*, Vol. 2, *Internal Market and Free Movement Community Policies* (2004), S. 159 ff. passim; *W. Sauter/H. Schepel*, *State and Market in European Union Law* (2009) passim; *N. N. Shuibhne*, *The Coherence of EU Free Movement Law* (2013) passim; *V. Brisimi*, *The Interface between Competition and the Internal Market* (2014) passim.

⁸¹ Hier ist die besondere Rolle des Gerichtshofs der Europäischen Union und die Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens im Kooperationsverhältnis zur nationalen Gerichtsbarkeit in Bezug genommen sowie die damit zusammenhängende vertragsautonome funktional-teleologische Methode im Case Law-System. Siehe hierzu *T. von Danwitz*, in: *EnzEuR*, Band 1, *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (2014), § 13 *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, S. 762 ff. Rn. 23 ff.; *Zur Methode des Gerichtshofs A. Bredimas*, *Methods of Interpretation and Community Law* (1978), S. 33 ff. insbesondere zur funktionalen Methode S. 70 ff.

so deduktiv angelegten Begründung des Beschränkungsverbot es eingeschlagen.⁸² Angesichts der Vielschichtigkeit dieses funktional-systemischen Ansatzes und der Komplexität des Unterfangens ist die Arbeit insoweit ausdrücklich als *Versuch einer theoretisch-dogmatischen Neuorientierung und Konzeptionierung* zu verstehen, welcher als Vorschlag Impulse für Wissenschaft und Praxis setzen möchte. *Argumentativ und methodisch* folgt die Arbeit dafür einerseits den Ansätzen der vorliegend so benannten „frühen (insbesondere Freiburger und Hamburger) Schule“ einer i.w.S. funktionalen Auslegung von Marktintegrationsrecht, einschließlich deren Fortführung im neueren Schrifttum, sowie andererseits der „Ökonomischen Rechtstheorie“, also einer Funktionslehre von Recht und Ökonomie, wie diese insbesondere *Peter Behrens* begründet hat. Für die funktional, normativ-wettbewerbsökonomische Methode werden das moderne wirtschaftswissenschaftliche Schrifttum zum Strategischen Wettbewerb/Management einbezogen sowie erste Ansätze im europarechtlichen Schrifttum zur ökonomischen Auslegung der Grundfreiheiten.⁸³

Inspiziert von den zuvor genannten Ansätzen liegt der hier vorgestellten Idee einer funktional-systemischen Herangehensweise die Überzeugung des Verfassers zugrunde, dass der Diskurs zur Interpretation der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote respektive Marktzugangsrechte angesichts ihres funktional integrationspolitisch-ökonomischen Ursprungs (*Peter-Christian Müller-Graff*)⁸⁴ auf einer Prinzipien basierten Begründung des Beschränkungsverbot es als vertragsautonomen Verbotstypus (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) sowie einer Werte (normativ prinzipiengeleiteten) und wettbewerbsökonomisch fundierten Grundlegung (im Sinne einer European Law & Economics) fruchtbar weiter geführt werden könnte.

In Abgrenzung zu anderen Werken unterbreitet die vorliegende Untersuchung damit bewusst keine ausführliche Exegese der Rechtsprechung des Gerichtshofs oder Lösungen zu Detailfragen betreffend die umstrittene Auslegung der Grundfreiheiten im Einzelfall. Eine funktional-systemische Perspektive einnehmend möchte die Arbeit vielmehr einen Beitrag dazu leisten, zwecks „Ordnung der Vielfalt“ an Denkmodellen einen „anders gedachten“ Rahmen im Sinne eines „alternativen Wegs“ für den wissenschaftlichen Diskurs vorzustellen. Mit diesem Ansatz geht es daher nicht um die Frage einer „richtigen“ oder „falschen“ Auslegung der Grundfreiheiten. Vielmehr ist entscheidend,

⁸² *Ulrich Haltern* folgend ist hier zu notieren, dass insbesondere die Dogmatik der deutschen Europarechtswissenschaften unter einem zu „technischen“ und „formaljuristischen Rechtsdiskurs“ leidet, d.h. einer Interpretationsmethodik, welche oftmals unter Außerachtlassung der besonderen Rolle des Gerichtshofs und seiner Methode sowie des politischen, ökonomischen, kulturellen und realgesellschaftlichen Kontextes, zu sehr an Begrifflichkeiten und nationalen Konzepten haftet. Siehe *U. Haltern*, *Europarecht – Dogmatik im Kontext* (2007), S. 3 bis 26, Rn. 4 bis 40. Eben dieses Problem wird durch eine „Kontextualisierung“ i.w.S. vermieden. Einen ähnlichen Ansatz wie hier verfolgt *Robert Alexy* mit einer Theorie der Grundrechte, *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (1985/2015), S. 21 ff. „Das Konzept einer allgemeinen juristischen Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes“ und S. 32 ff. „Grundrechtstheorie als Strukturtheorie“.

⁸³ Hierzu näher Kapitel 1 B. II.

⁸⁴ *P.-C. Müller-Graff*, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *EnzEur Band 4* (2015), § 1, Rn. 4 und 13 sowie *ders.*, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *EnzEur Band 1* (2014), § 9, Rn. 9 „wettbewerbstheoretische Dimension des Verständnisses der Grundfreiheiten.“

wie die Grundfreiheiten *konzeptionell* an den prinzipiellen Maßstäben der Werte- und Wirtschaftsverfassung, d.h. prinzipiengeleitet und normativ-wettbewerbsökonomisch auszurichten sind, um den tatsächlichen und rechtlichen Anforderungen einer integrierten, globalisierten Weltwirtschaft im Dienste des Individuums so weit wie möglich gerecht werden zu können.⁸⁵ Da gemäß dieser Herangehensweise auch keine umfassende Bewertung von Auffassungen im Schrifttum als „richtig“ oder „falsch“ erfolgt, ist dieser Weg freilich für weitere Reflexionen in Wissenschaft (Deduktion) und Praxis (Induktion) offen. Die Untersuchung möchte somit auch nicht den kaum erfüllbaren Anspruch erheben, auch nur annähernd alle Einzelaspekte der Rechtsprechung oder die immense Fülle an unterschiedlichsten Auffassungen im Schrifttum⁸⁶ für die hier thematisierten bzw. tangierten Detailfragen zu verarbeiten. Dies würde die Grenzen des hier vorgelegten Ansatzes bei weitem sprengen.

Gemäß dem in vorliegender Untersuchung vorgestellten Verständnis ist das *unionsrechtliche Beschränkungsverbot* ein aus der Gesamtheit von Grundprinzipien und Maßstäben der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union sowie aus den Maßstäben der EuGH-Rechtsprechung zum Beschränkungsverbot der subjektiv-rechtlichen internen Politiken folgendes Prinzip. In diesem Prinzip verkörpert sich die aus der sog. klassischen Ökonomie bzw. politischen Ökonomie (ausgehend von *Adam Smith*⁸⁷, *David Ricardo*⁸⁸) stammende und in nachfolgenden Denkansätzen fortgesetzte Konzeption einer die Grenzen von Nationalstaaten und damit von Territorialität überwindenden *wirtschaftlichen Transnationalität durch internationale Mobilität*⁸⁹, welche heute zunehmend durch strategische Aspekte (Spieltheorie) und virtuelle Determinanten der Onlinewirtschaft (Web 2.0, Industrie 4.0) charakterisiert wird. Auf der Ebene des Prinzips umfasst das unionsrechtliche Beschränkungsverbot nach der hier vorgestellten Konzeption im Ergebnis die objektiv-rechtlichen Maßstäbe der *Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit* sowie der *Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit*, wobei diese Maßstäbe mit dem Free Movement-Konzept als Bezugsgegen-

⁸⁵ Zu dem Konzept einer „Weltmarktordnung“ *P. Behrens*, Grundstrukturen einer Weltwirtschaftsordnung, in: Bruha/Hesse/Nowak (Hrsg.), *Welche Verfassung für Europa?* (2001), S. 203 ff. Zur i.w.S. „globalen Dimension“ des Europarechts im Kontext einer „Global Governance“ bzw. einer „World Governance“ siehe *T. Bruha*, *EU and Global Governance: Herausforderungen, Ziele und Rechtsprobleme*, in: Bruha/Nowak (Hrsg.), *Die Europäische Union nach Nizza* (2003), S. 223 ff.

⁸⁶ Siehe nur die vielfältigen Nachweise bei *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2015), Vor Art. 34-37 AEUV, S. 1291-1304; *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 34-36 AEUV, S. 678-679. Siehe auch die umfangreichen Nachweise zu den Grundfreiheiten im gesamten Kontext des Wirtschaftsordnungsrechts der Union bei *P.-C. Müller-Graff*, in: Hatje/ders. (Hrsg.), *EnzEuR Band 4* (2015), § 1 Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht: Das System, S. 52-58.

⁸⁷ *A. Smith*, *Wealth of Nations* (1776/2012). Im Überblick zu Leben, Werk und Wirken siehe *R. Sturm*, *Adam Smith (1723-1790)*, in: H. D. Kurz (Hrsg.), *Klassiker des ökonomischen Denkens*, Band 1 (2008), S. 68 ff.

⁸⁸ *D. Ricardo*, *The Principles of Political Economy and Taxation* (1817/1911/2014). Im Überblick zu Leben, Werk und Wirken siehe *H. D. Kurz*, *David Ricardo (1772-1823)*, in: ders. (Hrsg.), *Klassiker des ökonomischen Denkens*, Band 1 (2008), S. 120 ff.

⁸⁹ Ausgehend von den Erkenntnissen der sog. klassischen Ökonomie in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts und deren Wegbereitern, vgl. *H.D. Kurz*, *Geschichte des ökonomischen Denkens* (2013), S. 24 ff.

stand für die operative Ebene in ein *transnationales Mobilitätsfreiheits- und Mobilitäts-gleichheitsrecht* münden.⁹⁰ Dem folgt für eine subjektiv-rechtlich adäquate Umsetzung und operativ angemessene Anwendung dieser Maßstäbe eine Neukonzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) in ihrer vertragsautonomen Qualität als subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV.⁹¹ Die hierfür notwendige *funktionsbestimmende Abgrenzung der Grundfreiheiten* in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV erfolgt, ausgehend von der *Teleologie einer Werte- und Zielidentität*, die sich wiederum aus dem funktionalen Konzept der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union ergibt, auf der Basis einer funktional-wettbewerbsökonomischen Methode der *Konnexität* i.S.e. *Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse*.⁹²

Im Ergebnis belegt die normativ-wettbewerbsökonomisch bestimmte Funktion der Grundfreiheiten in einem *Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung*, dass sich die funktional determinierten Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten auf (1) einseitige, (2) nicht-unternehmerische Handlungen von (3) Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht beziehen (*funktionaler Maßnahmenbegriff*). Gemäß dieser funktional-systemisch fundierten Auslegung erfassen die Grundfreiheiten (analog zu dem funktionalen Unternehmensbegriff bei den Wettbewerbsregeln, Art. 101, 102 AEUV) unabhängig von der Rechtssubjektqualität des Urhebers einer Handlung sämtliche Maßnahmen von öffentlich-rechtlich *und* von privat-rechtlich organisierten Rechtssubjekten. Zudem werden Maßnahmen erfassbar, die *auf* einen transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt strategisch-protektionistisch einwirken. Solche Maßnahmen zeichnen sich dadurch aus, dass der Maßnahmenurheber mittels Regelungs- und Durchsetzungsmacht selektiv und spezifisch den Aktionsradius von Wirtschaftssubjekten einengt, den Letztere für auf den Marktzutritt und/oder Marktaustritt zielende Wettbewerbsstrategien benötigen.

Mit dem vorliegend vorgestellten funktionalen Konzept des grundfreiheitlichen Kontrollgegenstandes ist transnationale wirtschaftliche Mobilität gemäß dem Free Movement-Konzept⁹³ und dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) als so benannte *funktionale Transnationalität* durch das Marktintegrationsrecht der Union im Binnenmarkt zu gewährleisten. Darunter soll eine Mobilität wirtschaftlicher Leistungen verstanden werden, welche in Ansehung der heute bestehenden globalen Marktverhältnisse in der Interdependenz von Online- und Offlinewirtschaft nicht mehr auf das traditionelle Verständnis von Territorialität (Staatsgrenzen), sondern auf wettbewerblich determinierte Leistungs- und Vertragsbeziehungen bezogen ist. D.h. es ist nicht mehr gemäß einem formalrechtlich und territorial bestimmten Vergleichspaar zwischen einem

⁹⁰ Siehe Kapitel 3 F und G.

⁹¹ Siehe Kapitel 6.

⁹² Siehe Kapitel 4.

⁹³ Ähnlich K. Mortelmans, *The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule*, CMLR 2002, S. 1303 ff., 1342: “Community legislature had to respect the *principle of free movement* [...]”

nationalen und einem transnationalen Sachverhalt zu differenzieren⁹⁴, sondern nach den strategischen Implikationen von Wettbewerb in der funktionalen Transnationalität von Leistungs- und Vertragsbeziehungen.⁹⁵ Mit diesem „modernisierten“ Ansatz von wirtschaftlicher Mobilität soll für die grundfreiheitliche Kontrolle auf konkrete aktuelle und potenzielle Leistungs- und Vertragsbeziehungen, d.h. auf einen funktional zu bestimmenden „relevanten Markt“ (*transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt*) rekurriert werden, welcher vergleichbar der Methodik im IPR nach dem *Anknüpfungsgegenstand* und dem *Anknüpfungspunkt* einer Maßnahme zu „qualifizieren“ ist.

Die unionsrechtliche Kontrolle von Beschränkungen des Marktzutritts und Marktaustritts ist gemäß dieser Konzeption also sowohl für den *Kontrollgegenstand* (das „Was“ einer Beschränkung) als auch für den *Kontrollmaßstab* (das „Ob“ einer Beschränkung) sowie für die Abwägung (das „Wie“ einer Beschränkung) funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch, d.h. im Sinne eines functional economic approach auszugestalten. Das Mobilitätsbeschränkungsverbot der Grundfreiheiten betrifft in diesem Modell somit die Kontrolle von „unterschiedslosen Maßnahmen“, welche sich durch eine *nicht-territoriale, aber wettbewerbsstrategisch relevante Anknüpfung* auszeichnen. In der gleichheits- und freiheitsrechtlichen Facette von wirtschaftlicher Mobilität (Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit/-gleichheit) sind auf der Ebene des Kontrollmaßstabes der Grundfreiheiten dementsprechend, d.h. gemäß einer Logik und Systematisierung nach Wettbewerbsformen auf der Basis einer wettbewerbsökonomischen Analysematrix, *Aktionsparameter* als *Strategievariablen* von *Wettbewerbsformen*, deren *Funktionsbedingungen* und die notwendigen bzw. für die Mobilität (Marktzutritt/Marktaustritt) zielführenden *Wettbewerbsstrategien* in sachlich, örtlich und zeitlich definierten Märkten maßgeblich.

Eingenommen wird damit konsequent die *Perspektive eines die wirtschaftliche Mobilität planenden Wirtschaftssubjektes* (wie Einzelunternehmer, Management einer Niederlassung, Dienstleister, Arbeitnehmer, Kapitaleigner usw.) und die Bewertung seines gleichheits- und freiheitsrechtlich zu schützender Aktionsradius, welcher die „Attrakti-

⁹⁴ So aber wohl ausdrücklich *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36, Rn. 70 ff., hier einem Verständnis der Grundfreiheiten als ausschließlich gleichheitsrechtlich determinierte „transnationale Integrationsnormen“ folgend, gemäß einer Konzeption von „transnationaler Integration“ versus „supranationaler Legitimation“, vgl. Rn. 36 u. 60, 66 ff. *Catherine Barnard* hat zuletzt die Frage nach einer „Überholung“ der territorialen Transnationalität im Kontext der EuGH-Rechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten (betr. EuGH *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet u.a. (Laval)*(C-341/05, EU:C:2007:809)) ausdrücklich aufgeworfen, vgl. *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2016), S. 22: „If this is correct, it means that the effect of the restriction analysis is to enable service providers to export their home country laws and have them applied extraterritorially.“ In einer frühen Arbeit zur Problematik der Doppelbesteuerung bei Gütertransaktionen hat *Dieter Biehl* bereits Argumente für die Notwendigkeit einer Modifizierung des Territorialitätsprinzips im Binnenmarktrecht entwickelt und ein sog. „Gemeinsamer-Markt-Prinzip“ formuliert, *D. Biehl*, *Ausfuhrland-Prinzip, Einfuhrland-Prinzip und Gemeinsamer-Markt-Prinzip* (1969), S. 132

⁹⁵ Auch im Sinne der Transaktionskostenfrage, hierzu *T. Eger/H.-J. Wagener*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEur* Band 1 (2014), § 3 Die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der europäischen Integration, Rn. 1: „Die Organisation des Tausches ruft [...] Transaktionskosten [hervor], [...]. Hierbei handelt es sich insb. um die Kosten Vertragspartner zu finden, sowie Verträge auszuhandeln, aufzusetzen und durchzusetzen.“

viat“ des Marktes/Marktzutritts (im Sinne der „Attraktivitätsformel“ des EuGH) im aktuellen und potenziellen Wettbewerb bestimmt. Die dafür maßgeblichen rechtlichen Maßstäbe beruhen auf einer funktionalen Reduktion der Kerngehalte von *Gleichheit als Relationskonzept* (bezogen auf Funktionsbedingungen) und *Freiheit als Kapazitätskonzept* (bezogen auf Strategievariablen).⁹⁶ Das moderne wirtschaftswissenschaftliche Schrifttum zum Strategischen Wettbewerb/Management bietet die dafür und für die Bewertung von „Attraktivität“ des Marktzutritts/-austritts maßgeblichen theoretischen Grundlagen und Variablen.

Die Prüfungsstruktur und die in der Praxis etwa von Rechtsanwälten oder Richtern für die Feststellung einer Mobilitätsbeschränkung vorzunehmenden Subsumtionsschritte werden am Beispiel zweier „prominenter“ Rechtssachen, EuGH *Keck* und EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*, dargestellt. Die maßgeblichen Subsumtionskriterien (Strategierelevanz / Wettbewerbsstrategie, Selektivität, Spezifität, Zurechnung) werden mittels einer beispielhaften Subsumtion hergeleitet und definiert sowie für die Bedingungen des Preiswettbewerbs (EuGH *Keck*) und des Kompatibilitätswettbewerbs (EuGH *Anhänger*) exemplifiziert.⁹⁷

Die Prüfung der Mobilitätsbeschränkung (Mobilitätsbeschränkungsanalyse), welche sich entsprechend einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung⁹⁸, d.h. gemäß einer funktionalen Konkretisierung der „Formeln“ und unbestimmten Rechtsbegriffe von *Dassonville*⁹⁹, über *Kraus/Gebhard*¹⁰⁰, *Cassis*¹⁰¹, *Keck*¹⁰², bis zu *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁰³ und *Mickelsson & Roos*¹⁰⁴, auf die Funktionsbedingungen (gleichheitsrechtliche Dimension) und Strategievariablen (freiheitsrechtliche Dimension) eines sequenziell zu betrachtenden Mobilitätsprozess von Marktaustritt (aktueller Wettbewerb) und/oder Marktzutritt (potenzieller Wettbewerb) beziehen muss, lässt sich mittels eines funktional-systemischen Ansatzes rechtlich und wirtschaftswissenschaftlich theoretisch fundieren, inhaltlich definieren und operationalisieren. Für die Praxis begründet die Untersuchung im Ergebnis eine zweistufige Prüfungsstruktur von Tatbestand (Mobilitätsbeschränkung) und Abwägung (Verhältnismäßigkeit), benannt als „Zwei-Stufen-Test“. Mittels normativ-wettbewerbsökonomisch de-

⁹⁶ Kapitel 5 A. II. 1. c) cc) (3).

⁹⁷ Kapitel 6 A. III.

⁹⁸ Zweiter Teil, Kapitel 6 A. II. 1. Ähnliche methodische Ansätze finden sich bei *G. Davies*, Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law, German Law Journal Vol. 11 No. 08, S. 671 ff.; *J. Snell*, The Notion of market access: A concept or a slogan?, CMLR 2010, S. 437 ff.; *Russi, L.*, Economic Analysis of Article 28 EC after the Keck Judgment, German Law Journal Vol. 07 No. 05, S. 479 ff.

⁹⁹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

¹⁰⁰ EuGH *Dieter Kraus gegen Land Baden-Württemberg (Kraus)* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Reinhard Gebhard gegen Consiglio del'Ordine degli Avvocati e Procuratori die Milano (Gebhard)* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁰¹ EuGH *Rewe-Zentral-AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁰² EuGH *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard (Keck)* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁰³ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁰⁴ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

finierter Variablen (*functional economic approach*) soll der detaillierte Nachweis von Beschränkungen des Marktzutritts und/oder Marktaustritts (am Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit/-gleichheit) sowie eine Abwägung im Rahmen einer „ökonomisierten“ und Werte fundierten Verhältnismäßigkeit mit einer Kosten-Nutzen-Analyse (am Maßstab der normativen Effizienz) ermöglicht werden, und zwar mittels solcher Subsumtionskriterien, welche der Darlegung und dem Beweis in der Rechtsanwendung hinreichend zugänglich sind.¹⁰⁵

Insgesamt stellt die Untersuchung ein theoretisches Fundament als Versuch zur Beantwortung einer „Kardinalfrage“ im Europarecht (*Thorsten Kingreen* „Anders Sein der Grundfreiheiten“) vor, nämlich der Frage, wie eine institutionell angemessene, vertragsautonome Qualifikation der Grundfreiheiten als gleichheits- und freiheitsrechtlich determinierte wirtschaftliche Mobilitätsrechte zur Gewährleistung von Marktzutritt und Marktaustritt (Mobilitätsbeschränkungsverbote) *konzeptionell* untermauert werden kann. Dem Unionsbürger als Individuum *und* Wirtschaftssubjekt sollte gemäß dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) unter Berücksichtigung der Werte der Union (Art. 2 EUV) sowie des Leitbildes einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) die Möglichkeit eröffnet werden, wirtschaftliche Mobilität im Binnenmarkt umfassend zu verwirklichen und damit zugleich persönliche Verantwortung für das europäische Gesellschaftsmodell „als Ganzes“ effektiver wahrnehmen zu können. Voraussetzung hierfür ist, dass sich Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit konkret als transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit in der Perspektive von Individualgerechtigkeit als Bestandteil einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik verwirklichen, und zwar konkret als Chancengleichheit und Fairness im aktuellen und potenziellen Wettbewerb.

Mit dem vorliegend unternommenen Versuch einer prinzipiengeleiteten und normativ-wettbewerbsökonomisch fundierten Konzeptionierung der Grundfreiheiten möchte die Untersuchung aufzeigen, dass die geltende Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote und Marktzugangsrechte, so sie auch im europarechtlichen Schrifttum kontrovers diskutiert wird, funktional-systemisch theoretisch fundiert und für die heutigen Anforderungen der Praxis konkretisiert werden kann. Die den Binnenmarkt und seine Erfolgsgeschichte maßgeblich gestaltende und systemprägende Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union sollte demnach keinesfalls dem Grunde nach kritisiert oder gar in ihrer Legitimität oder kasuistischen Rationalität in Frage gestellt werden, was Kritik in Einzelfällen nicht ausschließt. Vielmehr sollen die Notwendigkeit, die Möglichkeit und der theoretisch-praktische „Mehrwert“ einer rechts- *und* wirtschaftswissenschaftlichen „Fundierung“ der Judikatur zu den Grundfreiheiten im Kontext der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union begründet, veranschaulicht und exemplifiziert werden. Insoweit möchte die Untersuchung einen Beitrag zur Fortschreibung des theoretischen Fundaments der für den Integrationsprozess zentralen Grundfreiheiten leisten, welcher der kasuistischen sowie forensischen Praxis als hilfreicher Baustein dienen mag.

¹⁰⁵ Kapitel 6 D.

Kapitel 1: Anlass, Ziel und Rahmen der Untersuchung

Für das zuvor einleitend umrissene Vorhaben einer Begründung des Beschränkungsverbotes als unionsrechtliches Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) und eine darauf basierende funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in deren Marktzugangsfunktion (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot), werden nachfolgend der Anlass, das Ziel und der Rahmen der Untersuchung weiter ausgeführt (Kapitel 1). Daran anschließend werden die Struktur und der Gang der Untersuchung näher vorgestellt (Kapitel 2).

A. Anlass und Ziel der Untersuchung

Im Lichte der einleitend skizzierten Anforderungen der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union schlägt die vorliegende Untersuchung (de lege ferenda), unter Berücksichtigung einer veränderten (strategisch geprägten) Marktrealität, eine „modernisierende“ Neuausrichtung der grundfreiheitlichen Konzeption und deren Kontrolldichte vor (hierzu nachfolgend I.). Den *dogmatisch-konzeptionell* begründeten Anlass der Untersuchung bilden insoweit der tatsächliche „kasuistische Befund“ sowie das Fehlen einer Theorie für das Beschränkungsverbot in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten. Als *praxisbezogener Anlass* ist hierfür (de lege lata) von den hier so benannten dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der Grundfreiheiten auszugehen (hierzu nachfolgend II.).

I. Neuausrichtung der grundfreiheitlichen Konzeption/Kontrolldichte

In globalisierten, weltweit vernetzten und damit nicht mehr territorial abgrenzbaren Märkten, zu denen der mittlerweile weit integrierte Binnenmarkt der Europäischen Union gehört¹⁰⁶, sind für den wirtschaftlichen Erfolg¹⁰⁷ aller am Wirtschaftsleben partizipierenden sog. Wirtschaftssubjekte¹⁰⁸ in immer stärkerem Maße *strategische Planun-*

¹⁰⁶ Siehe die kontinuierlich von der Europäischen Kommission veröffentlichten Daten unter <https://ec.europa.eu/growth/single-market>. Zuletzt etwa das Fact Sheet „A deeper and fairer Single Market“, IP/15/5909 vom 28. Oktober 2015, S. 1 “The Single Market is one of Europe’s greatest achievements. By allowing people, services, goods and capital to move freely in the world’s largest economy (14 trillion euros GDP), it offers enormous opportunities for European business and greater choice and lower prices for consumers”. Aussagekräftig sind auch die Berichte der Kommission zur Analyse erzielter Fortschritte im Binnenmarkt, wie zuletzt für das Jahr 2014 *Europäische Kommission COM(2013) 785 final* vom 13.11.2013 Bericht der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Investitionsbank, *Ein Binnenmarkt für Wachstum und Beschäftigung: Eine Analyse der erzielten Fortschritte und der verbleibenden Hindernisse in den Mitgliedstaaten – Beitrag zum Jahreswachstumsbericht 2014*.

¹⁰⁷ Als Grundlage hinreichender Einnahmen für die „Existenz“ natürlicher oder juristischer Personen und damit als Grundbedingung von „sozialer Teilhabe“ i.w.S.

¹⁰⁸ Dies ist der nachfolgend verwendete „technische“ Begriff für die natürlichen und juristischen Personen in ihrer Teilnahme an dem Austauschprozess im Markt.

gen¹⁰⁹ mit dem Ziel einer bestimmten Positionierung im Wettbewerb entscheidend.¹¹⁰ *Wettbewerbsstrategien* dienen der Bestimmung bzw. Veränderung der Position der wirtschaftlichen Leistung im dynamischen Prozess von Angebot und Nachfrage, und zwar entweder zur Positionierung aus dem bestehenden wirtschaftlichen Handeln in einem Markt heraus (*Marktaustritt* aus dem aktuellen Wettbewerb) und/oder zur Erweiterung der wirtschaftlichen Aktivität auf einen weiteren bzw. anderen Markt (*Marktzutritt* in einen potenziellen Wettbewerb). Für alle Wirtschaftssubjekte, seien dies natürliche Personen (wie Dienstleister, Arbeitnehmer) oder Gesellschaften (wie GbR, OHG, GmbH, AG) sind Wettbewerbsstrategien in Zeiten hoch dynamischer Märkte als zentrales Instrument wirtschaftlichen Handels bzw. als Richtungsvorgabe entscheidend.¹¹¹

Wettbewerbsstrategien im Binnenmarkt zeichnen sich dadurch aus, dass über die konkrete Art und Weise eines strategischen Einsatzes von sog. *Aktionsparametern* als *Strategievariablen*, wie z.B. der Preis, die Qualität, das Image, die Kompatibilität usw., eine persönliche oder gegenständliche wirtschaftliche Leistung in *transnationalen Leistungs- und Vertragsbeziehungen* für Waren (Art. 34, 35 AEUV), für die Gründung oder die Verlagerung einer Niederlassung (Art. 49 AEUV), für Dienstleistungen (Art. 56 AEUV) oder für den Transfer von Kapital (Art. 63 Abs.1 AEUV) oder das Anbieten persönlicher Arbeitskraft (Art. 45 AEUV), gesteuert werden. Entsprechend dem dabei zugrundeliegenden *Leistungsprinzip*¹¹² und den *mikroökonomischen Gesetzmäßigkeiten* von Marktmechanismen, Marktgleichgewichten, der Elastizität von Angebot und Nachfrage, vom Grenznutzen und von Kostenfunktionen usw., geht es dabei aus Sicht der

¹⁰⁹ Das Wesentliche Merkmal des vorliegend zugrunde gelegten Strategiebegriffs ist eine wirtschaftliche Zielformulierung (für den aktuellen und/oder potenziellen Wettbewerb) in Form einer Wettbewerbsstrategie für den Marktzutritt/Marktaustritt unter Einbeziehung der Reaktion anderer (Angebotskonkurrenz und Marktgegenseite) in die eigene Entscheidungsfindung für das Ziel sowie für die Umsetzung des Ziels via den Gebrauch von Aktionsparametern, hier im Sinne einer „interaktiven Entscheidungstheorie“ unter Berücksichtigung von Reaktionsverbundenheiten im Sinne der Definition bei *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 5/6..

¹¹⁰ Siehe nur *M. Neubert*, Globale Marktstrategien (2013), S. 13/14: „Die einzige Konstante ist der Wandel. Getrieben von der Entwicklung der Kommunikations- und Informationstechnologie nimmt die globale Vernetzung zwischen Staaten, Unternehmen und Menschen laufend zu. Die hieraus entstehende Komplexität ist in einer multipolaren Welt kaum mehr zu überblicken, geschweige denn zu verstehen oder zu beherrschen. Dies beeinflusst auch die Entwicklung globaler Marktstrategien und die Erschließung neuer Auslandsmärkte. [...] Jedes internationale Unternehmen benötigt eine sehr langfristige Perspektive, die auch Rückschläge zulässt. [...] Voraussetzung für eine erfolgreiche Internationalisierung ist eine klare internationale Vision und Strategie.“

¹¹¹ Siehe nur *R. M. Grant*, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014), S. 32/33: „Wie wir aber gesehen haben, hat sich die Vorstellung von Unternehmensstrategie während der letzten 50 Jahre deutlich verändert. So wie das Geschäftsumfeld immer unsicherer und immer weniger vorhersagbar wurde, so beschäftigt sich die Strategie inzwischen weniger mit ausführlichen Plänen und mehr mit Leitlinien für den Erfolg. [...] Diese Verlagerung der Betonung von der Strategie als Plan zur Strategie als Richtungsvorgabe bedeutet nicht, dass die Rolle der Strategie herabgestuft wird. Je turbulenter das Umfeld, desto mehr Flexibilität und Reaktionsfähigkeit sind für eine Strategie erforderlich. Gerade in einem solchen Umfeld gewinnt die Strategie an Bedeutung. Wenn sich ein Unternehmen unerwarteten Bedrohungen gegenüber sieht und sich ständig neue Chancen eröffnen, dann ist die Strategie der notwendige Kompass, um das Unternehmen auf dem richtigen Kurs zu halten.“

¹¹² Siehe nur *P.-C. Müller-Graff*, in: Hatje/ders. (Hrsg.), *EnzEuR* Band 4 (2015), § 1 Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht: Das System, Rn. 7: „Primat des Leistungsgrundsatzes“ m.w.N. in Fn. 27.

Wirtschaftssubjekte im Wesentlichen entweder um die Gewinnmaximierung (Angebotsseite)¹¹³ oder um die Nutzenmaximierung (Nachfrageseite).¹¹⁴

Michael E. Porter hat sich seit den 1980er Jahren umfassend mit den strategischen Aspekten von Wettbewerb¹¹⁵, der Generierung von Wettbewerbsvorteilen¹¹⁶ zur Positionierung in unterschiedlichen Märkten, sowie mit dem Wettbewerb auf staatlicher Ebene¹¹⁷ befasst. Zur Analyse der tatsächlichen und dynamischen „Gesetzmäßigkeiten“ von Märkten finden sich überdies in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur Ansätze einer primär strategischen Betrachtung des Wettbewerbs und der Marktpositionierung von Unternehmen.¹¹⁸ Eine systematische Darstellung in der Struktur typischer *Wettbewerbsformen* und für diese geltenden Funktionsmechanismen von Wettbewerbsstrategien für Unternehmen in spieltheoretischen Analysen haben *Wilhelm Pfähler* und *Harald Wiese* (Unternehmensstrategien im Wettbewerb)¹¹⁹ als Vertreter der hier i.w.S. so benannten „Hamburger Schule“ von Law & Economics¹²⁰ vorgelegt.

Maßgebend für die funktional, normativ-ökonomische Konkretisierung des Free Movement Konzeptes des Wirtschaftsintegrationsrechts der Union und damit für die theoretische Fundierung und Konkretisierung des Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten in ihrer Marktzugangsfunktion ist das wirtschaftswissenschaftliche Schrifttum, welches sich mit Marktzutritts- und Marktaustrittschränken bzw. den Variablen wirtschaftlicher Mobilität („barriers to entry“, „barriers to exit“, „mobility barriers“) i.w.S. befasst.¹²¹ In der jüngeren wirtschaftswissenschaftlichen Literatur finden sich unter dem Oberbegriff „Strategisches Management“ vielfältige Ansätze der Erfassung von i.w.S. „Gesetzmäßigkeiten“ möglicher bzw. nötiger Strategien zur Marktpositionierung

¹¹³ Zu den ökonomischen Funktionsmechanismen *K. Herdzina/S. Seiter*, Mikroökonomie (2015), S. 105ff. (Theorie des Angebotes).

¹¹⁴ Zu den ökonomischen Funktionsmechanismen *K. Herdzina/S. Seiter*, Mikroökonomie (2015), S. 73 ff. (Theorie der Nachfrage).

¹¹⁵ *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998).

¹¹⁶ *M. E. Porter*, *Competitive Advantage* (1985/1998).

¹¹⁷ *M. E. Porter*, *The Competitive Advantage of Nations* (1990/1998).

¹¹⁸ *R. M. Grant*, *Moderne Strategische Unternehmensführung* (2014); *M. Neubert*, *Globale Marktstrategien* (2013); *M. K. Welge/A. Al-Laham*, *Strategisches Management* (2012); *H. Hungenberg*, *Strategisches Management in Unternehmen* (2011).

¹¹⁹ *W. Pfähler/H. Wiese*, *Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (1. Aufl. 1998 bis 3. Aufl. 2008).

¹²⁰ Institute of Law and Economics – University of Hamburg / Institut für Recht und Ökonomik - Universität Hamburg. Aus den Schriftenreihen siehe insb. *Eger/Schäfer* (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of European Union Law* (2012) passim.

¹²¹ Grundlegend *J. S. Bain*, *Barriers to New Competition* (1956/1965) passim. In der therotischen Fundierung insb. *C. C. von Weizsäcker*, *Barriers to Entry – A Theoretical Treatment* (1980). Speziell zur Weiterentwicklung als „Mobilitätsbarrieren“ *R. E. Caves/M. E. Porter*, *From Entry Barriers to Mobility Barriers* (1977) passim. *P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin*, *Barriers to Entry and Strategic Competition* (1990/2007) stellen zusammenfassend die vielfältigen weiteren Ansätze zusammen, u.a. von *G. J. Stigler* (*Barriers to Entry, Economics of Scale and Firm Size*, Chapter 6, R. D. Irwin, *The Organization of Industry* (1968)), *H. Demsetz* (*Barriers to Entry, American Economic Review*, 72, S. 47-57 (1982)), *B. Eaton/R. Lipsey* (*Exit Barriers are Entry Barriers: The Durability of Capital as a Barrier to Entry, Bell Journal of Economics*, 11, S. 721-729 (1980)) u.v.m., siehe die Nachweise in den Referenzen, ebd. S. 86-97.

und den dabei zu beachtenden *Funktionsbedingungen*¹²² für den Marktzutritt und/oder den Marktaustritt.

Hierbei ist entsprechend einem „modernen“ Verständnis von Free Movement zu berücksichtigen, dass sich – soweit der EuGH und das Schrifttum auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten abstellen - der jeweils *relevante sachliche, örtliche und zeitliche Markt* gerade nicht (mehr) anhand von Staatsgrenzen territorial definieren lässt. Die Prozesse integrierter Märkte (wie dem Binnenmarkt), und damit der dynamisch-sequenzielle Prozess von Marktzutritt und Marktaustritt (wirtschaftliche Mobilität/Free Movement), sind in einer global vernetzten Wirtschaft funktional zu bewerten. D.h. transnationale wirtschaftliche Mobilität bestimmt sich nach der vorliegend so benannten *funktionalen Transnationalität*. Letzteres bedeutet, dass transnationale wirtschaftliche Mobilität durch die für den jeweiligen Markt bzw. die jeweilige Branche prägenden aktuell bestehenden und künftig möglichen Transaktionen, welche sich tatsächlich ausdrücken über vorhandene (aktueller Wettbewerb) oder künftig mögliche (potenzieller Wettbewerb) *Vertrags- und Leistungsbeziehungen* von Angebots- und Nachfrageseite. Für die stark expandierende elektronische Wirtschaft und betreffend virtuelle Handelsplätze (Stichwort Web 2.0, Industrie 4.0 und Vernetzung 5G¹²³), d.h. den Bereich des weltweiten Online-Angebots von Produkten, Dienstleistungen und sogar virtueller Zahlungsmittel bzw. virtuellen Kapitals¹²⁴, gelten ohnehin keine territorial definierbaren Staatsgrenzen (mehr). Damit ist das Kriterium der „Zwischenstaatlichkeit“ bzw. des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ funktional zu definieren. Dies hat zur Konsequenz, dass die „traditionellen“ rechtlichen Vergleichspaarbildungen von nationalem und transnationalem Sachverhalt bzw. Inlands- und Auslandssachverhalt entsprechend zu modifizieren und inhaltlich neu zu bestimmen sind.

Der zunehmend praktischen Bedeutung von strategischem Wettbewerb als wesentliche Variable der transnationalen Mobilität wirtschaftlicher Leistungen (Free Movement) entspricht auf der staatlichen Seite, dass Marktabschottungen durch „klassisch“ protektionistische Maßnahmen, wie etwa tarifäre Hindernisse oder Diskriminierungen aufgrund der (territorial betrachteten) Herkunft einer wirtschaftlichen Leistung etc., naturgemäß an Relevanz eingebüßt haben und durch strategisch wirkende Maßnahmen

¹²² Diesen ökonomisch fundierten Begriff bezieht auch *Peter-Christian Müller-Graff* in seine rechtlichen Darlegungen ein, vgl. *ders.*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR* Band 4 (2015), § 1 Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht: Das System, Rn. 13.

¹²³ Erschaffung eines komplett virtuellen Abbildes der realen Industrie und deren Software basierte Steuerung (Industrie 4.0) sowie die Erschaffung von Interaktionen durch Vernetzung z.B. von Hafenlogistik und Schiff oder von Automobil und Stadt (5G).

¹²⁴ Sog. Crypto-Währungen, wie zuletzt etwa *Etherum*, auch „Ethers“ genannt, für den Einsatz im Bereich von Smart Contracts oder *Bitcoins* (verschlüsselte Datenpakete aus Zahlen und Buchstaben). Letztere dienen einerseits als Zahlungsmittel und können Onlinetransfersysteme wie PayPal überflüssig machen. Andererseits werden Bitcoins auch als Wertaufbewahrungsmittel verwendet, insbesondere als Alternative zu klassisch kurzfristigen Anlageformen (wie Festgeld). In Zeiten von Null- bzw. Negativzinsen dürfte die Bedeutung virtueller Kapitalformen daher steigen. Siehe *F Wiebe*, in: Handelsblatt vom 12.05.2016, Virtuelle Währung „Etherum“, Das sind die neuen Bitcoins. Siehe hierzu auch die Forschungen der Stiftung *Hans-Bredow-Institut für Medienforschung*, unter www.hans-bredow-institut.de.

abgelöst wurden.¹²⁵ Soweit Staaten durch eigene (politische) Motivation oder durch Lobbyisten beeinflusst bzw. im Zusammenwirken mit der Privatwirtschaft (etwa in Public Private Partnership-Projekten¹²⁶) den Marktzutritt und/oder Marktaustritt von bestimmten Wirtschaftssubjekten beeinflussen wollen, erfordert dieses Ziel „moderne“ Formen von Protektionismus, d.h. *strategisch-protektionistische Maßnahmen*.¹²⁷ Solche Maßnahmen des modernen Protektionismus unterliegen den Bedingungen „politischer Märkte“.¹²⁸ Als Beispiele aus der Rechtsprechung des EuGH lassen sich für solche moderne Qualitäten von Maßnahmen hier u.a. die Sachverhalte der Entscheidungen *Kommission/Italien (Anhänger)*¹²⁹, *Sbarigia*¹³⁰ oder *Scotch Whiskey*¹³¹ nennen.

Hinsichtlich der für Wirtschaftssubjekte maßgeblichen strategischen Entscheidungen für oder gegen einen Marktzutritt und/oder Marktaustritt lassen sich sog. *Markteintrittsformen* und *Marktwachstumsformen* definieren¹³², deren Auswahl maßgeblich von der „Attraktivität“ des Marktes¹³³ abhängen, d.h. von den Marktzutritts- und Marktaustrittsbarrieren¹³⁴, welche in hoch profitablen Branchen von Regierungen zur Durchsetzung eigener Interessen schnell angepasst werden. Dabei stehen heute subtile, d.h. strategisch-protektionistische Maßnahmen etwa unter dem Deckmantel des Umwelt- und Konsumentenschutzes im Vordergrund.¹³⁵ *Wolfgang Wurmnest* hat dies in ähnlicher

¹²⁵ Ähnlich *E. Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht Handbuch* (2015), § 10, Rn. 23; andeutend *W. Hakenberg*, *Europarecht* (2015), Rn. 324; „[...] gibt es trotzdem noch durchaus Beschränkungen des freien Warenverkehrs, wenn sie auch vielleicht etwas subtiler ausfallen“.

¹²⁶ Hierzu umfassend *D. Budäus/B. Grüb*, *Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung*, *ZögU* 2007, S. 245 ff.

¹²⁷ Auch die Gegenstände von Panel-Entscheidungen im GATT/WTO-Recht zeigen, dass die Betrachtung der strategischen Konzeption einer Maßnahme erforderlich ist, wie z.B. im klassischen „Shrimps-Fall“ (siehe https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds58sum_e.pdf Technik von Trawlern als strategischer Protektionismus, Begrenzung des Mengenwettbewerbs durch strategisch gesetzte Standards via Anknüpfung von Rechtsfolgen an die Einhaltung technischer Standards). Wenn im GATT/WTO-Recht unter dem Aspekt von „likeness“ eine solche Prüfung jenseits der „reinen“ Diskriminierungsbetrachtung“ möglich ist, dann muss dies erst Recht für das Marktintegrationsrecht der Union gelten. Siehe zur Dogmatik von Marktzutritt im Recht der WTO im Vergleich zu der geltenden Interpretation bei den Grundfreiheiten, *J. Snell*, *The notion of market access: A concept or a slogan?*, *CMLR* 2010, S. 440-443 „Market access in WTO Law.“

¹²⁸ Siehe hierzu *F. Schmidt*, *Institutionelle Marktzutrittschranken* (1998), S. 126 ff. „Begriff und Konzeption des politischen Marktes.“

¹²⁹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹³⁰ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

¹³¹ EuGH *Scotch Whisky* (C-333/14, EU:C:2015:845).

¹³² *M. Neubert*, *Globale Marktstrategien* (2013), zu dem Zusammenhang von Markteintrittsformen und Marktwachstumsformen in Abschnitt 4, S. 158 ff., und zu der Auswahl von geeigneten Markteintrittsformen Abschnitt 4.5., S. 177-184.

¹³³ Die „Attraktivität“ des Marktes bzw. des Marktzutritts wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur als Parameter für die Bedingungen des Marktes aus der Sicht des den Marktzutritt planenden Wirtschaftssubjektes verwendet. Siehe nur *R. M. Grant*, *Moderne Strategische Unternehmensführung* (2014), S. 82 ff. Hier zeigen sich die funktionalen Parallelen zu dem Begriff der „Attraktivität“, den der EuGH insbesondere seit der Kraus/Gebhard-Rechtsprechung, EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411), bei den Grundfreiheiten regelhaft verwendet. Siehe hierzu Kapitel 3 E. II. 4. und bei der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung in Kapitel 6 A. II. 1. a) bb).

¹³⁴ *M. Neubert*, *Globale Marktstrategien* (2013), S. 175.

¹³⁵ *M. Neubert*, ebd. (2013), S. 177.

Weise für die Ausübung von Marktmacht und den hier sog. Verdrängungsmissbrauch durch Unternehmen dargelegt.¹³⁶ Strategisch-protektionistische Maßnahmen sind mit der traditionellen Konzeption von Vergleichspaarbildungen (unmittelbare, mittelbare Diskriminierung in der Betrachtung von Inland/Ausland bzw. „grenzüberschreitendem Sachverhalt“) nicht erfassbar. Daher besteht die Notwendigkeit einer Neuausrichtung der grundfreiheitlichen Konzeption eines Marktzugangsrechtes als „Beschränkungsverbot“ an den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen. Diese umfasst den *Kontrollgegenstand* („Was“ wird kontrolliert), den *Kontrollmaßstab* (das „Ob“ einer Beschränkung) und die *Abwägung* (das „Wie“ i.S.d. Intensität einer Beschränkung) als die Kontrolldichte bestimmende Strukturmerkmale. Bei dem Kontrollmaßstab sind hierbei die marktprozessbezogenen Gehalte von Gleichheit und/oder Freiheit¹³⁷ maßgeblich.

Methodisch ist für dieses Unterfangen die dynamische Auslegung gemäß dem „aktuellen Stand der Integration“ das hierfür im Unionsrecht maßgebliche Instrument. In soweit ist entsprechend dem zuvor Gesagten der Bedarf einer „modernisierenden“ Neuausrichtung der grundfreiheitlichen Konzeption festzustellen.

II. Dogmatisch-konzeptionelle Friktionen der Grundfreiheiten

Die Rechtspraxis ist bei der Kontrolle von „nicht-diskriminierenden“, also sog. „unterschiedslosen Maßnahmen“ bzw. synonym „Beschränkungen“, wie beispielsweise Vorschriften einer Straßenverkehrsordnung¹³⁸, Regelungen zu Betriebsferien¹³⁹ oder zu einem Mindestpreis¹⁴⁰, mit einer seit Jahrzehnten hoch umstrittenen Interpretation der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote konfrontiert, welche in ihrer zuletzt durch den EuGH fokussierten Marktzugangsfunktion nicht unbedingt an Klarheit gewonnen hat.¹⁴¹ Insbesondere die zuvor (siehe I.) beschriebenen strategisch-protektionistischen Maßnahmen lassen sich mit der geltenden Konzeption der grundfreiheitlichen Kontrolle noch nicht hinreichend erfassen. Die hier in Rede stehenden dogmatisch-konzeptionellen Friktionen lassen sich, ohne die Notwendigkeit einer nochmaligen Nachzeichnung der sukzessiven Entwicklung der Grundfreiheiten von Diskriminierungsverboten hin zu Beschränkungsverboten¹⁴², in zehn *Problembereichen* (nachfol-

¹³⁶ W. Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch (2010), S. 2.

¹³⁷ Hierzu sogleich näher unter B. III. 2. b).

¹³⁸ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹³⁹ EuGH *Emanuela Sbarigia gegen Azienda USL RM/A und andere (Sbarigia)* (C-393/08, EU:C:2010:388).

¹⁴⁰ EuGH *Scotch Whisky* (C-333/14, EU:C:2015:845); EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁴¹ Siehe nur J. Snell, The notion of market access: A concept or a slogan? CMLR 2010, S. 437 ff.; C. Barnard, The Four Freedoms (2016), S. 21-23 und S. 106/107.

¹⁴² Die Entwicklung der Grundfreiheiten von sog. Diskriminierungsverboten hin zu sog. Beschränkungsverboten wurde im Schrifttum ausführlich dargestellt, siehe nur D. Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2014), § 7, Rn. 24-31; A. Mühl, Diskriminierung und Beschränkung (2004) passim; A. Brigola, Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot bis zum spezifischen Beschränkungsverbot (2004) passim, insb. S. 1-172; Schütz/Bruha/König, Europarecht (2004), § 11, S. 583-596 (Warenverkehrsfreiheit), S. 638-646 (Arbeitnehmerfreizügigkeit), S. 698-702 (Niederlassungsfreiheit), S. 729-735 (Dienstleistungsfreiheit),

gend Ziffern (1) bis (10)) systematisieren (hierzu nachfolgend 1.). Sie legitimieren eine prinzipiengeleitete Reflexion und (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten (2.).

1. Zehn Problembereiche

Praxisbezogener Anlass der Untersuchung sind dogmatisch-konzeptionelle Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten, welche sich funktional-systemisch betrachtet in zehn Problembereichen zusammenfassen lassen (nachfolgend a) bis j)).

a) Maßnahmentypisierung (Problembereich 1)

Mit dem Oberbegriff der *Maßnahmentypisierung* wird im Rahmen der Untersuchung die Unterscheidung von sog. „unterschiedlichen Maßnahmen“ und sog. „unterschiedslosen Maßnahmen“ bezeichnet.¹⁴³ Die geltende Konzeption der „Maßnahme“, welche das zentrale Tatbestandsmerkmal des grundfreiheitlichen Tatbestandes darstellt¹⁴⁴ (analog zu dem Unternehmensbegriff bei dem Tatbestand der Wettbewerbsregeln), ist geprägt durch diese formaljuristisch determinierte Typisierung zweier Kategorien von Maßnahmen. In Grenzfällen lassen sich diese Kategorien indessen kaum voneinander unterscheiden.¹⁴⁵ Nach der geltenden Konzeption sollen zudem nur für „unterschiedslose“ Maßnahmen die richterrechtlich etablierten Bereichsausnahmen der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ gemäß der *Keck*-Rechtsprechung¹⁴⁶ sowie die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses gemäß der *Cassis*-Rechtsprechung¹⁴⁷ gelten.

b) Wirkungsdifferenzierung (Problembereich 2)

Mit dem Oberbegriff der *Wirkungsdifferenzierung* wird im Rahmen der Untersuchung die Unterscheidung „diskriminierender“ und „beschränkender“ Maßnahmen bezeichnet.¹⁴⁸ Gemäß der geltenden Konzeption des Maßnahmenbegriffs werden unterschiedliche und unterschiedslose Maßnahmen (siehe zuvor a)) synonym bezogen auf ihre Wirkungen als „unmittelbar diskriminierende“, „mittelbar“ bzw. „faktisch diskrimi-

S. 764-766 (Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit); *K. Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten (2001), *H.-W. Arndt*, Europarecht (2003), S. 144-146, mit einer CD zu „aktuellen Problemlagen“.

¹⁴³ Im Detail Kapitel 5 C. I. 1. a) aa) „unterschiedlich“ vs. „unterschiedslos (Maßnahmentypisierung).

¹⁴⁴ Schlussanträge des Generalanwaltes Maciej Szpunar *Deutsche Parkinson Vereinigung e.V./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.* (C-148/15, EU:C:2016:394) Rn. 17: „Die Definition einer Maßnahme mit gleicher Wirkung ist so bekannt, dass sie kaum der Wiederholung bedarf. [...] Heute neigt der Gerichtshof dazu, von „Maßnahmen“ statt von „Handelsregelungen der Mitgliedstaaten zu sprechen, auch wenn er sich gelegentlich der traditionellen Dassonville-Formel bedient.“

¹⁴⁵ *U. Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 34 AEUV, Rn. 46.

¹⁴⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁴⁷ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

¹⁴⁸ Im Detail Kapitel 5 C. I. 1. a) bb) „diskriminierend“ vs. „beschränkend“ (Wirkungsdifferenzierung).

nierende“ und/oder „beschränkende“ Maßnahmen differenziert.¹⁴⁹ Hinreichend praktikable Kriterien für diese Wirkungsdifferenzierung, insbesondere in Grenzfällen von „mittelbarer“ bzw. „faktisch diskriminierender“ Maßnahme einerseits und „beschränkender“ Maßnahme andererseits, fehlen jedoch. Auch in der Wirkungsbetrachtung gilt, dass nur „beschränkend“ bzw. „nicht-diskriminierend“ wirkende Maßnahmen als „Modalitäten“ (faktische Bereichsausnahmen) im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung¹⁵⁰ bewertet oder via „zwingende Erfordernisse“ gemäß der *Cassis*-Rechtsprechung¹⁵¹ „gerechtfertigt“ werden können.¹⁵²

c) Maßstabsdualität (Problembereich 3)

Mit dem Oberbegriff der *Maßstabsdualität* wird im Rahmen der Untersuchung die Unterscheidung von „Diskriminierungsverbot“ und „Beschränkungsverbot“ bezeichnet, welche die Unterscheidung zweier (Kontroll-) Maßstäbe gemäß der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten in Bezug nimmt.¹⁵³ Die Ursache für diese „Dualität“ liegt in der vorgenannten Maßnahmentypisierung (a)) und Wirkungsdifferenzierung (b)) begründet, da die Unterscheidung von „Diskriminierungsverbot“ betreffend die Kontrolle unterschiedlicher/diskriminierender Maßnahmen einerseits und das „Beschränkungsverbot“ betreffend die Kontrolle unterschiedsloser/beschränkender Maßnahmen andererseits auch bei der Fokussierung auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten in dem sog. „Drei-Stufen-Test“¹⁵⁴ weiterhin zur Anwendung gelangt. Während der Kontrollmaßstab für das „Diskriminierungsverbot“ (*Gleichheitsrecht*) respektive Inländerbehandlungsgebot unstreitig in Rechtsprechung und Schrifttum deutlich umrissen ist¹⁵⁵, fehlt für den Kontrollmaßstab „Beschränkungsverbot“ in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten eine eindeutige Bestimmung von Inhalt (*Freiheits- und Gleichheitsrecht/Marktzugangsrecht*) und Struktur.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Siehe das Prüfungsschema bei *R. Streinz*, *Europarecht* (2016), S. 351, Schaubild 8 sowie *A. Epiney*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (2014), § 8, Rn. 32 ff., Rn. 32 („Offene Diskriminierung“), Rn. 33 („Versteckte Diskriminierung“), Rn. 36 („Beschränkung“).

¹⁵⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁵¹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁵² Siehe das Prüfungsschema bei *R. Streinz*, *Europarecht* (2016), S. 351, Schaubild 8 sowie *A. Epiney*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (2014), § 8, Rn. 70/71.

¹⁵³ Im Detail Kapitel 5 C. I. 1. cc) Diskriminierungsverbot vs. Beschränkungsverbot (Maßstabsdualität).

¹⁵⁴ *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 85/86. Vgl. Schlussanträge des Generalanwaltes Poiares Maduro EuGH *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212), Rn. 42-45, Erstes Kriterium i.S.e. Diskriminierungsverbot (Rn. 43), Drittes Kriterium i.S.e. Marktzugangsbeschränkungsverbot (Rn. 45). So auch *R. Streinz*, *Europarecht* (2016), § 11, Rn. 911 m.w.N. in Fn. 191 sowie S. 351 Schaubild 8.

¹⁵⁵ Vgl. *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 34-36, Rn. 69 ff. „Bausteine der gleichheitsrechtlichen Struktur der Grundfreiheiten.“ Betont wird in Rn. 70 die „Bildung von Vergleichsgruppen“ mit der Prüfung einer „Ungleichbehandlung zwischen nationalem und transnationalem Sachverhalt“. Umfassend *S. Plötscher*, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (2003) passim. Zusammenfassend i.S.e. „Allgemeinen Lehre der Grundfreiheiten“ *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (2014), § 7, Rn. 24-29 m.w.N.

¹⁵⁶ Vgl. die Nachweise in Fußnote 62 und 67.

Eine eindeutige Abgrenzung von „Diskriminierungsverbot“ und „Beschränkungsverbot“ ist daher nicht möglich aber nötig, erstens wegen der *Keck*-Rechtsprechung¹⁵⁷ (hierzu sogleich d) Problembereich 4), solange diese nicht ausdrücklich aufgegeben wird, und zwar wegen der Funktion von „Modalitäten“ als faktische Bereichsausnahmen bei unterschiedslosen Maßnahmen. Zweitens wegen der *Cassis*-Rechtsprechung und der „zwingenden Erfordernisse“¹⁵⁸ (siehe hierzu i) Problembereich 9), solange diese eine Differenzierung von unterschiedslosen und unterschiedlichen Maßnahmen erfordert.

d) Modalitäten (Problembereich 4)

Der Begriff der *Modalitäten* wird im Rahmen der Untersuchung synonym für sämtliche unterschiedslose Maßnahmen verwendet, welche gemäß der *Keck*-Rechtsprechung¹⁵⁹ *unterschiedslose Maßnahmen typisiert* in den Kategorien sog. „produktbezogener Maßnahmen“ und weiteren Kategorien von sog. „bestimmten Verkaufsmodalitäten“, „Absatzmodalitäten“, „Nutzungsmodalitäten“, „Verwendungsmodalitäten“ und „Nicht-Modalitäten“ (insoweit i.S.e. *Keck*-Folgerechtsprechung).¹⁶⁰ Bei diesen hier zusammenfassend so benannten „Modalitäten“ handelt es sich um formaljuristisch determinierte, unbestimmte Rechtsbegriffe, welche eine theoretisch fundierte, praktikable Definition vermissen lassen.¹⁶¹ Damit besteht faktisch ein kaum bestimmbarer Umfang ungeschriebener Bereichsausnahmen für „unterschiedslose Maßnahmen“, welche unter Verzicht auf eine Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einer Kontrolle durch den Maßstab des Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten nicht unterliegt.

e) Dualität staatlicher und privater Maßnahmen (Problembereich 5)

Die im Rahmen der Untersuchung so benannte *Dualität staatlicher und privater Maßnahmen* betrifft eine Differenzierung der subjektiv-rechtlichen Kontrolle, welche gemäß der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten anhand der Rechtssubjektqualität des Maßnahmenurhebers als staatlich (öffentlich-rechtlich organisiertes Rechtssubjekt) oder privat (privat-rechtlich organisiertes Rechtssubjekt) erfolgt.¹⁶² Damit umfasst die geltende Konzeption des Maßnahmenbegriffs neben der Maßnahmentypisierung (a)), der Wirkungsdifferenzierung (b)), der Maßstabsdualität (c)) und den Modalitäten (d)) fünftens eine formaljuristisch geprägte *Dualität von staatlichen Maßnahmen* und *privat-*

¹⁵⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁵⁸ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

¹⁵⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁶⁰ Im Detail Kapitel 5 C. I. 2. Praktisch unmögliche Definition von „Modalitäten“ als Bereichsausnahme.

¹⁶¹ Siehe nur die Stellungnahme bei *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 34 AEUV, Rn. 247-250 und in monographischer Form exemplarisch *J. Keßler*, Das System der Warenverkehrsfreiheit (1997), S. 338-344 (Zusammenfassung), insbesondere mit einer Parallelwertung zu den Wettbewerbsregeln. Zur Analyse im Detail Kapitel 5 C. I. 2.

¹⁶² Im Detail Kapitel 4 B. III. Funktionsabgrenzung hoheitlicher versus privater Machtkontrolle; Kapitel 5 C. I. 3. Friktionen der formalen Differenzierung staatlicher vs. privater Maßnahmen.

ten Maßnahmen. Diese Unterscheidung resultiert aus der im europarechtlichen Schrifttum umstrittenen Anwendung der Grundfreiheiten auf Handlungen privat-rechtlich organisierter Rechtssubjekte (sog. horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten).¹⁶³ Da bei den Grundfreiheiten, im Gegensatz zu dem funktionalen Unternehmensbegriff bei den Wettbewerbsregeln, ein „funktionaler Maßnahmenbegriff“ bislang nicht existiert, fehlt insbesondere für Grenzfälle bzw. Mischfälle hoheitlicher und privater Maßnahmen (z.B. Public Private Partnership, gemischte Unternehmen) eine hinreichend bestimmte grundfreiheitliche Kontrolle. Problematisch ist dies besonders bei der Abgrenzung von Grundfreiheiten und sog. Entzugstatbeständen, da der EuGH mit Letzteren das wettbewerbliche Beschränkungsverbot der Art. 101, 102 AEUV auf bestimmte staatliche Maßnahmen erweitert hat.¹⁶⁴ Mangels funktionalen Maßnahmenbegriffs bei den Grundfreiheiten bestehen ein strukturelles Ungleichgewicht bei der Kontrolle hoheitlicher und privater Rechtssubjekte sowie eine dogmatisch-konzeptionelle Inkongruenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln betreffend deren Kontrollgegenstände.

f) *Territoriale Transnationalität (Problembereich 6)*

Mit der vorliegend so benannten *territorialen Transnationalität* wird der territorial definierte Anwendungsbereich der grundfreiheitlichen Kontrolle gemäß der geltenden Konzeption eines sog. „grenzüberschreitenden Sachverhalts“ mit einer Differenzierung von Inlands-/Auslandssachverhalt bzw. Herkunftsstaat/Zielstaat bezeichnet.¹⁶⁵ Der „grenzüberschreitende Sachverhalt“ fungiert hierbei faktisch als Anwendungsvoraussetzung der Grundfreiheiten. Diese Konzeption basiert auf einem territorialen Verständnis der „Grenzüberschreitung“, d.h. auf einer physischen Definition von Staatsgrenzen der Mitgliedstaaten, welche durch eine wirtschaftliche Leistung, auf welche sich die Grundfreiheiten unstreitig beziehen, „überschritten“ werden müssen. Diese Konzeption steht indessen bereits im Widerspruch zu der funktionalen Konzeption von „Zwischenstaatlichkeit“, wie diese bei den Wettbewerbsregeln ausgerichtet ist an den ökonomischen Variablen eines sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Marktes, der im jeweiligen Einzelfall unabhängig von Staatsgrenzen zu definieren ist. Die geltende Konzeption der Anwendungsvoraussetzung der Grundfreiheiten ist damit durch eine wenig zeitgemäße, abstrakt-generelle und formaljuristische Handhabung von „Grenzüberschreitung“ geprägt. Diese Handhabung widerspricht der heutigen Marktwirklichkeit eines weit integrierten Binnenmarktes sowie den aktuellen Erfordernissen der zunehmend globalisierten Wirtschaft¹⁶⁶, und hier insbesondere den wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten von *funktionaler Transnationalität* in vernetzten Märkten von offline und online

¹⁶³ Siehe nur S. Löwisch, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten (2009) passim; S. Wernicke, Privatwirkung (2002) passim.

¹⁶⁴ Kapitel 4 B. III.

¹⁶⁵ Im Überblick und zu der Tendenz einer Relativierung E. Pache, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2015), § 10, Rn. 12-15. Im Detail Kapitel 5 C. I. 4. Widerspruch von Free Movement und territorialer „Grenzüberschreitung“.

¹⁶⁶ So explizit auch N. Kotalakidis, Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft (2000), in einer interdependenten Funktionsbetrachtung von Unionsbürgerstatus und Grundfreiheiten im Lichte der Grundsätze von Freiheit und Gleichheit, S. 232-245.

Handel, für die Staatsgrenzen im traditionellen Sinne keine Relevanz (mehr) haben. Aus dem geltenden Konzept von territorialer Transnationalität folgt überdies das Problem der sog. Inländerdiskriminierung bzw. umgekehrten Diskriminierung (*discrimination à rebours*)¹⁶⁷, welches mit der Werteordnung der Union und der Hervorhebung eines Integrationsraums der Unionsbürger schwerlich zu vereinbaren ist, und nach dem aktuellen Stand der Integration der unionsrechtlichen Kontrolle durch die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote unterliegen sollte.

g) *Relative Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes (Problembereich 7)*

Mit der Bezeichnung einer *relativen Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes* wird im Rahmen der Untersuchung die umstrittene Konzeption der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Dimension als Gleichheits- und/oder Freiheitsrechte in Bezug genommen.¹⁶⁸ Angesichts der zuletzt durch den EuGH fokussierten Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten¹⁶⁹, im englisch sprachigen Schrifttum als “market access approach“ benannt¹⁷⁰, stellt sich hier die Frage einer *Marktzugangsgleichheit und/oder Marktzugangsfreiheit* als Maßstab der grundfreiheitlichen Kontrolle. Die theoretische Konzeption der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten ist offen und damit sind der Inhalt und die Struktur des Beschränkungsverbotes in der gleichheits- und freiheitsrechtlichen Perspektive bislang nicht definiert.¹⁷¹ Die unbestimmten Rechtsbegriffe der EuGH-Rechtsprechung, wie „geeignet zu behindern“¹⁷², „weniger attraktiv“¹⁷³, „bezwecken“ oder „bewirken“¹⁷⁴, bieten inhaltlich (noch) keine hinreichend präzise Bestimmtheit zur Prüfung einer den Marktzutritt und/oder Marktaustritt beschränkenden Wirkung („bewirken“) „unterschiedsloser Maßnahmen“. Insbesondere die Kriterien „Marktzutritt“ und „Marktaustritt“ sind für die Subsumtion der Grundfreiheiten bislang nicht ausreichend definiert, womit schwer erkennbar bleibt, anhand welcher Maßstäbe der Marktzutritt (Grundfreiheiten als Marktzugangsbeschränkungsverbote) bzw. der Marktaustritt (Grundfreiheiten als Marktaustrittsbeschränkungsverbote) zu prüfen sind.

¹⁶⁷ Der klassische Fall aus der EuGH-Rechtsprechung ist der deutsche Biersteuerfall zum Reinheitsgebot, EuGH *Reinheitsgebot für Bier* (C-178/84, EU:C:1987:126). Siehe nur *E. Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht Handbuch* (2015), § 10, Rn. 16. Im Überblick *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (2014), § 7, Rn. 25/26. In monographischer Form insb. *A. Epiney*, *Umgekehrte Diskriminierung* (1995) passim, *C. Hammerl*, *Inländerdiskriminierung* (1997) passim; *A. Lach*, *Umgekehrte Diskriminierungen* (2008) passim; *N. Kotlakidis*, a.a.O. (2000), S. 232 ff.

¹⁶⁸ Im Detail Kapitel 5 A. II. Der Streit um das Beschränkungsverbot als Freiheitsrecht; Kapitel 5 C. II. 1. Relative Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes.

¹⁶⁹ Siehe Einleitung Fußnote 59.

¹⁷⁰ *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2016), S. 19/102.

¹⁷¹ Siehe nur *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2016), S. 19-24 und S. 106; *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 86; *S. Dietz/T. Streinz*, *Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten*, EuR 2015, S. 50/51, 59; *U. Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 42 Sept. 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 187 ff.; *E. Spaventa*, *Leaving Keck behind?*, *European Law Review* 2009, S. 914 ff.

¹⁷² EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

¹⁷³ EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn 32/37.

¹⁷⁴ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26.

Dogmatisch-konzeptionell besteht hierzu erstens die Frage, wie (*Marktzutritts-/ Marktaustritts-*) *Gleichheit* bzw. (*Marktzutritts-/Marktaustritts-*) *Freiheit* zu definieren sind. Daraus resultiert zweitens die Folgefrage, ab welchem „Schwellenwert“ die transnationale Mobilität (zu verwirklichen via Marktaustritt und Marktzutritt) wirtschaftlicher Leistungen sich als „weniger attraktiv“ darstellt bzw. ab wann eine Maßnahme „geeignet“ ist, den Marktzugang zu „behindern“ bzw. ab wann diese eine Beschränkung „bewirkt“.

Jenseits der mit der interpretatorischen Offenheit der vorgenannten unbestimmten Rechtsbegriffe in der Praxis verbundenen Rechtsunsicherheiten steht die daraus resultierende relative Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) dogmatisch-konzeptionell im deutlichen Widerspruch zu dem stärker ausdifferenzierten Kontrollmaßstab der Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot). Die Wettbewerbsregeln (Art. 101, 102 AEUV und Art. 107 AEUV) stellen sich ohne Zweifel i.w.S. als marktbezogene (Marktzugangs- und Marktaustritts-) Gleichheits- und Freiheitsrechte dar¹⁷⁵, womit dem Grunde nach belegt ist, dass eine gleichheits- und freiheitsrechtliche Konzeption für die Verwirklichung des Binnenmarktziels sowie einen effektiven und auf Marktprozesse bezogenen Rechtsschutz unverzichtbar ist. Jedoch stellt sich die Frage, ob die theoretischen Grundlagen sowie rechtlichen Maßstäbe, welche die Konzeption des wettbewerblichen Beschränkungsverbot prägen, auch für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot zur Kontrolle hoheitlich und damit demokratisch legitimierter Maßnahmen herangezogen werden dürfen. Hierfür ist eine grundlegende, prinzipiengeleitete¹⁷⁶ Reflexion erforderlich, welche die Architektur des Vertragsrechts der Union nach Lissabon¹⁷⁷ in Beziehung setzt zu den Funktionen der Grundfreiheiten in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV.¹⁷⁸

h) Relative Unbestimmtheit des Marktzutrittskriteriums (Problembereich 8)

Das Folgeproblem der zuvor (siehe g)) beschriebenen relativen Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes der Grundfreiheiten ist die hier so benannte relative *Unbestimmtheit des Marktzutrittskriteriums*, welche sich im Kontext der *Gysbrechts*-Rechtsprechung ebenso als relative Unbestimmtheit des *Marktaustrittskriteriums* darstellt.¹⁷⁹ Offen ist, wie das von der Rechtsprechung des EuGH zuletzt in den Mittelpunkt der Beschränkungsprüfung gestellte Marktzutritts- und Marktaustrittskriterium als nunmehr zentraler Aspekt der grundfreiheitlichen Kontrolle¹⁸⁰ zu definieren und anzuwenden ist. Die im europarechtlichen Schrifttum beschriebenen Modelle und „Tests“, wie das „Stufenmo-

¹⁷⁵ H. Schröter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Vor Art. 101-109 AEUV, Rn. 17.

¹⁷⁶ Hierzu Kapitel 3 A.

¹⁷⁷ Hierzu Kapitel 3 B.

¹⁷⁸ Hierzu Kapitel 4.

¹⁷⁹ Im Detail Kapitel 5 C. II. 2. Unzureichendes Prüfungsraster für das Marktzutrittskriterium.

¹⁸⁰ So zuletzt explizit auch S. Dietz/T. Streinz, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 50, 58/59.

dell“ von *Axel Mühl*¹⁸¹, das „Drei Stufen Modell“ von *Alexander Brigola*¹⁸², oder der „Drei-Stufen-Test“ von *Stefan Leible/Thomas Streinz*¹⁸³, welche in Anlehnung oder eigener Interpretation der EuGH-Rechtsprechung¹⁸⁴ bzw. inspiriert sind von den Schlussanträgen des Generalanwaltes *Miguel Poyares Maduro* zur Rechtssache *Alfa Vita*¹⁸⁵, bieten eine gute Orientierung zur Konzeptionierung, fußen indessen (noch) nicht auf einem prinzipiengeleiteten, theoretisch fundierten Konzept. Insbesondere die von dem Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung verwendete „Attraktivitätsformel“ bedarf im Zusammenhang der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten einer grundlegenden, normativ-wettbewerbsökonomischen Konkretisierung aus der Perspektive eines die wirtschaftliche Mobilität planenden und entscheidenden Wirtschaftssubjektes. Auf die Notwendigkeit einer Konkretisierung hat Generalanwalt *Miguel Poyares Maduro* in den vorgenannten Schlussanträgen ausdrücklich rekurriert.¹⁸⁶

Angesichts des unübersehbar wirtschaftswissenschaftlichen Kontextes der Konzeption von Marktzutritt und Marktaustritt einschließlich der Bestimmung des sog. relevanten Marktes und den damit im Fokus stehenden Voraussetzungen wirtschaftlicher Mobilität, theoretisch fundiert im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum als „barriers to entry“¹⁸⁷, „barriers to exit“ bzw. „mobility barriers“¹⁸⁸, steht die Konzeptionierung und Konkretisierung des Marktzutritts- und Marktaustrittskriteriums für die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote im untrennbaren Zusammenhang mit der zuvor dargelegten Problematik der territorialen Transnationalität (siehe f) Problembereich 6). Denn Marktzutritt und Marktaustritt sind notwendigerweise aus der Sicht eines Wirtschaftssubjektes zu betrachten und beziehen sich damit nicht abstrakt auf die territorialen Grenzen von Mitgliedstaaten, sondern auf einen sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt. Dieser in Orientierung an wettbewerblich determinierten Tauschgesetzmäßigkeiten zu definierende Markt, ist per se nicht an die Territorialität (Staatsgrenzen) gebunden, sondern bestimmt sich funktional anhand der maßgeblichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen sowie der in dem Markt gegebenen Funktionsbedingungen und Wettbewerbsformen. Die Revision des (noch) geltenden Konzepts eines physisch und territorial defi-

¹⁸¹ *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 245-247.

¹⁸² *A. Brigola*, Das System der EG-Grundfreiheiten (2004), S. 169-172.

¹⁸³ *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 85-87.

¹⁸⁴ So *Cremer, W./Bothe A.*, Die Dreistufenprüfung als neuer Baustein der warenverkehrsrechtlichen Dogmatik, EuZW 2015, S. 413 ff.

¹⁸⁵ Schlussanträge des Generalanwaltes Poyares Maduro EuGH *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212) Rn. 42-46.

¹⁸⁶ Schlussanträge des Generalanwaltes Poyares Maduro EuGH *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212) Rn. 33.

¹⁸⁷ *J. S. Bain*, Barriers to New Competition (1956) passim; *C. C. von Weizsäcker*, Barriers to Entry – A Theoretical Treatment (1980) passim; *P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin*, Barriers to Entry and Strategic Competition (1990/2007), S. 1-6 (Introduction), S. 7/8 und 14 (zusammenfassend zu der strukturbezogenen Definition von J. S. Bain), S. 10/11 (zusammenfassend zu dem theoretischen Ansatz von C.C. Weizsäcker).

¹⁸⁸ *R. E. Caves/M. E. Porter*, From Entry Barriers to Mobility Barriers, Quarterly Journal of Economics (1977), S. 241-261; *R. E. Caves/P. Ghemawat*, Identifying Mobility Barriers, Strategic Management Journal (1992), S. 1-12; *P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin*, Barriers to Entry and Strategic Competition (1990/2007), S. 7 (zusammenfassend zu dem Ressourcen orientierten Ansatz von R. E. Caves/M. E. Porter).

nierten „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ (siehe zuvor f) Problembereich 6) und die Konkretisierung des Marktzutritts- und Marktaustrittskriteriums müssen daher in der systemisch-funktionalen Perspektive konzeptionell zusammen gedacht werden.

i) *„Zwingende Erfordernisse“ als Ausnahmen (Problembereich 9)*

Die „*zwingenden Erfordernisse*“ des Allgemeininteresses der EuGH *Cassis*-Rechtsprechung¹⁸⁹ sind nach der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten sog. ungeschriebene Ausnahmen bzw. Rechtfertigungsgründe. Im Regel-Ausnahme-Verhältnis von Beschränkungstatbestand und Ausnahme respektive Rechtfertigung besteht dabei eine Interdependenz von Maßnahmentypisierung, Wirkungsdifferenzierung, Maßstabsdualität und Modalitäten (siehe zuvor a) bis d) Problembereiche 1 bis 4) mit den „*zwingenden Erfordernissen*“.¹⁹⁰ Denn soweit die richterrechtlich etablierten „*ungeschriebenen*“ Ausnahmen respektive Rechtfertigungsgründe nur für „*unterschiedslose Maßnahmen*“ gelten, bedarf es zur konzeptionellen Überwindung der vorgenannten Problembereiche einer Revision der Kategorie „*ungeschriebener*“ Ausnahmen/Rechtfertigungsgründe, da deren geltende Konzeption eine Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung sowie eine Maßstabsdualität nach den in der EuGH-Rechtsprechung *Cassis* und *Gebhard*¹⁹¹ formulierten Subsumtionskriterien definitorisch gerade voraussetzt. Die Kategorie ungeschriebener Ausnahmen wird durch die vorgenannten Modelle und „*Tests*“ (siehe h)) nicht obsolet. Im Hinblick auf die heutige, globale Marktrealität von Offline- und Onlinehandel eines weit integrierten Binnenmarktes ist überdies fraglich, ob die in der EuGH-Rechtsprechung der 1970er Jahre durchaus richtigerweise noch angenommene höhere „*Binnenmarktschädlichkeit*“ von „*unterschiedlichen*“ Maßnahmen (wie Diskriminierungen auf Grund der Herkunft, Staatsangehörigkeit usw.) gegenüber modernen, „*unterschiedslos*“ bzw. strategisch-protektionistisch konstruierten Maßnahmen noch stichhaltig ist und eine Konzeption „*ungeschriebener*“ Ausnahmen noch trägt, welche „*unterschiedliche*“/„*unterschiedslose*“ Maßnahmen in dieser Weise differenziert.

j) *Relative Unbestimmtheit der Verhältnismäßigkeit (Problembereich 10)*

Mit der *relativen Unbestimmtheit der Verhältnismäßigkeit* werden in vorliegender Untersuchung die Interdependenzen von Verbot und Ausnahme, insbesondere die Korrelation von grundfreiheitlichem *Kontrollmaßstab* (gemäß der Definition nach EuGH *Dassonville* über *Cassis*, *Kraus/Gebhard*, *Keck* bis *Mickelsson & Roos*)¹⁹² und den *Abwägungsmaßstäben* bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit adressiert. Als Folge der zuvor definierten Problembereiche (siehe a) bis i) Problembereiche 1 bis 9) besteht angesichts der Interdependenz/Korrelation zugleich eine relativ Unbestimmtheit bei der Subsumtion der „*Geeignetheit*“ (Ziel bzw. Zweck der Maßnahme), „*Erforderlichkeit*“ (Ziel-Mittel-Relation, gleich wirksame, mildere Maßnahme) und „*Ange-*

¹⁸⁹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁹⁰ Im Detail Kapitel 5 C. III. 1. Dogmatisch-konzeptionelle Friktionen von Tatbestand und Ausnahmen.

¹⁹¹ EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

¹⁹² Siehe Kapitel 3 E. II.

messenheit“ (konkrete Abwägung der Ziel-Mittel-Relation).¹⁹³ Denn die Konzeption der Abwägungskriterien „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Konzeption und Definition von Marktzutritt und Marktaustritt, da der Beschränkungstatbestand (Feststellung des „Was“ (Kontrollgegenstand) und des „Ob“ (Kontrollmaßstab) der beschränkenden Wirkung einer Maßnahme) und die Abwägung im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Feststellung des „Wie“, also der Intensität der beschränkenden Wirkung einer Maßnahme) notwendige Korrelate sind. Überdies ist zu bestimmen, wie die seit 2009 bestehende „neue Unionsteleologie“ der Werte- und Wirtschaftsverfassung im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Prüfung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot zu implementieren ist. Insbesondere die prinzipiellen Gehalte der Werte (Art. 2 EUV) und Ziele der Union (Art. 3 EUV) sowie die Gehalte der sog. Querschnittsklauseln und der Unionsgrundrechte (GRC) bedürfen mindestens im Rahmen der „Angemessenheit“ einer Einbeziehung in die Abwägung bei der Gegenüberstellung von durch die „unterschiedslose“ Maßnahme geschützten Rechtsgütern des „Allgemeininteresses“ i.w.S. und den durch sie beeinträchtigten. Die dabei im Zentrum stehende Ziel-Mittel-Relation erfordert, ausgehend von dem integrationspolitisch-ökonomischen Fundament des Wirtschaftsintegrationsrechts der Union¹⁹⁴ und gemäß dem Telos einer Werte- und Wirtschaftsverfassung, eine prinzipiengeleitete Abwägung von Unionsinteressen, Allgemeininteressen der Mitgliedstaaten und individuellen Wirtschaftsinteressen der von einer Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjekte. Unter Berücksichtigung des institutionell-rechtlichen Rahmens des Unionsrechts (wie der Implikationen der Supranationalität und der Kompetenzordnung) sind die vorgenannten Interessen unter Berücksichtigung prinzipieller Maßstäbe und Wertgehalte, wie insbesondere auch von Aspekten der „Marktgerechtigkeit“, in einen gerechten Ausgleich zu bringen.

2. Legitimation einer (Neu-)Konzeptionierung

Die vorstehende (1.), systematisierende Zusammenfassung von zehn Problembereichen dogmatisch-konzeptioneller Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion offenbart, dass de lege lata sowohl der Maßstab der grundfreiheitlichen Kontrolle (Kontrollmaßstab), d.h. das grundfreiheitliche Verbot als „Beschränkungsverbot“, als auch der zentrale Gegenstand der Kontrolle (Kontrollgegenstand), d.h. die Beschränkung von Marktzutritt- und/oder Marktaustritt durch eine „unterschiedslose Maßnahme“, sowie die dafür maßgeblichen Subsumtionskriterien noch nicht hinreichend definiert sind. Damit gehen notwendigerweise Rechtsunsicherheiten bei der praktischen Anwendung der Grundfreiheiten einher. Letztere sind schließlich eine Konsequenz der bis heute noch nicht ausreichend theoretisch fundierten Funktion und Konzeption der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote. Der Versuch einer prinzipiengeleiteten, theoretischen Untermauerung und Konzeptionierung des vertragsautonomen Verbotstypus „Beschränkungsverbot“ scheint daher,

¹⁹³ Im Detail Kapitel 5 C. III. 2. Unbestimmtheit der Abwägungsmaßstäbe bei der Verhältnismäßigkeit.

¹⁹⁴ Hierzu sogleich B. III. und Kapitel 3 A. I.

nicht zuletzt im Dienste einer Effektivierung des subjektiven Rechtsschutzes gegenüber Beschränkungen der wirtschaftlichen Mobilität durch „unterschiedslose (strategisch-protektionistische) Maßnahmen“, lohnend.

Mit der (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote ist unweigerlich die seit *Dassonville*¹⁹⁵ bestehende und bis heute ungelöste „Kardinalfrage“ der Grundfreiheiten (*Thorsten Kingreen*)¹⁹⁶ tangiert, nämlich die Frage, wie eine zugleich die Integrationsinteressen der Union forcierende, die Allgemeininteressen (Identität) der Mitgliedstaaten respektierende und die wirtschaftlichen Individualinteressen einzelner Wirtschaftssubjekte¹⁹⁷ wahrende Kontrolldichte der Grundfreiheiten zu definieren ist. Auch in Ansehung dieser seit Jahrzehnten bestehenden Fragestellung ist eine grundlegende Reflexion von Funktion und Konzeption der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote im Kontext des „neuen Unionstelos“ der Union nach Lissabon legitimiert. Angesichts der Fülle an dogmatisch-konzeptionellen Friktionen bei der Auslegung der Grundfreiheiten, wie zuvor (1. a) bis j)) dargelegt, besteht die Überzeugung des Verfassers, dass eine prinzipiengeleitete und normativ-wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes ein geeigneter Weg zur Überwindung der vorgenannten Friktionen sein kann. Im Lichte des integrationspolitischen und ökonomischen Fundaments des Marktintegrationsrechts der Union, und so der Grundfreiheiten¹⁹⁸, dürfte eine solche Konzeptionierung deren vertragsautonomen Funktion entsprechen.¹⁹⁹

Eine praktische Legitimation für den Versuch einer (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten besteht in der Perspektive der Rechtsanwendung darin, dass die bislang noch überwiegend (formal-)juristisch determinierten unbestimmten Rechtsbegriffe bzw. „Formeln“ der EuGH-Rechtsprechung, wie „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ á la EuGH *Keck*²⁰⁰ bzw. „Verwendungsmodalitäten“/„Nutzungsmodalitäten“ á la EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁰¹ und EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²⁰² oder „zwingende Erfordernisse“ nach *Cassis*²⁰³, gemessen an den heute markt- und wettbewerbsbestimmenden Funktionsmechanismen strategischen Wettbewerbs (siehe zuvor A. I. die Ausführungen zum „modernen Protektionismus“), noch keine hinreichend verlässliche Subsumtionsgrundlage für die Praxis bieten. Die „Kardinalfrage“ zur Konzeption der Grundfreiheiten tangiert insoweit den Kernbereich des individuellen „Radius“ an Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit. Dieser betreffend im Markt mögliche Verhaltensweisen als „Aktionsradius“ zu bezeichnende Entscheidungs- und Handlungsspielraum von Wirtschaftssubjekten (wie Produzenten, Dienstleister, Arbeitneh-

¹⁹⁵ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

¹⁹⁶ *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 39: „Kardinalfrage der jüngeren Grundfreiheitsdogmatik“.

¹⁹⁷ Vorliegend benannt als „Interessen-Trias“, siehe nachfolgend B. I. 3. und Kapitel 5 B. I.

¹⁹⁸ Hierzu näher Kapitel 3 A. I.

¹⁹⁹ Siehe Kapitel 4 zur Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten.

²⁰⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

²⁰¹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 56/57.

²⁰² EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26.

²⁰³ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

mer usw.) ist bestimmend für jene die Existenzgrundlagen sichernde Teilhabe am wirtschaftlichen Leben des Binnenmarktes und erfordert die Gewährleistung von *Chancengleichheit*²⁰⁴, *Fairness* bzw. *Redlichkeit*²⁰⁵, d.h. „Marktgerechtigkeit“ i.w.S. Gemessen an dem Binnenmarktziel und dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) im Kontext der funktionalen Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union²⁰⁶, ist die Konzeptionierung einer hieran angepassten subjektiv-rechtlichen Kontrolldichte der Grundfreiheiten daher auch eine Frage von höchstem Verfassungsrang, welche den funktional-systemischen Ansatz einer prinzipiengeleiteten und normativ-wettbewerbsökonomischen (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten legitimiert.

III. Ziel der Untersuchung

1. Prinzipiengeleitete Konzeption für das Beschränkungsverbot (Dogmatik)

Das *dogmatisch-konzeptionell intendierte Ziel* der Untersuchung besteht darin, im Wege einer funktional-systemisch angelegten Grundlegung das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) zu begründen²⁰⁷ sowie daran anschließend die Grundfreiheiten auf der Basis ihrer vertragsautonomen Funktion²⁰⁸ als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion zu konzeptionieren und in Überwindung der bestehenden dogmatisch-konzeptionellen Friktionen²⁰⁹ inhaltlich als Mobilitätsbeschränkungsverbot zu konkretisieren (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot).²¹⁰ Dieses Untersuchungsprogramm dient dem Versuch, für die im europarechtlichen Schrifttum zuletzt adressierte Notwendigkeit einer Konkretisierung der Grundfreiheiten in ihrer Marktzugangsfunktion²¹¹ einen konzeptionellen Vorschlag für den weiteren wissenschaftlichen Diskurs zu unterbreiten.

Den originär rechtsdogmatischen Anlass für diese Zielsetzung bilden insoweit die bis heute in Rechtsprechung, Rechtspraxis und Wissenschaft im Diskurs zwischen Induktion und Deduktion noch unbeantworteten Fragen, welche sich wie folgt skizzieren

²⁰⁴ Hier in dem Sinne, wie von *P. Behrens*, a.a.O. (1986) S. 99 und S. 195/196, S. 337 beschrieben, betreffend den Aspekt der Chancengleichheit als Frage der Verteilungsgerechtigkeit im Zusammenhang der Notwendigkeit einer Begrenzung von – staatlicher und privatautonom - Macht: „Nicht die Überwindung des Phänomens gesellschaftlicher Macht, sondern allein seine Bändigung in einer vernünftigen und gerechten Ordnung [...] (ist als) sinnvolles Ziel zu akzeptieren“ (S. 337). Siehe auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (2014), § 36, Rn. 15.

²⁰⁵ Präambel AEUV Absatz 4 „In der Erkenntnis, dass zur Beseitigung der bestehenden Hindernisse ein einverständliches Vorgehen erforderlich ist, um eine beständige Wirtschaftsausweitung, einen ausgewogenen Handelsverkehr und einen redlichen Wettbewerb zu gewährleisten.“ Zur Gerechtigkeit als Fairness siehe grundlegend *J. Rawls*, Gerechtigkeit als Fairneß (2006/2014) passim. In der Reflexion *A. Sen*, Die Idee der Gerechtigkeit (2009/2013), S. 80 ff.

²⁰⁶ Hierzu Kapitel 3 B. II.

²⁰⁷ Kapitel 3.

²⁰⁸ Kapitel 4.

²⁰⁹ Zuvor A. II. 1 und Kapitel 5.

²¹⁰ Kapitel 6.

²¹¹ Siehe die Nachweise in Fußnote 62 und 67.

lassen: Lässt sich eine Konzeption der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in deren Marktzugangsfunktion vertragsautonom begründen? Wonach bestimmen sich Inhalt und Struktur des Beschränkungsverbotes in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten? Ist das Beschränkungsverbot in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten ein Gleichheitsrecht und/oder auch ein Freiheitsrecht? Anhand welcher Maßstäbe wären Gleichheit und Freiheit bei der Beschränkung des Marktzutritts und/oder Marktaustritts und anhand welcher Variablen zu prüfen?²¹²

Zur Beantwortung dieser Fragen möchte die vorliegende Untersuchung einen Weg aufzeigen, der als Beitrag zur Fortschreibung des theoretischen Fundaments der für den Integrationsprozess zentralen Grundfreiheiten zu verstehen ist.

2. Funktional, normativ-wettbewerbsökonomische Konkretisierung (Praxis)

Das auf die forensische Praxis ausgerichtete Ziel der Untersuchung besteht darin, die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion, ausgehend von der prinzipiellen Basis eines unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes (siehe zuvor III. 1.), funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch neu zu konzeptionieren und damit für die Rechtsanwendung ein kongruent ausdifferenziertes sowie durch wettbewerbsökonomische Variablen umfassend definiertes Prüfungsraster²¹³ für die Subsumtion einer *Mobilitätsbeschränkung* vorzustellen. Angelehnt an die Gedanken von *Richard Earl Caves* und *Michael E. Porter*²¹⁴ zu einer Theorie wirtschaftlicher (unternehmerischer) Mobilität, welche dem Grunde nach eine getrennte Betrachtung von Marktzutritt und Marktaustritt überwindet,

“The theory of entry barriers has been limited unnecessarily by confining itself to the movement of firms from zero output to positive inputs. It becomes much richer – yet remains determinate – when set forth as a *general theory of the mobility* of firms among segments of an industry, thus encompassing *exit* and intergroup shifts as well as *entry*.”²¹⁵ (Hervorhebungen durch den Verf.),

soll für die Prüfung einer Beschränkung von Marktzutritt und/oder Marktaustritt bei den Grundfreiheiten die Mobilität von Leistung und Gegenleistung bzw. von Angebot und Nachfrage als sequenzieller Prozess verstanden und an einem *einheitlichen Maßstab der Mobilitätsbeschränkung* gemessen werden. Dementsprechend ist eine Mobilitätsbeschränkung kumulativ anhand gleichheits- und freiheitsrechtlicher Maßstäbe zu bewerten, welche (durchaus im Sinne einer „Theorie der Mobilitätsbeschränkung“) vertragsautonom zu konkretisierende, normativ-wettbewerbsökonomische Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsgleichheit und Mobilitätsfreiheit umfassen müssen.

²¹² Zum Erfordernis einer Konkretisierung des Marktzugangskriteriums *S. Leible/T. Streinz*, a.a.O. Rn. 86 a.E.

²¹³ Ähnlich *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34, Rn. 87: „[...] können kartellrechtliche Wertungen herangezogen werden. Namentlich die zu Art. 101 AEUV entwickelte Markterschließungsdoktrin [...]“.

²¹⁴ *R. E. Caves/M. E. Porter*, *From Entry Barriers to Mobility Barriers* (1977) passim.

²¹⁵ *R. E. Caves/M. E. Porter*, a.a.O. (1977), S. 241.

Im europarechtlichen Schrifttum wurden für die Konzeptionierung der Grundfreiheiten bereits vielfältige Wege beschritten. Zuletzt wurde u.a., wie bereits erwähnt, ein sog. „Drei-Stufen-Test“ aus der EuGH-Rechtsprechung abgeleitet.²¹⁶ Dieser Ansatz vermag allerdings (noch) nicht die dogmatischen Friktionen grundsätzlicher Art zu überwinden, wie diese zuvor zusammengefasst wurden (siehe A. II. 1.), wobei man erwähnen muss, dass die hier in Bezug genommenen Autoren dies auch nicht zum Ziel ihrer Ausführungen erklärt haben.²¹⁷ Auch die im Schrifttum vertretene Auffassung, dass sich das „komplizierte Prüfungsschema vereinfacht habe“²¹⁸ relativiert sich sogleich durch den Umstand, dass „eine verlässliche Prognose für eine Unionsrechtskonformität im Einzelfall“ mit der letzten Wende in der Rechtsprechung des EuGH nicht ermöglicht ist und sich daher als eine „andere Frage“ darstellt.²¹⁹ Da „Marktzutritt“ und „Marktaustritt“ als Parameter bzw. allgemein die Voraussetzungen wirtschaftlicher Mobilität in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur theoretisch umfassend durchdrungen sind²²⁰, lassen sich die im europarechtlichen Schrifttum bereits vorhandenen Ansätze einer i.w.S. ökonomisch ergänzten Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion, wie etwa bei *Jens Thomas Fuller*, *Jukka Snell*, *Gareth Davies*, *Luigi Russi*, *Ulrich Forsthoff*, *Sara Dietz* und *Thomas Streinz* bzw. bei *Stefan Leible* und *Thomas Streinz*²²¹, mit der vorliegend vorgestellten Ansatz weitergehend theoretisch fundieren und konkretisieren.

Eine funktional, normativ-wettbewerbsökonomische Konzeptionierung der Grundfreiheiten steht der von *Thorsten Kingreen* (weiterhin) vertretenen Auffassung einer gleichheitsrechtlich determinierten Funktion der Grundfreiheiten als (materielle) Dis-

²¹⁶ *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 85/86, mit dem Hinweis, dass eine Konkretisierung des Prüfungsmaßstabes und des Marktzugangskriterium – entsprechend dem Gegenstand der vorliegenden Arbeit - nötig ist. Siehe auch *A. Brigola*, a.a.O. (2004), S. 169 betreffend den Zeitraum vor der EuGH-Rechtsprechung zur Fokussierung auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten (siehe die Nachweise in Fußnote 59).

²¹⁷ Dies ist i.e.S. wohl auch nicht der Anspruch dieser Auffassungen, sondern eher ein Weg der Annäherung an ein neues Prüfungsregime in Reaktion auf die EuGH Rechtsprechung *EuGH Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) bis hin zu *EuGH Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²¹⁸ *W. Hakenberg*, *Europarecht* (2015), Rn. 357.

²¹⁹ *W. Hakenberg*, ebd. Rn. 360.

²²⁰ Siehe die Nachweise oben bei A. in den Fußnoten 109 ff., insb. 121.

²²¹ Konkret nimmt *Jukka Snell* die Marktzutrittstheorie von *Joe Staten Bain* und anderer Vertreter zu der Theorie von „barriers to entry“ in Bezug sowie die Doktrin im WTO-Recht, vgl. *J. Snell*, *The notion of market access: A concept or a slogan?*, *CMLR* 2010, S. 437 ff.; *G. Davies*, *Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law*, *German Law Journal* Vol. 11 No. 08, S. 671 ff.; *L. Russi*, *Economic Analysis of Article 28 EC after the Keck Judgment*, *German Law Journal* Vol. 07 No. 05, S. 479 ff. Für eine allgemein stärkere Orientierung an volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten bei der Konkretisierung des Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten *U. Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 42 Sept. 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 205 ff. Für eine Übertragung des sog. „Immanenzgedankens“ zu Art. 101 AEUV bzw. der sog. „Markterschließungsdoktrin“ des Kartellrechts auf die Grundfreiheiten plädieren *S. Dietz/T. Streinz*, *Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten*, *EuR* 2015, S. 50, 63 ff., ebenso *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 87. Zu einem sog. „Markteingriffsmodell“ siehe *J. T. Fuller*, *Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag* (1999), S. 149 ff.

kriminierungsverbote²²² nicht grundsätzlich entgegen, da die vorliegend vorgestellte funktionale Konzeption zur Kontrolle der einleitend beschriebenen Formen von modernem Protektionismus, wie diese in der Realität einer strategisch geprägten Wirtschaft globaler Märkte existieren und von Ökonomen beschrieben wurden²²³, einer anderen (funktionalen) Logik von Marktintegrationsrecht im Sinne eines hier so benannten *functional economic approach* folgt.²²⁴

Mit dem im Ergebnis zur Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote vorgeschlagenen Prüfungsraaster eines „Zwei-Stufen-Tests“²²⁵ wird dargelegt, wie sich „*unterschiedslose Maßnahmen*“ mit *strategisch-protektionistischen Auswirkungen auf den Marktzutritt und/oder den Marktaustritt* hinreichend durch einen funktional konzipierten Kontrollgegenstand (d.h. einen *funktionalen Maßnahmenbegriff*) der Grundfreiheiten erfassen lassen. Die grundfreiheitliche Kontrolle soll damit im Dienste der „Marktgerechtigkeit“ betreffend solche staatlichen oder privaten Verhaltensweisen geschärft werden, die weder ausdrücklich²²⁶ noch faktisch²²⁷ an die Herkunft oder die Nationalität eines Wirtschaftssubjektes bzw. eine wirtschaftliche Leistung anknüpfen (wie der „klassische“ Protektionismus), aber *strategisch-protektionistisch* auf den Markt und dessen Funktionsbedingungen sowie auf die Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit²²⁸ von Wirtschaftssubjekten gezielt einwirken (Formen des „modernen“ Protektionismus).²²⁹ Hierbei geht es um solche Gesetze, Verordnungen, sonstiges Verwaltungshandeln oder auch Mischformen von staatlich-privatem Verhalten, die anknüpfend an für die wirtschaftliche Mobilität zielführende Wettbewerbsstrategien *selektiv* und *spezifisch*²³⁰ die funktional zu betrachtende *transnationale Mobilitätsfreiheit* und/oder -*gleichheit (Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes)* einzelner Wirtschaftssubjekte erheblich einschränken.

Der Nachweis von derartigen strategisch-protektionistischen Wirkungen einer Maßnahme muss dabei in einer solch hinreichend detaillierten Weise ermöglicht sein, wie dies zuletzt in den Schlussanträgen von Generalanwältin *Juliane Kokott* sowie von dem EuGH in seiner Urteilsbegründung zu der Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)*²³¹ sowie von Teilen des europarechtlichen Schrifttums²³² gefordert wurde.

²²² *T. Kingreen*, zuletzt in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 6-8 und Rn. 66-73, dort mit einer primär rechtlich fundierten theoretischen Qualifikation der Grundfreiheiten als gegen Diskriminierungen gerichtete transnationale Integrationsnormen zur „Kompensation föderaler Gefährdungslagen“, verbunden mit der These von einem „Abstieg der Grundfreiheiten und einem Aufstieg der Unionsgrundrechte.“

²²³ Siehe nur *M. Neubert*, Globale Marktstrategien (2013), S. 175 ff., 177.

²²⁴ Siehe hierzu sogleich B. III.

²²⁵ Kapitel 6 D.

²²⁶ Sog. unmittelbare Diskriminierung bzw. „Bezwecken“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung.

²²⁷ Sog. mittelbare Diskriminierung.

²²⁸ Begriff des Verfassers, siehe hierzu insb. Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (1) (c).

²²⁹ Wie es ähnlich in Panel-Entscheidungen zu dem WTO-Recht bereits gehandhabt wurde, siehe hierzu *B. Weiher*, Nationaler Umweltschutz und internationaler Warenverkehr (1997), S. 148 ff. (protektionistische Motivation von Staaten bezüglich Handelsbeschränkungen).

²³⁰ Hier nicht zu verwechseln mit der sog. 3-Stufen-Theorie oder dem Ansatz des „spezifischen Beschränkungsverbotes“ von *A. Brigola*, a.a.O. (2004), S. 168 ff. 170.

²³¹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

Mit dem in vorliegender Untersuchung verfolgten Ansatz einer wettbewerbsstrategischen Bewertung von „unterschiedslosen Maßnahmen“ ist der Versuch einer systematischen Erfassung von *Komplexität* verbunden.²³³ Valide „Techniken“ für die Analyse von Wettbewerbsstrategien und deren Beschränkung (durch „unterschiedslose Maßnahmen“) liefern insbesondere industrieökonomisch und spieltheoretisch ausgerichtete Ansätze des wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttums zum Strategischen Wettbewerb bzw. Strategischem Management.²³⁴ Das praktische Teilziel der Arbeit besteht also nicht darin, auch wenn man dies bedauern mag, die Prüfung der Grundfreiheiten zu vereinfachen.²³⁵ Denn angesichts der zuvor geschilderten Situation zur Relevanz des strategischen Wettbewerbs in globalisierten, hoch ausdifferenzierten Märkten mit einer zunehmenden „Durchmischung“ von Offline- und Onlinewirtschaft, wäre jeglicher Versuch Komplexität zu reduzieren nach der Ansicht des Verfassers eine folgenschwere Illusion. Überdies führt die Praxis des Kartellrechts vor Augen, dass sich Kommission und Rechtsprechung mit umfangreichen Erwägungen den im Detail hochkomplexen Funktionsmechanismen von Recht und Ökonomie erfolgreich stellen.²³⁶ Ein prominentes Beispiel aus der Rechtsprechung hierzu ist das *Intel*-Urteil des EuG mit sehr umfangreichen Ausführungen in den Entscheidungsgründen.²³⁷ In der Rechtsprechungspraxis zu den Grundfreiheiten zeigt sich demgegenüber ein durchaus gegenläufiger Trend, nämlich eine Tendenz zu eher knapperen Ausführungen mit einer u.a. auch wahrnehmbaren „Kapitulation vor Komplexität“, wie etwa im Fall EuGH *Sbarigia*.²³⁸ Im letzteren Fall wählte der Gerichtshof an der diffizilen Schnittstelle der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln²³⁹ anstelle einer möglichen materiellen Prüfung des Kriteriums „grenzüberschreitender Sachverhalt“ (wie von dem Generalanwalt *Niilo Jääskinen* ausdrücklich vorgeschlagen²⁴⁰) den durchaus Komplexi-

²³² Siehe zuletzt *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2016), S. 104-107; *S. Leible/T. Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 86; *U. Forsthoff*, in: ebd., EL 42 Sept. 2010, Art. 45, Rn. 187/191/196.

²³³ Zur philosophischen Analyse von Komplexität siehe *K. Gloy*, *Komplexität – Ein Schlüsselbegriff der Moderne* (2014), hier insbesondere zu strategisch-rationalen Verfahren der Logik, S. 93 ff. Zu Märkten und Unternehmen als Beispiel für komplexe ökonomische Systeme siehe *K. Mainzer*, *Komplexität* (2008), S. 77 ff. in einer prägnanten Gegenüberstellung von Gleichgewichtsökonomie (Adam Smith) und Komplexität/Nicht-Gleichgewichtsökonomie.

²³⁴ Vorliegend wird hierfür im Schwerpunkt auf die Darstellung bei *Wilhelm Pfähler* und *Harald Wiese* (*Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (2008) passim) zurückgegriffen.

²³⁵ Insoweit wird vorliegend die u.a. von *Waltraud Hakenberg* formulierte Hoffnung einer „Vereinfachung“, vgl. *W. Hakenberg*, *Europarecht* (2015) Rn. 359, zunächst enttäuscht, aber durch die Definition von der Subsumtion zugänglichen Kriterien, welche die bislang „unmögliche Prognose“ zu den einen Marktzutritt beschränkenden Wirkungen einer Maßnahme überwinden (siehe Kapitel 6 A. III.), wiederum kompensiert.

²³⁶ Siehe beispielhaft die ausführlichen Dokumente und Guidelines bei der Beihilfenkontrolle, unter <http://bmwi.de/DE/Themen/Europa/Kompetenzzentrum-Europarecht/beihilfen.html>.

²³⁷ EuGH *Intel Corp. gegen Europäische Kommission (Intel)* (T-286/09, EU:T:2014:547).

²³⁸ EuGH *Emanuela Sbarigia gegen Azienda USL RM/A und andere (Sbarigia)* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²³⁹ Siehe hierzu im Detail Kapitel 4 B. III.

²⁴⁰ Schlussanträge von Generalanwalt *Niilo Jääskinen* EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134) Rn. 27 bis 38.

tät vermeidenden Weg einer Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens.²⁴¹ Eine solche „Vereinfachung“ mag zwar angesichts besonderer Umstände in diesem Einzelfall ggf. durchaus prozessökonomisch begründet gewesen sein, sie darf jedoch nicht zur Regel oder gar zum Ziel avancieren. Wenn das Marktintegrationsrecht der Union seine (Ordnungs-)Funktion bzw. seine für die Integration prägende Rolle nicht verlieren soll, muss es in der Lage sein, sich der komplexen (Markt-)Realität umfassend zu stellen, will es nicht mangels Akzeptanz zu einer „Randerscheinung“ evolvieren.

Dementsprechend soll mit der vorliegend vorgestellten Konzeption für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot dem Rechtsanwender, wie bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln, die Erfassung komplexer Zusammenhänge transnationaler wirtschaftlicher Leistungs- und Vertragsbeziehungen mittels einer *Ökonomisierung* und *Präzisierung* der grundfreiheitlichen Kontrolle ermöglicht werden. Hiermit wird indessen nicht intendiert, wie bereits zuvor bei A. I. umschrieben, die Kontrolldichte der Grundfreiheiten zu erhöhen. Vielmehr soll die grundfreiheitliche Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ mittels einer funktional marktbezogenen Interpretation von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit sowie mittels dementsprechender Subsumtionsvariablen neu ausgerichtet und verfeinert werden. Damit soll der höchst umstrittene „Schwellenwert“ für das Marktzutrittskriterium²⁴² und ebenso für das Marktaustrittskriterium konsequent am Konzept der *funktionalen Transnationalität* ausgerichtet werden. In der übergeordneten integrationspolitischen Perspektive ist dies notwendig, um die bislang erfolgreiche Friedenssicherung durch wirtschaftliche Integration „technisch“ operativ weiterhin effektiv in Funktion zu halten.

²⁴¹ Hierzu im Detail Kapitel 6 A. I. 1. b) zur Entscheidung EuGH *Sbarigia* ebd., Rn. 32.

²⁴² Vgl. *E. Spaventa*, Leaving Keck behind?, *European Law Review* 2009, S. 914, 923.

B. Rahmen der Untersuchung

Ausgehend von dem zuvor dargelegten Anlass und Ziel der Untersuchung ist nunmehr deren Rahmen zu bestimmen. Den Rahmen der Untersuchung bilden drei miteinander verzahnte Aspekte, welche das Untersuchungsprogramm umreißen. Erstens ist der für die Grundlegung maßgebliche institutionelle Kontext zu bestimmen (I.). Zweitens werden die Verbindungslinien zu den in der Rechtsprechung und im Schrifttum bestehenden konzeptionellen Ansätzen aufgezeichnet, an welche die Untersuchung anknüpft (II.). Nach der hier vertretenen Auffassung erfahren besonders jene Denkansätze der hier so benannten „frühen (Freiburger und Hamburger) Schule“ mit dem Unionstelos der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach Lissabon sowie mit der EuGH-Rechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten eine „Renaissance“. Schließlich wird der vorliegend vertretene European Law & Economics-Ansatz als konkretisierende Fortführung der Grundlegung von *Peter Behrens* zur *Ökonomischen Rechtstheorie* und Methode der Untersuchung vorgestellt (dazu III.).

I. Institutioneller Rahmen („Werte- und Ziel-Architektur“ der Union)

Den institutionellen Rahmen der Untersuchung bildet die „*Werte- und Ziel-Architektur*“ der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon. Diese „Architektur“ ist gekennzeichnet, erstens durch die Werte der Union (1.), zweitens durch das Binnenmarktziel gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (2.) sowie drittens durch die Supranationalität und die aus ihr resultierenden Anforderungen an eine ausgewogenen Machtbalance in einer „*Interessen-Trias*“ von Individual-, National-, und Unionsinteressen (3.). Die Grundlegung für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot und die konkrete Ausgestaltung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot sind an diesen institutionellen Rahmen gebunden.

1. Werteverfassung (Werte)

Die mit dem Vertrag von Lissabon in den EUV aufgenommenen *Werte* (vgl. insb. Art. 2 EUV sowie die Präambel und Art. 3 Abs. 4 EUV) sind der essentiell normative Ausdruck des *Europäischen Gesellschaftsmodells*, wie es dem humanistischen Erbe der Geschichte Europas²⁴³ folgt, und nach dem hier vertretenen Verständnis die Union als

²⁴³ A. Hatje/S. von Förster, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR* Band 1 (2014), § 6 Historische Entwicklung der Europäischen Union, S. 311 ff. m.w.N. Siehe auch *H.J. Seeler*, *Geschichte und Politik der Europäischen Integration* (2008) passim; *G. Clemens/A. Reinfeldt/G. Wille*, *Geschichte der europäischen Integration* (2008) passim; Umfassend in sechs Bänden das Werk von *Propyläen*, *Geschichte Europas* (1998), Band 1 Anspruch auf Mündigkeit (1400-1555), Band 2 Hegemonialkriege und Glaubenskämpfe (1556-1648), Band 3 Staatsräson und Vernunft (1649-1775), Band 4 Durchbruch des Bürgertums (1776-1847), Band 5 Staatensystem als Vormacht der Welt (1848-1918), Band 6 Die Krise Europas (1917-1975) passim.

Werteverfassung prägen. *Meinhard Hilf* und *Frank Schorkopf*²⁴⁴ haben dies wie folgt formuliert:

„Der europäische Integrationsverband will eine Freiheitsordnung sein und versteht sich als Wertegemeinschaft. Art. 2 EUV verrechtlicht dieses Selbstverständnis und fügt es an zentraler Stelle in das Primärrecht der Europäischen Union ein. Mit der Vorschrift setzt die Union den Weg fort, den sie mit Aufnahme von Art. F Abs. 1 EUV-Maastricht beschritten hat.[...] Sie hat zugleich aber eine neue Weichenstellung vorgenommen, indem sie den Begriff ‚Grundsätze‘ durch den – konzeptionell nicht weiter bestimmten – Wertbegriff ersetzt und zum leitenden Gedanken des Unionsrechts gemacht hat. Hatten ‚Werte‘ im Primärrecht auf dem Stand des Vertrages von Nizza eine nur untergeordnete Bedeutung, ist die neue Unionsrechtsordnung vom Wertegedanken durchdrungen.“²⁴⁵

Die Präambel des EUV zeigt die hierfür maßgeblichen ideengeschichtlichen Zusammenhänge zur „Konzeptionierung“ der Werte und deren Konkretisierung über objektiv-rechtliche Prinzipien (wie das Beschränkungsverbot) und subjektiv-rechtliche Normen (wie die Grundfreiheiten) auf. *Peter-Christian Müller-Graff* hat diese Zusammenhänge in seinen Ausführungen zur „funktionalen Verfassung“ in komprimierter Form dargestellt²⁴⁶ und belegt, dass die Werteverfassung und die Wirtschaftsverfassung der Union eine funktionale Einheit bilden (hierzu sogleich 2.). Soweit ersichtlich, wurden im Schrifttum der neue Telos der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union nach dem Vertrag von Lissabon und die Werte bezogenen Implikationen der internen Politiken des AEUV zumindest im Kontext der ökonomischen Grundlagen des Wirtschaftsintegrationsrechts noch nicht systematisch-teleologisch in die Dogmatik der subjektiv-rechtlichen Funktion der Grundfreiheiten einbezogen.

Im Kontext des Leitbildes der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) stellt sich im Lichte der Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit (Art. 2 EUV) für den vorliegend vertretenen Ansatz insoweit die Frage, wie eine *Werte fundierte Wettbewerbsökonomik*²⁴⁷ in das unionsrechtliche Beschränkungsverbot als Prinzip und in die Dogmatik der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) zu implementieren ist. Die Aufgabe besteht also darin, objektiv-rechtliche Wertemaßstäbe zu beschreiben und diese adäquat in subjektiv-rechtliche Maßstäbe betreffend den Schutz von Binnenmarkt und Wettbewerb auf die operative Ebene der Anwendung zu transformieren.

²⁴⁴ *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 51 Sept. 2013, Art. 2 EUV, Rn. 11-14.

²⁴⁵ *M. Hilf/F. Schorkopf*, ebd., Rn. 11.

²⁴⁶ *P.-C. Müller-Graff*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, A. I., EL 31 Juli 2012, Rn. 77 ff. (Die Verträge als funktionale Verfassung (Verfassungsvertragsrecht) und Grundlage der Unionsrechtsordnung.

²⁴⁷ Kapitel I A. B. III. 1.

2. Wirtschaftsverfassung (Ziele)

Der Zusammenhang von Europäischem Gesellschaftsmodell einerseits und Europäischem Wirtschaftsmodell andererseits zeigt sich augenfällig in Art. 3 EUV, der den Ausgangspunkt der *Wirtschaftsverfassung* der Union bildet.²⁴⁸ Das Binnenmarktziel der Union (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV) ist seit Lissabon direkt an das Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) gekoppelt. Das „Soziale“ der Marktwirtschaft (siehe insb. auch Präambel EUV Abs. 8, Art. 9 AEUV) bildet hier insoweit die „Brücke“ zwischen dem Europäischen Wirtschaftsmodell und dem Europäischen Gesellschaftsmodell, d.h. insbesondere zu den Werten der Union (siehe zuvor 1.), welche Ausstrahlungswirkungen auf das Zusammenwirken von hoheitlicher (Union, Mitgliedstaaten) und privater Macht- und Interessensphären haben (vgl. nachfolgend 3.).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass das *theoretische Konzept der sozialen Marktwirtschaft*, begründet durch den „Freiburger Kreis“ (insb. *Walter Eucken* und *Alfred Müller-Armack*), und der Begriff des „Sozialen“ höchst Werte fundiert und weit zu verstehen sind. Das Leitbild der „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ ist daher einerseits im Kontext der Unionsverfassung vertragsautonom zu interpretieren, nämlich im Zusammenhang von Gerechtigkeitsfragen betreffend das Free Movement-Konzept, sowie andererseits im Kontext dessen historisch-gesellschaftlichen Hintergrundes, der seit langer Zeit den Gegenstand ökonomischer Denkansätze bildet. So beruht das ökonomische Hauptwerk von *Adam Smith* „An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations“ (1776)²⁴⁹, auf seinem philosophischen Hauptwerk „The Theory of Moral Sentiments“.²⁵⁰ Die von *Adam Smith* maßgeblich begründete *politische Ökonomie* aber auch der die Normen des EUV/AEUV prägende *Ordoliberalismus* der sog. „Freiburger Schule“ haben ihre gedanklichen Wurzeln in der Analyse menschlicher (Freiheits-) Bedürfnisse, also der grundlegenden Frage „wie wir leben wollen“ um i.w.S. „glücklich“ zu sein. Hierin hat ebenso das Paradigma der Wohlfahrt (Gesamtwohlfahrt, Verbraucherwohlfahrt)²⁵¹ seinen Ursprung.

²⁴⁸ Zu dem hier zugrunde gelegten Begriff von Wirtschaftsverfassung siehe im Detail Kapitel 3 B.

²⁴⁹ Die erste Veröffentlichung erfolgte in London 1776 und wurde in kurzer Zeit ein Bestseller. Während der Lebenszeit von *Adam Smith* wurden fünf weitere Auflagen erstellt und eine sechste Auflage 1791, in dem Jahr nach seinem Tod. Das Werk wurde bereits bis zur sechsten Edition in sechs weitere Sprachen übersetzt (dänisch, deutsch, französisch, italienisch, niederländisch, spanisch). Im nachfolgenden wird die Fassung von Wordsworth Editions (2012) verwendet – fortan zitiert als „Wealth of Nations“ -, welche eine Einführung von *Mark G. Spencer* enthält, der die zuvor genannten Daten zum Werk entnommen sind, vgl. S. xi Introduction.

²⁵⁰ *B. Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens (2008), S. 57.

²⁵¹ Die sog. Wohlfahrtsökonomie geht der Frage nach dem Wesen und den Ursachen des volkswirtschaftlichen Wohlstandes nach, und zwar in der Betrachtung der Güterproduktion und der *Verteilung* der Güter. Die „moderne Wohlfahrtsökonomie“ wurde insbesondere beeinflusst durch das sog. Pareto-Optimum bzw. die Pareto-Effizienz und den „homo oeconomicus“ nach *Vilfredo Pareto*. Das Pareto-Kriterium definiert einen Gleichgewichtszustand, in dem kein Individuum „besser zu stellen“ ist ohne das ein anderes Individuum „schlechter zu stellen“ wäre. In der Gleichgewichtsbetrachtung wurde auch das Grenznutzentheorem hervorgehoben, insbesondere mit dem Werk von *Alfred Marshall*, *Principles of Economics* (1890), welcher die Begriffe der Produzentenrente und Konsumentenrente eingeführt hat, welche eine wesentliche Grundlage für die ökonomische Wohlfahrt bilden. Die

Auch in den modernen Ansätzen ökonomischen Denkens zeigt sich der untrennbare Zusammenhang der „Gesetzmäßigkeiten“ menschlichen Fühlens (Ethik, Moral), rationalen Denkens (Entscheidung) und Verhaltens (Entscheidung) im Kontext des Handelns von Individuum, Staat, Gesellschaft und Wirtschaft, so etwa in der *Neuen Institutionen-ökonomik* (Einfluss von Institutionen auf Wirtschaftssubjekte)²⁵², in der *Property-Rights-Theorie*²⁵³ (Verfügungsrechte), der *Neuen Wachstumstheorie* (Produktionsfaktor Wissen)²⁵⁴, der *Evolutorischen Ökonomik*²⁵⁵ (Variations-Selektions-Paradigma), der *Spieltheorie*²⁵⁶ (strategische Entscheidungen in kooperativen und nicht-kooperativen Spielen)²⁵⁷, und schließlich der *Neuroökonomie* (Gefühle, Emotionen und Vernunft vs. homo oeconomicus)²⁵⁸, oder in den Ansätzen einer ethisch fundierten Ökonomik.²⁵⁹

Hieraus ist der Schluss zu ziehen, dass angesichts der im Unionsrechts bestehenden Verzahnung von Politik, Ökonomie und Recht²⁶⁰ die Grundlegung für das unionsrechtliche Beschränkungsverbot als Prinzip und dessen subjektiv-rechtliche Konkretisierung (hier am Beispiel der Grundfreiheiten via grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) nicht ohne die Einbeziehung historischer und politischer Aspekte sowie ökonomischer Denkansätze und Paradigmen erfolgen darf. Denn das subjektive Recht ist nach der Rechtsprechung des EuGH (*van Gend & Loos*²⁶¹; *Costa/E.N.E.L.*²⁶²) nicht nur das

eigentliche „Wohlfahrtsökonomie“ hat sich ausgehend von *A. C. Pigou* (ein Schüler von Alfred Marshall), *Wealth and Welfare* (1912) entwickelt. Siehe *B. Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens* (2008), S. 101-104 und S. 113-115 sowie zu Vilfredo Pareto *H. J. Wagener*, in: H. D. Kurz (Hrsg.), *Klassiker des ökonomischen Denkens*, Band 2 (2009), S. 26 ff. mit Literaturnachweisen auf S. 45 - 47.

²⁵² Einschließlich der *Principal-Agent-Theory*, bei der es im Kern um die Informationsasymmetrien von Auftraggeber (Principal) und Beauftragtem (Agent) geht, als Modell für die Erklärung von Handeln in Hierarchien. Ausgangspunkt dieser Denkrichtung sind die Arbeiten von *Ronald Coase* (*The Nature of the Firm*), der die Transaktionskostensparnis als wesentliche Bedingung für Unternehmen beschrieben hat, wobei *Ronald Coase* das Unternehmen als Geflecht von Verträgen beschrieb, vgl. *B. Ziegler*, a.a.O. (2008), S. 137.

²⁵³ Oder auch „Theorie der Verfügungsrechte“, siehe im Überblick *B. Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens* (2008), S. 138/139.

²⁵⁴ Im Überblick *B. Ziegler*, ebd. (2008), S. 141/143.

²⁵⁵ Im Überblick *B. Ziegler*, ebd. (2008), S. 143/144.

²⁵⁶ Im Überblick *B. Ziegler*, ebd. (2008), S. 144/145. Zu den Grundlagen der Spieltheorie im Überblick *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: *MüKo EuWettbR* (2015), Einl. Rn. 181-184.

²⁵⁷ Relevant sind hier das *Nash-Gleichgewicht* und das sog. *Gefangenendilemma*, dazu *W. Kerber/U. Schwalbe*, ebd. (2015), Einl. Rn. 185 und Rn. 186.

²⁵⁸ Im Überblick *B. Ziegler*, ebd. (2008), S. 145/146.

²⁵⁹ Siehe Einleitung Fußnote 47.

²⁶⁰ Die Trennung der Disziplinen ist im Laufe der immer stärkeren Ausdifferenzierung der Wissenschaft erfolgt, vgl. unter Fokussierung auf den Paradigmenwechsel in der Geschichte des ökonomischen Denkens *B. Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens* (2008), S. 33 ff. Die Vertreter der „frühen Schule“, wie *Alfred Müller-Armack*, waren weniger an Einzeldisziplinen gebunden und haben als i.w.S. Universalgelehrte ersichtlich „globaler“ gedacht. Insbesondere ist in dem Werk „Das Jahrhundert ohne Gott“ (1948) von Letztgenanntem, aber auch bei *Walter Eucken* oder bei *Friedrich August von Hayek*, eine tiefe Verwurzelung in Werten und einem gemeinsamen „Freigeist“ erkennbar. Ein solches Denken gilt es jenseits des Wertes einer Spezialisierung von Einzeldisziplinen zu „reanimieren“. Siehe zu den gemeinsamen Grundlagen von Recht und Ökonomie *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), Vorwort S. V-VIII.

²⁶¹ EuGH *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos./Niederländische Finanzverwaltungsgesellschaft (van Gend & Loos)* (C-26/62, EU:C:1963:1).

„Recht der Einzelnen“ zur Sicherung ihrer auf Werten (insb. Freiheit, Gleichheit) und der Gerechtigkeit fußenden Interessen. Vielmehr dient das Wirtschaftsintegrationsrecht der Union infolge seiner notwendigen Geltendmachung durch den Einzelnen zugleich ebenso dem „Ganzen“. Diesem bereits durch *Adam Smith*²⁶³ dargelegten Zusammenhang, nämlich von durch das Eigeninteresse gesteuerten Handlungen zum Wohle der Gesellschaft durch das autonom koordinierte Wirken der „unsichtbaren Hand“ auf der Basis individueller (freier) Einzelpläne, mit welcher faktisch eine *Verantwortung* des Einzelnen für die Gesellschaft korrespondiert, folgt die Verwirklichung der europäischen Integration durch die Wahrnehmung subjektiver Rechte. Eben dieses Konzept vermochte seit über 50 Jahren Europas Wohlstand und Frieden zu sichern (Prinzip der funktionalen Integration, vgl. Kapitel 3 C. II.).

3. Supranationalität (Machtbalance und Interessen-Trias)

Im untrennbaren Zusammenhang mit der zuvor umschriebenen Bedeutung der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union steht das Integrationskonzept der Supranationalität als Kennzeichen einer *Integrationsverfassung*.²⁶⁴ Die mit der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) auf der Grundlage des *Schuman-Plans* in Europa erstmals verwirklichte supranationale Organisationsform einer „übernationalen Zusammenarbeit“ von Staaten bei Kohle und Stahl, wurde mit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) im Jahre 1957 (Römische Verträge) auf den Bereich der Wirtschaft erweitert.²⁶⁵ Das Wesen der Supranationalität²⁶⁶ besteht als *Integrationskonzept* darin, dass Nationalstaaten einen Teil ihrer Souveränität auf eine Institution übertragen (Europäische Union) deren Regelungen (Primär- und Sekundärrecht) und Entscheidungen (durch Organe, wie Rat, Kommission, Gerichtshof) sodann für die Nationalstaaten als Mitglieder der übergeordneten Institution bindend sind.²⁶⁷

Der mit dem Konzept von Supranationalität durch die Übertragung von Hoheitsrechten einhergehende (Teil-)Verzicht auf Souveränität der Nationalstaaten²⁶⁸ bedeutet

²⁶² EuGH *Flaminio Costa gegen E.N.E.L. (Costa/E.N.E.L.)* (C-6/64, EU:C:1964:66).

²⁶³ „As every individual therefore, endeavours as much as he can [...], he intends only his own gain; and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the society that it was no part of it. By pursuing his one interest, he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it“, *Adam Smith*, *Wealth of Nations* (1776/2012), Book 4, Chapter 2, a.a.O. S. 445.

²⁶⁴ *G. Nicolaysen*, *Europarecht-I – Integrationsverfassung* (2002), § 3 Supranationalität, S. 69 ff.; *Schütz/Bruha/König*, *Europarecht* (2004), § 3 I. „Integrationsfunktion und Supranationalität des Gemeinschaftsrechts“, S. 67/68.

²⁶⁵ *G. Clemens/A. Reinfeldt/G. Wille*, *Geschichte der europäischen Integration* (2008), S. 96/97.

²⁶⁶ Lateinisch *super* (über), also „übernational“.

²⁶⁷ Siehe *G. Clemens/A. Reinfeldt/G. Wille*, ebd. (2008), S. 96.

²⁶⁸ Die Reichweite und die exakten Konsequenzen dieses Verzichts bzw. der Übertragung von Hoheitsrechten auf eine supranationale Institution sind freilich Gegenstand eines seither hoch diffizilen Diskurses. Siehe hierzu umfassend unter dem Aspekt der Grundlagen des Europarechts im Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten (Oberbegriff „Europaverfassungsrecht“) *F. Mayer/M. Wendel*, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *EnzEuR Band 1* (2014), § 4, insb. Rn. 21 ff. Zur Haltung des deutschen Bundesverfassungsgerichts insb. im Maastricht- und Lissabon-Urteil Rn. 84-90. Siehe zum Lissa-

für die Ebene der übergeordneten Institution (Europäische Union), dass deren Gestaltungsbefugnisse nicht unbegrenzt sein dürfen bzw. diese einer Kontrolle von (Gestaltungs-)Macht unterliegen müssen. Die notwendige Begrenzung bzw. Kontrolle gilt für die Ausgestaltung der „Ordnung“ der Union durch Rechtssetzung (Verordnungen, Richtlinien) ebenso wie für die Rechtsprechung des Gerichtshofs (Rechtsfortbildung, Prinzipienbildung). Der *Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung* normiert den dafür maßgeblichen Rahmen positivrechtlich in Art. 5 Abs. 2 EUV. Die hierzu reziprok bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Spielräume zur Gestaltung der nationalen „Ordnung“, also bzgl. derjenigen Materien jenseits der durch Primärrecht oder Sekundärrecht (Verordnungen, Richtlinien) geregelten Sachverhalte bzw. durch den Gerichtshof bereits (per Vorabentscheidungsverfahren) als „unionsrechtswidrig“ erkannten Regelungen²⁶⁹, drücken sich positivrechtlich durch Art. 4 Abs. 1 EUV aus. Danach verbleiben alle nicht explizit der Union zugeschriebenen Kompetenzen (i.S.v. Regelungsmacht) bei den Mitgliedstaaten. Die ausdrückliche Bezugnahme auf das Prinzip der Subsidiarität in Art. 5 Abs. 3 EUV²⁷⁰ bezeugt darüber hinausgehend, dass ein Handeln der Union nur dann erfolgen darf, wenn dieses im supranationalen Interesse der Union notwendig erscheint und nicht durch Handlungen der Mitgliedstaaten ebenso gut oder gar besser verwirklicht werden könnte. Zugleich bestehen gegenseitige *Loyalitätspflichten*. So achtet die Union die Gleichheit der Mitgliedsstaaten, deren Identität sowie territoriale Unversehrtheit und überlässt ihnen die Verantwortung für die öffentliche Ordnung und die nationale Sicherheit, Art. 4 Abs. 2 EUV.²⁷¹ Letzteres kommt bei den Grundfreiheiten durch die im AEUV explizit kodifizierten Ausnahmen zum Ausdruck²⁷², welche in der Praxis umfänglich von den Mitgliedstaaten als „Rechtfertigungen“ für Beschränkungen der wirtschaftlichen Mobilität vorgebracht werden.

Die Mitgliedstaaten achten wiederum die sich aus den Verträgen ergebenden Aufgaben und ergreifen alle geeigneten „Maßnahmen“ um die aus den Verträgen folgenden Verpflichtungen zu erfüllen, Art. 4 Abs. 3 EUV. Gemäß der textlichen Erweiterung von Art. 4 Abs. 3 AEUV unterlassen die Mitgliedstaaten „alle Maßnahmen, die die Ziele der Union gefährden könnten“. Diese Formulierung steht im logischen Zusammenhang mit

bon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts auch *C. Nowak*, Europarecht nach Lissabon (2011), Rn. 69 ff.

²⁶⁹ Wie insbesondere diejenigen nationalen Gesetze und Verordnungen, welche am Maßstab der grundfreiheitlichen Verbote als „Maßnahmen“ von dem Gerichtshof als mit dem Unionsrecht unvereinbar und damit unanwendbar erkannt wurden. Diese Gesetze und Verordnungen (Maßnahmen) gelten zwar im nationalen Recht dem Grunde nach weiter – der von dem EuGH entwickelte Grundsatz des Anwendungsvorrangs umfasst keinen Geltungsvorrang bzw. keine Nichtigkeit – dürfen jedoch nicht den „grenzüberschreitenden Sachverhalt“ regeln.

²⁷⁰ i.V.m. dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit v. 13.12.2007.

²⁷¹ Der Wertung dieser Regelung entsprechen bei den Grundfreiheiten die explizit im AEUV normierten Ausnahmen, welche i.w.S. „ordre public“-Vorbehalte zugunsten der Mitgliedstaaten darstellen und somit eine tatbestandliche Maßnahme „rechtfertigen“ könne, solange die Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Hierzu Kapitel 5 B. und C. sowie Kapitel 6 B. und C.

²⁷² Art. 36 Satz 1 AEUV, Art. 45 Abs. 3 AEUV, Art. 52 AEUV, Art. 65 Abs. 1 Ziff. b AEUV.

den „Maßnahmen“, welche die Grundfreiheiten kontrollieren.²⁷³ Insgesamt begründet sich die Verpflichtung zur Rücksichtnahme, welche praktisch eine freiwillige Zurücknahme nationaler Gestaltungsmacht im Einzelfall voraussetzt, dass nunmehr das Binnenmarktziel (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV) in der Verwirklichung und Sicherung der Funktion des Binnenmarktes durch Free Movement, normiert als objektiv-rechtliche Verpflichtung in Art. 26 AEUV, *supranational gebunden ist* und nicht mehr durch die freie Gestaltung nationaler „Ordnungsrahmen“ beeinträchtigt werden darf. D.h. die *Gestaltungs- und Regelungsmacht der Mitgliedstaaten* ist institutionell-rechtlich dem Grunde nach limitiert. Die Reichweite dieser Limitierung wird durch die Kontrolldichte der Grundfreiheiten bestimmt. Hierin zeigt sich die *systemische Verknüpfung* des Konzeptes der Supranationalität mit der Konzeption von *Kontrollmaßstab* und *Kontrolldichte* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot).

Macht- und Verantwortungssphären von Union und Mitgliedstaaten sind gemäß dem Integrationskonzept der Supranationalität, welches sich im Wesentlichen in den Normen der Art. 3 bis 5 EUV positivrechtlich ausdrückt, reziprok verschränkt und zugleich gegeneinander abgegrenzt. Die logische Konsequenz für die Grundlegung des Beschränkungsverbot ist, dass die verfassungsgemäße und damit supranational rechtmäßige Ausgestaltung des Beschränkungsverbot als Prinzip sowie dessen subjektiv-rechtlichen Umsetzung gerade *keine Frage der Zuständigkeiten bzw. Kompetenzen* ist²⁷⁴, sondern eine *Frage der Machtverteilung und Machtkontrolle* im Zusammenhang von Markt- und Wettbewerbsprozessen. Zu bestimmen ist daher nicht die mögliche „Kompetenzintensität“ der grundfreiheitlichen Kontrolle von Maßnahmen, sondern inwieweit die *Macht* der Mitgliedstaaten, in der Form von Regelungsmacht (insbesondere Gesetzgebungsmonopol des Nationalstaates) und von Durchsetzungsmacht (insbesondere Gewaltmonopol des Nationalstaates) begrenzt werden darf. Diese „Machtbegrenzungsfrage“ betrifft die Wirkungen von „Maßnahmen“ auf einzelne Wirtschaftssubjekte und deren Möglichkeiten sich im Binnenmarkt auf der Grundlage von wettbewerblichen Prozessgesetzmäßigkeiten transnational zu positionieren. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass Maßnahmen in Ausübung von Regelungs- und Gestaltungsmacht eben im Rahmen der den Mitgliedstaaten obliegenden Kompetenzen erlassen werden und

²⁷³ Zur Problematik der geltenden Auslegung des Maßnahmenbegriffs bei den Grundfreiheiten (Maßnahmentypisierung, Wirkungsdifferenzierung) siehe zuvor Kapitel 1 A. II. 1. In der hier vertretenen funktionalen Auslegung siehe Kapitel 4 B. II. 4. und III. 3. sowie Kapitel 6 A. I.

²⁷⁴ Ähnlich *Peter-Christian Müller-Graff*, der die individualrechtliche Komponente bei der Auslegung der Grundfreiheiten beleuchtet und betont, dass für die Auslegung des Normzwecks Grundfreiheit weder die Kompetenzabgrenzung noch die Kompetenzausübungsregel des Subsidiaritätsprinzips passgenau sei, da es bei den Grundfreiheiten im Sinne von Rechtspositionen einzelner nicht um eine Konkurrenz in der Wahrnehmung von Politikkompetenzen gehe, vgl. *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Vertrag Kommentar (2003), Vorb. zu den Art. 28 bis 31 EG, Rn. 3. Differenzierend zwischen einer Wirkung der Grundfreiheiten als Kompetenzverteilungs- und Kompetenzausübungsregeln hingegen *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 17, 90 ff. und S. 106 ff.

diese Kompetenzen demokratisch legitimiert sind.²⁷⁵ Jedoch deregulieren die Grundfreiheiten nicht Kompetenzen, sie kontrollieren Macht.

Die Begrenzung von Regelungs- und Durchsetzungsmacht betrifft konzeptionell zwei Ebenen, und zwar zunächst die grundlegende Ebene des Prinzips Beschränkungsverbot (Ebene der Regelbildung) und daran anschließend die operative Umsetzung des Prinzips über subjektive Rechte (Ebene der Anwendung). Damit ist die Ausgestaltung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot, insb. die Bestimmung dessen Kontrolldichte eine Aufgabe, welche in dem zuvor umrissenen institutionellen Rahmen auf der Basis des Prinzips „unionsrechtliches Beschränkungsverbot“ einer dogmatisch-konzeptionellen Lösung folgen muss.

Die notwendige Konzeption für das Beschränkungsverbot kann somit jedenfalls nicht darauf basieren, formal zwischen Gleichheit und Freiheit oder zwischen national (Inland) und transnational (Ausland) zu differenzieren. Vielmehr müssen Regelbildung und Anwendung im Lichte des wirtschaftlichen Individualinteresses am Maßstab der normativ-ökonomischen Gehalte von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit unter Berücksichtigung der Funktionsbedingungen von Markt und Wettbewerb ausgerichtet sein (hierzu sogleich näher unter III.). Die auf Markt- und Wettbewerbsprozesse zu beziehende „Machtbegrenzungskonzeption“ des Beschränkungsverbot, welche unter Berücksichtigung der individualistischen Prägung des Marktintegrationsrechts der Union selbst eine fundamentale Grundlage für den subjektiven Rechtsschutz gemäß dem Selbstverständnis der Union betrifft, darf nicht vermengt werden mit systemisch unge lösten Fragen des institutionellen „Kompetenzgefüges“ in dem Mehrebenensystem der supranationalen Union²⁷⁶, oder gar mit Fragen eines Vorrangs von Sekundärrecht gegenüber dem Primärrecht unter Betonung mitgliedstaatlicher Interessen bzw. sog. „föderaler Gefährdungslagen“.²⁷⁷

²⁷⁵ Es geht ausdrücklich nicht um die „Negation“ von Macht, sondern darum, Macht als einer gesellschaftlichen Ordnung immanentes Phänomen anzuerkennen und im Sinne einer „Ordnung“ unter den Gesichtspunkten der Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit in dem Konflikt unterschiedlicher – und jeweils legitimier Interessen – Machtpositionen in einen angemessenen – nämlich an Werten orientierten - Ausgleich zu bringen.

²⁷⁶ *Thorsten Kingreen* schlägt in diesem Zusammenhang vor – wohl durchaus in Anlehnung an den Ansatz einer Dogmatik im Kontext, entsprechend der Darstellung bei *U. Haltern*, *Europarecht - Dogmatik im Kontext* (2007), insb. S. 731 ff. –, dass die Funktionsweise von subjektiven Rechten, wie den Grundfreiheiten, im Mehrebenensystem zu analysieren sei. Insbesondere die Interdependenz zwischen subjektivem Recht und föderaler Kompetenzverteilung müsse in den Blick genommen werden, da sich die Grundfreiheiten in einem für Mehrebenenormen typischen Kräftefeld bewegen, d.h. zwischen nationaler Souveränität und supranationaler (Deregulierungs-)Kompetenz. Vgl. *T. Kingreen*, *Grundfreiheiten*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 720-726, 748. *Stefanie Valta*, welche die Grundfreiheiten als „Optimierungsgebote“ qualifiziert verortet im Ergebnis ihrer Untersuchung die Kompetenzordnung der Union bei der Rechtfertigung als vertragsimmanente Schranke bzw. i.S.v. „Geltungsausnahmen und deklaratorischen Hinweisen auf mitgliedstaatliche Zuständigkeiten“, *S. Valta*, *Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt* (2013), S. 63 ff., S. 133 (Dogmatik der Grundfreiheiten), S. 459 ff (Thesen und Ausblick).

²⁷⁷ So aber *Thorsten Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 6 und 18. Hierzu ist anzumerken, dass die Grundfreiheiten entsprechend der geltenden Normenhierarchie in jedem Fall als höherrangiges Primärrecht einen objektiv-rechtlichen Maßstab für das Sekundärrecht darstellen. Die Grundfreiheiten sind im Rechtssetzungsverfahren und bei der Kontrolle von Sekundärrechtsakten von Amts wegen zu beachten. Das Sekundärrecht gilt insoweit

Dass die Ausgestaltung des Beschränkungsverbot es nicht i.e.S. die „Kompetenzfrage“ im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten betrifft sondern das Interesse von Wirtschaftssubjekten an transnationaler wirtschaftlicher Mobilität im Wettbewerbsprozess, ergibt sich überdies aus den folgenden Erwägungen. Neben der zuvor skizzierten Verteilung von Aufgaben und Verantwortungsbereichen der Mitgliedstaaten im Verhältnis zur Union, fußen die Grundfreiheiten maßgeblich auf der durch den EuGH ausgestalteten unmittelbaren Wirkung, unmittelbaren Anwendbarkeit und ihrem Anwendungsvorrang. Diese Prinzipien sind Ausfluss der Supranationalität als Integrationskonzept. Wie bereits ausgeführt, wird das einzelne Wirtschaftssubjekt aus der integrationspolitischen Perspektive der supranationalen Union, im Sinne des „Geistes der Verträge“ seit *van Gend & Loos*²⁷⁸ sowie *Costa/E.N.E.L.*²⁷⁹, über dessen subjektiven-Rechtsschutz „instrumentalisiert“, vor nationalen Gerichten und Verwaltungen die Werte und Ziele der supranationalen Union tatsächlich durchzusetzen, womit faktisch via konkreter wirtschaftlicher Integration die Architektur der Werte und Ziele der Union in Funktion gesetzt wird.

Soweit man also den Begriff der Kompetenz auf der Ebene des Individualrechtsschutzes überhaupt bemühen möchte, normieren die Grundfreiheiten insoweit eine die Regelungs- und Durchsetzungsmacht von Union und Mitgliedstaaten begrenzende „individuelle Kompetenz“ zur Durchsetzung von Free Movement, welche durchaus im Sinne der „unsichtbaren Hand“ (*Adam Smith*)²⁸⁰ eine dezentralisierte individuelle Macht darstellt, welche im Ergebnis aber kollektiven bzw. übergeordneten (Allgemein-) Interessen dient.²⁸¹ Diese „individuelle Macht“ gewährt dem Einzelnen in seiner Funktion als Wirtschaftssubjekt (Produzent, Arbeitnehmer, Dienstleister etc.) den auf Werten und Zielen der Union fußenden Anspruch, dass die Union und die Mitgliedstaaten seine aus dem in vorliegender Untersuchung zu begründenden unionsrechtlichen Beschränkungsverbot resultierenden Freiheits- und Gleichheitsrechte in gerechter Weise respektieren. Wie weit dieser „Radius an Respekt“ gehen muss, ist auf der Anwendungsebene zu definieren.

Gemäß den der Konzeption von Supranationalität immanenten „institutionellen Schnittmengen“ begrenzt das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot die Regelungs- und Durchsetzungsmacht von Union und Mitgliedstaaten sowie in den Fällen der horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten auch die Regelungsmacht privater Rechtssubjekte, zumindest soweit diese „wie“ Staaten auf den Markt einwirken können. Be-

als das für die jeweilige Sachmaterie speziellere Recht, aber nicht als das „maßgeblichere“ Recht. Somit kann das Sekundärrecht nicht die Konzeption bzw. Dogmatik des höherrangigen Rechts der Grundfreiheiten bestimmen.

²⁷⁸ EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 25.

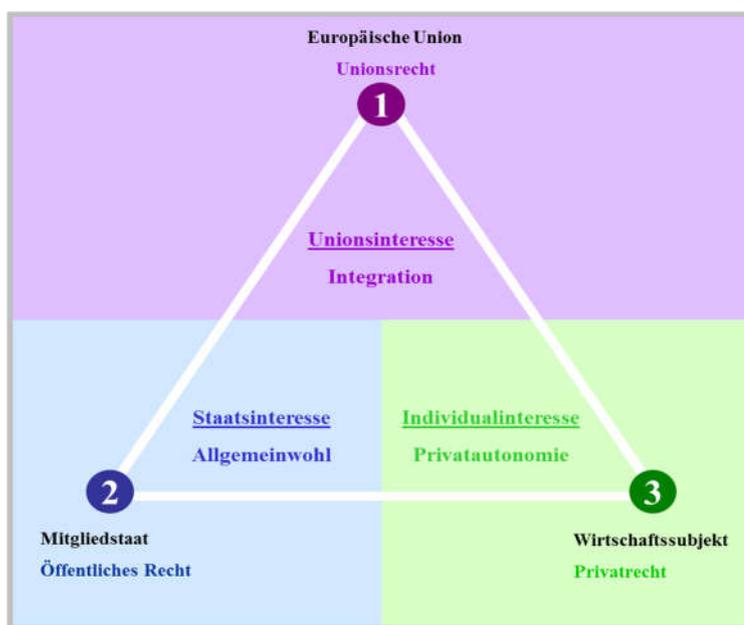
²⁷⁹ EuGH *Costa/E.N.E.L.* (C-6/64, EU:C:1964:66) S. 1269 ff.

²⁸⁰ *A. Smith. The Wealth of Nations (1776/2012)*, S. 445.

²⁸¹ Nämlich, dass die Steuerung der Wirtschaft und damit auch der Gesellschaft durch gleiche und freie Entscheidungen einzelner Individuen als Wirtschaftssubjekte zu einer angemesseneren Allokation von Leistungen und Gegenleistungen führt, als eine zentrale (staatliche) Planung, womit letztendlich individuelle Entscheidungsmechanismen gesamtgesellschaftlich betrachtet zu mehr Wohlstand führen als zentralistisch gesteuerte oder gar diktatorisch vorgeschriebene.

treffend die subjektiv-rechtliche Funktion²⁸² der Grundfreiheiten bestehen daher in der Konzeption von Supranationalität systembedingt drei konfligierender Interessen: erstens die (Integrations-)Interessen der Union, zweitens die (Allgemein)Interessen der Mitgliedstaaten, und drittens die wirtschaftlichen (Individual-)Interessen der Wirtschaftssubjekte im Binnenmarkt.²⁸³ Dies ist die hier so benannte *Interessen-Trias*²⁸⁴, welche den *institutionellen Bezugsrahmen* für die Konzeption und die praktische Ausgestaltung der grundfreiheitlichen Kontrollrichte bestimmt.

Abbildung-1: Konfligierende Macht- und Interessensphären in der durch das Konzept der Supranationalität induzierten *Interessen-Trias* von Union, Mitgliedstaaten und Wirtschaftssubjekten.



© Marco Keser

(1) *Supranationale (Integrations-)Interessen der Union* (Unionsinteresse). Dies ist die Interessenssphäre der Europäischen Union, welche zuvorderst die Einhaltung von grundlegenden Werten der Union, Art. 2 EUV (Werteverfassung) und die Verwirklichung ihrer Ziele (Art. 3 EUV) im europapolitischen Interesse der Integration betrifft.

²⁸² Daneben lassen sich weitere Funktionen der Grundfreiheiten definieren, welche indessen nicht den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden. Siehe zu den vielfachen Funktionen der Grundfreiheiten *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2014), § 7, Rn. 21 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten (2012), Kapitel 2, Rn. 84 ff. (Geltungsgehalte).

²⁸³ Zur gleich gelagerten Situation einer Interessen-Trias bei der Bestimmung des angemessenen Prüfungsmaßstabes für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Bereich der Binnenmarktrechtsetzung vgl. *M. Keser*, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Binnenmarktrechtsetzung – Zur Kosten-Nutzen-Analyse als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Binnenmarktrechtsetzung zum Gesundheitsschutz, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt (2004), S. 143

²⁸⁴ *M. Keser*, ebd. (2004), S. 143.

Im Hinblick auf das Binnenmarktziel (Wirtschaftsverfassung) verfolgt die Union die Verwirklichung und Funktionssicherung des wettbewerblich organisierten Binnenmarktes gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV.

(2) *Nationale (Allgemein)Interessen* (Staatsinteresse). Dies ist die Interessensphäre der Mitgliedstaaten, deren demokratisch legitimierte Interesse in der Wahrnehmung von Staatsfunktionen liegt, zu denen die demokratisch legitimierte Gesetzgebung (Legislative), die Regierung/Verwaltung (Exekutive) und die Rechtsprechung (Judikative) gehören. In der ökonomischen Perspektive des wettbewerblich organisierten Binnenmarktes liegt das nationale Interesse darin, den Rechtsrahmen für den nationalen Markt bzw. dessen Regulierung zu gestalten. Hierzu gehören auf der Basis demokratisch legitimer Willensbildungsprozesse auch Allgemeininteressen (ökonomisch ausgedrückt als „externe Kosten“ bzw. „Externalitäten“), wie etwa Maßnahmen im Bereich der Sozialpolitik, des Umwelt- oder Verbraucherschutzes oder bzgl. kultureller und geographischer Besonderheiten. Notwendigerweise sind hier in Anlehnung an die *Cassis-Rechtsprechung*²⁸⁵ solche nationalstaatlichen Interessen, welche im Dienste der allgemeinen Belange des Staates und seiner Bürger stehen, von solchen zu unterscheiden, die weniger bis gar nicht allgemeine sondern singuläre Ziele einzelner Interessengruppen oder von Lobbyisten (ökonomisch ausgedrückt: politische Märkte²⁸⁶) verfolgen;

(3) *Wirtschaftliche Interessen von Wirtschaftssubjekten* (Individualinteresse). Dies ist die Interessensphäre von privatautONOMEN Wirtschaftssubjekten, deren ökonomisch begründbares Eigeninteresse (*Adam Smith*) typischer Weise darin liegt, über die im Markt anzubietende wirtschaftliche Leistung hinsichtlich ihrer Entstehung (Input-Ebene), ihrer Beschaffenheit (Output-Ebene) sowie betreffend ihre Positionierung (Angebot vs. Nachfrage) gegenüber der Angebotskonkurrenz und gegenüber der Marktgegenseite (Wettbewerbsformen, Wettbewerbsstrategien) auf der Grundlage gleicher Rahmenbedingungen (Funktionsbedingungen) frei entscheiden zu können (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit).

Aus dieser Struktur lässt sich für die Konzeption des Beschränkungsverbot es bereits an dieser Stelle die Schlussfolgerung ziehen, dass eine angemessenen Balance der Interessen-Trias weder über eine konzeptionelle a priori Begrenzung des Kontrollmaßstabes des Beschränkungsverbot es im Sinne eines nur Gleichheitsrechts erfolgen kann (Ebene der Regelbildung) noch über eine Reduktion der Kontrolldichte (Ebene der Anwendung), etwa durch eine Rückführung der Grundfreiheiten auf Diskriminierungsverbote²⁸⁷, gelingen kann. Vielmehr zeigen die zuvor ausgeführten systemischen Zusammenhänge, dass der angemessene Kontrollmaßstab aus der Unionsteleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung zu entwickeln ist und damit eine institutionell angemessene Kontrolldichte gefunden werden muss, welche die wirtschaftlichen Individualinteressen an-

²⁸⁵ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²⁸⁶ Grundlegend *F. Schmidt*, Institutionelle Markteintrittsschranken (1998) passim, insb. S. 112 ff.

²⁸⁷ So zuletzt entgegen der ganz überwiegenden Auffassung (siehe Einleitung Fußnote 56, 58 und 64) aber *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 66 ff.

gemessen durchsetzt, ohne die Interessen der Mitgliedstaaten bzw. die Interessen der Union in ihren rechtlich verbürgten Kerngehalten, wie insbesondere in Art. 4 EUV und Art. 5 EUV kodifiziert, infrage zu stellen. Dabei spielt die Bewertung der *Wirkungsintensität* einer (unterschiedslosen) Maßnahme auf der Anwendungsebene eine zentrale Rolle. Eben diese Bewertung lässt sich aber im Kontext von Markt und Wettbewerb gerade nicht ausschließlich mit juristischen Kategorien bewerkstelligen. Vielmehr müssen die individuellen (betriebswirtschaftlichen) Kosten des von einer Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes im Wege einer Werte fundierten normativ-wettbewerbsökonomisch definierten Kosten-Nutzen-Analyse den mit einer Maßnahmen repräsentierten „externen Kosten“ abwägend gegenübergestellt werden.²⁸⁸ Denn ohne eine solche Konzeption steht die Kasuistik des EuGH in wirtschafts- und/oder sozialpolitisch sensiblen Bereichen an der Grenze ihrer Möglichkeiten. Insoweit hat sich die bisherige politische Rücksichtnahme des Gerichtshofs gegenüber den Interessen der Mitgliedstaaten (EuGH *Cassis* und EuGH *Keck*) als Reaktion auf politisch und rechtlich ungelöste Kompetenzkonflikte zwischen der Gemeinschaft, heute der Union, und den Mitgliedstaaten, in der Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit in dem Begriff der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ formal-rechtlich manifestiert.²⁸⁹ Aber auch heute gilt, dass mangelnder Konsens der Mitgliedstaaten, welcher sich u.a. in lückenhafter oder fehlender Sekundärrechtssetzung bzw. in nicht erfolgreicher Anpassung nationaler Gesetze offenbart, nicht ohne Konflikte durch gerichtliche Entscheidungen ersetzt werden kann. Dem Justizgewährungsanspruch verpflichtet²⁹⁰ unterliegt der Gerichtshof insoweit einem der Supranationalität innewohnenden systemischen Problem, nämlich dem Dilemma im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens Sachverhalte in politischen Konfliktbereichen entscheiden zu müssen, die er mangels eines konsolidierten politischen Prozesses an sich nicht „richtig“, d.h. politisch konform, entscheiden kann, erst recht nicht, in rechtsdogmatisch angemessener Weise. Der Gerichtshof ist somit in dem Wechselspiel der Interessen-Trias (Unionsinteressen vs. Interessen der Mitgliedstaaten vs. Interessen Privater/Unternehmen) gefangen, welches im Sinne von *Niklas Luhmann* als „Paradoxie des unentscheidbaren Entscheidens“²⁹¹ bezeichnet werden kann. Eben diese Paradoxie lässt sich nicht generell lösen, denn dann müsste das Konzept der Supranationalität grundlegend auf den Prüfstand gestellt werden, was angesichts dessen Erfolgs tunlichst unterbleiben sollte.

²⁸⁸ Dies wird ausgehend von der dogmatisch-konzeptionellen Analyse in Kapitel 5 C. I. 2. und III. in Kapitel 6 C. (Werte fundierte Ökonomisierung der Verhältnismäßigkeit) bei III. (Angemessenheit: Normative Effizienz (Kosten-Nutzen-Analyse)) begründet.

²⁸⁹ Hierzu im Detail Kapitel 5 C. I. 2.

²⁹⁰ Der Rat und die Kommission können sich eines Entscheidungszwanges erfolgreich erwehren, da Verträge nicht geändert oder abgeschlossen, Verordnungen oder Richtlinien nicht erlassen werden müssen.

²⁹¹ Siehe zur „Paradoxie des unentscheidbaren Entscheidens“ in der Terminologie von Niklas Luhmann, *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1995/2013), S. 297, 308, 310-337.

II. Renaissance der „frühen Schule“ im „neuen Telos“ nach Lissabon

Die durch den Gerichtshof in seinen Entscheidungen zu den Rechtssachen *Kommission/Portugal (Farbfolien)*²⁹², *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁹³ und EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²⁹⁴ hervorgehobene Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten, welche sich überdies bereits in der *Keck*-Entscheidung²⁹⁵ abbildete²⁹⁶, korreliert mit dem vertragsautonomen funktionalen Verständnis von Marktintegrationsrecht, das *Hans-Peter Ipsen*, *Eberhard Grabitz* und *Ernst-Joachim Mestmäcker* in den 1970er Jahren mit dem Konzept eines Normen übergreifenden allgemeinen Marktzugangsrechts vertreten haben („Recht auf Zugang zum Markt“²⁹⁷).

Ersichtlich gingen die vorgenannten Autoren, hier durch die Brille der von *Peter Behrens* entwickelten *Ökonomischen Rechtstheorie* gesehen, d.h. gemäß einer Theorie des Verstehens rechtlicher Institutionen in ihrer normativ-ökonomischen Funktion²⁹⁸, von einer wettbewerbsökonomischen Funktionsbetrachtung des Gemeinsamen Marktes als rechtliche und ökonomische Institution aus.²⁹⁹ D.h. von den ökonomischen Funktionen eines durch Wettbewerb geordneten Gemeinsamen Marktes und dessen Funktion als rechtliche Institution. Dabei ist die *Funktion Gemeinsamer Markt* in Bezug zu setzen mit den im Markt als Raum (zu verstehen als der gesamte örtlich relevante Markt in der Ausdehnung aller Mitgliedstaaten für transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen) agierenden Wirtschaftssubjekten und den für diese notwendigen *Funktionsgarantien von Marktgleichheit und Marktfreiheit*.³⁰⁰ Aus letzteren Funktionszusammenhängen von Gleichheit/Freiheit sowie Markt/Wettbewerb, d.h. aus der *Verknüpfung von Individuum und Funktionsbedingungen transnationaler Leistungsprozesse*, ist ersichtlich, dass Marktfreiheit und Marktgleichheit als normativ-ökonomische Konzepte, nämlich die Gleichheit der Funktionsbedingungen und die Freiheit zum Handeln durch die Nutzung von Aktionsparametern, untrennbar miteinander verwoben³⁰¹ und mindestens

²⁹² EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* (C-265/06, EU:C:2008:210).

²⁹³ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 56/57.

²⁹⁴ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26.

²⁹⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

²⁹⁶ Dem Grunde nach erfolgte bereits lange vor der *Keck*-Rechtsprechung eine Bewertung von Maßnahmen am Maßstab einer potenziellen Behinderung des Marktzugangs, insbesondere auch im Wege einer Parallelwertung zu den Regelungen des Kartellrechts (Art. 101, 102 AEUV), so etwa betreffend eine Mindestpreisregelung (wie gegenständlich auch im Fall *Keck*) in der Rechtssache *Van Tiggele*, vgl. EuGH *Staatsanwaltschaft des Königreichs der Niederlande/Jacobus Philippus Van Tiggele (Van Tiggele)* (Rs. 82/77, EU:C:1978:10) Rn. S. 33-36.

²⁹⁷ *E. Grabitz*, Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977), S. 645 ff.

²⁹⁸ *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 4/5, 335-337.

²⁹⁹ Rechtliche Dimension = Der Gemeinsame Markt/Binnenmarkt als wirtschaftsverfassungsrechtlicher Rechtsbegriff. Grundlegend zu der Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt („Systementscheidung und Funktionsgarantien“) *A. Hatje*, Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 801 ff., 809-823. Normativ-Ökonomische Dimension = Tauschsystem/Steuerungsmechanismus. Dazu *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 110 ff.

³⁰⁰ *E. Grabitz*, a.a.O. (1977), S. 647.

³⁰¹ Zur zwingenden Notwendigkeit einer Freiheitsgewährleistung als „normatives Strukturelement“ siehe *P.-C. Müller-Graff*, in: Hatje/ders. (Hrsg.), EnzEuR Band 4 (2015), § 1, Rn. 13: „Die grundsätzli-

durch den Gedanken der (Verteilungs-)Gerechtigkeit miteinander verklammert sind. Dies hat *Friedrich August von Hayek* 1958 wie folgt formuliert³⁰²:

„Freiheit und Verteilungsgerechtigkeit. *Gerechtigkeit*, wie Freiheit und Zwang, ist ein Begriff, der der Klarheit wegen auf die *bewußte Behandlung von Menschen durch andere Menschen* beschränkt werden sollte. Sie ist ein *Aspekt der absichtlichen Gestaltung jener Lebensbedingungen*, die einer solchen Gestaltung zugänglich sind. Insoweit wie wir wollen, daß sich die Individuen in ihren Bemühungen von ihrer eigenen Meinung über Aussichten und Chancen leiten lassen, sind die Ergebnisse dieser Bemühungen notwendig unvoraussagbar, und die Frage, ob die sich ergebende Einkommensverteilung gerecht ist, entbehrt des Sinns.“ (Hervorhebung durch den Verf.).

Eine Zusammenschau der vorgenannten Gedanken verdeutlicht, dass die rechtliche Bewertung jeglichen wirtschaftlichen Handelns sowohl einer Betrachtung der *Relationen* von Individuen zueinander bedarf („Behandlung von Menschen durch andere Menschen“)³⁰³ als auch der jeweils gegebenen *Kapazitäten* (Aktionsradien) der einzelnen Individuen für ihr Handeln („Absichtliche Gestaltung“).³⁰⁴ Somit sind die den Gemeinsamen Markt (heute Binnenmarkt) verwirklichenden und in seinen Funktionen sichernden subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (vgl. Art. 26 Abs. 1 AEUV), und so die Grundfreiheiten, welche das transnationale wirtschaftliche Handeln von einzelnen Individuen (Einzelunternehmer) und kollektiv organisierten Individuen (Unternehmen) schützen sollen, konzeptionell notwendigerweise markt- und wettbewerbsbezogene Gleichheits- und Freiheitsrechte. Diese Teleologie ist der Kerngehalt des „Beschränkungsverbot“.

Damit ist zugleich ausgesagt, dass die Grundfreiheiten wegen ihrer funktionalen Normqualität als supranationales Marktintegrationsrecht (normativ-rechtliche Institutionen) *nicht* analog zu den Freiheits- und Gleichheitsrechten gemäß der Dogmatik von Grundrechten zu konzeptionieren sind, womit ebenso deutlich wird, dass das funktional markt- und wettbewerbsbezogene Freiheitsrecht der Grundfreiheiten als eigenständige rechtliche „Institution“ etwas vollkommen anderes darstellt als ein staatsfunktionsbezogenes Freiheitsrecht der Grundrechte.

Die funktionale, institutionenbezogene und Grundfreiheiten übergreifende Konzeption von Marktintegrationsrecht der hier so benannten „frühen (Freiburger und Hamburger) Schule“, welche gegenwärtig explizit von *Klaus-Dieter Borchardt* in Bezug genommen wird³⁰⁵, findet sich überdies, freilich mit anderen Nuancen, bei *Julio Baquero Cruz* in dem Ansatz eines Grundfreiheiten übergreifenden „single test“.³⁰⁶

che Privatautonomie mit „Tauschrecht“ für jedermann und die damit verbundenen Wettbewerbsmöglichkeiten sind *Funktionsbedingungen* der Koordination in einem marktwirtschaftlichen System.“ (Hervorhebung durch den Verf.).

³⁰² *F.A. von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit (1971/2005), Kapitel 6 „Gleichheit, Wert, Verdienst“, S. 127/128.

³⁰³ Dies ist systemisch betrachtet also ein „Relationskonzept“, vgl. Kapitel 5 C. II. 1. c) cc) (3) (a).

³⁰⁴ Dies ist systemisch betrachtet also ein „Kapazitätskonzept“, vgl. Kapitel 5 C. II. 1. c) cc) (3) (b).

³⁰⁵ *K.-D. Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union (2015), S. 358, Rn. 796.

³⁰⁶ *J. Baquero Cruz*, Between Competition and Free Movement (2002), S. 94/95.

Die von *Peter Behrens* ergründete *Konvergenz der Grundfreiheiten*³⁰⁷ wiederum hat eine Grundfreiheiten übergreifende Teleologie erstmals in systematisch-teleologischer Form aufgezeichnet, während *Miguel Poiares Maduro*³⁰⁸ die ökonomisch fundierte Teleologie der Grundfreiheiten am Beispiel der Warenverkehrsfreiheit ausführlich in den Kontext eines funktional-wirtschaftsverfassungsrechtlichen Verständnisses gestellt hat. Gleichwohl zeigen weitere funktional-systemische Ansätze, wie insbesondere die von *Peter Christian Müller-Graff* zum Europäischen Wirtschaftsordnungsrecht³⁰⁹ und von *Armin Hatje* zur Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt³¹⁰, aber auch von *Wolfgang Kilian/Domenik Henning Wendt* zum Europäischen Wirtschaftsrecht³¹¹, von *Thure Schubert* zum Gemeinsamen Markt als Rechtsbegriff³¹² oder von *Axel Mühl* zu den Grundsätzen einer Dogmatik von Diskriminierung und Beschränkung³¹³, ein i.w.S. auf die Funktionen des Binnenmarktes in seiner integrationspolitisch-ökonomischen und wettbewerblichen Prägung abstellenden Verständnisses der Grundfreiheiten.

Die nach der vorliegenden Auffassung in diesem Zusammenhang stehende Notwendigkeit einer Modifikation des traditionellen Territorialitätsprinzips unter Berücksichtigung dessen, dass die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten eine wettbewerbsökonomische Definition von relevantem Markt voraussetzt, hat *Dieter Biehl* bereits 1969 mit seiner Arbeit zur Theorie der Steuerharmonisierung im Binnenmarkt vorgestellt.³¹⁴ Dieser Ansatz entspricht von der Idee her der vorliegend vertretenen funktionalen Territorialität, welche auch in der Systembeschreibung des Wirtschaftsordnungsrechts bei *Peter-Christian Müller-Graff* mit einer Betonung der Maßgeblichkeit von „transnationalen Verträgen und/oder Transaktionen“ anklingt.³¹⁵

³⁰⁷ *Behrens, P.*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145 ff.

³⁰⁸ *M. P. Maduro*, We, the Court – The European Court of Justice & the European Economic Constitution (1998) passim.

³⁰⁹ *P.-C. Müller-Graff*, in: Hatje/ders. (Hrsg.), EnzEuR Band 4 (2015), § 1 Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, Rn. 24 ff. (Das Europäische Wirtschaftsordnungsrecht im Textprofil des Primärrechts nach der Vertragsreform von Lissabon).

³¹⁰ *A. Hatje*, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 801 ff.

³¹¹ *W. Kilian/D. H. Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht (2016), Rn. 20, Rn. 228 ff. (Materiellrechtliche Prinzipien (Marktfreiheiten)).

³¹² *T. Schubert*, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff (1999) passim, aber insbesondere die Herleitung einer allgemeinen Marktfreiheit aus dem Gemeinsamen Markt als Teilsystem der Wirtschaftsverfassung, S. 333 ff.

³¹³ *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004) passim, aber insbesondere die Argumentation zu den systembildenden Strukturen der Grundfreiheiten im 3. Kapitel, S. 112 ff.

³¹⁴ *D. Biehl*, Ausfuhrland-Prinzip, Einfuhrland-Prinzip und Gemeinsamer-Markt-Prinzip (1969), S. 132: „Die Besteuerung setzt dann unabhängig von dem Überschreiten der Staatsgrenze [...] stets erst dann ein, wenn eine Lieferung oder Leistung an einen „nicht Produzenten“ bewirkt wird. [...] Die Verwirklichung einer derartigen Besteuerung internationaler Transaktionen erfordert eine *generelle Modifizierung des Territorialitätsprinzips* in dem Sinne, daß jetzt auch *außerhalb* des jeweiligen nationalen Territoriums verwirklichte Tatbestände für das *innerhalb* dieses Territoriums geltende Steuerrecht als relevant erklärt und bei der Festsetzung der Steuerpflicht wie nationale Tatbestände berücksichtigt werden.“

³¹⁵ *P.-C. Müller-Graff*, a.a.O. (2015), § 1 Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, Rn. 74: „Im Vordergrund der primärrechtlichen Freiheitsgarantien steht seit jeher die Gewährleistung der Grundfreiheiten“

Dem Grunde nach lassen sich sämtliche der vorgenannten Ansätze mehr oder weniger in das Verständnis eines i.w.S. normativ-wettbewerbsökonomischen Konzepts von Marktintegrationsrecht einbinden. Die „frühe Schule“ geht dabei von einer im Ausgangspunkt ordoliberal geprägten Verfasstheit des Marktintegrationsrechts aus³¹⁶, welche Freiheit und Gleichheit als ebenbürtige Elemente des Marktes beinhaltet.³¹⁷ Diese Teleologie fußt im Ursprung einerseits auf den Erkenntnissen der heute als klassisch zu bezeichnenden Ökonomie bzw. der politischen Ökonomie sowie andererseits auf den Funktionsbedingungen einer Marktwirtschaft, wie diese *Walter Eucken* und *Alfred Müller-Armack* dargelegt haben. *Hans Peter Ipsen*³¹⁸ formulierte dieses Marktverständnis für das Gemeinschaftsrecht wie folgt:

„Einzelne hervorragende Elemente idealer *rechtlicher Ordnung* des Gemeinsamen Marktes werden hervorgehoben. Das geschieht, wenn ihm mit der *Freiheit nach innen* und der *Einheitlichkeit nach außen* „zwei Gesichter“ gegeben werden“ (Hervorhebung durch den Verf.).

Das ordoliberale Verständnis der „Freiburger Schule“ geht dabei vereinfacht beschrieben von der Notwendigkeit einer rechtlichen „Ordnung“ aus, welche dem wettbewerblich organisierten Markt einen „Rahmen“ gibt. Dieses Konzept eines *individuell freiheitlich fundierten*, wettbewerblich organisierten aber (rechtlich) zu ordnenden „offenen“ Marktes zeigt sich auch heute unverändert im Unionsrecht nach Lissabon mit Art. 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb i.V.m. Art. 119, 120 AEUV sowie zuletzt auch in der Spruchpraxis der Kommission und des Gerichts der Europäischen Union bei dem Kartellverfahren in der Rechtssache *Intel Corp./Kommission*, und dort durchaus in Relativierung des „more economic approach“, nämlich unter Betonung eines Schutzes des Wettbewerbs und der dafür nötigen Strukturen und Funktionsbedingungen, wie freien Marktzutritt, an sich.³¹⁹

ten des transnationalen Marktzugangs [...]. Diese [...] eröffnen [...] die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verflechtung wirtschaftlicher Handlungsabläufe ohne ungerechtfertigte Behinderungen. Durch sie können Verkäufer und Käufer, Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger [...] aus jeweils eigenen Präferenzentschlüssen transnational zu Verträgen und/oder Transaktionen zusammenfinden. [...] Sie beinhalten damit die Chance einer grundlegenden Integrations- und Zusammenhaltefunktion für die Union.“

³¹⁶ Siehe *M. Zuleeg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EWG-Kommentar (1991), Art. 1 EWG-Vertrag, Rn. 50 „Dennoch stößt man auch im Gemeinschaftsrecht auf den Begriff der Wirtschaftsverfassung. Dies lässt sich daraus erklären, dass ordoliberales Gedankengut dem Vertragswerk das Gepräge gibt“.

³¹⁷ So explizit auch *A. Mühl*, *Diskriminierung und Beschränkung* (2004), S. 247 „Stufenmodell“.

³¹⁸ *H. P. Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 551.

³¹⁹ *EuG Intel* (T-286/09, EU:T:2014:547) Rn. 77 (zur Argumentation der Kommission): „Such exclusivity rebates, when applied by an undertaking in a dominant position, are incompatible with the objective of undistorted competition within the common market, because they are not based — save in exceptional circumstances — on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to remove or restrict the purchaser’s freedom to choose his sources of supply and to deny other producers access to the market (see, to that effect, *Hoffmann-La Roche*, paragraph 71 above, paragraph 90, and *Case T-155/06 Tomra*, paragraph 72 above, paragraph 209). Such rebates are designed, through the grant of a financial advantage, to prevent customers from obtaining their supplies from competing producers (*Hoffmann-La Roche*, paragraph 71 above, paragraph 90, and *Case T-*

Insoweit ist die zuletzt von dem EuGH eingeschlagene Richtung zur Auslegung der Grundfreiheiten, nämlich deren Fokussierung auf eine Marktzugangsfunktion (vorliegend *Mobilitätsbeschränkungsverbot* benannt), in der Zusammenschau mit der Systematik und Teleologie von EUV/AEUV (welche im Einzelnen in Kapitel 3 dargelegt wird³²⁰) sowie der vorgenannten Spruchpraxis im Kartellrecht insoweit als „Renaissance“ der „frühen Schule“ zu bewerten. Damit besteht nachfolgend die Aufgabe darin, die Gedanken der „frühen Schule“ sowie die Ansätze der anderen zuvor genannten Autoren in den Kontext des „neuen Telos“ nach dem Vertrag von Lissabon zu stellen, d.h. als „neuen Geist der Verträge“ zu betrachten, und zwar ganz im Sinne der von *Bruno Snell* in seinen Gedanken zur „Entdeckung des Geistes“ gefassten Formel:

„Wie es ein Vergessen des entdeckten Geistigen gibt, so auch ein Wiederentdecken des Vergessenen, ein Sich-Erinnern. Viele Beispiele haben gezeigt, wie neue Gedanken dadurch entstehen, daß jemand eine herrschende Meinung aufgibt, auf Gestriges oder Vorgestriges zurückgreift, womöglich zwei alte Vorstellungen verknüpft oder miteinander verschränkt und damit Neues schafft. Manchmal erscheint es geradezu als List der Vernunft, mit einer Tradition zu brechen, um an eine andere anknüpfen zu können. Tradition konserviert eben nicht nur feste Anschauungen und Verhältnisse, sondern macht es möglich, sich immer neu auf Wertvolles aus einer Fülle von Modellen zu besinnen.“³²¹

Die vorliegende Grundlegung verfolgt somit in Fortführung und interdisziplinärer Erweiterung der „frühen Schule“ sowie bereits vorhandener Arbeiten zu den Grundfreiheiten³²² eine *theoretisch-konzeptionelle Begründung* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens als Prinzip, und zwar aus der Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union in Zusammenschau mit der geltenden EuGH-Rechtsprechung zu den subjektiv-rechtlichen Beschränkungsverboten der Wettbewerbsregeln, Grundfreiheiten und Warenmarktregeln, auf der Basis einer *Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik)*. Damit nimmt die Arbeit insbesondere den Gedanken von *Peter-Christian Müller-Graff* auf, der eine stärkere Anbindung der grundfreiheitlichen Interpretation an Werte³²³, wirtschaftsverfassungsrechtliche Implikationen, wettbewerbstheoretische Dimensionen und damit an eine „moderne Wettbewerbslehre“ for-

155/06 Tomra, paragraph 72 above, paragraph 210). Die Rechtssache ist derzeit anhängig beim EuGH (Rechtsmittel) als Intel Corporation/Kommission Rechtssache C-413/14 P. Dazu *S. Wernicke*, Das Intel-Urteil des EuG – ein Lehrstück dogmatischer Kontinuität, *EuZW* 2015, S. 19 ff, 21/22.

³²⁰ Kapitel 3 B.

³²¹ *B. Snell*, *Die Entdeckung des Geistes* (1986), S. 288.

³²² Siehe insb. die Nachweise in Fußnote 56, 58, 64 und 80.

³²³ *P.-C. Müller-Graff*, in Hatje/ders. (Hrsg.), *EnzEuR* Band 4 (2015), § 1 Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht: Das System, Rn. 73-79 („Die Freiheitsgewährleistung des Wirtschaftsordnungsrechts der Union“).

dert.³²⁴ Ebenso findet damit die von *Thorsten Kingreen* als lohnenswert adressierte Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten im Mehrebenensystem³²⁵ ihren Anklang.

Mit der normativ-wettbewerbsökonomischen Methodik (Law & Economics) unterscheidet sich die Untersuchung von dem rechtsmethodisch ähnlichen Ansatz einer Prinzipienbildung bei *Thure Schubert*³²⁶, der aus dem gemeinschaftsrechtlichen Prinzip „Gemeinsamer Markt“ ein subjektives Recht der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit hergeleitet hat³²⁷ sowie von dem Ansatz bei *Axel Mühl*, der die Grundfreiheiten in einer Doppelstruktur von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot in einem „Stufenmodell“ konzipiert.³²⁸ Mit der vorliegend verfolgten interdisziplinären Methode zur Begründung eines Normen übergreifenden Prinzips Beschränkungsverbot (Grundlegung auf der Regelbildungsebene) und einer daran anschließenden funktional-wettbewerbsökonomisch geleiteten Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (Grundlegung auf der Anwendungsebene) erfolgt überdies eine Parallelwertung zu dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln.³²⁹ Dabei ist das Verhältnis von staatlicher und privater Wettbewerbsverantwortung³³⁰, d.h. das im Schrifttum dargelegte interdependente Zusammenspiel von „Free Movement and Competition“, wegweisend von *Julio Baquero Cruz*³³¹ erfasst³³², bzw. das von „Competition and Internal Market“ (*Vasiliki Brisimi*³³³), ebenso in den Blick zu nehmen, wie die im Schrifttum untersuchte Konvergenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln.³³⁴

³²⁴ *P.-C. Müller-Graff*, in: Hatje/ders. (Hrsg.), *EnzEuR* Band 1 (2014), § 9 Grundfreiheiten und Wettbewerbsordnung, Rn. 6-9.

³²⁵ *T. Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2. Aufl. 2009), S. 748: „[...] Ein lohnender Forschungsansatz bestünde darin, [...] die Funktion und Wirkungsweisen von subjektiven Rechten in Mehrebenensystemen zu analysieren [...]“.

³²⁶ Auch *Thure Schubert* unternimmt eine Prinzipienbildung, allerdings direkt aus dem Begriff der Freiheit heraus sowie aus dessen vielfältigen Verankerung in der Systematik und Teleologie der Gemeinschaftsverfassung sowie mit dessen Verknüpfungen mit dem prinzipiellen Gehalt des Gemeinsamen Marktes, vgl. *T. Schubert*, *Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff* (1999), Teil 1 „Die Grundlagen der Normgewinnung“, S. 3-132.

³²⁷ *T. Schubert*, *Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff* (1999), Teil 2 C. IV. im Ergebnis „Die allgemeine Marktfreiheit als Wirtschaftsfreiheit, S. 359 und Teil 3 A. „Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit als subjektivrechtlicher Marktstandard“, S. 361 ff. zur Konkretisierung.

³²⁸ *A. Mühl*, *Diskriminierung und Beschränkung* (2004), S. 245-247.

³²⁹ So explizit auch *Leible/T. Streinz*, *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 34 AEUV, Rn. 19. Siehe auch in der Einleitung die Nachweise in Fußnote 80.

³³⁰ *W. Sauter/H. Schepel*, *State and Market in European Union Law* (2009) *passim*.

³³¹ *J. Baquero Cruz*, *Between Competition and Free Movement* (2002) *passim*.

³³² Siehe zum Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Wettbewerbsregeln im Kontext des Binnenmarktziels auch *C. Nowak*, *Das Verhältnis der Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt*, in: A. Hatje/J. P. Terhechte (Hrsg.), *Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung*, *EuR Beiheft* 3/2004, S. 77 ff., 89 ff. Ähnlich *V. Skouris/D. Kraus*, in: *MüKo EuWettbR* (2007), Einl. Rn. 282 ff. („Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln“).

³³³ *V. Brisimi*, *The Interface between Competition and the Internal Market, Market Separation under Article 102 TFEU* (2014).

³³⁴ Kapitel 4 B. III. 2 c), siehe auch die Nachweise in der Einleitung Fußnote 80.

III. European Law & Economics

Der in vorliegender Untersuchung vorgestellte theoretische Ansatz basiert maßgeblich auf der von *Peter Behrens* begründeten *Ökonomischen Rechtstheorie* (1986)³³⁵, welche ergänzt um eine *wettbewerbsökonomische Analysematrix* als konkretes *Instrument* zur normativ-ökonomischen Funktionsanalyse³³⁶ in den Kontext der neueren Strömungen einer *European Law & Economics*³³⁷ gestellt wird. Ausgehend von der „*Posner-Tradition*“³³⁸ von Law & Economics ist dieser Ansatz als vertragsautonom eigenständige Fortentwicklung der ökonomischen Analyse des Rechts zu verstehen. Zur weiteren theoretischen Konkretisierung des Law & Economics-Ansatzes hat im deutschsprachigen Schrifttum u.a. zuletzt *Horst Eidenmüller* mit seinem umfangreichen Werk zur *Effizienz als Rechtsprinzip*³³⁹ beigetragen.

In dem vorliegend verstandenen Sinne einer European Law & Economics werden (integrationspolitisch determiniertes) Recht und Ökonomie miteinander verbunden³⁴⁰, indem die normativen Gehalte der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union, ausgehend von rechtlichen „Systembegriffen“ (wie Freiheit, Gleichheit, Gerechtigkeit, Binnenmarkt, Wettbewerb), mit korrespondierenden ökonomischen Paradigmen bzw. Variablen und deren theoretischen Grundlagen bzw. (wettbewerbs-) politischen Leitbildern in Beziehung gesetzt werden. Mit diesem Ansatz wird eine i.w.S. prinzipiengeleitete und normativ-wettbewerbsökonomische Konkretisierung und Definition zentraler unionsrechtlicher Begriffe unternommen.

Die für das Unionsrecht maßgeblich Ökonomie ist in Ansehung des Werte fundierten Binnenmarktziels und des Leitbildes der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV, als neue Stufe der Integration, vgl. Art. 1 Abs. 2 EUV) eine hier so bezeichnete Marktintegrationsökonomik als *Werte fundierte Wettbewerbsökonomik* (siehe nachfolgend 1.). Hierbei wird vorausgesetzt, dass das the-

³³⁵ *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), passim.

³³⁶ Kapitel 4 B. I.

³³⁷ Zu der Linie einer Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, siehe *K. Mathis* (Hrsg.), *Law and Economics in Europe, Foundations and Applications* (2014) passim. Veröffentlichungen des *Institute of Law and Economics (ILE)* der Universität Hamburg als Beitrag der „Hamburger Schule“ finden sich u.a. in der Schriftenreihe *European Studies in Law and Economics* sowie als *ILE Working Paper* (online unter: <https://www.jura.uni-hamburg.de/en/einrichtungen/institute-seminare/institut-recht-oekonomik/forschung/ile-working-paper-series.html>). Zu nennen ist ebenso das *European Journal of Law and Economics* (<http://www.springer.com/economics-law+%26+economics/journal/10657>), herausgegeben von *Jürgen G. Backhaus* sowie *Alain Marciano* und *Giovanni Battista Ramello*.

³³⁸ Zur „Posner-Tradition“ und zur jüngsten Entwicklungen des Ansatzes vgl. *N. Mercurio/S. G. Medema*, *Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism and Beyond* (2006) passim. *Guido Calabresi* zeigte jüngst Felder von Law & Economics aus der Sicht eines Richters auf, welche von einer verstärkten ökonomischen Betrachtung profitieren können, *G. Calabresi*, *The Future of Law & Economics, Essays in Reform and Recollection* (2016), S. 21/22.

³³⁹ *H. Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip* (2015) passim. Zur Begründung von „Elementen des rechtspolitischen Programms“ der ökonomischen Analyse des Rechts S. 21 ff. „Konzeptionelle Grundlagen.“ Zur ökonomischen Analyse des Rechts als „entscheidungstheoretischer Ansatz“ (*Peter Behrens* folgend) und zur Begründung von „Effizienz als Entscheidungskriterium“, S. 77 ff.

³⁴⁰ Grundlegend *E.-J. Mestmäcker*, *Recht und ökonomisches Gesetz* (1978) passim, insb. generell zu dem Verhältnis von Macht, Recht und Wirtschaftsverfassung, S. 11 ff.

oretische Konzept der sozialen Marktwirtschaft, wie dieses im Wesentlichen von *Walter Eucken* und *Alfred Müller-Armack* begründet wurde³⁴¹ und dem eine *weitreichende Werteentscheidung*³⁴² zugrunde liegt³⁴³, angesichts der im Unionsrecht vorzufindenden Verknüpfung von Binnenmarktziel und eben diesen mit einem Leitbild verknüpften Werten, erhebliche Implikationen für eine Werte fundierte Marktökonomie und damit für ein ebenso Werte fundiertes Marktintegrationsrecht hat.

Mit diesem Ansatz korrespondiert die Methode einer vertragsautonomen Prinzipienbildung und Auslegung, unter dem Oberbegriff *functional economic approach* (hierzu sogleich 2.). Dabei werden die rechtlich „funktionale Methode“ auch *The Functional Method*³⁴⁴ genannt, der „effet utile“, der „Geist der Verträge“ und die dynamische Auslegung gemäß dem „aktuellen Stand der Integration“ als traditionelle Interpretationsformen des Integrationsrechts³⁴⁵ adressiert und mit der *Ökonomischen Rechtstheorie* und der *Werte fundierten Wettbewerbsökonomik* in einem aggregierten Ansatz fusioniert. Der hier vorgestellte European Law & Economics-Ansatz, der sich konzeptionell in die klassisch ökonomische Analyse des Rechts i.e.S.³⁴⁶ einbettet, sich aber betreffend den Bezugsgegenstand unterscheidet, verbindet somit als eine insoweit aggregierte Methode die Besonderheiten des Werte- und Ziel gebundenen supranationalen Rechts der Union (European Law) mit der für den europäischen Integrationsprozess prägenden Marktintegrationsökonomik (European Economics) und macht Letztere zur Grundlage einer funktionalen, normativ-wettbewerbsökonomischen Methode für die Prinzipienbildung (Ebene der Regelbildung) sowie für die Auslegung des operativen Unionsrechts (Ebene der Anwendung).

1. Marktintegrationsökonomik als Werte fundierte Wettbewerbsökonomik

Die hier so bezeichnete *Marktintegrationsökonomik*, welche ausgerichtet am Binnenmarktziel der Union die Ökonomik transnationaler Wirtschaftsbeziehungen via Free Movement adressiert, ist nach der vorliegend vertretenen Konzeption eine vertragsautonome *Werte fundierte Wettbewerbsökonomik*. Diese Wettbewerbsökonomik umfasst po-

³⁴¹ Im Überblick *M. Posluschny*, *Walter Eucken und Alfred Müller-Armack* (2006), passim.

³⁴² Siehe nur *A. Müller-Armack*, *Das Jahrhundert ohne Gott* (1948) passim. Bereits die konzentrierten Ausführungen im Vorwort S. 5-9 seiner religionssoziologischen Betrachtung (hier i.d.S. als „Vorläufer“ der sozialen Marktwirtschaft) zeigt die Tiefe der historischen, gesellschaftlichen, ökonomischen und rechtlichen Dimension seiner Gedanken, welche sich im Ergebnis auch in den theoretischen Fundierungen der sozialen Marktwirtschaft widerspiegeln. Zur Konzeption von Alfred Müller Armack siehe *C. Watrin*, *Geistesgeschichtliche Grundlagen der Sozialen Marktwirtschaft* (2002), S. 13, 17-22.

³⁴³ *R. Schumann*, *Wertgrundlagen der Sozialen Marktwirtschaft* (2007) passim. Zu den „Wertequellen“ im Einzelnen S. 64 ff. „Quellenanalyse zur Inhaltsbestimmung der Grundprinzipien und Werte der Sozialen Marktwirtschaft.“

³⁴⁴ *A. Bredimas*, *Methods of Interpretation and Community Law* (1978), S. 70 ff.

³⁴⁵ Umfassend *K. Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre* (2015) passim.

³⁴⁶ Siehe hierzu die plastische Ausführung von *H. Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip* (2015), S. 17-20 mit dem Beispiel einer Entscheidung des United States Court of Appeals unter dem Vorsitz von Richard Posner zur Kosten-Nutzen-Analyse i.S.d. Effizienz zur Bewertung des Kriteriums der Fahrlässigkeit im Haftungsrecht. Umfassend zur „klassischen“ ökonomischen Analyse des Zivilrechts *H.-B. Schäfer/C. Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts* (2005) passim.

lyparadigmatisch die Konzepte der sog. klassischen Ökonomie bzw. des klassischen Liberalismus (*Adam Smith, David Ricardo*), des Ordoliberalismus der sog. Freiburger Schule³⁴⁷ (insb. *Walter Eucken*³⁴⁸, *Franz Böhm*³⁴⁹, *Alfred Müller-Armack*³⁵⁰), wettbewerbstheoretische Ansätze i.w.S., d.h. das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, die *Chicago School* sowie die *Harvard School* (Funktionsfähiger Wettbewerb/Workable Competition, SVE-Paradigma)³⁵¹ und strategisch-dynamisch ausgerichtete Denkansätze³⁵², welche wiederum auf Erkenntnissen der Industrieökonomie und der Spieltheorie beruhen.

Der Begriff der *Wettbewerbsökonomik* bzw. der *Wettbewerbsökonomie* bringt hier, in Anlehnung an den Ansatz von *Günter Knieps*³⁵³ zum Ausdruck, dass angesichts der Besonderheiten der politisch, rechtlich und ökonomisch fundierten Marktintegration der Union, „traditionell separate Gebiete unter dem einheitlichen *wettbewerbsökonomischen Fokus der Funktionsfähigkeit von Märkten* (hier des Binnenmarktes) zu integrieren sind“.³⁵⁴ Ähnlich hat zuletzt *Christian Ewald* (Bundeskartellamt) die „Bausteine, Entwicklung und den Stand der Wettbewerbsökonomie“ in diesem funktionalen Sinne dargestellt.³⁵⁵ Der Begriff „funktional“ / „functional“ bzw. „Funktionsfähigkeit“ / „Workable“ wird vorliegend wiederum nicht bloß i.e.S. der Wettbewerbstheorie verstanden, sondern im Sinne der Ökonomischen Rechtstheorie normativ-ökonomisch und systemisch.

In diesem Zusammenhang bringen die in vorliegender Untersuchung für die Gesamtheit der auf den Binnenmarktprozess bezogenen Normen verwendeten Termini *Wirtschaftsintegrationsrecht* bzw. *Marktintegrationsrecht* zum Ausdruck, dass eine wesentliche Besonderheit der Europäischen Union darin besteht, dass das Endziel einer

³⁴⁷ Im Sinne einer „deutschen Variante“ des Neoliberalismus, mit einer eigenen Ansicht zur Ausgestaltung einer „marktwirtschaftlichen Ordnung“, vgl. *B. Ziegler*, a.a.O. S. 127.

³⁴⁸ *W. Eucken*, Grundlagen der Nationalökonomie (1939); ders. Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952/2004), das nach seinem Tod herausgegebene zweite Hauptwerk. Nach *Walter Eucken* ist zusammengefasst eine Wettbewerbsordnung zu errichten, die ökonomische Macht i.w.S. kontrolliert.

³⁴⁹ *F. Böhm*, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, in: *Böhm/Eucken/Großmann-Doerth* (Hrsg.), Ordnung der Wirtschaft (1937); *Ders.* Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, in: *Mestmäcker* (Hrsg.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft (1980), S. 195 ff.; *Ders.*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: ebd. (1980), S. 105 ff.

³⁵⁰ *A. Müller-Armack*, Die Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft (1974) passim. *Ders.*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration (1976) passim.

³⁵¹ Funktionsfähiger Wettbewerb und empirische Industrieökonomik, siehe hierzu *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: *MüKo EuWettbR* (2015), Einl. B. Die ökonomischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Rn. 78 ff.

³⁵² *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008); *R. M. Grant*, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014).

³⁵³ Mit dem Begriff der „Wettbewerbsökonomie“ wird begrifflich dem Ansatz von *Günter Knieps* gefolgt, der in seinem namensgleichen Lehrbuch zur Regulierungstheorie, Industrieökonomik und Wettbewerbspolitik den Ansatz einer integrierten Wettbewerbsökonomie aufzeigt, *G. Knieps*, Wettbewerbsökonomie (2005/2008), passim.

³⁵⁴ *G. Knieps*, ebd. (2005) Vorwort, S. VIII.

³⁵⁵ *C. Ewald*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 7 „Grundzüge der Wettbewerbsökonomie“, Rn. 4 ff.

i.w.S. politischen Union³⁵⁶ via Integration durch transnationale wirtschaftliche Leistungs- und Vertragsbeziehungen (funktionale Transnationalität) und diese schützende sowie fördernde supranationale Normen erfolgen soll. Das dafür „instrumentalisierte“ Primärrecht ist als Teil der *Integrationsverfassung* (*Gert Nicolaysen*)³⁵⁷ daher teleologisch als Wirtschaftsintegrationsrecht zu qualifizieren, welches nach dem Vertrag von Lissabon nunmehr ausdrücklich Werte fundiert ist (Präambel EUV, Art. 1 Abs. 2 EUV, Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV).

Der vorliegend vertretene *functional economic approach* grenzt sich damit bewusst ab von dem im Europäischen Wettbewerbsrecht vertretenen „more economic approach“. Gegenüber der vorliegend vertretenen normativ-wettbewerbsökonomisch aggregierten und Werte basierten Methode liegt dem „more economic approach“ eine verstärkt ökonomische, d.h. strikt effizienzorientierte und damit weniger normative Methode zugrunde. D.h. die Beurteilung von Beschränkungen des Wettbewerbs erfolgt überwiegend unter dem Aspekt von Preis- und Wohlfahrtseffekten gemäß einem eher „traditionellen“ Effizienzverständnis, also unter Relativierung einer normativ freiheits- und gleichheitsrechtlich basierten Prüfung, mit einer Fokussierung auf i.w.S. ökonomisch „berechenbare“ Effizienz. Wenngleich die Entwicklung hier in Bewegung gerät, hin zu einer „Öffnung“ des more economic approach auch für Aspekte jenseits der Effizienz (wie u.a. für den „consumer choice“-Ansatz³⁵⁸), stehen die kausalen Effekte einer unternehmerischen Handlung /Maßnahme für die Gesamt- bzw. Verbraucherwohlfahrt wohl weiter (noch) in dem Vordergrund der Betrachtung.³⁵⁹ Der *functional economic approach* hat seinen Ausgangspunkt demgegenüber in einer individuell ausgerichteten, Werte basierten und normativ-wettbewerbsökonomischen *Funktion* eines auf Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit beruhenden Marktintegrationsrechts der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union. Damit ist der vorliegende Ansatz durchaus in den Kontext eines i.w.S. „modernisierten Ordoliberalismus“ i.w.S. zu stellen.³⁶⁰

³⁵⁶ Im Sinne eines Modells der Integrationsstufen und Integrationsstufen steht am Ende eine echte politische Union, siehe hierzu die Darstellung bei *Schütz/Bruha/König*, *Europarecht* (2004), § 1 Die Gemeinschaft im Europäischen Integrationsprozeß, S. 4, Schaubild 1.

³⁵⁷ *Gert Nicolaysen* benennt sein Lehrbuch *Europarecht I* (2002) mit dem Titel „Die Europäische Integrationsverfassung“.

³⁵⁸ *P. Behrens*, The consumer Choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law, in: P. Nihoul/N. Charbit/E. Ramundo (Hrsg.), *Choice* (2016), S. 123, 124-126.

³⁵⁹ Zuletzt hat das EuG in der Intel-Entscheidung, EuGH *Intel* (T-286/09, EU:T:2014:547), den more economic approach relativiert und auf die Marktstrukturkontrolle und die Marktstrukturverantwortung von marktmächtigen Unternehmen rekurriert. Siehe hierzu *S. Wernicke*, Das Intel-Urteil des EuG – ein Lehrstück dogmatischer Kontinuität, *EuZW* 2015, S. 19 ff, 21/22.

³⁶⁰ Zu dem Gedanken eines „modernen“ Ordoliberalismus der Freiburger Schule i.w.S. siehe *P. Behrens*, The consumer Choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law, a.a.O. (2016), S. 123, 131 ff. Auch die „Disaggregierte Wettbewerbsökonomie“ von *Günter Knieps* dürfte i.w.S. als „Modernisierung“ bzw. Fortentwicklung der Freiburger Schule zu verstehen sein, vgl. *G. Knieps*, a.a.O. (2005), S. 75. Siehe in politisch philosophischer Perspektive *A. Lorich*, *Freiheit für Alle – Grundlagen einer neuen Sozialen Marktwirtschaft* (2014), S. 115 ff. „Substantieller Liberalismus als Grundlage einer neuen Sozialen Marktwirtschaft.“

Rechtlicher Ausgangspunkt ist die im Unionsrecht maßgebliche funktionale Methode, welche der EuGH u.a. bei der Auslegung des „funktionalen Unternehmensbegriffs“ der Wettbewerbsregeln traditionell zugrunde legt.³⁶¹ Die systematisch-teleologische Auslegung wird dabei mit der von *Peter Behrens* dargelegten ökonomisch fundierten *Funktionslehre*³⁶² in Verbindung gebracht. Die Arbeit kann sich damit allerdings genau den Vorwürfen ausgesetzt sehen, wie diese *Peter Behrens* in seinem Vorwort zur Darstellung der *ökonomischen Grundlagen des Rechts*³⁶³ beschrieben hat:

„Wer Fachgrenzen überschreitet, muß – wie RITTNER einmal bemerkt hat – „fürchten in seinem eigenen Lager als Abtrünniger zu gelten und in fremden Lagern nicht aufgenommen zu werden“.³⁶⁴

Im Bewusstsein dieser „Gefahr“ soll vorliegend dennoch auf der Basis wettbewerbsökonomischer *und* rechtlicher Gedanken aufgezeigt werden, wie eine Grundlegung für das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip einerseits sowie darauf fußend andererseits eine wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote und damit eine Konkretisierung der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten gelingen kann. Methodisch prägend sind demnach eine interdisziplinäre und systemische Betrachtung sowie eine konzeptionell-dogmatische Herangehensweise an das Thema Beschränkungsverbot. Damit erfolgt, wie zuvor bereits erwähnt, bewusst eine deutliche Abgrenzung von einer an die Dogmatik der Grundrechte angelehnten Konzeptionierung der Grundfreiheiten.

2. Functional economic approach

Mit dem hier eingeführten Terminus des *functional economic approach* wird zum Ausdruck gebracht, dass mit dem Wechsel des Unionstelos seit dem Vertrag von Lissabon eine im Lichte der neuen Werte- und Wirtschaftsverfassung stärkere Betonung der systemischen Zusammenhänge³⁶⁵ von wettbewerbstheoretisch ausgerichteter Ökonomik

³⁶¹ Siehe nur *G. Wiedemann*, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), Rn. 1 mit zahlreichen Nachweisen aus der EuGH-Rechtsprechung in Fn. 3.

³⁶² Zur Notwendigkeit einer ökonomischen Rechtstheorie im Sinne einer „Funktionslehre auf ökonomischer Grundlage“ siehe *P. Behrens*, *Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie: die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 7. Band, *Interdisziplinarität – Voraussetzungen und Notwendigkeiten* (1988), S. 209, 215/217.

³⁶³ *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), passim.

³⁶⁴ *P. Behrens*, ebd. (1986), Vorwort, S. VII, unter Bezugnahme auf Fritz Rittner, *F. Rittner*, *Die Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften*, in: *Zur Einheit der Rechts- und Sozialwissenschaften* (1967), S. 97/98.

³⁶⁵ Grundlegend *C.-W. Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (1983) passim sowie *K. Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), S. 437 ff. „Begriffs- und Systembildung in der Jurisprudenz.“ Grundlegend in der Systemtheorie *N. Luhmann*, *Soziale System* (1987/2015), S. 440 ff., 445: „Es wird nur gefordert, daß eine soziologische Theorie in der Lage sein müßte, Normativität als Variable mit Systemtypen oder mit gesellschaftsstrukturellen Entwicklungen zu korrelieren; und es wird versucht, diese Forderung durch funktionale Analyse [...] einzulösen.“; *N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* (1995/2013), S. 124 ff. „Funktionen des Rechts“; *N. Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1998/2015), S. 756 ff. „Funktionssysteme der modernen Gesellschaft.“ Zur funktionalen Betrachtung des Rechts als autopoietisches System im Sinne

(Marktintegrationsökonomik) und wettbewerbsbezogener Ethik³⁶⁶ sowie rechtlich begrenzender Wertung³⁶⁷ angezeigt ist. Konkreter Bezugspunkt für diese These sind die grundlegenden Werte der Union in ihren Wechselbezüglichkeiten zu dem Binnenmarktziel und dem Leitbild der sozialen und wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV.

Die das Unionsrecht nach der hier vertretenen Auffassung prägende, „kombiniert“ wettbewerbsökonomisch-rechtliche „Verfasstheit“ fußt auf einem vertragsautonomen Verständnis von Markt, Marktzugang („Recht auf Zugang zum Markt“³⁶⁸) und von Wettbewerb, welches bestimmt, *wie* die Gehalte von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit auf die ökonomisch geprägten Begriffe Markt und Wettbewerb zu beziehen sind. Hierbei ist zu sehen, dass im Kern sowohl die von der klassischen politischen Ökonomie - *Adam Smith* und *David Ricardo* – als auch von modernen wettbewerbsstrategisch ausgerichteten Ansätzen – wie u.a. von *Michael E. Porter*³⁶⁹ - zugrunde gelegten Prämissen der i.w.S. „Vorteile“ bzw. „Wettbewerbsvorteile“ (Ebene des Individuums), welche in der volkswirtschaftlichen Gesamtbetrachtung (Meta-Ebene) den Wohlstand mehrten, auf der Freiheit und Gleichheit *individueller Entscheidungen* von Wirtschaftssubjekten beruhen.

Individuelle Freiheit und Gleichheit sind unter Einbeziehung von Gerechtigkeitsaspekten daher die Grundlage für autonome Entscheidungen zur Ausführung von Wettbewerbsstrategien, deren Bedingungen in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zum Strategischen Management dargelegt sind³⁷⁰, und im internationalen Wettbewerb transnationaler Märkte, wie dem Binnenmarkt der Union zentral und damit prägend für ein auf wirtschaftlichen Tauschprozessen beruhendes sowie individualistisch geprägtes Gesellschaftsmodell, wie dem der Europäischen Union.³⁷¹

der Systemtheorie Niklas Luhmanns zusammenfassend *T. Huber*, Systemtheorie des Rechts, S. 78-80 („autopietisches Funktionssystem“) und S. 99-104 („Die Funktion des Rechts“).

³⁶⁶ Zu der ethischen Dimension des Unionsrechts und deren Perspektiven siehe *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 51 Sept. 2013, Art. 2 EUV, Rn. 14; Zur Herausragenden Bedeutung der Werte der Union und zu deren geschichtlichen sowie biblischen Rückbindung *P.-C. Müller-Graff*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, A. I. EL 31 Juli 2012, Rn. 94-113.

³⁶⁷ Dies bezieht sich konkret auf die Notwendigkeit einer rechtlich-wertenden Begrenzung - im Sinne der grundlegenden Funktionen von individueller Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit – etwa von „technisch“ angewendeter Effizienz, wie diese bei dem „more economic approach“ im europäischen Wettbewerbsrecht in der Praxis teilweise angewendet wird.

³⁶⁸ *E. Grabitz*, Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977), S. 645, 647.

³⁶⁹ *M. E. Porter*, The Competitive Advantage of Nations (1990/1998) passim.

³⁷⁰ *R. M. Grant*, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014) passim; *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008) passim.

³⁷¹ Eine umfassende systemische Betrachtung von „Gesellschaft“ unter Einbeziehung insbesondere der rechtlichen, wirtschaftlichen, politischen, religiösen Aspekte siehe *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1998/2015), S. 78 ff. („Die Gesellschaft als umfassendes Sozialsystem“) und S. 756 ff. („Funktionssysteme der modernen Gesellschaft“). Einem i.w.S. „freiheitlich“ determinierten Gesellschaftsmodell stehen andere Modelle gegenüber, welche z.B. auf politisch begründeter Planung oder auf ideologisch legitimierter Macht beruhen. Die individualistische Prägung des Unionsrechts zeigt sich insbesondere mit den Bestimmungen zu der Unionsbürgerschaft und der damit verbundenen „persönlichen Integration“.

Mit dem *functional economic approach* als Ausdruck von European Law & Economics geht eine eigens hierfür entwickelte Terminologie in Ergänzung juristischer Begriffe einher, welche nachfolgend unter a) bis c) eingeführt wird. Diese Terminologie repräsentiert die Ergänzung der juristischen Methode, insbesondere der systematisch-teleologischen Auslegung um Begriffe der hier vorgestellten vertragsautonomen Wettbewerbsökonomik.

a) *Funktionaler Markt-/Wettbewerbsbegriff (Tausch-/Interaktionssystem)*

Gemäß der hier vertretenen ökonomischen und rechtlichen Methode sind die Begriffe der Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Markt- und Wettbewerbsgleichheit funktional-wettbewerbsökonomisch zu begründen.

Der (Binnen-)Markt ist gemäß diesem Verständnis als Steuerungsmechanismus (Begriff nach *Peter Behrens*) der Raum (also das „Wo“), in dem sich gleiche und freie bzw. gleich freie individuelle Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten auf der Angebotsseite und als Präferenz auf der Nachfrageseite begegnen.³⁷² Der *Zugang zum Markt* bedeutet in dieser funktionalen Raumdefinition die „örtliche“, d.h. physische oder virtuelle (Industrie 4.0) Verschaffung der Möglichkeit einer Teilnahme an diesem Tauschprozess von Angebot und Nachfrage. Hierbei geht es daher um eine von Staatsgrenzen unabhängige Definition funktionaler Transnationalität wirtschaftlicher Leistungen (Output-Ebene) und deren Basis (Input-Ebene).³⁷³

Die Begriffe der Marktfreiheit und der Marktgleichheit (Terminus bei *Eberhard Grabitz*³⁷⁴) sind von den Begriffen der Wettbewerbsfreiheit und der Wettbewerbsgleichheit auf der Ebene der Regelbildung zu unterscheiden. Denn der *Markt* ist, als ökonomisch-rechtliche Institution verstanden³⁷⁵ das Konzept zum Austausch von Angebot und Nachfrage, also das *Tauschsystem*.³⁷⁶ Der *Wettbewerb* wiederum ist, ebenfalls als ökonomisch-rechtliche Institution verstanden, das *Interaktionssystem* (Begriffsbildung basierend auf *Peter Behrens*)³⁷⁷ bzw. das Prinzip zur Organisation der Tauschprozesse. Der *Wettbewerb* organisiert als Interaktionssystem damit die individuellen Entscheidungen für Angebot und Nachfrage und bestimmt die hier so benannten Interakti-

³⁷² In der zivilrechtlichen Terminologie des Vertragsrechts sind dies zwei übereinstimmende Willenserklärungen im Sinne von Angebot und Annahme. Z.B. wird bei dem Kaufvertrag (§ 433 BGB) ein Wirtschaftsobjekt – das Produkt – als Output eines Wirtschaftssubjektes (Verkäufer) auf dem Markt (einem physischen Raum oder einem virtuellen Raum im Internet) offeriert. Ein anderes Wirtschaftssubjekt (Käufer) in dem Raum nimmt diese Offerte durch eine mit dem Angebot des Verkäufers übereinstimmende Willenserklärung an. Unter welchen Rahmenbedingungen hier Angebot und Annahme sich im Raum gegenüberstehen, d.h. der zivilrechtliche Kaufvertrag zustande kommen kann, bestimmen Faktoren, die als Aktionsparameter von Wettbewerbsformen und deren Funktionsmechanismen, Funktionsbedingungen sowie Wettbewerbsstrategien und deren Strategievariablen zu definieren sind (siehe hierzu Kapitel 4 B. I. und Kapitel 6 A. I. 1. b) aa), II. 1. und III.).

³⁷³ Zur Differenzierung von Input- und Output-Ebene siehe *T. Siebe*, *Mikroökonomie* (2012), S. 31.

³⁷⁴ *E. Grabitz*, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), *Hamburg-Deutschland-Europa* (1977), S. 647.

³⁷⁵ *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 113-130 (Funktionsbedingungen).

³⁷⁶ Grundlegend *E. Heuss*, *Allgemeine Markttheorie* (1965) passim, in der Definition (Der Markt) siehe S. 14 ff.; *H. R. Varian*, *Mikroökonomik* (1999), 1. Kapitel „Der Markt“, S. 1 ff.; *R. S. Pindyck/D. L. Rubinfeld*, *Mikroökonomie* (2005), S. 30 ff.

³⁷⁷ *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 115, 130 („im Interaktionssystem des Wettbewerbs“), S. 131 ff.

onsbedingungen (also das „Wie“). Das Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht bietet (als operative Ebene der Privatautonomie) die Basis für die Durchführung der Entscheidungen im Sinne rechtlicher Instrumente (Steuerungsmechanismen) und bestimmt die inhaltliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen. Der Wettbewerb in seiner durch wettbewerbstheoretische Paradigmen und deren wettbewerbspolitische Umsetzung gefundene Ausprägung (siehe hierzu im Detail Kapitel 3 D. II. 4.), bestimmt wiederum, wie die Relationsbeziehungen mehrerer Angebote und Nachfragen zueinander bewertet werden.

Damit der Binnenmarkt als Ziel der europäischen Integration (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV) und Instrument der Werte- und Wirtschaftsverfassung (Art. 26 AEUV) operativ via interne Politiken „verwirklicht“ werden kann und das „Funktionieren“ des transnationalen Tausches gewährleistet ist, sind das *Binnenmarktprinzip*³⁷⁸ und das *Wettbewerbsprinzip*³⁷⁹ als Bestandteile eines übergeordneten Integrationskonzeptes der transnationalen wirtschaftlichen Mobilität zu betrachten. Dieses Integrationskonzept wird als *Free Movement Konzept* bezeichnet (hierzu im Detail Kapitel 3 A. I.), welches in dem unionsrechtlichen Beschränkungsverbot als Prinzip der Werte- und Wirtschaftsverfassung seine objektiv-rechtliche Verkörperung findet.

b) *Schutzgegenstand/Kontrollgegenstand und Schutzobjekt/Kontrollmaßstab*

Entsprechend dem zuvor bei a) dargelegten funktionalen Ansatz der Untersuchung, mit einer funktionalen Definition von Markt (Tauschsystem) und Wettbewerb (Interaktionssystem) bestimmen die durch den Verfasser gebildeten Begriffspaare *Schutzgegenstand / Kontrollgegenstand* sowie *Schutzobjekt / Kontrollmaßstab* für den weiteren Gang der Darstellung die *systemisch-teleologische Verbindung* von Prinzip (objektives Recht) „unionsrechtliches Beschränkungsverbot“ und Grundfreiheiten (subjektives Recht)³⁸⁰ „grundfreiheitliches Beschränkungsverbot“. Hiermit korrespondiert die zweiseitige Struktur der Untersuchung, welche zwischen der Ebene der Prinzipienbildung (Erster Teil) und der Ebene der Anwendung (Zweiter Teil) unterscheidet, wie sogleich in Kapitel 2 bei der Darstellung zum Gang der Untersuchung näher erläutert wird.

³⁷⁸ Kapitel 3 D. I. Das Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand.

³⁷⁹ Kapitel 3 D. II. Das Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt.

³⁸⁰ Die Grundfreiheiten werden hierbei als Teilmenge (Funktionskreis) der Normqualität „subjektiv-rechtliche interne Politik des AEUV“ verstanden und ausgehend von einer wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung (Kapitel 4 B.) entsprechend ihrer Funktion in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung (Kapitel 4 C.) ausgelegt.

Abbildung-2: Die systemische Betrachtung des Beschränkungsverbotes. Hier: Systemisch-teleologische Korrelation von Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) und subjektivem Recht der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot).



© Marco Keser

Das *Binnenmarktprinzip* ist in diesem System als sog. *Schutzgegenstand* des „unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes“ zu definieren (Ebene des Prinzips)³⁸¹, welches als (Ober-)Prinzip der Werte- und Wirtschaftsverfassung das integrationspolitisch determinierte *Binnenmarktziel*, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV, in Funktion setzt. Der Binnenmarkt ist in seiner operativen Funktion als Tauschsystem zu institutionalisieren und jene für dessen Schutz erforderlichen Maßstäbe der Marktfreiheit und -gleichheit sind bezogen auf die „Verwirklichung“ und das „Funktionieren“ des Binnenmarktes zu konkretisieren, vgl. Art. 26 Abs. 1 AEUV. Das subjektive Recht (Ebene der Anwendung) hat den Schutzgegenstand des Prinzips durch den *Kontrollgegenstand* (transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt)³⁸² des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes operativ umzusetzen.

Parallel hierzu ist in diesem System das *Wettbewerbsprinzip* als *Schutzobjekt* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes zu bestimmen (Ebene des Prinzips).³⁸³ Denn der Wettbewerb „organisiert“ den Tausch von Angebot (Leistung) und Annahme (Gegenleistung) in dem Tauschsystem Binnenmarkt und ist somit als dessen „Objekt“ zu garantieren. Umzusetzen ist das Wettbewerbsprinzip über die aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung zu bestimmenden Maßstäbe der Wettbewerbsfreiheit und -gleichheit.

³⁸¹ Kapitel 3 D. I.

³⁸² Kapitel 6 A. I.

³⁸³ Kapitel 3 D. II.

Diese Maßstäbe sind wiederum über den *Kontrollmaßstab* des subjektiven Rechts³⁸⁴, also das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot, umzusetzen.

Methodisch zeigt sich hierin das *systemische Element* des functional economic approach, in dem gemäß einer normativ-ökonomischen Verknüpfung die Ebene der Regelbildung (das Prinzip) mit der Ebene der Anwendung (das operative Instrument, subjektives Recht) in Beziehung gesetzt wird. Diese Methode korreliert mit der systematisch-teleologischen Auslegung zur Struktur des Unionsrechts nach dem Vertrag von Lissabon.³⁸⁵ Denn gemäß der Normenkette von Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV i.V.m. dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb bestehen wechselseitige systematisch-teleologische Verbindungen von Werten, Zielen (EUV) und subjektiv-rechtlichen internen Politiken (AEUV), welche sich als Teleologie der Werte- und Zielidentität charakterisieren lassen.³⁸⁶

c) *Vertikale und horizontale Kontrolle von Macht (Marktverantwortung)*

Im Zusammenhang der funktionalen Betrachtung der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union, welche dem Grundtelos einer Begrenzung von Macht durch Freiheit und Gleichheit von Zuordnungen und Zuordnungswechsel betreffend wirtschaftliche Transaktionen folgt³⁸⁷, sowie gemäß der funktionalen Betrachtung von Binnenmarkt und Wettbewerb, ist betreffend die Funktionsbestimmung der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV im Zusammenhang der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten³⁸⁸ systemisch die Struktur einer Differenzierung zwischen einer vertikalen und einer horizontalen Ebene von Macht zu betrachten.

Die Kontrolle von Macht erfolgt im System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV einerseits über das Tatbestandsmerkmal der „Maßnahme“ (vertikale Machtkontrolle) für Handlungen auf der Basis von *Regelungs- und Durchsetzungsmacht* (Begriffsbildung in Anlehnung an *Stephan Wernicke*³⁸⁹) mit Wirkungen „auf“ den Markt. Andererseits über das Tatbestandsmerkmal des „Unternehmens“ (horizontale Machtkontrolle) für Handlungen „im“ Markt, auf der Basis von *Aktionsparametern*. Diese Aktionsparameter, welche der Entscheidung von Wirtschaftssubjekten und diesen bestimmende Entscheidungsgesetzmäßigkeiten³⁹⁰ unterliegen, korrespondieren mit typischen *Wettbewerbsformen* und für diese maßgeblichen *Wettbewerbsstrategien*, welche sich wiederum an den Bedingungen von Unternehmensressourcen sowie deren *Markt-*

³⁸⁴ Kapitel 6 A. II.

³⁸⁵ Kapitel 3 B. I.

³⁸⁶ Kapitel 3 B. III. Ziel gebundene Werte- und Wirtschaftsverfassung.

³⁸⁷ Kapitel 3 B. II. 1. und 2.

³⁸⁸ Kapitel 4. B.

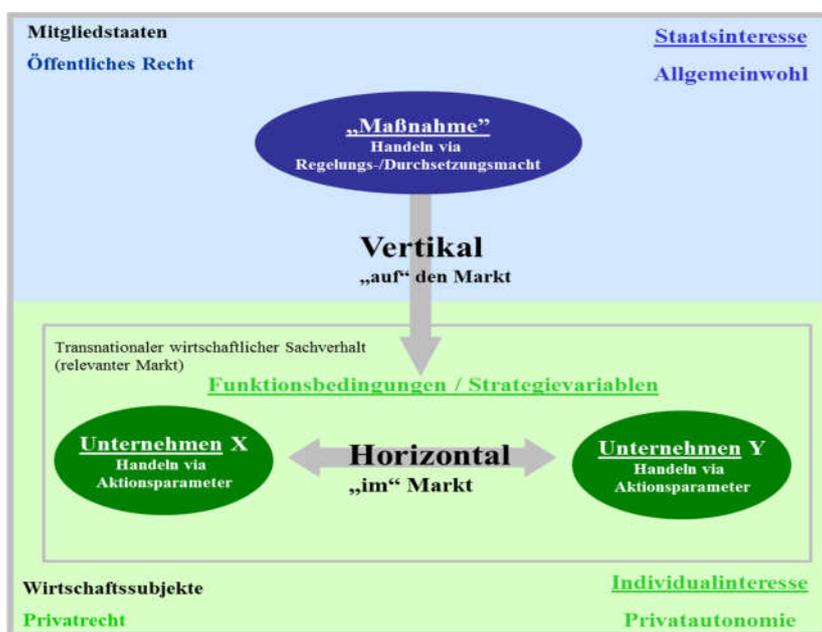
³⁸⁹ S. *Wernicke*, Privatwirkung (2002), dort im Zusammenhang der Ausführungen zur „Funktionsgerechtigkeit“, S. 253 ff., 255: „Es kommt nicht darauf an, sich durch das Merkmal der „Kollektivität“ staatlichen Normen gleichzusetzen, sondern entscheidend wird die inhaltliche Ausgestaltung des Merkmals der „Regelung“ sein. Schon die spürbare Beeinflussbarkeit oder Steuerung des Marktes streitet für die Bindung derer, die diese *Regelungsmacht* besitzen, und stellt diejenigen Privaten, durch deren Handeln keine vergleichbare Marktbeeinflussung zu gewärtigen ist, von einer Bindung frei.“ (Hervorhebung durch den Verf.).

³⁹⁰ Kapitel 6 A. II. 1. a) cc).

macht ausrichten. Das mögliche Verhalten „im“ Markt (transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt, relevanter Markt) wird durch hier so benannte *Funktionsbedingungen* und *Strategievariablen*, d.h. die Nutzung von Aktionsparametern für bestimmte Wettbewerbsstrategien bestimmt. Diese wettbewerbsökonomischen Variablen werden im Zusammenhang der Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in einer *wettbewerbsökonomischen Analysematrix* definiert und zusammengefasst.³⁹¹

Die Struktur der vertikalen und horizontalen Kontrolle von Macht ist in der nachfolgenden Abbildung in abstrahierter Form zusammenfassend dargestellt.

Abbildung-3: Vertikale und horizontale Kontrolle von Macht im System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV.



© Marco Keser

Die Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV³⁹² und das sich aus der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten³⁹³ ergebende *Gesamtsystem einer unionsrechtlichen Marktverantwortung*³⁹⁴ betreffend die Wirkungen von Macht, offenbart die für das Unionsrecht nach Lissabon charakteristische Koppelung von rechtlich und ökonomisch begründeter Verantwortung hoheitlicher und privater Rechtssubjekte.

³⁹¹ Kapitel 4 B. I.

³⁹² Kapitel 3 B. III und Kapitel 4 A.

³⁹³ Kapitel 4 B.

³⁹⁴ Kapitel 4 C.

Dies Verantwortung bezieht sich auf die *Marktstruktur* (also die Funktionsbedingungen)³⁹⁵ und die Verantwortung für das Wirken von Handlungen (vertikal als Maßnahme „auf“ den Markt oder horizontal als Unternehmen „im“ Markt) auf das strategische *Marktverhalten* (also die Strategievariablen) von Wirtschaftssubjekten, insbesondere auf deren Wettbewerbsstrategien für den Marktzutritt (in einen Zielmarkt) und/oder für den Marktaustritt (aus dem Ausgangsmarkt).

Bei der Grundlegung auf der Anwendungsebene (Zweiter Teil) ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Verbote der Wettbewerbsregeln das *horizontale Verhältnis* von (funktional definierten) Unternehmen zueinander betreffen („B2B“), also die wechselseitige Begrenzung von Privatautonomie, und zwar bzgl. kooperativen Verhaltens via Art. 101 AEUV, bzgl. „(Macht-)Position“ im Markt via Art. 102 AEUV und bei Art. 107 AEUV betreffend den Subventionswettbewerb. Demgegenüber betreffen die Verbote der Grundfreiheiten, wie oben unter B. I. 3. bei der Interessen-Trias aufgezeigt, das *vertikale Verhältnis* von Wirtschaftssubjekten zu Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht (Mitgliedstaaten, Union und ggf. Private soweit diese eine vergleichbare Macht innehaben). Diese Unterscheidung von *vertikaler und horizontaler Machtkontrolle* sowie die daraus jeweils folgende Marktverantwortung ist prägend für den hier vorgestellten functional economic approach, und damit für das Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung³⁹⁶ und die normativ-wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote.³⁹⁷

³⁹⁵ Zuletzt hat das EuG in der bedeutenden Intel-Entscheidung, EuGH *Intel* (T-286/09, EU:T:2014:547), die herausragende Bedeutung der Marktstrukturkontrolle und die damit korrespondierende Verantwortung von Unternehmen für die Wirkungen ihres Verhaltens auf die Marktstruktur herausgearbeitet. Siehe hierzu die komprimierte Auswertung von S. Wernicke, Das Intel-Urteil – ein Lehrstück dogmatischer Kontinuität, EuZW 2015, S. 19 ff. 21/22.

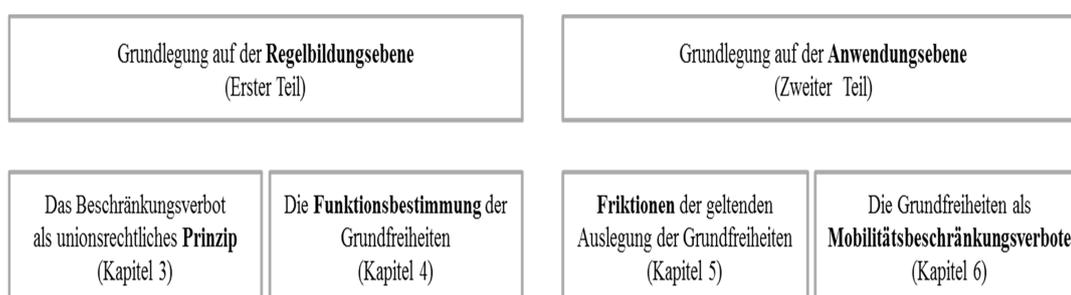
³⁹⁶ Kapitel 4 C.

³⁹⁷ Kapitel 6.

Kapitel 2: Struktur und Gang der Untersuchung

Das Werk gliedert sich, entsprechend des Untersuchungsprogramms zur Begründung des Beschränkungsverbot als objektiv-rechtliches Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) sowie zur Konzeptionierung der subjektiv-rechtlichen Umsetzung desselbigen via Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot), in zwei Ebenen, und zwar in eine *Grundlegung auf der Regelbildungsebene* (Erster Teil) und eine *Grundlegung auf der Anwendungsebene* (Zweiter Teil).³⁹⁸

Abbildung-4: Die Struktur der Untersuchung.



Im Einzelnen stellt sich der Gang der Untersuchung wie folgt dar:

Ausgehend von dem Anlass, Ziel und Rahmen der Untersuchung³⁹⁹, wird im Ersten Teil (Grundlegung auf der Regelbildungsebene) das *Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip* begründet (Erster Teil, Kapitel 3).

Zur Fundierung des Vorgehens einer Prinzipienherleitung aus der Verfasstheit der Union (Kapitel 3 A.) beginnt die Untersuchung mit einer Darstellung des vorliegend so benannten Free Movement-Konzepts als politisch-ökonomischer Bezugsgegenstand des Prinzips sowie der methodischen Eckpunkte der Prinzipienbildung und Auslegung. Daran anschließend (Kapitel 3 B.) wird eine Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV) systematisch-teleologisch betrachtet und eine funktionale Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union herausgearbeitet. Hiervon ausgehend lassen sich Maßstäbe der Werteverfassung (Kapitel 3 C.), Maßstäbe der Wirtschaftsverfassung (Kapitel 3 D.) sowie Maßstäbe aus der EuGH-Rechtsprechung zu den subjektiv-rechtlichen Beschränkungsverboten der internen Politiken des AEUV (Kapitel 3 E.) in ihrer prinzipiellen Dimension bestimmen. Das unionsrechtliche Beschränkungsverbot umfasst als Prinzip nach der hier vorgestellten Konzeption die objektiv-rechtlichen Maßstäbe (Kapitel 3 F.) der *Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit* sowie der *Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit*, wobei diese Maßstäbe mit dem Free Movement-Konzept als Bezugsgegenstand für die

³⁹⁸ Zur methodischen Unterscheidung von Regelbildungs- und Anwendungsgebiete bei der interdisziplinären Anwendung von Recht und Ökonomie siehe P. Behrens, a.a.O. (1986), S. 215/216.

³⁹⁹ Siehe zuvor Kapitel 1.

operative Ebene in ein *transnationales Mobilitätsfreiheits- und Mobilitätsgleichheitsrecht* münden. Im Ergebnis (Kapitel 3 G.) wird das unionsrechtliche Beschränkungsverbot als Prinzip zusammenfassend formuliert.

Im Anschluss an die Prinzipienherleitung erfolgt eine *Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten* (Erster Teil, Kapitel 4) in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV. Die Ausführungen beginnen (Kapitel 4 A.) mit einer Darstellung zu den Verbindungslinien von Prinzip und subjektivem Recht. Gemäß einer *Teleologie der Werte- und Zielidentität* (A.) der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV⁴⁰⁰, welche das dogmatische Fundament für eine einheitliche Betrachtung von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln bildet, zeigt sich die systemische „Scharnierfunktion“ von Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) und subjektivem Recht (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot), und zwar in der Korrelation von Schutzgegenstand / Schutzobjekt (Prinzip) und Kontrollgegenstand / Kontrollmaßstab (subjektives Recht).⁴⁰¹ Hiervon ausgehend wird sodann in einem zweiten Schritt (Kapitel 4 B.) eine *Teleologie funktionaler Komplementärverhältnisse* von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln begründet. Einem European Law & Economics-Ansatz (functional economic approach) folgend wird hierbei, mittels einer aus diesem Ansatz abgeleiteten Methode der so benannten Konnexität und der Zugrundelegung einer *wettbewerbsökonomischen Analysematrix*, eine normativ-wettbewerbsökonomisch determinierte *Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten* vorgenommen. Im Wege einer funktionsabgrenzenden Funktionsbestimmung der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV nach typisierten Wettbewerbsformen erfolgt, über eine Analyse von Funktionszusammenhängen, hierbei die Begründung eines *funktionalen Kontrollgegenstandes* der Grundfreiheiten, sowie über eine Abgrenzung von vertikaler und horizontaler Machtkontrolle, die Begründung eines *funktionalen Maßnahmenbegriffs*. Daraus lassen sich normativ-wettbewerbsökonomisch abgrenzend drei *Funktionskreise* einer vertikalen/horizontalen Machtkontrolle von Grundfreiheiten, Wettbewerbs- und Warenmarktregeln definieren. Im Ergebnis resultiert daraus ein *Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung* (Kapitel 4 C.), aus dem Konsequenzen für eine Dogmatik der Grundfreiheiten als Marktverantwortungsrecht folgen. Diese Dogmatik charakterisiert maßgeblich das „Anders Sein“ der Grundfreiheiten im Sinne der eingangs zitierten Formulierung von *Thorsten Kingreen*.⁴⁰² Mit dieser Funktionsbestimmung wird ein theoretisch-konzeptioneller Rahmen für die Konkretisierung des Beschränkungsverbotes der Grundfreiheiten in ihrer Marktzugangsfunktion vorgestellt.

⁴⁰⁰ Diese Teleologie folgt der in Kapitel 3 B. II. dargelegten funktionalen Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung, resultierend aus der Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV).

⁴⁰¹ Wie bereits dem Grunde nach einleitend in Kapitel 1 B. III. 2. b) zur Methode dargelegt.

⁴⁰² Siehe das Zitat von *Thorsten Kingreen* in der Einleitung.

In dem Zweiten Teil der Untersuchung (Grundlegung auf der Anwendungsebene) wird, ausgehend von den Ergebnissen des Ersten Teils der Untersuchung, eine prinzipiengeleitete und normativ-wettbewerbsökonomisch fundierte (Neu-)Konzeption der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) vorgestellt.

Dieser Teil beginnt mit einer Analyse zu den *Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten* (Erster Teil, Kapitel 5). Ausgehend von einer Analyse zu dem Kernproblem der systemisch bedingt relativ unbestimmten Kontrolldichte der Grundfreiheiten (Kapitel 5 A.), der eine Darlegung zu den Problemursachen (Kapitel 5 B.) folgt, werden sodann die einleitend in zehn Problembereichen systematisierten *dogmatisch-konzeptionellen Friktionen* der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten⁴⁰³ im Detail analysiert (Kapitel 5 C.). Dabei werden die Strukturmerkmale des Tatbestandes, der Rechtfertigung und der Abwägung jeweils in ihrer dogmatischen Konzeption dargestellt, den Konzeptionen (konvergenter) Strukturmerkmale bei den Wettbewerbsregeln gegenüber gestellt und in einem dogmatischen Befund zusammengefasst. Letzterer dient zusammengefasst (Kapitel 5 D.) als Grundlage, im Sinne eines Befundes zum Status quo, für die (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten.

Eine Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (Zweiter Teil, Kapitel 6) erfolgt zur adäquaten subjektiv-rechtlichen Umsetzung des in Kapitel 3 begründeten unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes (Prinzip), gemäß der Funktion der Grundfreiheiten in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung. Mit einer „Ökonomisierung“ des Tatbestandes gemäß dem *functional economic approach* (Kapitel 6 A.) werden für den Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten eine *funktionale Maßnahmenqualifikation* und für den Kontrollmaßstab, ausgehend von einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der geltenden EuGH-Rechtsprechung mit einer Verknüpfung von rechtlichen Maßstäben und wettbewerbsökonomischen Variablen, die operativen Maßstäbe des Prinzips, also die transnationale Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit, für die Ebene des subjektiven Rechts der Grundfreiheiten definiert. Für die konkrete Prüfung einer Mobilitätsbeschränkung werden dabei vier Subsumtionskriterien hergeleitet (Strategierelevanz, Selektivität, Spezifität, Zurechnung) und für die Rechtsanwendung inhaltlich definiert. Daran anschließend erfolgen mit einer Begründung zur Auflösung der bisherigen Rechtfertigungsebene (Kapitel 6 B.) eine Aufwertung und „Werte fundierte Ökonomisierung“ der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Kapitel 6 C.). Unter Berücksichtigung der Korrelation von Kontrollgegenstand/Kontrollmaßstab (Ebene des Tatbestandes) und Abwägung (Ebene der Verhältnismäßigkeit), werden mit einer Neujustierung der Abwägungsmaßstäbe bei der „Geeignetheit“ (Zielerreichungsmöglichkeit), „Erforderlichkeit“ (Zielerreichungsvergleich) und der „Angemessenheit“ (Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich) i.w.S. Werte und wettbewerbsökonomisch fundierte, normativ-ökonomische Abwägungsmaßstäbe sowie eine Kosten-Nutzen-Analyse (i.S.e. „normativen Effizienz“) implementiert.

⁴⁰³ Kapitel I A. II. 1. a) bis j).

Im Ergebnis (Kapitel 6 D.) resultiert hieraus ein „Zwei-Stufen-Test“ mit einer konsequent funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierten Prüfungsstruktur für die Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote.

Die Untersuchung endet mit einer Schlussbetrachtung sowie einer Zusammenfassung zu deren wesentlichen Ergebnissen.

Erster Teil: Grundlegung auf der Regelbildungsebene

Den Ersten Teil der Untersuchung bildet eine Grundlegung auf der Regelbildungsebene, welche die Begründung des Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip (Kapitel 3) sowie eine daran anschließende Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten (Kapitel 4) umfasst.

Kapitel 3: Das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip

Die nachfolgenden Ausführungen gehen von der einleitend formulierten These aus, dass sich das Beschränkungsverbot als ein aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union abzuleitendes Prinzip *unionsrechtliches Beschränkungsverbot* begründen lässt, dessen objektiv-rechtlichen Maßstäbe via das System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV „operativ“ umzusetzen sind. Für die Prinzipienherleitung ist erforderlich, den *Bezugsgegenstand* und den *normativen Bezugspunkt* (den systematisch-teleologischen „Rahmen“) des Prinzips zu klären, um daran anschließend die für den Gegenstand des Prinzips bestimmenden *Maßstäbe* aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung sowie aus der Rechtsprechung des EuGH zu eruieren, welche in ihrer Gesamtheit den *Inhalt* des Prinzips bilden.

Dementsprechend wird nachfolgend für die Prinzipienherleitung aus der Verfasstheit der Union (A.) in einem ersten Schritt das bereits einleitend in Bezug genommene *Free Movement-Konzept* als (integrations-)politisch-ökonomischer Bezugsgegenstand für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot begründet (A. I.) und der Rahmen der funktionalen Prinzipienbildung und Auslegung dargestellt (A. II.). Im Anschluss daran (B.) wird in einem zweiten Schritt die das Unionsrecht von EUV und AEUV bestimmende *Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV)* als normativer Bezugspunkt der Prinzipienbildung erfasst (B. I.). Hierbei wird die aus der systematisch-teleologischen Strukturanalyse folgende und hier so benannte funktional Ziel gebundene Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung erfasst (B. II.). Sodann werden in einem dritten Schritt die für das Free Movement-Konzept bestimmenden prinzipiellen Maßstäbe aus der „Verfasstheit“ der Union eruiert, wofür zunächst diejenigen Maßstäbe aus der *Werte- und Wirtschaftsverfassung* (C.) herangezogen werden, welche grundlegend für das Verständnis des Wirtschaftsintegrationsrechts der Union sind, wie namentlich das Unionsprinzip (C. I.) und das Prinzip der funktionalen Integration (C. II.). Daran anschließend werden die „Werte-Maßstäbe“ der Freiheit und Gleichheit im Kontext der Gerechtigkeit in deren Koppelung mit der dem Binnenmarktprozess zugrundeliegenden Wettbewerbsökonomik abgebildet (C. III.) und im Ergebnis zusammenfassend als Maßstab der Werte fundierten Integrationsfreiheit/Integrationsgleichheit formuliert (C. IV.). In einem vierten Schritt werden aus der *Wirtschaftsverfassung* (D.) das Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand (D. I.) und das Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt (D. II.) für das unionsrechtliche Beschränkungsverbot bestimmt (D. III.). Darauf folgend (E.) sind in einem fünften Schritt die aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Wettbewerbsregeln (E. I.), zu den Grundfreiheiten (E. II.) und zu den

Warenmarktregeln (E. III.) als Beschränkungsverbote prinzipiell abzuleitenden Maßstäbe der Marktstruktur- und Marktverhaltenskontrolle dargestellt (E. IV.). Die Gesamtheit der vorgenannten Maßstäbe aggregiert schließlich als Inhalt des Prinzips (F.). Im Ergebnis wird das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) formuliert (G.).

A. Prinzipienherleitung aus der Verfasstheit der Union

Für jede verfasste Organisationseinheit, sei diese staatlicher, sub-staatlicher oder zwischenstaatlicher/supranationaler Natur, wie die Europäische Union, lassen sich Grundsätze bzw. Prinzipien identifizieren⁴⁰⁴, welche deren „Verfasstheit“ prägen. Im Unionsrecht sind dies unter anderem der Verfassungsgrundsatz der Unionstreue und die spezifischen Charakteristika der Europäischen Unionsstruktur.⁴⁰⁵ Das europäische Wirtschaftsintegrationsrecht⁴⁰⁶ als Wirtschaftsverfassungsrecht⁴⁰⁷ bzw. Wirtschaftsordnungsrecht⁴⁰⁸, im Sinne der Summe jener auf die Wirtschaft bzw. den Binnenmarkt bezogenen Normen des Primärrechts, prägt eine dem Unionsrecht eigene „Integrationsphilosophie“, welche auf einer Kombination integrationstheoretischer Ansätze⁴⁰⁹, integrationspolitischer Programme⁴¹⁰ sowie ökonomischer Paradigmen beruht, welche sich in grundlegenden (EUV) sowie operativen Normen (AEUV) ausdrücken.⁴¹¹

Die mit dem Vertrag von Lissabon neu geschaffene Symmetrie einer Werte- und Wirtschaftsverfassung erfordert die seit jeher aus der europäischen Wirtschaftsverfassung (nach dem Recht der EWG und der EG) gezogenen Prinzipien, Grundsätze und Maßstäbe im Lichte ihrer veränderten Wertebezogenheit neu zu ordnen und in ihren Interdependenzen von Integrationspolitik, Ökonomik und Recht zu definieren. Damit ist für die Prinzipienbildung zuvorderst die für das Unionsrecht charakteristische Interde-

⁴⁰⁴ Die Terminologie ist indessen nicht einheitlich, siehe hierzu *J. P. Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.) *EnzEuR Band 1, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, § 7 Prinzipienordnung der Europäischen Union, S. 331, Rn. 1 f.

⁴⁰⁵ *T. Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht Handbuch* (2010), § 7, S. 286, Rn. 1.

⁴⁰⁶ Dieser Begriff betont den funktionalen sowie prozessbezogenen Aspekt, wie dieser von *Bela Balassa* dargelegt wurde, vgl. *B. Balassa*, *The Theory of Economic Integration* (1961/2011), Chapter 1, S. 1 „We propose to define economic integration as a process and as a state of affairs“, und Chapter 4, S. 80 ff. „Factor Movements“.

⁴⁰⁷ Grundlegend *A. Hatje*, *Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 810 ff.

⁴⁰⁸ So *P.-C. Müller Graff*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR Band 4* (2015), § 1 *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht: Das System*, S. 58, Rn. 1 ff.

⁴⁰⁹ *C. Alder*, *Koordination und Integration als Rechtsprinzipien* (1969); *P. Behrens*, *Integrationstheorie – Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung*, *RabelsZ* 1981, S. 8 ff.

⁴¹⁰ *Marshall Plan, Schumann Plan, Einheitliche Europäische Akte usw.*, dazu *A. Hatje/S. von Förster*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR Band 1* (2014), § 6 *Historische Entwicklung der Europäischen Union*, Rn. 15 ff.

⁴¹¹ Siehe zur Integration als Leitmotiv der Europäischen Gemeinschaft mit den maßgeblichen ökonomischen Implikationen und Integrationsstufen zusammenfassend *Schütz/Bruha/König*, *Europarecht* (2004), S. 1 ff.

pendenz von Ökonomie und Recht in den systematisch-teleologischen Zusammenhängen von grundlegenden Werten (Werteverfassung) und wirtschaftsbezogenen Zielen der Union (Wirtschaftsverfassung) über eine Prinzipienherleitung zu erfassen. Wenngleich also das Recht den Hauptgegenstand der Untersuchung bildet, so ist doch jene dem Recht zugrundeliegende Ökonomik als systemisch-konzeptioneller Fixpunkt an den Beginn der Prinzipienbildung und Auslegung zu stellen.

In diesem ersten Abschnitt zur Prinzipienherleitung aus der Verfasstheit der Union ist daher zunächst die aus ökonomischer Sicht zentrale Konzeption zur Verwirklichung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität als grundlegende Bedingung zur Verwirklichung des Binnenmarktziels zu definieren, d.h. das hier so benannte *Free Movement-Konzept* (I.). Daran anschließend ist die der Untersuchung zugrundeliegende Methode einer funktionalen Prinzipienbildung und Auslegung näher zu begründen (II.). Schließlich werden die für den weiteren Gang der Untersuchung maßgeblichen methodischen Voraussetzungen zusammengefasst (III.).

I. Das politisch-ökonomisch fundierte Free Movement-Konzept

Gemäß einer systemischen Betrachtung gründet die Verfasstheit der Union in ihren marktbezogenen Gehalten auf dem hier so benannten *Free Movement-Konzept*. Dieses Konzept umfasst die Summe der integrationspolitischen Motive für ein vertragsautonomes Marktintegrationsrecht (1.), das klassisch ökonomisch begründete Paradigma der Faktormobilität in seinen Ausprägungen der Außenwirtschaftstheorie (2.) sowie die vertragsautonomen wettbewerbstheoretischen Grundlagen (3.), welche einen „market access approach“ im Sinne eines „Rechts auf Zugang zum Markt“ (4.) umfassen. Das Free Movement-Konzept definiert somit den Kern der „funktionalen Transnationalität“ des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens als Prinzip (5.).

1. Integrationspolitik: Von der OEEC zur EWG bis zu Lissabon

Um die funktional transnationalen Grundlagen des heutigen Unionsrechts zu definieren ist es notwendig den geschichtlichen Zusammenhang und die sich aus ihm ergebenden politischen Motive im Spiegel der Entwicklungen vor und nach dem Zweiten Weltkrieg⁴¹² in die Prinzipienexegese einzubeziehen.

In der Darstellung von *Guido Thiemeyer* zur Geschichte der europäischen Integration⁴¹³ werden vier Motive und Antriebskräfte der Europäischen Integration aufgezeigt: das Friedensmotiv⁴¹⁴, das Bemühen um Selbstbehauptung in der Welt, die nationale Selbstbehauptung und die Integration an sich. Das Motiv der Selbstbehauptung in der Welt wird wiederum in drei Teilkomponenten aufgeteilt, eine politische, eine ökonomi-

⁴¹² Im Überblick *R. Baldwin/C. Wyplosz*, *The Economics of European Integration* (2015), S. 3 ff.

⁴¹³ *G. Thiemeyer*, *Europäische Integration, Motive-Prozesse-Strukturen* (2010), S. 71 ff.

⁴¹⁴ *H.-J. Seeler*, *Geschichte und Politik der Europäischen Integration* (2008), S. 13 ff. „Europa - ein uralter Traum vom Frieden.“

sche und eine ideologische.⁴¹⁵ Entscheidend für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist das ökonomische Motiv, welches darauf abzielt, die nationalen Wirtschaftsräume in Europa zusammenzuführen.⁴¹⁶

Einen Blick vor diese Zeit, nämlich auf die Vorstellungen im 18. Jahrhundert zur „Idee Europa“, gewährt die Darstellung bei *Armin Hatje* und *Stine von Förster*. Danach bestand bereits vor dieser Ära die Erkenntnis zur Notwendigkeit einer Frieden stiftenden Machtbalance⁴¹⁷, die dementsprechend in verschiedene Verfassungsentwürfe mündete, wie etwa in das Modell eines ständigen Bündnisses von Fürsten („Mémoire pour rendre la paix perpétuelle en Europe“ von *Abbé de Saint Pierre*). In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde sodann erkennbar, dass angesichts einer Internationalisierung der Wirtschaft eine grenzüberschreitende Kooperation erforderlich ist.⁴¹⁸ Am Anfang des 20. Jahrhunderts stehen Vorstellungen von Völkerbünden, wie das Memorandum des französischen Außenministers Briand („regime d`union fédérale européenne“) und das Modell der „Vereinigten Staaten von Europa“ der Paneuropäische Bewegung im Vordergrund⁴¹⁹, die sich im Ergebnis aber nicht durchsetzen konnten. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde sodann die Stabilisierung der Machtverhältnisse in Europa unter dem Eindruck zweier Weltkriege und der Weltwirtschaftskrise unverzichtbar. Insbesondere der *Marshallplan* bzw. das „European Recovery Program“⁴²⁰ verpflichtete die europäischen Staaten zu einer Zusammenarbeit, denn die Finanzmittel für den Aufbau konnte ein Staat nur dann empfangen, wenn er sich aktiv an dem gemeinsamen Wirtschaftsraum beteiligte. Organisiert wurde das Programm mit der im April 1948 gegründeten *Organization for European Economic Cooperation (OEEC)*, welche 1961 zur OECD wurde.

Nachfolgend schlug 1950 der französische Außenminister *Robert Schumann* mit dem „Schumann-Plan“ vor, eine überstaatliche Gemeinschaft in den Bereichen Kohle und Stahl zu bilden. Im Ergebnis wurde die *Europäische Gemeinschaft für Kohle und*

⁴¹⁵ *G. Thiemeyer*, ebd. S. 112 ff.

⁴¹⁶ *G. Thiemeyer*, ebd. S. 113/114. Hier wird betont, dass hinsichtlich der ökonomischen Teilkomponente zu sehen sei, dass Europa bis 1914 mit Großbritannien an der Spitze (Finanzzentrum London) als wirtschaftliches Zentrum der Welt agierte, sodann aber die Vereinigten Staaten von Amerika mit dem Dollar als Leitwährung im weltweiten Bretton Woods Währungssystem zur größten Wirtschaftsmacht der Welt avancierten.

⁴¹⁷ *Immanuel Kant* hatte hierzu den Gedanken eines i.w.S. Frieden stiftenden Völkerbundes entwickelt, vgl. *I. Kant*, *Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf* (1795/2016), S. 15 „Zweiter Definitivartikel zum ewigen Frieden. Das Völkerrecht soll auf einen Föderalismus freier Staaten gegründet sein. Völker, als Staaten, können wie einzelne Menschen beurteilt werden, die sich in ihrem Naturzustande (d.i. in der Unabhängigkeit von äußern Gesetzen) schon durch ihr Nebeneinandersein lädieren, und deren jeder, um seiner Sicherheit willen, von dem andern fordern kann und soll, mit ihm in eine, der bürgerlichen ähnliche, Verfassung zu treten, wo jedem sein Recht gesichert werden kann. Dies wäre ein Völkerbund, der aber gleichwohl kein Völkerstaat sein müßte.“

⁴¹⁸ *A. Hatje/S. von Förster*, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *EnzEuR* Band 1 (2014), § 6, Rn. 2-5.

⁴¹⁹ *A. Hatje/S. von Förster*, ebd. (2014), § 6, Rn. 7-9.

⁴²⁰ US-Außenminister *Henry Marshall* erkannte, dass ohne einen Wiederaufbau Europas und die Herichtung von wirtschaftlichen Infrastrukturen auch die USA Schaden nähme, da Europa ein wichtiger Absatzmarkt sein würde. Der Marshallplan wurde am 5. Juni 1947 vorgestellt und trat am 3. April 1948 in Kraft, vgl. *A. Hatje/S. von Förster*, ebd. § 6, Rn. 15/16.

Stahl (EGKS) als erste supranationale Organisation in Europa gebildet.⁴²¹ Die Vorstellung bestand darin, dass kooperierende und wirtschaftlich miteinander verflochtene Staaten auftretende Konflikte friedlich, d.h. ohne Gewalt lösen würden.⁴²² Schließlich wurde mit den Römischen Verträgen und der Gründung der *Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG)* 1957 die (supranational-)rechtliche Basis für transnationale wirtschaftliche Mobilität in Europa durch die Vertragsbestimmungen über einen „Gemeinsamen Markt“ geschaffen.⁴²³ Mit der Abschaffung von Binnenzöllen (01.07.1968) und einem Gemeinsamen Zolltarif war Protektionismus durch tarifäre Maßnahmen in der Gemeinschaft sanktioniert, wie auch die Kodifikation der heute sog. „Grundfreiheiten“ die Sanktion von nicht-tarifärem Protektionismus vorsah.⁴²⁴

Wenngleich mit den nachfolgenden Vertragsänderungen des EWG-Vertrages (Maastricht, Amsterdam, Nizza, Lissabon) die rechtliche Architektur der Verträge im Laufe der Zeit durchaus erheblich verändert wurde, ist der *Grundtelos* der Normen, welcher sich auf die *transnationale wirtschaftliche Mobilität* (Free Movement) bzw. deren ökonomischen Voraussetzungen⁴²⁵ bezieht, im Wesentlichen unverändert, da dieser weiterhin, insbesondere auch in der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon, auf dem vorgenannten *historisch-politischen Kontext* fußt.⁴²⁶ Dies belegt im Übrigen eindrucksvoll und unmissverständlich auch der Wortlaut der Präambeln zum EUV und AEUV, der auf diese „Tradition“ bzw. „Wurzeln“ rekurriert:

SCHÖPFEND aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen *Erbe Europas*, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen sowie Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als *universelle Werte* entwickelt haben“. (Präambel EUV, Absatz 1). (Hervorhebungen durch den Verf.).

IN DEM FESTEN WILLEN, im Rahmen der *Verwirklichung des Binnenmarktes* sowie der Stärkung des Zusammenhalts und des Umweltschutzes den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Völker zu fördern und Politiken zu verfolgen, die gewährleisten, daß *Fortschritte bei der wirtschaftlichen Integration mit parallelen Fort-*

⁴²¹ Die EGKS wurde gegründet durch den Vertrag von Paris am 18.04.1951 und trat am 23.07.1952 in Kraft.

⁴²² A. Hatje/S von Förster, ebd. (2014), § 6, Rn. 23.

⁴²³ In der Reflexion H. von der Groeben, *Aufbaujahre der Europäischen Gemeinschaft: Das Ringen um den Gemeinsamen Markt und die Politische Union (1958-1966)* (1982) passim.

⁴²⁴ Damals waren die Grundfreiheiten freilich noch nicht als subjektive Rechte ausgestaltet. Eine subjektiv-rechtliche Funktion (im Sinne des Verständnisses der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht) erlangten diese erst durch die Rechtsprechung des EuGH zur sog. unmittelbaren Anwendbarkeit, siehe *Schütz/Bruha/König*, *Europarecht* (2004), § 3, S. 75/76 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁴²⁵ Vgl. R. Baldwin/C. Wyplosz, *The Economics of European Integration* (2015), S. 44 ff. (Economic Integration in the EU) “This section reviews economic integration in today’s European Union, organizing the main features according to the logic of a unified economic area”, S. 97 ff. (The Microeconomics of European Integration).

⁴²⁶ So im Ergebnis einer Bewertung zu den Änderungsimpulsen des Vertrags von Lissabon auch Peter-Christian Müller Graff, *Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Profil der EU nach Lissabon*, in: U. Fastenrath/C. Nowak (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag* (2009), S. 185: „Das innere rechtsnormative Uhrwerk für Rechtsanwendung und Rechtspolitik bleibt jedoch im Kern intakt“.

schritten auf anderen Gebieten einhergehen. (Präambel EUV, Absatz 8). (Hervorhebungen durch den Verf.).

IN DEM FESTEN WILLEN, die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker zu schaffen. (Präambel AEUV, Absatz 1).

ENTSCHLOSSEN, durch gemeinsames Handeln den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Staaten zu sichern, indem sie *die Europa trennenden Schranken beseitigen.* (Präambel AEUV, Absatz 2). (Hervorhebung durch den Verf.).

IN DER ERKENNTNIS, dass *zur Beseitigung der bestehenden Hindernisse* ein einverständliches Vorgehen erforderlich ist, um eine *beständige Wirtschaftsausweitung*, einen ausgewogenen Handelsverkehr und einen *redlichen Wettbewerb* zu gewährleisten. (Präambel AEUV, Absatz 4). (Hervorhebungen durch den Verf.).

IN DEM WUNSCH, durch eine gemeinsame Handelspolitik zur fortschreitenden *Beseitigung der Beschränkungen im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr* beizutragen. (Präambel AEUV, Absatz 6). (Hervorhebungen durch den Verf.).

ENTSCHLOSSEN, *durch diesen Zusammenschluss ihrer Wirtschaftskräfte Frieden und Freiheit zu wahren und zu festigen*, und mit der Aufforderung an die anderen Völker Europas, die sich zu dem gleichen hohen Ziel bekennen, sich diesen Bestrebungen anzuschließen. (Präambel AEUV, Absatz 8). (Hervorhebungen durch den Verf.).

Gemäß diesem in den vorgenannten Absätzen der Präambeln von EUV/AEUV zum Ausdruck kommenden historischen und politischen Kontext lag dem supranationalen Wirtschaftsintegrationsrecht der Union bereits im Ursprung, d.h. seit der Kodifikation von Zollverboten, Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln in den Römischen Verträgen (1957), ein friedenspolitisch, integrationspolitisch⁴²⁷ und ökonomisch bzw. wirtschaftswissenschaftlich⁴²⁸ motiviertes Konzept einer durch rechtliche Normen – in der Funktion von Wirtschaftsintegrationsrecht – garantierten *markt- und wettbewerbsbezogenen Mobilität* mit dem Ziel einer freien Zirkulation von Produkten und Produktionsfaktoren (zu i.w.S. geringeren Transaktionskosten) zugrunde.⁴²⁹

⁴²⁷ Nach der Theorie einer „Integration durch Recht“, vgl. A. Grimm/C. Jakobeit, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEuR Band 1 (2014), § 2 Die Integrationstheoretischen Grundlagen des Europarechts, Rn. 39/40 unter Hinweis auf die von Cappelletti, Seccombe und Weiler am European University Institute Florenz herausgegebene Reihe „Integration through law“.

⁴²⁸ Zu den Grundlagen siehe T. Eger/H. J. Wagener, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEuR Band 1 (2014), § 3 Die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der europäischen Integration, S. 113 ff.

⁴²⁹ T. Eger/H. J. Wagener, in: ebd. (2014), Rn. 1: „Wirtschaftssubjekte [sind] sowohl räumlich, als auch politisch, sozial und kulturell voneinander getrennt. Räumliche Entfernung verursacht unmittelbar Handelskosten, vor allem Transportkosten, die den Warenaustausch einschränken. Die Organisation des Tausches ruft darüber hinaus einen weiteren Reibungsfaktor hervor, die *Transaktionskosten*, zuweilen auch Betriebskosten des Wirtschaftssystems genannt. Hierbei handelt es sich insb. um die Kosten Vertragspartner zu finden sowie Verträge auszuhandeln, aufzusetzen und durchzusetzen. Derartige Kosten fallen grundsätzlich im Wirtschaftsverkehr an. Doch erhöhen sie sich bei einem Austausch über politische, rechtliche oder kulturelle Grenzen. [...] Unter *ökonomischer Integration* versteht man im weitesten Sinne die Reduzierung oder Aufhebung der natürlichen, rechtlichen und

Gert Nicolaysen hat dies wie folgt formuliert:

„Der europäischen Integration liegt ein anderes *Konzept* zugrunde. [...] So stand am Anfang die Wirtschaftsintegration. Sie hat sich, stetig fortschreitend, als Motor der europäischen Einigung bewährt, zunächst in der Erkenntnis der gemeinsamen Aufgabe, die Folgen des Krieges zu überwinden, dann vor allem wegen der Vorteile des größeren Wirtschaftsraums in der modernen Ökonomie, der besonderen Anforderungen fortgeschrittener Technologien, die in engem nationalen Rahmen nicht mehr zu bewältigen waren. [...] Im weltweiten wirtschaftlichen Wettbewerb würden die europäischen Staaten einzeln künftig kaum noch bestehen können; die ‚Globalisierung‘ hat dieses Argument später nachdrücklich bestätigt. [...] Alle politischen und wirtschaftlichen Gründe zusammen tragen die europäische Integration auf Dauer; es gibt dazu keine Alternative. [...] *Das Konzept, das die Gründer der Gemeinschaften in den Verträgen entwarfen, erwies sich rechtlich, politisch und wirtschaftlich als eine der bedeutendsten Innovationen der neueren Geschichte*, weit über traditionelle Allianzen und Bünde und klassische Verträge hinausgehend. Sie schufen [...] eine neuartige, eigenständige Rechtsordnung [...].⁴³⁰ (Hervorhebung durch den Verf.).

Julio Baquero Cruz hat diese Zusammenhänge mit seinen Gedanken zu einem „Operational Concept of Constitution“ unmittelbar mit dem Free Movement-Konzept verknüpft und dies wie folgt ausgedrückt:

„An important part of the specific responses that European Integration has given to unresolved problems of the European public order may perhaps be found in the new *supranational economic constitutionalism, based on economic integration through the principles of free movement and competition.*“⁴³¹ (Hervorhebung durch den Verf.).

Semantisch spiegelt sich das *Free Movement-Konzept* deutlich in den Vertragstexten bei den Überschriften im dritten Teil des AEUV, etwa der englischen, französischen, italienischen und spanischen Sprachfassungen des AEUV, wider:

Free Movement (GB), La libre Circulation (F), Libera circolazione (IT), Libre circulación (ES).

Die nicht an die Mobilität anknüpfende deutsche Sprachfassung, wie „Der freie Warenverkehr“; „Die Freizügigkeit“ usw., mag ein Grund dafür sein, warum das integrationspolitisch-ökonomisch fundierte Free Movement-Konzept bei der Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote im europarechtlichen Schrifttum des deutschen Sprachkreises eher vernachlässigt wird und oftmals eher eine Anlehnung an die deutsche Grundrechtsdogmatik zu finden ist.⁴³²

kulturellen Handelsbeschränkungen mit dem Ziel, dass Güter, Dienstleistungen, Kapital, Arbeit und Informationen [...] in optimalem Umfang ausgetauscht werden.“ (Hervorhebung durch den Verf.).

⁴³⁰ *G. Nicolaysen*, *Europarecht I – Integrationsverfassung* (2002), S. 25-27.

⁴³¹ *J. Baquero Cruz*, *Between Competition and Free Movement* (2002), S. 7.

⁴³² So etwa bei *A. Brigola*, *Das System der Grundfreiheiten* (2004), S. 216: „Die Grundfreiheiten der EG besitzen ihrer Funktion [Fn. 870: Abwehr von Maßnahmen hoheitlicher Gewalt (status negativus).] wie auch ihrer Struktur nach den Charakter grundrechtsähnlicher Gewährleistungen.“

Bemerkenswert ist, dass sich im Gegensatz dazu bereits in sehr frühen Entscheidungen des Gerichtshofes zur *Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl* (EGKS) eine juristisch-ökonomische Norminterpretation erkennen lässt.⁴³³ *Jan Henrik Klement* hat bei der Darlegung von Bausteinen einer europäischen Grundrechtstheorie die grundlegend unterschiedlichen Funktionen von Grundfreiheiten und Grundrechten wie folgt treffend formuliert:

„Die Grundfreiheiten müssen heute nicht mehr als Grundrechtsersatz verstanden oder wegen ihrer Positivierung in den Verträgen und ihrer richterrechtlich weit gefassten Tatbestände für die „besseren“ Grundrechte gehalten werden, wie dies in der Vergangenheit zum Teil der Fall war. Der Blick ist von dem in der deutschen Sprache gewachsenen Wort „Grundfreiheit“ zu lösen, das im Primärrecht nicht zu finden und in anderen Sprachen wohl nur als Übersetzung bekannt ist. *Die Grundfreiheiten sind nicht „Freiheiten“ im eigentlichen Sinne, sondern objektiv-rechtliche Instrumente der Binnenmarktintegration mit subjektiv-rechtlicher Bewehrung.* Sie werden vom Gerichtshof – anders als die Grundrechte – *direkt von dieser Funktion her ausgestaltet.* Das gilt sowohl mit Blick auf ihre primäre Dimension als Gleichbehandlungsgebote als auch für die Erweiterung zu Beschränkungsverboten, welche die Grundfreiheiten bis hin zur Terminologie (‘Schutzbereich’, ‘Eingriff’) in die Nähe der Freiheitsgrundrechte gerückt hat. Mit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta ist die Geltung der Grundrechte über jeden Zweifel erhaben. Ihre *inhaltliche Eigenständigkeit* ist deshalb ein Postulat des Respekts gegenüber dem Normgeber. Die Trennlinie zwischen *institutionellem Wettbewerbsschutz durch die Grundfreiheiten* und individuellem Freiheitschutz durch die Grundrechte sollte aber auch aus sachlichen Gründen klar gezogen werden.“⁴³⁴ (Hervorhebungen durch den Verf.).

In diesem Sinne folgt die Auslegung und Anwendung des europäischen Kartell- und Beihilfenrechts seit jeher eigenständig und *vertragsautonom* wirtschaftswissenschaftlichen Prämissen⁴³⁵, und zwar in der Entscheidungspraxis von Kommission, EuG und EuGH.⁴³⁶ Ebenso müssen auch die Grundfreiheiten in dem Kontext *ihrer wirtschaftlichen Funktion* eigenständig ausgelegt werden.⁴³⁷

⁴³³ Vgl. *A. Bredimas*, *Methods of Interpretation and Community Law* (1978), S. 73, 75-80.

⁴³⁴ *J. H. Klement*, *Wettbewerbsfreiheit* (2015), S. 477 m.w.N. in Fn. 118 zu Auffassungen, die eine unterschiedliche Zweckrichtung von Grundfreiheiten und Grundrechten vertreten.

⁴³⁵ Zusammenfassend aus Sicht der Anforderungen in der Praxis *L. Peepkorn/V. Verouden*, *The Economics of Competition*, in: *Faull/Nikpay* (Hrsg.), *The EU Law of Competition* (2014), S. 4, Rn. 1.05 ff. Ebenso *K. M. Meessen*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Hrsg.), *Kartellrecht* (2009), Einf., Rn. 51 ff.

⁴³⁶ Überdies existieren detaillierte Hinweise zur Anwendung, wie etwa für die Beihilfenkontrolle. Beispielfhaft genannt seien hier nur die Zusammenstellungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, unter <http://bmwi.de/DE/Themen/Europa/Kompetenzzentrum-Europarecht/beihilfen.html> sowie die umfangreichen Dokumente der Europäischen Kommission/Generaldirektion Wettbewerb, unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.html.

⁴³⁷ So explizit zur „wirtschaftlichen Funktion des Niederlassungsrechts“ *P. Troberg/J. Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *EU/EG-Kommentar* (2003), Vorbemerkungen zu den Art. 43 bis 48 EG, Rn. 10 ff. In Rn. 11. wird unter Bezugnahme auf die dem Vertragsrecht zugrundeliegenden Annahmen der Außenwirtschaftstheorie in der Perspektive der Dynamik des Integrationsrechts betont: „Das Gesetz der ‚komparativen Kosten‘, das im Rahmen der allgemeinen Theorie des Außenhandels

Ernst-Joachim Mestmäcker hat die Rolle des Wettbewerbs, und somit auch der korrespondierenden Wettbewerbsökonomie, im Kontext des ordnungspolitischen Fundamentes der Union wie folgt formuliert:

„Entscheidend scheint mir, daß die erste Grundlage der Europäischen Gemeinschaft, der Vertrag von Rom, ohne die Ordnungstheorie überhaupt nicht möglich gewesen wäre. Walter Hallstein und Konrad Adenauer sind von der politischen Gemeinschaft, nachdem diese bei den Verhandlungen gescheitert war, auf die Wirtschaftsgemeinschaft umgestiegen. Es ist historisch belegt, daß sie dies taten, als sie gesehen hatten, daß die Ordnungstheorie eine mögliche Grundlage für eine auch politische gemeinte Integration sein könnte. Die Besonderheit des Vertrages von Rom liegt bis heute darin, daß man nicht nur eine Idee für Europa hatte, sondern diese Idee tatsächlich auch in verbindlichen Rechtsnormen umgesetzt hat. Diese europäischen Rechtsnormen machen weite Bereiche des Wettbewerbs und der staatlichen Politik zum Gegenstand gerichtlicher Kontrolle. Das ist nicht nur ein Jahrhundert-, das ist ein Jahrtausendereignis!“⁴³⁸

Die Funktion von „Free Movement“ beruht also im Ursprung auf Annahmen, welche als „integrationspolitisches Programm“ integrationspolitisch, wirtschaftswissenschaftlich und rechtlich fundiert sind. Hierzu ist im Folgenden der vertragsautonome Charakter der maßgeblichen Ökonomik näher aufzuzeigen.

2. Die vertragsautonome Ökonomik der Außenwirtschaftstheorien

Wenngleich die europäische Integration von Beginn an friedens- und integrationspolitisch motiviert ist, wurde angesichts historischer Erkenntnisse deutlich, dass dauerhafter Frieden nur über den (Um-)Weg einer außenwirtschaftspolitisch flankierten ökonomischen Integration zu erreichen wäre.⁴³⁹ Insoweit beruhten bereits die ersten politischen Vorstöße (siehe 1.) auf klassisch ökonomischen Überlegungen, dass größere Märkte die Produktivität und den Wohlstand der Nationen steigern. Denn ein geographisch größerer Markt umfasst naturgemäß eine größere Zahl von Anbietern und Nachfragern, sorgt für mehr Wettbewerb und ermöglicht Produzenten, Händlern, Dienstleistern, Regionen und Ländern in einer Arbeitsteilung ihre komparativen Kostenvorteile zu

entwickelt wurde, kann also heute nicht mehr alle wirtschaftlichen Aspekte des Niederlassungsverkehrs in der Gemeinschaft erklären. Es liegt aber der ursprünglichen Systematik des EG-Vertrages auf weiten Strecken hin zugrunde“ (unter Bezugnahme auf den *Spaak-Bericht* und seiner Definition einer „Verzerrung“, Bericht der Delegationsleiter an die Außenminister im Rahmen der Messina-Konferenz 1957, MAE 121 d/56 (Korr.)64.)). Zur ökonomischen Betrachtung der Arbeitnehmerfreizügigkeit siehe *H. Brücker/T. Eger*, *The Law and economics of the free movement of persons in the European Union*, in: *T. Eger/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of European Union Law* (2012), S. 146-179.

⁴³⁸ Die ist die Antwort auf eine Frage zu dem Einfluss der Ordnungstheorie und der Wettbewerbsordnung auf die Entwicklung der Europäischen Union in einem Gespräch zwischen *Ernst-Joachim Mestmäcker* und *Walter Oswalt*, mit der Überschrift „Die Aktualität Euckens“, in: *Walter Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (2004), S. 388.

⁴³⁹ Vgl. *T. Eger/H.-J. Wagener*, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *EnzEuR Band 1* (2014), § 3 Die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der europäischen Integration, S. 117, Rn. 7.

nutzen, d.h. sich auf solche (Teil-)Märkte zu konzentrieren, für welche sie relativ betrachtet zu der Angebotskonkurrenz eine bessere Kostenfunktion aufweisen.⁴⁴⁰

Den wirtschaftswissenschaftlich-theoretischen Unterbau boten und bieten hierfür jene grundlegenden Theoreme von *Adam Smith* und *David Ricardo*, also der sog. klassischen Ökonomie bzw. der Politischen Ökonomie⁴⁴¹, zur internationalen Arbeitsteilung und Spezialisierung. Insbesondere das sog. *Ricardo Theorem* der komparativen (Kosten-)Vorteile⁴⁴² sowie die Darlegungen von *Bela Balassa*⁴⁴³ zu den dynamischen Aspekten der Integration und zu dem rechtlichen Aspekt der Nichtdiskriminierung setzen als wesentliche Bedingung *Faktormobilität* (Factor Movements⁴⁴⁴) voraus.⁴⁴⁵ Der dynamische Aspekt umfasst, dass die wirtschaftliche Integration verschiedene Stufen durchläuft:

„Economic integration, as defined here, can take several forms that represent varying degrees of integration. These are a free-trade area, a customs union, a common market, an economic union, and complete economic integration“⁴⁴⁶.

Deutlich wird aus den Darlegungen von *Bela Balassa* insbesondere, dass nicht nur die Beseitigung von *Diskriminierungen* (discriminations) Gegenstand der wirtschaftlichen Integration sein muss, sondern auch die Überwindung von *Beschränkungen* (restrictions). Das *Beschränkungsverbot* ist also in der Wirtschaftsintegrationstheorie (Theory of Economic Integration) bereits verankert. Somit basiert das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot („Prohibition of Restrictions“⁴⁴⁷) in seiner subjektiv-rechtlichen Ausformung durch die Rechtsprechung des EuGH (von *Dassonville* bis *Mickelsson & Roos*) auf einer wirtschaftswissenschaftlich theoretischen Grundlage, die zeigt, dass auf der Integrationsstufe eines Binnenmarktes umfassend Beschränkungen zu überwinden sind, auch um die nächsthöhere Stufe der Integration erreichen zu können:

⁴⁴⁰ G. Clemens/A. Reinfeldt/G. Wille, *Geschichte der europäischen Integration* (2008), S. 261.

⁴⁴¹ Richard Sturn fasst zusammen: „Adam Smith gilt als Ökonom, Philosoph und Polyhistor neben seinem Freund David Hume als der bedeutendste Vertreter jener philosophisch-sozialtheoretischen Richtung, die als Schottische Aufklärung bekannt ist. Die Reichweite seines Wirkens wird dennoch besser durch jene gebräuchliche Charakterisierung angedeutet, die ihm eine Schlüsselrolle bei der Begründung der Politischen Ökonomie als eigenständige Disziplin zuschreibt, vgl. R. Sturn, *Adam Smith (1723-1790)*, in: H. D. Kurz (Hrsg.), *Klassiker des ökonomischen Denkens*, Band 1 (2008), S. 68 ff., 82. Heinz D. Kurz zu David Ricardo: „Wie Adam Smith tritt auch Ricardo für Freihandel ein. [...] Richtig ist, daß nur wenige Autoren auf die Entwicklung der politischen Ökonomie einen vergleichbar großen Einfluß nehmen wie er“, H. D. Kurz, *David Ricardo (1772-1823)*, in: ebd. (2008), S. 120 ff., 134/136.

⁴⁴² Siehe hierzu die Fallstudien bezogene Darstellung bei *Wilfried J. Ethier*, *Moderne Außenwirtschaftstheorie* (1994), S. 7 ff.

⁴⁴³ B. Balassa, *The Theory of Economic Integration* (1961/2011) passim.

⁴⁴⁴ B. Balassa, ebd. (1961/2011), Chapter 4, S. 80 ff.

⁴⁴⁵ Siehe hierzu T. Eger/H.-J. Wagener, a.a.O. S. 116, Rn. 3 und 4.

⁴⁴⁶ B. Balassa, ebd. (1961/2011), Chapter 1, S. 2.

⁴⁴⁷ M. Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), *European Union Treaties Commentary* (2015), Art. 34 TFEU, Rn. 8/15 ff.

„We propose to define economic integration as a process and as a state of affairs. Regarded as a process, it encompasses units belonging to different national states; viewed as a state of affairs, it can be represented by the absence of various forms of *discrimination* between national economies”.⁴⁴⁸

“A higher form of economic integration is attained in a *common market*, where not only trade restrictions but also *restrictions on factor movements are abolished*”.⁴⁴⁹

Entsprechend dieser Erkenntnisse war, wie erwähnt, im Entwurf der Römischen Verträge (1957) die ökonomische Zielrichtung zur Beseitigung von „Beschränkungen“ in der Koppelung von integrationspolitischen Zielen und Warenmarktregeln, Grundfreiheiten sowie Wettbewerbsregeln bereits angelegt. Eine Koppelung von Integrationspolitik, Free Movement, Binnenmarkt und dem Begriff der Beschränkung lässt sich im Unionsrecht nach Lissabon auch aus einer Zusammenschau der Präambeln von EUV und AEUV ablesen:

IN DEM FESTEN WILLEN, im Rahmen der *Verwirklichung des Binnenmarktes* [...] den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Völker zu fördern und Politiken zu verfolgen, die gewährleisten, daß *Fortschritte bei der wirtschaftlichen Integration mit parallelen Fortschritten auf anderen Gebieten einhergehen*. (Präambel EUV, Absatz 8). (Hervorhebungen durch den Verf.).

IN DER ERKENNTNIS, dass zur Beseitigung der bestehenden Hindernisse ein einverständliches Vorgehen erforderlich ist, um eine beständige Wirtschaftsausweitung, einen ausgewogenen Handelsverkehr und einen redlichen Wettbewerb zu gewährleisten. (Präambel AEUV, Absatz 4).

IN DEM WUNSCH, durch eine gemeinsame Handelspolitik zur fortschreitenden Beseitigung der *Beschränkungen* im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr beizutragen. (Präambel AEUV, Absatz 6). (Hervorhebung durch den Verf.).

Das integrationspolitisch (friedenspolitisch), politisch-ökonomisch und integrations-theoretisch determinierte europäische *Marktintegrationsrecht* ist somit ein Recht, das im Sinne des von *Peter Behrens* formulierten Gegenstandes der *Ökonomischen Rechts-theorie* als „eine Reaktion auf Probleme betrachtet werden kann, die sich in ökonomischen Kategorien formulieren lassen“.⁴⁵⁰ Diese funktionale, d.h. Kontext und System bezogene Sichtweise einnehmend ist zu sehen, dass sich das europäische Recht in seiner Gestalt als Wirtschaftsintegrationsrecht von Beginn an vornehmlich an „Problemformulierungen“ der Politischen Ökonomie, der Wirtschaftsintegrationstheorie und sodann konkret an ordoliberalen Kategorien orientierte⁴⁵¹, damals freilich noch in einer anderen

⁴⁴⁸ B. Balassa, ebd. (1961/2011), Chapter 1, S. 1.

⁴⁴⁹ B. Balassa, ebd. (1961/2011), Chapter 1, S. 2.

⁴⁵⁰ P. Behrens, a.a.O. (1986), im Vorwort, S. VI.

⁴⁵¹ Vgl. M. Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EWG-Kommentar (1991), Art. 2 EWGV, Rn. 50 m.w.N.

Vertragsstruktur.⁴⁵² In diesem Kontext wird sichtbar, dass die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Qualität als subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV weiterhin der Verwirklichung des 1986 erstmals mit der Einheitlichen Europäischen Akte in das Primärrecht implementierten Binnenmarktziels dienen, welches auf einer in höchstem Maße fundierten politisch-ökonomischen Theorie beruht. Der geographisch mittlerweile 28 Mitgliedstaaten umfassende Integrationsraum des Binnenmarktes - der „Raumbezug“ ist durch die Formulierung in Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 26 Abs. 2 AEUV deutlicher als im Recht von EWG und EG normiert - soll nach dem Vertrag von Lissabon dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft verbunden sein, vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV. Damit ist das in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV enthaltene Binnenmarktziel mit einem weiteren theoretischen Modell aus dem Kreis der „Freiburger Schule“ (*Walter Eucken, Alfred Müller-Armack*) verknüpft, welches im Spiegel der Werte und des Bewusstseinswandels aktuell einer dynamischen „Modernisierung“ unterliegt⁴⁵³ und nach der hier vertretenen Auffassung in die Teleologie des marktbezogenen Unionsrechts (Marktintegrationsrecht) zu implementieren ist.⁴⁵⁴

Umzusetzen ist dieses leitbildorientierte „Programm“ mittels der internen Politiken und Maßnahmen des AEUV, welche sich über Art. 26 Abs. 1 AEUV eben unmittelbar auf die Zielsetzung des Binnenmarktes beziehen. Prägend für die internen Politiken, und folglich für die Grundfreiheiten, ist somit eine unionsspezifische, *systemische Verknüpfung* integrationspolitischer, gesellschaftlicher (sozialer), ökonomischer und rechtlicher Aspekte von „Free-Movement“, welche gemäß der Vertragsarchitektur nach Lissabon auf die Werte der Gleichheit und Freiheit bezogen werden, Art. 2 Satz 1 EUV, und die gemäß Art. 2 Satz 2 EUV wiederum einem auf Gerechtigkeit basierenden europäischen Gesellschaftsmodell folgen.

Im Wesentlichen bildet somit die *Teleologie der Normenkette von Art. 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV i.V.m. Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb* den rechtlichen Ausgangspunkt für die Prinzipienherleitung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (siehe hierzu im Detail die Analyse in Abschnitt B.). Die sich in dieser Normenkette ausdrückende „Koppelung“ von Integrationspolitik, Marktintegrationsökonomik, Werten, Zielen und europäischem Gesellschaftsmodell ist

⁴⁵² So waren die Grundfreiheiten im zweiten Teil des EWG-Vertrages als „Grundlagen der Gemeinschaft“ kodifiziert.

⁴⁵³ So hat etwa *Amartya Sen* aufgezeigt, wie „soziale Marktwirtschaft“ verstärkt Gehalte der „Gerechtigkeit“ aufnehmen und umsetzen kann, *A. Sen, Ökonomie für Menschen – Wege zur Gerechtigkeit und Solidarität in der Marktwirtschaft* (2012), passim.

⁴⁵⁴ Inwieweit das Leitbild der „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ die Symmetrie der Verträge verändert hat und wie dieses genau zu implementieren ist, wird sehr unterschiedlich bewertet, siehe nur *C. Nowak, Europarecht nach Lissabon* (2011), S. 234 ff. m.w.N. Vorliegend wird die Dimension eines systemischen Zugangs eingenommen, welche, in Anlehnung an *N. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1998/2105), S. 78 ff., die Gesellschaft als „soziales System“ betrachtet, in dem sich verschiedene Teilsysteme befinden, wie die Wirtschaft oder das Recht. Die „wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ zeigt nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis daher bereits semantisch eine Koppelung dieser Teilsysteme, welche weder bei der Prinzipienbildung noch bei der Auslegung auf der Anwendungsebene vernachlässigt werden darf.

ein zentraler Aspekt des „Anders-Seins“ (*Thorsten Kingreen*) der Grundfreiheiten als Teilmenge der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, und unterscheidet sie damit ganz wesentlich von herkömmlichen freihandelsrechtlichen Normen und von den namensverwandten Grundrechten.

Wenngleich das kontextbezogene (integrationspolitisch, außenwirtschaftspolitisch) „rechtlich-ökonomische Fundament“ des EWG-Rechts der 1950er Jahre im EUV / AEUV seit 2009 als Telos bzw. „Geist“ der Verträge fortwirkt, lassen sich das System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, die ihnen vorgelagerten Maßstäbe der Werte- und Wirtschaftsverfassung und das Binnenmarktziel einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft und damit die Funktion der Grundfreiheiten in der Systematik von internen Politiken des AEUV heute nicht mehr in Gänze mithilfe der klassischen ökonomischen Theoreme erklären.⁴⁵⁵ Dies ist damit begründet, dass sich sowohl die Vertragsarchitektur des Primärrechts seit Lissabon erheblich verändert hat als auch die für das Wirtschaftsintegrationsrecht, und so für die Grundfreiheiten, maßgeblichen politischen und ökonomischen Implikationen fortentwickelt haben. Daher ist hier *Peter-Christian Müller-Graff* folgend⁴⁵⁶ zu berücksichtigen, dass die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV⁴⁵⁷, und damit das ihnen vorgelagerte unionsrechtliche Beschränkungsverbot als Prinzip, auf einem wettbewerbsökonomischen Verständnis beruhen müssen, d.h. auf einem „wettbewerbstheoretischen Ansatz von Systemgewährleistungen wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten“, welches über die klassischen Außenhandelstheorien heute weit hinausgeht. Demgemäß sind zwecks Herleitung einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik) im Wege einer dynamischen Auslegung nach dem „aktuellen Stand der Integration“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) ausgehend von den Werten der Union und dem wettbewerblich organisierten Binnenmarkt sowohl die klassisch ökonomischen Ansätze (*Adam Smith, David Ricardo, Vilfredo Pareto* usw.) als auch moderne ökonomische Ansätze und wettbewerbstheoretische Theoreme polyparadigmatisch bei der funktional systematisch-teleologischen Auslegung einzubeziehen.

3. Die vertragsautonome Ökonomik der Wettbewerbstheorien

Kennzeichnend für die „Verfasstheit der Union“ ist, insbesondere im Unterschied zum WTO-System, die umfassende Einbeziehung der Ökonomik des Wettbewerbs.⁴⁵⁸ Diese Ökonomik hat sich, ausgehend von dem klassisch ökonomischen Verständnis der „invisible hand“ nach *Adam Smith*, welches den Wettbewerb als selbstregulierendes

⁴⁵⁵ So ausdrücklich auch *P.-C. Müller-Graff*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR* Band 1 (2014), § 9 Grundfreiheiten und Wettbewerbsordnung, S. 489, Rn. 7.

⁴⁵⁶ *P.-C. Müller-Graff*, ebd. (2014), § 9 Rn. 7-9.

⁴⁵⁷ Von *P.-C. Müller-Graff*, ebd. (2014) als „primärrechtliche Marktintegrationsnormen“ bezeichnet.

⁴⁵⁸ Obwohl auch im WTO-System zunehmend wettbewerbsökonomische und kartellrechtliche Prämissen, wie die Abgrenzung eines relevanten Marktes, etwa zur Subsumtion von „Likeness“, Einzug finden, siehe hierzu *N. F. Diebold*, *Non-Discrimination – ‘Likeness’ in WTO/GATS* (2013), S. 279 ff. und S. 334-338 (Conclusions).

Ordnungsprinzip beschreibt⁴⁵⁹, bis heute zu einer eigenständigen, *vertragsautonomen polyparadigmatischen Wettbewerbsökonomik* entwickelt.⁴⁶⁰ Insbesondere das Konzept des *funktionsfähigen Wettbewerbs*, welches die Funktionsweise von Märkten systemisch einer empirischen Analyse zugänglich macht und eine Abkehr von der Vorstellung eines vollkommenen Wettbewerbs darstellt, ist mit dem auf die Marktstrukturen und das Marktverhalten bezogenen Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma (SVE-Paradigma) bis heute prägend.⁴⁶¹ Hierbei sind zudem die Ansätze von *Joe Staten Bain* betreffend „barriers to entry“⁴⁶² zentral für die Kontrolle „offener Marktstrukturen“ des integrativen Binnenmarktprozesses. Auf diese „Offenheit“ spielt insbesondere der Wortlaut von Art. 119 AEUV und Art. 120 AEUV an:

Art. 119 Abs. 1 AEUV: „Die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union [...] umfasst nach Maßgabe der Verträge die Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem *Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb* verpflichtet ist.“

Art. 120 Satz 2 AEUV: „Die Mitgliedstaaten und die Union handeln im Einklang mit dem *Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb*, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, und halten sich dabei an die Artikel 119 genannten Grundsätze“. (Hervorhebungen durch den Verf.).

Verbunden ist diese Konzeption „offener Marktstrukturen“ zunächst mit dem *Konzept der Wettbewerbsfreiheit* der ordoliberalen Schule⁴⁶³, welches geprägt ist einerseits von einem Verständnis der Wettbewerbsfreiheit durch den Einsatz von Aktionsparametern und andererseits durch die *individuelle Entscheidungs- und Handlungsfreiheit*.⁴⁶⁴ Des Weiteren beruht die Konzeption auf der Theorie der *contestable markets*, und zwar mit einer Konzentration auf das Marktzutritts- und Marktaustrittskriterium im Sinne einer „Angreifbarkeit“ von Märkten, sowie neueren Strömungen der spieltheoretisch fundierten Industrieökonomik und deren Konzeptionen zur Analyse strategischer Marktzutrittsbarrieren.⁴⁶⁵

Diese über Jahrzehnte etablierte und durchaus evolvierende vertragsautonome polyparadigmatische Wettbewerbsökonomik mit einer Fokussierung auf eine Konzeption von normativ geprägter Freiheit ist derzeit Gegenstand eines intensiven Wettstreits zwischen „Freiheitsdenkern“ und „Effizienzdenkern“. Trotzdem ist nicht zu übersehen, dass eine integrationsbezogene Wettbewerbsökonomik gerade gemäß der Vertragsarchi-

⁴⁵⁹ W. Kerber/U. Schwalbe, in: MüKo EuWettbR (2015), Einl. Rn. 68.

⁴⁶⁰ Siehe D. II. 4. d).

⁴⁶¹ W. Kerber/U. Schwalbe, ebd. (2015) Einl. Rn. 78 ff.

⁴⁶² Siehe hierzu umfassend P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin, *Barriers to Entry and Strategic Competition* (1990/2007), S. 7 ff.

⁴⁶³ W. Kerber/U. Schwalbe, ebd. (2015) Rn. 110 f.

⁴⁶⁴ Siehe D. II. 4. c) aa) und bb).

⁴⁶⁵ W. Kerber/U. Schwalbe, ebd. Rn. 95 (2015) „contestable markets“ und Rn. 115/116 „Industrieökonomik.“

tektur nach Lissabon nach wie vor dem Konzept einer von „Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit“ geprägten Wettbewerbstheorie folgen *mus*.

Diese Auffassung stützt sich auf die seit dem Vertrag von Lissabon besonders deutlich bestehende „normative Rückbindung“ via Art. 2 EUV (Werte), Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV (wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft), auf das „Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“ sowie auf Art. 119, 120 AEUV. Insoweit gilt es, die Ansätze der „frühen Schule“ (siehe oben Kapitel 1 B. II.) gemäß der neuen Teleologie von Lissabon zu „modernisieren“, durchaus im Sinne eines neuen „funktionalen Ordoliberalismus“, welcher u.a. auch aktuelle Strömungen zur strategischen Marktanalyse mit einbeziehen kann, ohne das normativ-freiheitsrechtliche Gerüst preiszugeben. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich bereits in den ersten Jahren nach der Gründung der EWG die Entwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik an den Erkenntnissen des Ordoliberalismus der Freiburger Schule unter der Führung von *Hans von der Groeben* als dem ersten Wettbewerbskommissar, welcher an der Ausarbeitung des EWG-Vertrages betreffend die Wettbewerbsregeln beteiligt war, am „Freiheitsdenken“ orientierte und sich darauf folgend stetig fortentwickelte. *Ernst-Joachim Mestmäcker* war damals als Vertreter der ordoliberalen Denkrichtung Sonderberater für die europäische Wettbewerbspolitik und für die Errichtung des Binnenmarktes durch Rechtsangleichung.⁴⁶⁶ Den integrationspolitischen, ökonomischen und rechtlichen Kristallisationspunkt bildete auch damals das *Paradigma* der *Faktormobilität*, im Sinne der „integrationspolitischen Zusatzfunktion“ des Wettbewerbs, welche unzweifelhaft auf der Wirtschaftsintegrationstheorie beruht.⁴⁶⁷

Aus heutiger Sicht ist der Wettbewerbsbegriff indessen mit seinen funktionalen Beziehungen zu den im EUV neu kodifizierten und strukturell mit dem Binnenmarktziel verknüpften Werten und zu dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft neu auszutarieren. Hierbei ist das Paradigma der transnationalen wirtschaftlichen Mobilität als funktionale Transnationalität in der Perspektive von Freiheit, Gleichheit und der Gerechtigkeit von Bedeutung (Koppelung von Werten und Wettbewerbsökonomie).

4. Das Marktzugangparadigma

Die bereits einleitend (Kapitel 1 B. II.) als „frühe Schule“ bezeichneten Auffassungen, d.h. insbesondere die grundsätzlichen Überlegungen von *Eberhard Grabitz*⁴⁶⁸ und *Ernst-Joachim Mestmäcker*⁴⁶⁹ in den 1970er Jahren zu einem i.w.S. *allgemeinen Prinzip für den Marktzugang* korrespondieren mit der zuvor dargelegten vertragsautonomen Ökonomik der Außenwirtschaftstheorie (siehe zuvor 2.) und der Ökonomik der Wettbewerbstheorie (siehe zuvor 3.).

⁴⁶⁶ Vgl. *W. Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch (2010), S. 10, Fn. 41.

⁴⁶⁷ *B. Balassa*, The Theory of Economic Integration (1961/2011), Chapter 1, S. 1 ff.

⁴⁶⁸ *E. Grabitz*, Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977), S. 645-667.

⁴⁶⁹ *E.-J. Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht (1974), S. 49.

In methodischer Hinsicht hat *Ernst-Joachim Mestmäcker* in den 1970er Jahren die Frage aufgeworfen, ob über die Vorschriften betreffend den Freien Warenverkehr und über das System unverfälschten Wettbewerbs im Wege einer systematischen Auslegung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz abgeleitet werden könnte, der den Zugang zu den nationalen Märkten „über den unmittelbaren Anwendungsbereich der Einzelsvorschriften des EWG-Vertrages hinaus gewährleistet“. ⁴⁷⁰ *Eberhard Grabitz* hat demgegenüber aus den, dem Gemeinsamen Markt als Rechtsbegriff innewohnenden Elementen, wie etwa dem Prinzip der Offenheit der Märkte, dargelegt, dass ein die Gewährleistungen der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln ergänzendes „Recht auf Zugang zum Markt“ besteht, welches für die Mitgliedstaaten über die Unterlassungspflicht bzw. die Loyalitätsklausel (damals Art. 5 Abs. 2 EWG-Vertrag) verbindlich ist. ⁴⁷¹ Wenngleich *Eberhard Grabitz* die von *Ernst-Joachim Mestmäcker* vorgeschlagene Gesetzesanalogie zu den Vorschriften über den Freien Warenverkehr wohl für nicht notwendig erachtet hat ⁴⁷², liegt beiden Ansätzen der Tenor eines im weitesten Sinne „übergreifenden Rechtsgrundsatzes“ zur Sicherung wirtschaftlicher Mobilität der Wirtschaftssubjekte und -objekte im Binnenmarkt zugrunde.

Ähnlich betrachtet auch *Julio Baquero Cruz* mit seiner These vom „single test“ ⁴⁷³ die Zusammenhänge von Free Movement und Competition auf der Basis einer gemeinsamen Grundlage, und zwar der im weitesten Sinne zu garantierenden wirtschaftlichen Mobilität. Von *Vassilios Skouris* und *Dieter Kraus* wurde zum Gemeinschaftsrecht vertreten, dass der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit als Zusammenfassung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen über den Schutz des freien und unverfälschten Wettbewerbs zu verstehen sei und somit nicht losgelöst von den jeweils einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen betrachtet werden dürfe. ⁴⁷⁴ In diesem Zusammenhang könnte nach dem Vertrag von Lissabon Art. 26 AEUV bereits dem Grunde nach als eine solch allgemeine Norm der wirtschaftlichen Mobilitätsfreiheit im Binnenmarkt aufgefasst werden, doch dürfte unstreitig sein, dass dieser Bestimmung (noch) kein subjektivrechtlicher Charakter zukommt. ⁴⁷⁵ Dies gilt zumindest solange der Vertrag ausdifferenzierte interne Politiken, wie die Grundfreiheiten, enthält und in verschiedenen Markt Bereichen ggf. noch eine unterschiedliche Geschwindigkeit der wirtschaftlichen Integration angezeigt ist, wie etwa im Steuer- und Sozialrecht.

Ausgehend von dem Gedanken eines „Rechts auf Zugang zum Markt“ (*Eberhard Grabitz*), welcher, wie bereits einleitend erwähnt ⁴⁷⁶, im deutschen Schrifttum von *Klaus-Dieter Borchardt* aktuell vertreten wird ⁴⁷⁷ und auch bei *Thomas Oppermann*,

⁴⁷⁰ *E.-J. Mestmäcker*, ebd. (1974), S. 49.

⁴⁷¹ *E. Grabitz* a.a.O. (1977), S. 648 ff. im Ergebnis der Überlegungen, „Das Recht auf Zugang zum Markt“, auf S. 667.

⁴⁷² *E. Grabitz*, ebd. (1977), S. 667 am Endes des Ergebnisses seiner Überlegungen.

⁴⁷³ *J. Baquero Cruz*, *Between Competition and Free Movement* (2002), S. 94: „Everything points to the possibility of establishing a single test, and even a single norm.“

⁴⁷⁴ *V. Skouris/D. Kraus*, in: *MüKo EuWettbR* (2007), Einl. Rn. 366.

⁴⁷⁵ *J. Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EL 42 Sept. 2010, Art. 26 AEUV, Rn. 8.

⁴⁷⁶ Kapitel I B. II.

⁴⁷⁷ *K. D. Borchardt*, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union* (2002), Rn 554 und (2015), Rn. 796 sowie Rn. 797-802.

Claus Dieter Classen und Martin Nettesheim in ihrem Lehrbuch zum Europarecht im Sinne einer „europäischen Marktfreiheit“ anklingt⁴⁷⁸, ist also das Binnenmarktziel der Union gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, in den Kontext der Architektur des Unionsrechts nach dem Vertrag von Lissabon zu stellen. Hierfür ist insbesondere die Qualifikation des Binnenmarktes als Rechtsprinzip bzw. Rechtsbegriff zentral, da hierin das für die Umsetzung des Binnenmarktziels notwendige *Marktzugangsprinzip* als zugleich wettbewerbsökonomisches und rechtliches Instrument sichtbar wird. Zentral ist dabei, dass sich die für die europäische Integration bestimmenden ökonomischen Konzepte, wie zuvor bei 2. gezeigt, seit jeher auf die Gewährleistung einer für die internationale Arbeitsteilung erforderlichen Mobilität wirtschaftlicher Transaktionen in einem Integrationsraum beziehen.

5. Fazit: Das Free Movement-Konzept als Bezugsgegenstand (Funktionalität)

Das hier so benannte Free Movement-Konzept, welches die integrationspolitischen und ökonomischen „Gesetzmäßigkeiten“ von transnationaler wirtschaftlicher Mobilität und Marktzugang konzeptionell repräsentiert, bildet den obersten Bezugsgegenstand für die rechtliche Prinzipienbildung und für die teleologische Auslegung des Wirtschaftsintegrationsrechts der Union. Nachfolgend wird dieser Bezugsgegenstand mit dem Begriff der „funktionalen“ Prinzipienbildung einerseits (betreffend die Regelbildungsebene) und für die Auslegung andererseits (betreffend die Anwendungsebene) gekennzeichnet. Diese „Funktionalität“ des Free Movement-Konzepts ist in methodischer Hinsicht der Ausdruck eines kontextbezogenen und systemischen Verständnisses in Ergänzung der klassisch juristischen Methode, wie einleitend beschrieben (European Law & Economics, functional economic approach).⁴⁷⁹

Das Free Movement-Konzept bildet somit das dogmatisch-konzeptionelle Fundament für die zur rechtlichen Umsetzung notwendigen Instrumente die „Free Movement“, also *Marktzutritt und Marktaustritt* als Kennzeichen wirtschaftlicher Mobilität, gewährleisten. Eben letzteren Aspekt hat der EuGH mit der ausdrücklichen Fokussierung der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten in seiner Rechtsprechung ausgehend von EuGH *Keck* (1993) seit EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* und EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* bis EuGH *Mickelsson & Roos* (Wassermotorräder) verstärkt betont.⁴⁸⁰ Zuletzt (2016) hat der Gerichtshof in seinem Urteil zu dem Verfahren *AGET Iraklis*⁴⁸¹, den Schlussanträgen von Generalanwalt *Nils Wahl* folgend, ausdrücklich den Begriff der „Beschränkung“ mit der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten verknüpft:

⁴⁷⁸ Zumindest noch deutlich in der 4. Auflage, *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht (2009), § 19, Rn. 8 unter Hinweis auf die Zusammenstellung bei *Lenz*, in: *Lenz/Borchardt*, EU/EGV (2006), Art. 2, Rn. 1 ff., im Gegensatz zu den entsprechenden Ausführungen in der 6. Auflage, *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht (2014).

⁴⁷⁹ Kapitel 1 B. III.

⁴⁸⁰ Siehe die Nachweise in der Einleitung Fußnote 59.

⁴⁸¹ EuGH *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) gegen Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis* (C-201/15, EU:C:2016:972).

„Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs steht Art. 49 AEUV Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit entgegen, d.h. jeder staatlichen Maßnahme, die die Ausübung der vom AEU-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit durch die Unionsbürger behindern oder weniger attraktiv machen kann. Der *Begriff der Beschränkung umfasst* die von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen, die, obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind, *den Marktzugang* von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten beeinträchtigen und somit den Handel innerhalb der Europäischen Union *behindern*.“ (Schlussanträge Generalanwalt Nils Wahl).⁴⁸² (Hervorhebungen durch den Verf.).

„Nach ständiger Rechtsprechung betrifft der *Begriff „Beschränkung“* im Sinne von Art. 49 AEUV u.a. die Maßnahmen, die, selbst wenn sie hinsichtlich der Staatsangehörigkeit unterschiedslos angewandt werden, *geeignet sind*, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit *zu behindern oder weniger attraktiv zu machen*.

„Dieser *Begriff umfasst* daher u.a. die von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen, die, obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind, *den Marktzugang* von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten *betreffen* und somit den innergemeinschaftlichen Handel behindern.“⁴⁸³ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Die unionsrechtliche Besonderheit einer seit Beginn der Integration bestehenden Verknüpfung von friedenspolitischer Motivation und einer daraus folgenden Integrationspolitik und Marktintegrationsökonomik, welche den Wettbewerbsgedanken hervorhebt, zeigt eine *sui generis Qualität* des europäischen supranationalen Marktintegrationsrechts. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit dieses Recht in seiner Eigenschaft als supranational und ökonomisch fundiertes Wirtschaftsintegrationsrecht *vertragsautonom funktional* auszulegen (hierzu sogleich näher unter II.). Dazu gehört im Kontext wirtschaftlicher Transnationalität, diese nicht in einer Orientierung an dem traditionellen Prinzip der Territorialität zu definieren, sondern entsprechend der Funktionalität von Binnenmarkt und Wettbewerb.⁴⁸⁴ Hieraus folgt die Notwendigkeit, dass markt- und wettbewerbsbezogene Primärrecht, und so die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV einschließlich der Grundfreiheiten, auf der Basis einer funktionalen Definition von Transnationalität zu interpretieren (hier so benannt als *Konzept der funktionalen Transnationalität*).

⁴⁸² Schlussanträge des Generalanwaltes Nils Wahl EuGH *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) gegen Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis* (C-201/15, EU:C:2016:429) Rn. 46, dort unter Verweis auf EuGH *Grupo Itevelesa u.a.* (C-168/14, EU:C:2015:685) Rn. 67 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁴⁸³ EuGH *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) gegen Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis* (C-201/15, EU:C:2016:972) Rn. 48/49.

⁴⁸⁴ So explizit Dieter Biehl, der ausgehend von einem „Gemeinsamer-Markt-Prinzip“ eine „generelle Modifizierung des Territorialitätsprinzips“ am Beispiel der Güterbesteuerung darlegt und eine solche Besteuerung unabhängig von dem „überschreiten der Staatsgrenze“ an das „Bewirken“ einer Leistung an einen „Nicht-Produzenten“ als Anknüpfung wählt, D. Biehl, *Ausfuhrland-Prinzip, Einfuhrland-Prinzip und Gemeinsamer-Markt-Prinzip* (1969). Dieser Ansatz entspricht der vorliegend vertretenen Konzeption einer funktionalen Transnationalität.

II. Methode der funktionalen Prinzipienbildung und Auslegung

Jedwede Herleitung von Prinzipien aus der Verfasstheit der Union⁴⁸⁵ tangiert die Rechtsschöpfung *und* die Rechtsfortbildung, wobei grundsätzlich der eindeutige Wortlaut der Verträge die Grenzen der Auslegung beschreibt. Insoweit ist als erstes zu beachten, dass bereits der Begriff der *Europäischen Wirtschaftsverfassung* weder im Recht der Europäischen Gemeinschaft enthalten war noch in dem Reformvertrag von Lissabon ausdrücklich aufgenommen wurde⁴⁸⁶, und er somit eine „ordnungstheoretische Schöpfung“ darstellt.⁴⁸⁷ In seiner Berechtigung, seinem Bedeutungsgehalt sowie seiner Reichweite ist er im Detail umstritten.⁴⁸⁸ Gemäß einem weiten Begriffsverständnis, dem hier gefolgt werden soll, adressiert der Terminus „Wirtschaftsverfassung“ das vielfältige Verhältnis von Wirtschaft und Politik zueinander und legt diesem eine Gesamtentscheidung über die *Ordnung* des Wirtschaftslebens zugrunde.

Zum EWG-Vertrag wurde formuliert, dass dieser i.e.S. zwar keine Wirtschaftsverfassung kenne, welche die Gemeinschaft auf ein bestimmtes Wirtschaftssystem festlege, aber dennoch der Begriff der Wirtschaftsverfassung verwendet werde, da ordoliberales Gedankengut das Vertragswerk präge, welches Markt *und* Wettbewerb als vorrangige Instrumente zur Regulierung der Wirtschaft betrachte.⁴⁸⁹ Im Recht der Europäischen Gemeinschaft wurde insoweit die Gesamtheit der primärrechtlichen Normen des EG-Vertrages (zuletzt i.d.F. des Vertrages von Nizza), die sich ihrer Zielrichtung bzw. ihrem Regelungsgehalt nach auf den *Binnenmarkt* bzw. den *Gemeinsamen Markt*⁴⁹⁰ oder überhaupt auf wirtschaftliche Materien bezogen, als europäisches Wirtschaftsverfassungsrecht qualifiziert. Dies wurde auch aus der Perspektive eines sog. *Europäischen Verfassungsverbundes* (Ingolf Pernice)⁴⁹¹ formuliert, der das primäre Gemeinschafts-

⁴⁸⁵ Grundlegend EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1). Zur Bedeutung dieser Rechtsprechung: *Court of Justice of the European Union*, 50th Anniversary of the Judgment in van Gend en Loos 1963-2013, Luxembourg, 13 May 2013.

⁴⁸⁶ Zum Begriff der Europäischen Wirtschaftsverfassung grundlegend *A. Hatje*, *Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 810 ff.

⁴⁸⁷ Zusammenfassend sowie systematisierend *M. Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (Hrsg.), *Europarecht* (2009), § 19, Rn. 2, der nach drei Ebenen der Diskussion differenziert (deskriptiv-analytische Perspektive, ordnungspolitische Vorstellungen als politische Klugheitslehre, Aussagegehalte für die Interpretation des Primärrechts); *C. Nowak*, *Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon*, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Der Reformvertrag von Lissabon*, *EuR Beiheft 1/2009*, S. 129, 143 f. mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 62 und 63.

⁴⁸⁸ *J. Schwarze*, *Europäisches Wirtschaftsrecht* (2007), S. 27 f.; *G. Nicolaysen*, *Europarecht II – Wirtschaftsrecht* (1996), S. 317 ff.

⁴⁸⁹ *M. Zuleeg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EWG-Kommentar* (1991), Art. 2 EWGV, Rn. 50 m.w.N. in Fn. 214.

⁴⁹⁰ Siehe zu dem nach wie vor umstrittenen Bedeutungsgehalt und dem Verhältnis dieser beiden Begriffe/Konzepte zueinander *C. Nowak*, *Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon*, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Der Reformvertrag von Lissabon*, *EuR Beiheft 1/2009*, S. 129, 132-142 mit zahlreichen Nachweisen.

⁴⁹¹ Der Begriff wurde etabliert durch *I. Pernice*, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, *EuR* 1996, S. 27 ff.

recht als autonome Form gemeinschaftlicher, nichtstaatlicher Hoheitsausübung be- greift.⁴⁹²

Mit dem Vertrag von Lissabon haben sich diese hier skizzierten Verfassungsfragen nicht erledigt. Ganz im Gegenteil sind diese um Fragen zur neuen Werteverfassung und um Fragen zu dem Verhältnis von wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Aspekten zu erweitern. Die dafür in vorliegender Untersuchung in den Mittelpunkt gestellte funk- tionsbezogene Methode ist in ihrer rechtswissenschaftlichen Dimension eine besondere Ausprägung der systematisch-teleologischen Auslegung, welche der Gerichtshof bereits mit seinem grundlegenden Urteil in der Rechtssache *van Gend & Loos* 1963 präsentiert hat:

„Ziel des EWG-Vertrages ist die Schaffung eines gemeinsamen Marktes, dessen *Funk- tionieren* die der Gemeinschaft angehörigen Einzelnen unmittelbar betrifft“ (Hervorhe- bung durch den Verf.).⁴⁹³

Der funktionalen Methode liegt die Erkenntnis zugrunde, dass das Europarecht an- gesichts seiner Rechtsnatur als supranationales Integrationsrecht – anders als nationales Recht – zuvorderst in der Orientierung an den politischen, ökonomischen, sozialen und kulturellen Zielen⁴⁹⁴ inhaltlich zu bestimmen ist.⁴⁹⁵

⁴⁹² T. Bruha, Grundrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht, Grundrechtsverfassung als Teil der Unionsverfassung, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006), § 2 I, Rn. 3 ff., unter Rekurs auf das diesbezügliche postnationale Verfassungsverständnis in Rn. 5. Einschränkung B. Beutler, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 6 EU, Rn. 198, der darauf hinweist, dass das Konzept des Verfassungsverbundes nicht das „Mehr an Nationalität“ erfasse, welches außerhalb des Verbundes weiterhin die Identität jedes Mitgliedstaates ausmache, unter Bezugnahme auf M. Hilf, Europäische Union und nationale Identität der Mitglied- staaten, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz (1995), S. 157 ff., 162.

⁴⁹³ EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1), S. 24. Siehe hierzu die Urteilsanalyse bei U. Hal- tern, a.a.O. (2007), S. 324 ff. Rn. 628-647, mit dem Hinweis, dass der EuGH die Reihenfolge des klassischen Auslegungskanons (Savigny) nach Wortlaut, Systematik und Teleologie ohne weiteres „umdreht“, und die teleologische Auslegung privilegiert.

⁴⁹⁴ Für eine Einbeziehung der kulturellen Implikationen von Recht i.S.e. kulturtheoretischen Rechtswis- senschaft ausdrücklich U. Haltern, a.a.O. (2007), S. 12, Rn. 19: „Recht wird hier in seinen Bedeu- tungen als kulturelle Form und Symbol verstanden. [...] Es ist eine Imaginationsform, deren Macht nicht in objektivierbaren Fakten, sondern in seiner Möglichkeit liegt, die auf die Bedeutung des Ge- sellschaftlich-Politischen bezogene Imagination zu stabilisieren.“

⁴⁹⁵ Vgl. A. Bredimas, a.a.O. (1978), S. 70: “The functional interpretation, broadly speaking, consists of taking into consideration the various political, economic and social facts that surround the function- ing of the Treaties and which determine its general scope and thereupon try to reconstitute their spir- it”. U. Haltern, a.a.O. (2007), S. 8: “Neben dem weiterzuführenden Projekt, Dogmatik zu entwik- keln, zu verfeinern und auszudifferenzieren, besteht das zweite, hierauf aufbauende Projekt aus der Situierung des Europarechts in seinem sozialen und wirtschaftlichem Kontext“. Zu den politikwis- senschaftlichen Bezügen der Integrationstheorie sowie der Funktion und Auslegung des Unions- rechts in dem Zusammenspiel von Politik und Recht betr. den Föderalismus, Funktionalismus und Neofunktionalismus siehe A. Grimm/C. Jakobeit, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEuR Band 1 (2014), § 2 Die integrationstheoretischen Grundlagen des Europarechts, S. 100 ff. Rn. 24-33.

In diesem Sinne hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Costa/E.N.E.L.*⁴⁹⁶ 1964 zu dem Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf den „Geist des Vertrages“ und die „Verwirklichung der in Art. 5 Abs. 2 EWG-Vertrag aufgeführten Ziele des Vertrages“ abgestellt. Auch die Legitimation und Notwendigkeit zur Rechtsschöpfung bzw. Rechtsfortbildung kommt in dieser Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck. Die Maßgeblichkeit der *Funktionsfähigkeit der Union* findet ihren Ausdruck ebenso in der ständigen Rechtsprechung des EuGH bei der sog. *dynamischen Auslegung* gemäß dem „aktuellen Stand der Integration“ und bei der Auslegung zur Erreichung einer bestmöglichen praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts gemäß dem *effet utile*. Der Gerichtshof betont in diesen Zusammenhängen, dass die Herausbildung positiver Rechtssätze in dem Maße legitimiert ist, wie dies für das „Funktionieren der Union“ erforderlich bzw. unerlässlich erscheint.⁴⁹⁷

Nachfolgend wird im Anschluss an die einleitenden Ausführungen in Kapitel 1 B. III. zu dem European Law & Economics-Ansatz zur weiteren Konkretisierung der Methode in einem ersten Abschnitt die vorliegend zugrunde gelegte funktionale Prinzipienbildung betreffend die Regelbildungsebene (dazu 1.) und in einem zweiten Abschnitt die funktional-wettbewerbsökonomische Auslegung betreffend die Anwendungsebene weiter begründet (2.).

1. Begründung einer funktionalen Prinzipienbildung

Funktional bedeutet gemäß der hier vertretenen Auffassung, dass die systematisch-teleologische Auslegung mittels einer *kontextbezogenen*⁴⁹⁸ und *systemischen*⁴⁹⁹ Betrachtung zu erweitern ist. Hierdurch wird eine monodisziplinäre, d.h. rein rechtswissenschaftliche und auf den formalistischen Rechtsdiskurs fixierte Herangehensweise⁵⁰⁰ vermieden. Insbesondere die ökonomischen Implikationen des Unionsrechts und deren theoretischen Grundlagen sollten nach der hier vertretenen Auffassung stärker als bislang in die systemische Analyse des Unionsrechts einbezogen werden, ganz im Sinne der von *Peter Behrens* in seinem Werk „Die ökonomischen Grundlagen des Rechts“

⁴⁹⁶ EuGH *Costa/E.N.E.L.* (C-6/64, EU:C:1964:66), S. 1269: “[...] Wortlaut und Geist des Vertrages haben zur Folge [...]. Denn es würde eine Gefahr für die Verwirklichung der in Artikel 5 Absatz 2 aufgeführten Ziele des Vertrages bedeuten [...]”.

⁴⁹⁷ *K.-D. Borchardt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht Handbuch* (2015), § 15, S. 573, Rn. 30.

⁴⁹⁸ In Anlehnung an die Darlegungen von Ullrich Haltern, siehe *U. Haltern*, *Europarecht – Dogmatik im Kontext* (2007), S. 2 und S. 6-26 zur Notwendigkeit einer Dogmatik im Kontext.

⁴⁹⁹ Siehe bereits die einleitende Erläuterung zu dem hier vertretenen Ansatz oben auf Seite 12. Systemisch wird vorliegend im Sinne der Methode einer Betrachtung von „Funktionssystemen“ verstanden, wie diese *Niklas Luhmann* als Teilsysteme sozialer Systeme bzw. der Gesellschaft definiert hat, siehe hierzu im Überblick *T. Huber*, *Systemtheorie des Rechts* (2007), S. 34 ff, 40/41. Damit wird eine Anlehnung an die Methode Luhmanns adressiert, jedoch weder die Systemtheorie i.e.S. noch der Inhalt der von *Niklas Luhmann* beschriebenen Funktion des Rechts, vgl. *N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* (1995/2013), S. 124 ff.

⁵⁰⁰ So die Kritik bei *U. Haltern*, a.a.O. (2007), S. 3, Rn. 5 „Formalistischer Rechtsdiskurs“.

begründeten *ökonomischen Rechtstheorie*.⁵⁰¹ Differenzierend zu dem klassischen Ansatz von Law & Economics in der Tradition von *Richard A. Posner*⁵⁰² sind gemäß dieser Theorie im Sinne einer rechtlichen Funktionslehre als systemische Gesamtkonzeption die institutionellen Funktionszusammenhänge von Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsordnung in die rechtliche Analyse einzubeziehen.⁵⁰³ Kern dieses Ansatzes ist, so wie *Peter Behrens* in seiner Schlussbemerkung formuliert, das „Verstehen rechtlicher Institutionen und ihrer Funktionen“.⁵⁰⁴

In vorliegender Untersuchung geht es dieser Logik entsprechend um die Herleitung des Beschränkungsverbot als unionsrechtliches *Prinzip* und daraus folgend um die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten, welche das Prinzip subjektiv-rechtlich umsetzen. Bei der Grundlegung ist demgemäß zu unterscheiden zwischen der Ebene der Rechtsschöpfung bzw. der Rechtsfortbildung (Grundlegung auf der Regelbildungsebene) und der anwendungsorientierten Auslegung sowie der Auslegung im Einzelfall (Grundlegung auf der Anwendungsebene).⁵⁰⁵

In die funktionalen Zusammenhänge von Werten, Binnenmarktziel und Leitbild sind die im Unionsrecht enthaltenen bzw. jene durch den Gerichtshof richterrechtlich etablierten Grundsätze und Prinzipien einzubetten, zu denen auch das zum subjektiven Rechtsschutz bei den Wettbewerbsregeln, Grundfreiheiten und Warenmarktregeln sukzessive etablierte Beschränkungsverbot⁵⁰⁶ gemäß der hier vertretenen These gehört. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Grundsätze des Unionsrechts – wie sie explizit auch Art. 51 Abs. 1 GRC in Bezug nimmt - stets in ihrem normativen Gehalt zu bestimmen sind und daher dem Grunde nach zunächst vollzugsbedürftige Prinzipien darstellen⁵⁰⁷, d.h. der weiteren objektiv-rechtlichen und ggf. auch subjektiv-rechtlichen Konkretisierung bedürfen. Demgemäß ist das Beschränkungsverbot, welches in der EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung der Wettbewerbsregeln, Grundfreiheiten und Warenmarktregeln gleichermaßen zum Ausdruck kommt (siehe hierzu ausführlich Abschnitt E.), als ein durch den EuGH im Wege der Rechtsschöpfung entwickeltes Institut zu betrachten. In der Perspektive der Rechtsfortbildung⁵⁰⁸ handelt es sich bei dem Beschrän-

⁵⁰¹ *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), passim. Fortgeführt und erläutert in dem Beitrag *P. Behrens*, Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, in: E. Boettcher/P. Herder-Dornreich/K. E. Schenk (Hrsg.), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Band 7, Interdisziplinarität – Voraussetzungen und Notwendigkeiten (1988), S. 209 ff.

⁵⁰² *R. A. Posner*, *Economic Analysis of Law* (1. Aufl. 1973) passim. Nachfolgend wird die 4. Auflage von 1992 zitiert.

⁵⁰³ *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 335.

⁵⁰⁴ *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 335.

⁵⁰⁵ Siehe hierzu *K.-D. Borchardt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2015), § 15, Rn. 31 ff. Wobei zu bemerken ist, dass im Unionsrecht die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung wegen der teleologischen Auslegung in Orientierung an dem *effet utile* durchaus verschwimmen können, ähnlich *M. Pechstein/C. Drechsler*, a.a.O. (2015), § 7, Rn. 56.

⁵⁰⁶ Hierzu nachfolgend Abschnitt E.

⁵⁰⁷ Die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Prinzipienbildung verdeutlicht Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC, siehe hierzu *A. Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 51 GRC, Rn. 3.

⁵⁰⁸ Siehe zur besonderen Legitimität der Rechtsfortbildung im Unionsrechts, *M. Pechstein/C. Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2015), § 7 Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, Rn. 56 ff.

kungsverbot daher nach dem hier angenommenen Verständnis um einen unionsrechtlichen *Verbotstypus sui generis*, der aus dem ursprünglichen ökonomischen Prinzip der Nichtdiskriminierung (*Balassa-Theorem*⁵⁰⁹) heraus fortentwickelt wurde, und weder als „herkömmliches“ Gleichheitsrecht noch als „grundrechtsähnliches“ Freiheitsrecht zu verstehen ist. Vielmehr geht es um die Grundlegung eines vertragsautonomen Typus von Verbot, welcher der Kontrolle einer auf Werten beruhenden Wirtschaftsverfassung, abgebildet via Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzip, dient (hierzu ausführlich in den Abschnitten B. bis D.), und der betreffend den wettbewerblich organisierten Binnenmarkt, die ökonomischen Bedingungen für Faktormobilität auf der Basis des Free Movement-Konzepts sichert.

In diesem Sinne hat *Hans Peter Ipsen* für das Wirtschaftsverfassungsrecht in Bezug auf den Gemeinsamen Markt im EWG-Recht die „Freiheit nach innen und die Einheitlichkeit nach außen“ als Grundsatz des Gemeinschaftsrechts formuliert.⁵¹⁰ Eine solche Bildung von Grundsätzen bzw. Prinzipien durch Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung ist dem dynamischen Unionsrecht gerade zu Eigen. So wurde durch den EuGH in den 1970er Jahren insbesondere das Gleichbehandlungsgebot als Grundprinzip⁵¹¹ sowie der daran anknüpfende allgemeine Gleichheitssatz⁵¹² richterrechtlich etabliert. Ebenso ist die Subjektivierung der Grundfreiheiten über den Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit in diesem Kontext der für die Wirtschaftsintegration (politisch) notwendigen Rechtsschöpfung (als Form der Auslegung⁵¹³) auf der Regelbildungsebene zu sehen.

2. Begründung der funktional-wettbewerbsökonomischen Auslegung

Da das Unionsrecht, wie zuvor erwähnt, bereits in seinem Ursprung der *Römischen Verträge* auf politisch-ökonomischen *und* rechtlichen Prämissen beruhte bzw. Recht und Ökonomie im Primärrecht der Union wechselseitig aufeinander bezogen sind (wie auch bei dem „historischen Vorbild“ des WTO-Systems⁵¹⁴), entspricht die Methode der funktional-wettbewerbsökonomischen Auslegung gemäß der hier vertretenen Auffassung, wie bereits erwähnt, im Kern der von *Peter Behrens* dargelegten *Funktionslehre für das Verstehen rechtlicher Institutionen und ihrer Funktionen*,⁵¹⁵ womit von der

⁵⁰⁹ *B. Balassa*, *The Theory of Economic Integration* (1961/2011), Chapter 1, S. 1.

⁵¹⁰ *H. P. Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 551 „zwei Gesichter“.

⁵¹¹ EuGH *Rita Frilli gegen Belgischer Staat (Frilli/Belgischer Staat)* (C-1/72, EU:C:1972:56) Rn. 19.

⁵¹² EuGH *Albert Ruckdeschel & Co. und Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. Gegen Hauptzollamt Hamburg-St. Annen Diamalt AG gegen Hauptzollamt Itzehoe (Quellmehl und Ruckdeschel)* (C-117/76 und 16/77, EU:C:1977:160) Rn. 7.

⁵¹³ Vgl. *K.-D. Borchardt*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), *Europarecht Handbuch* (2015), § 15, Rn. 57.

⁵¹⁴ Siehe zu den politisch-ökonomischen Grundlagen des WTO-Systems *R. M. Baldwin*, *The Case for a Multilateral Trade Organization*, in: *Narlikar/Daunton/Stern* (Hrsg.), *The Oxford Handbook on the World Trade Organization* (2014), S. 29 ff.

⁵¹⁵ Wie in der Schlussbemerkung zu seiner Arbeit betreffend die ökonomischen Grundlagen des Rechts von Peter Behrens beschrieben, vgl. *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 335: „Das Ergebnis ist eine über den Ansatz der ‚Ökonomischen Analyse des Rechts‘ weit hinausgreifende ökonomische Rechtstheorie, die für sich in Anspruch nimmt, auf der Basis des indivi-

Prämisse ausgegangen wird, dass das Recht und die Ökonomie einen gemeinsamen Gegenstand haben. Zuletzt hat die ökonomische Auslegung auch Einzug in die deutschsprachige Europäische Methodenlehre gefunden.⁵¹⁶

Der EuGH nutzt die funktionale Methode auf der Anwendungsebene besonders plakativ bei der Auslegung des Begriffs „Unternehmen“ in Art. 101, 102, 106 AEUV, sog. *funktionaler Unternehmensbegriff*.⁵¹⁷ Die grundlegenden Ausführungen des EuGH in *van Gend & Loos*⁵¹⁸ sowie *Costa E.N.E.L*⁵¹⁹ betreffen demgegenüber primär die funktionale Methode auf der Regelbildungsebene (Prinzip der funktionalen Integration). Entsprechend dem funktionalen Unternehmensbegriff richtet sich die Anwendung des wettbewerblichen Beschränkungsverbot nach der tatsächlichen Teilnahme eines Wirtschaftssubjektes im wettbewerblich organisierten Tauschsystem von Angebot und Nachfrage im Markt, und nicht nach der formaljuristischen Qualität des Wirtschaftssubjektes als öffentlich-rechtlich (staatlich) oder privat-rechtlich (privat) organisierte Einheit.

a) Wettbewerbsökonomik und Faktormobilität (*Free Movement*)

In der wettbewerbsökonomisch ergänzten juristischen Methode der systematisch-teleologischen Auslegung ist zu berücksichtigen, dass - wie bereits zu dem „Anders Sein“ der Grundfreiheiten einleitend ausgeführt - die Mobilitätsgewährleistung via Grundfreiheiten eine Besonderheit des Unionsrechts darstellt. Denn mit Blick auf das einzelne Wirtschaftssubjekt und den Individualrechtsschutz ist das *Free Movement*-Konzept, welches auf eine umfassende wirtschaftliche Integration in einem Binnenmarkt gerichtet ist, rechtsqualitativ betrachtet ein zentraler Unterschied zu dem völkerrechtlichen System des Außenhandels, welches auf Freihandelsgrundsätzen beruht und sich auf den Warenhandel und Dienstleistungen fokussiert, wie beispielsweise das Recht der WTO. Die Gewährleistung von Marktzugang beruht im Freihandelsrecht der WTO im Wesentlichen auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit und der Nichtdiskriminierung⁵²⁰, wobei ausschließlich die Mitgliedstaaten der WTO i.S.v. „Patronen“ zur Rechtsdurchsetzung aktiv legitimiert sind.⁵²¹ Demgegenüber soll in der Union eine um-

dualistischen Rationalismus den *institutionellen Funktionszusammenhang* von Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsordnung neu begründen und damit zugleich eine umfassende rechtliche *Funktionslehre* entwerfen zu können“.

⁵¹⁶ J.-U. Franck, Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2015), § 5, S. 70 ff., dort zu den Grundfreiheiten, S. 88-90, Rn. 47-51.

⁵¹⁷ G. Wiedemann, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 4, Rn. 1ff. zu Art. 101 AEUV und R. Dohms, in: ebd. (2016), § 35, Rn. 13 ff. zu Art. 106 AEUV.

⁵¹⁸ EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 25.

⁵¹⁹ EuGH *Costa/E.N.E.L.* (C-6/64, EU:C:1964:66) S. 1269.

⁵²⁰ M. Matsushita, The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body – Assessment and Problems, in: Narlikar/Daunton/Stern (Hrsg.), The Oxford Handbook on the World Trade Organization (2014), S. 510 ff. (The WTO Dispute Settlement System).

⁵²¹ G. Cook, A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles (2015), S. 32, 2.2 Conduct of organs of a State („State responsibility“). U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Kommentar (2007), Band 1 EG Teil 1, Einl., Rn.

fassende Faktormobilität durch transnationale subjektiv-rechtliche Garantien von Warenmarktregeln, Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln verwirklicht werden, die unmittelbar gelten und dem nationalen Recht im Kollisionsfall vorgehen.⁵²² In der „Rechtsunion“, zuvor *Rechtsgemeinschaft*⁵²³, werden also, anders als im Freihandelsrecht, die Mitgliedstaaten und Unternehmen gleichermaßen an die Erfordernisse zur Errichtung und Erhaltung eines wettbewerblich organisierten Binnenmarktes gebunden. Diese das Wirtschaftsintegrationsrecht der Union kennzeichnende *wechselseitige staatliche und private Verantwortung für Free Movement*⁵²⁴ kommt bereits in den oben erwähnten grundlegenden Urteilen des EuGH zu den Rechtssachen *Costa/E.N.E.L.*⁵²⁵ und *van Gend & Loos*⁵²⁶ zum Ausdruck, welche noch heute wegweisend für das Verständnis der supranational organisierten Wirtschaftsintegration sind.

Angesichts dieser *Koppelung von politisch-rechtlichem Integrationsauftrag und ökonomisch fundierter Faktormobilität* stehen die Grundfreiheiten funktional betrachtet daher weder den Grundrechten noch den Grundfreiheiten der EMRK⁵²⁷ oder anderen Mobilitätsrechten i.w.S. gleich.⁵²⁸

In eine ähnliche Richtung, d.h. im Sinne einer Auslegung als unionspezifisches Mobilitätsrecht, weist die jüngste Entwicklung zur Interpretation der Unionsbürgerfreiheit, Art. 20, 21 Abs. 1 AEUV. Sich sukzessive lösend von dem Konzept der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit entwickelt sich die Unionsbürgerfreiheit fortwährend weiter zu einem umfassenden Mobilitätsrecht der Unionsbürger im nicht-wirtschaftlichen Bereich.⁵²⁹ Eine Erweiterung des Free-Movement-Konzeptes über den unmittelbaren Marktbezug hinaus zeigt sich auch in der im Vertrag von Lissabon neu kodifizierten Mobilität von Forschern im neuen Europäischen Raum der Forschung („ERA“), Art. 179 AEUV. Dem Wirtschaftsintegrationsrecht der Union liegt somit ein Prinzip der transnationalen Mobilitätsgewährleistung in zweifacher Weise zugrunde: erstens konkret bezogen auf den Binnenmarkt als Wirtschaftsraum der Union, Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV (integrationspolitisch-wirtschaftswissenschaftlich fundiertes *Free Movement-Konzept*) und zweitens wirtschaftsbegleitend im supranationalen Gebiet der Union, Art. 3 Abs. 2 EUV als grundsätzliche Garantie (integrationspolitisch-sozialwissenschaftlich fundiertes persönliches Free Movement).

21 „Aus dem traditionell völkerrechtlichen Charakter der WTO folgt, dass Adressaten seiner Normen allein die Vertragsstaaten sind“.

⁵²² Ähnlich U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1 EG Teil 1 (2007), Einl., Rn. 21 ff.

⁵²³ G. Nicolaysen, Europarecht I – Integrationsverfassung (2002), S. 106 ff

⁵²⁴ Siehe hierzu das *Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung* als Ergebnis der funktionsbestimmenden Analyse der Grundfreiheiten in Kapitel 4 C.

⁵²⁵ EuGH *Costa/E.N.E.L.* (C-6/64, EU:C:1964:66) S. 1269 ff.

⁵²⁶ EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 25.

⁵²⁷ In der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) wurde der Begriff Grundfreiheit zur Kennzeichnung der in einem Katalog abgebildeten Menschenrechte verwendet. Nach der sprachlich überarbeiteten deutschen Übersetzung in der ab 01.11.1998 geltenden Fassung ist der Begriff weiterhin in dem Titel der Konvention sowie in den Titeln der Protokolle enthalten.

⁵²⁸ Ähnlich zuletzt J. H. Klement, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 477.

⁵²⁹ C. Barnard, *The Four Freedoms* (2010), S. 449 ff.: „Restriction approach“.

Der spezifisch ökonomische und auf den Wettbewerb gerichtete Hintergrund des durch die Grundfreiheiten verbürgten Free Movements zeigt sich z.B. auch im Vergleich zum deutschen Grundgesetz. Die Freizügigkeitsgewährleistung des Art. 11 GG garantiert eine persönliche Mobilität im Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland, sie hat jedoch keinen Marktbezug. Demgegenüber steht der unionsspezifische Integrationsauftrag der Grundfreiheiten, der über allgemeine Freizügigkeitsregelungen, wie Art. 11 GG, weit hinausgeht. Wettbewerbsökonomisch determiniert sollen die Grundfreiheiten umfassend die grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Transaktionen innerhalb eines Binnenmarktes gewährleisten, um die nationalen Teilmärkte zu einem einheitlichen Ganzen zu verbinden. Der *finale Binnenmarktauftrag* (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV i.V.m. dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb) unterscheidet die Grundfreiheiten auch in diesem Punkt wiederum deutlich vom Recht der WTO, für das keine Finalität im Sinne eines Binnenmarktziels besteht. Als *supranational fundierte und unmittelbar transnational wirksame Normen* sind die Grundfreiheiten daher von einer besonderen Qualität und damit „anders“ als nationales Recht bzw. klassisches Völkerrecht, respektive Freihandelsrecht, auszulegen, nämlich anhand der ihnen zugrundeliegenden wettbewerbsökonomischen Paradigmen von Free Movement zur Verwirklichung des Binnenmarktziels gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft.

b) *Wettbewerbsökonomik als Ausdruck des „effet utile“*

Im Hinblick auf die juristischen Auslegungsmethoden lässt sich die funktional-wettbewerbsökonomische Auslegung ebenso als Ausdruck des *effet utile* (*effectiveness*) bewerten.⁵³⁰ Bezogen auf das Free Movement-Konzept geht es hierbei also um die Absicherung der „höchst möglichen praktischen Wirksamkeit“ des Telos von Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV, welcher die Gewährleistung des „Funktionierens“ des Binnenmarktes umfasst. Eben dieses „Funktionieren“ eines Marktes i.S.v. Art. 26 Abs. 1 AEUV ist dabei grundlegend einerseits in der *Mikroökonomie* mit der Erfassung von Funktionsmechanismen und Funktionsgesetzmäßigkeiten von Angebot und Nachfrage theoretisch umfassend fundiert⁵³¹, andererseits in der *Mikro- und Makroökonomie* in den staatlichen und politischen Zusammenhang gestellt.⁵³² Beide Teilbereiche der Wirtschaftswissenschaften beziehen dabei den *Wettbewerb als Organisationsmodell* des Marktes sowie die mit diesem korrespondierenden wettbewerbspolitischen Leitbilder und Wettbewerbstheorien mit in die Betrachtungen ein. Die *Außenwirtschaftstheorie* wiederum betrachtet fokussiert die Effekte von Wirtschaftsbeziehungen, welche über die Grenzen

⁵³⁰ Zum *effet utile* (*effectiveness*) in den verschiedenen Entwicklungsstufen der EuGH-Rechtsprechung und als Bestandteil der „funktionalen Methode“ vgl. A. Bredimas, *Methods of Interpretation and Community Law* (1978), S. 77-81. Siehe auch G. Nicolaysen, *Europarecht I – Integrationsverfassung* (2002), S. 90 und M. Pechstein/C. Drechsler, a.a.O. (2015), § 7, Rn. 30.

⁵³¹ E. Heuss, *Allgemeine Markttheorie* (1965) passim; T. Siebe, *Mikroökonomie* (2012), S. 56-84; K. Herdzina/S. Seiter, *Mikroökonomik* (2015), S. 74 ff. (Theorie der Nachfrage) und S. 106 ff. (Theorie des Angebotes).

⁵³² Siehe nur K. Herdzina/S. Seiter, ebd. (2015), S. 22 ff. (Arbeitsteilige Volkswirtschaft und Wirtschaftssystem); T. Siebe, ebd. (2012), S. 87 ff. (Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik).

der Nationalstaatlichkeit hinausreichen, also internationale Märkte.⁵³³ Die wirtschaftswissenschaftliche Literatur zum Strategischen Management betrachtet im Schwerpunkt die Gesetzmäßigkeiten der Interaktionen von Wirtschaftssubjekten im Wettbewerb auf Märkten unter Einbeziehung spieltheoretischer Aspekte.⁵³⁴ Jedenfalls lässt sich das „Funktionieren“ von Markt und damit auch von Binnenmarkt nicht mit juristischen Kategorien und Begrifflichkeiten erfassen.

Selbst die Zuständigkeiten für die Verwirklichung von in den Normen kodifizierten Unionsaufgaben sind so zu interpretieren, dass die volle praktische Wirksamkeit Ersterer gewährleistet wird. Dieser Grundsatz folgt an sich bereits aus der allgemeinen Loyalitätsklausel, Art. 4 Abs. 3 EUV. Die äußerste Grenze ist hierbei allerdings eine unzulässige, dass Kompetenzgefüge verletzende Auslegung, welche indessen mit einer wettbewerbsökonomischen Auslegung an sich gar nicht verbunden sein kann. Denn erstens handelt es sich bei den Grundfreiheiten bereits um ökonomisch fundiertes Wirtschaftsintegrationsrecht (siehe oben). Zweitens kennt das Unionsrecht, im Gegensatz zum Völkerrecht, keinen Grundsatz, wonach Beschränkungen der Souveränität im Zweifel restriktiv auszulegen sind.⁵³⁵ Bei einem Widerspruch von nationalem Recht und Unionsrecht – Kollisionssachverhalt – gilt zudem der *Grundsatz des Vorrangs* vor dem Recht der Mitgliedstaaten.⁵³⁶ Dieser Grundsatz entspricht dem Gebot der gleichmäßigen Geltung des Unionsrechts und seiner praktischen Wirksamkeit, welche wiederum eine unerlässliche Voraussetzung für die Verwirklichung der Vertragsziele darstellt.⁵³⁷ Auch die wettbewerbsrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten selbst werden mit den Erfordernissen der praktischen Wirksamkeit begründet.⁵³⁸ Das Ziel einer Berücksichtigung wettbewerbsökonomischer Implikation bei der systematisch-teleologischen Auslegung besteht zudem nicht darin, die Kontrolldichte der internen Politiken, respektive der Grundfreiheiten, zu erhöhen, sondern deren Kontrolle an den Erfordernissen strategisch-protektionistischer Maßnahmen („moderner Protektionismus“) auszurichten, also an dem heutigen „Funktionieren“ (Art. 26 Abs. 1 AEUV) von Märkten.

c) *Von Posner zur European Law & Economics*

Wenngleich eine allgemeine Theorie zur ökonomischen Auslegung des Unionsrechts (noch) nicht existiert, dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass die ökonomische

⁵³³ Im Überblick G. S. Heiduk, Außenwirtschaft (2005), S. 1 ff. „Die raum- und zeitlose Ökonomie in der traditionellen Außenwirtschaftstheorie.“

⁵³⁴ Michael E. Porter, Competitive Strategy (1980/1998); ders., Competitive Advantage (1985/1998) sowie zu Unternehmensstrategien im Wettbewerb W. Pfähler/H. Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008); H. Hungenberg, Strategisches Management in Unternehmen (2011), R. M. Grant, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014)). Im Überblick W. Kerber/U. Schwalbe, in: MüKo EuWettbR (2015), Einl. Rn. 115/116 (spieltheoretisch fundierte Industrieökonomik), Rn. 118-120 (Institutionenökonomik/Law & Economics), Rn. 123-125.

⁵³⁵ M. Zuleeg, Die Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1969, S. 97, 106.

⁵³⁶ Grundlegend EuGH *Costa/E.N.E.L.* (C-6/64, EU:C:1964:66) S. 1269 ff.

⁵³⁷ Grundlegend EuGH *Walt Wilhelm u.a. gegen Bundeskartellamt* (C-14/68, EU:C:1969:4) Rn. 6.

⁵³⁸ Vgl. E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EG Teil 1 (2007), Art. 31, 86 EGV, Rn. 28 und dies., Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Art. 106 AEUV, Rn. 33.

Theorie des Rechts bzw. die Ergründung ökonomischer Grundlagen des Rechts mittlerweile eine gefestigte Teildisziplin der Rechtstheorie darstellt.⁵³⁹ Dies gilt auch für das Europarecht, soweit im Ursprung auf den Ansatz von Law & Economics der „Posner-Tradition“ zurückgreifend⁵⁴⁰ nunmehr im europarechtlichen Schrifttum die ökonomische Auslegung des Rechts mit eigenen Ansätzen zunehmend Beachtung erlangt.⁵⁴¹

Für die hier vertretene funktional-wettbewerbsökonomische Facette der ökonomischen Auslegung des Marktintegrationsrechts der Union spricht neben dem Free Movement-Konzept (siehe zuvor I.) nicht zuletzt der institutionell-rechtliche Kontext des EUV, welcher den Wettbewerb in die ausschließliche Kompetenz der Union legt, vgl. Art. 3 Abs. 1 Ziffer b AEUV.⁵⁴² In der Sprache des Rechts und der Ökonomie bedeutet dies, dass eine an den Funktionen des Tauschsystems Binnenmarkt und dessen Interaktionssystem Wettbewerb orientierte Rechtsauslegung erforderlich ist.⁵⁴³ Eine solche funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierte Auslegung grenzt sich insbesondere von Ansätzen ab, welche etwa die Grundfreiheiten in Anlehnung an die deutsche Grundrechtsdogmatik interpretieren.⁵⁴⁴ Die Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz zum wettbewerbsrechtlichen Beschränkungsverbot im Kartell- und Beihilfenrecht belegt mit der funktionalen Auslegung des Unternehmensbegriffs für die Anwendungsebene des Marktintegrationsrechts, dass die Einbeziehung wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse in die systematisch-teleologische Auslegung der richtige Weg ist.

Das *wettbewerbstheoretische Fundament* der für das Wirtschaftsintegrationsrecht der Union maßgeblichen Ökonomie zeigt, wie bereits einleitend dargestellt (Kapitel 1

⁵³⁹ J.-U. Franck, Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2015), S. 70 ff. Siehe auch A. van Aaken, Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht: Methode und Anwendungsmöglichkeiten, in: Recht und Ökonomie (2004), S. 1 f.

⁵⁴⁰ Zu den Bezügen betr. Law & Economics siehe J.-U. Franck, ebd. (2015), S. 71, Rn. 3 ff.; P. Behrens, Aspekte einer ökonomischen Theorie des Rechts, Rechtslehre 12 (1981), S. 472-490; ders. Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), passim. Siehe auch E.-J. Mestmäcker, A Legal Theory without Law (2007), S. 21 ff. (Law and economics in perspective).

⁵⁴¹ J.-U. Franck, Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2015), S. 70 ff.; Mathis (Hrsg.), Law and Economic in Europe (2014) passim; Eger/Schäfer (Hrsg.), Research Handbook on the Economics of European Union Law (2012) passim; P. Behrens/T. Eger/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Europarechts (2012); W. Wurmnest, Marktmacht und Verhinderungsmisbrauch – Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomie in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (2010).

⁵⁴² Damit untersteht die Wettbewerbspolitik dem Grunde nach nicht einmal mehr dem Subsidiaritätsprinzip, vgl. E. Lenski, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 3 AEUV, Rn. 5.

⁵⁴³ P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 126.

⁵⁴⁴ Zu dieser Notwendigkeit zuletzt J. H. Klement, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 477. Betreffend das Spannungsverhältnis von Warenverkehrsfreiheit und Umweltschutz wurde bereits begründet, dass eine an ökonomischen Grundsätzen orientierte Konkretisierung der grundfreiheitlichen Verbotstatbestände wirtschaftlich betrachtet zu effizienteren und gesamtgesellschaftlich gesehen zu gerechteren Ergebnissen führt, als eine pauschale Übertragung grundrechtlicher Dogmatik, B. Weiher, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr (1997), S. 182 (These 11.) und im Detail S. 177, 178 sowie S. 86 ff.

B. III.), indessen keinen homogenen sondern einen polyparadigmatischen Charakter.⁵⁴⁵ Daher stehen sich im Unionsrecht unterschiedliche wettbewerbstheoretische Paradigmen und wettbewerbsspolitische Ziele gegenüber. Ausgehend von den Werte- und Zielbegriffen des EUV ist es jedoch möglich, eine insoweit *integrierte und Werte fundierte Wettbewerbsökonomik* – eine sog. integrierte Wettbewerbsökonomie wird im deutschen Schrifttum von *Günter Knieps*⁵⁴⁶ ausdrücklich vertreten - auch für das unionsrechtliche Beschränkungsverbot zu begründen. So lassen sich über *systemische Parallelitäten* die verfassungsrechtlichen Begriffe der Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit in ihren Koppelungen mit wettbewerbstheoretischen Paradigmen zusammenführen (siehe hierzu sogleich C. III.). Durch eine derartige *Parallelbetrachtung von normativen und ökonomischen Begriffen, Paradigmen und Theoremen* wird überdies eine von der Integrationsphilosophie losgelöste Rezeption ökonomischer Prinzipien vermieden, da eine *wechselseitige Reflexion* der jeweiligen rechtlichen und wirtschaftswissenschaftlichen Konzepte bzw. Systembegriffe am Maßstab übergeordneter Integrationsziele und Werte der Union erfolgt. Die in Kapitel 4 für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten vorgestellte Auslegung nach wettbewerbsökonomischen Funktionszusammenhängen (Konnexität) fügt sich insoweit nahtlos in die bereits geltende Prämisse für die systematisch-teleologische Interpretation des Unionsrechts ein, nach der jede Norm im Lichte des gesamten Rechtssystems, seiner Ziele und seines Entwicklungsstandes zurzeit der Anwendung zu bewerten ist, und zwar im Sinne einer dynamischen, integrationsqualitativen Auslegung. Wörtlich hat der EuGH in der *CILFIT*-Entscheidung aus dem Jahr 1982 ausgeführt:

[Rn. 20] „Schließlich ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.“⁵⁴⁷

3. Drei Ebenen der funktional-wettbewerbsökonomischen Auslegung

Entsprechend der zuvor ausgeführten Begründung zur Methode wird in dieser Arbeit nachfolgend unter dem Oberbegriff der Marktintegrationsökonomik (Werte fundierten *Wettbewerbsökonomik*) die Gesamtheit derjenigen ökonomischen Erklärungsansätze verstanden, welche den Wettbewerb in seiner Funktion als Interaktionssystem für den (Binnen-)Markt polyparadigmatisch definieren.

⁵⁴⁵ So explizit auch *W. Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch (2010), S. 255.

⁵⁴⁶ *G. Knieps*, Wettbewerbsökonomie (2005), bekennt sich ausdrücklich im Vorwort, S. VIII, “[...] liegt die Überzeugung zugrunde, dass die zukünftigen Aufgaben der praktischen Wettbewerbspolitik es unerlässlich machen, die traditionell separaten Gebiete der Regulierungstheorie, der Industrieökonomie und der Wettbewerbspolitik unter dem *wettbewerbsökonomischen Fokus der Funktionsfähigkeit von Märkten zu integrieren.*“

⁵⁴⁷ EuGH *Srl CILFIT und Lanificio di Gavardo SpA gegen Ministero della Sanità (CILFIT)* (C-283/81, EU:C:1982:335) Rn. 20.

Die juristische Methode der systematisch-teleologischen Auslegung wird auf der Regelbildungsebene (in diesem Ersten Teil der Untersuchung) sowie auf der Anwendungsebene (im Zweiten Teil der Untersuchung) durch wettbewerbsökonomische Theoreme und Paradigmen ergänzt.⁵⁴⁸ Die prinzipiengeleitete, normativ-wettbewerbsökonomische Methode wird dabei auf drei Ebenen relevant, und zwar für die

- (1) Herleitung und Begründung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens als Prinzip der Union (hierzu die nachfolgenden Abschnitte B. bis G.);
- (2) Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (hierzu nachfolgend Kapitel 4);
- (3) Analyse der dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote (hierzu nachfolgend Zweiter Teil, Kapitel 5) und für die (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) als Mobilitätsbeschränkungsverbote (hierzu nachfolgend Zweiter Teil, Kapitel 6).

III. Zusammenfassung

Die Begründung des politisch-ökonomisch fundierten Free Movement-Konzepts (I.) und die Ausführungen zur Methode der funktionalen Prinzipienbildung und Auslegung (II.) haben gezeigt, dass dem Unionsrecht eine vertragsautonome „Symbiose“ politischer (Friedenspolitik, Integrationspolitik, Wirtschaftspolitik, Gesellschaftspolitik) und ökonomischer (Außenhandels- und Wettbewerbstheorie) Implikationen zugrunde liegt. Im Sinne einer „Dogmatik im Kontext“ (Ulrich Haltern) müssen diese Implikationen in die Teleologie normativer Konzepte (Werteverfassung, Wirtschaftsverfassung) einfließen und deshalb als Aspekte einer „funktionalen“ (normativ-wettbewerbsökonomisch determinierten) Prinzipienbildung auf der Regelbildungsebene und einer „funktionalen“ Auslegung auf der Anwendungsebene berücksichtigt werden. Die besondere Qualität des Unionsrechts als supranationales Wirtschaftsintegrationsrecht (Marktintegrationsrecht) legitimiert dabei eine wettbewerbsökonomisch ausgerichtete Ergänzung der rechtlichen Methodik (European Law & Economics / functional economic approach).

Das Free Movement-Konzept, welches aus der Zusammenschau von Integrationspolitik, vertragsautonomer Ökonomik (Mikroökonomie, Makroökonomie, Außenwirtschaftstheorie, Wettbewerbstheorie usw.) sowie dem Marktzugangsparadigma abzuleiten ist, dient der Verwirklichung des Binnenmarktziels, wie dieses in der Präambel zum EUV (achter Absatz), in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV hervorgehoben und in Art. 26 AEUV sowie in dem „Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“ in Bezug ge-

⁵⁴⁸ Entsprechend der bereits in der Einleitung dargestellten zwei Ebenen der Arbeit. Zur Regelbildungs- und Anwendungsebene bei dem Zusammenspiel von Recht und Ökonomik vgl. W. Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch* (2010), S. 223.

nommen wird. Als integrationspolitisch-ökonomisch fundiertes Konzept, welches die Voraussetzungen und Bedingungen von transnationaler wirtschaftlicher Mobilität grundlegend repräsentiert, ist dieses Konzept (Free Movement) der systemisch-konzeptionelle Fixpunkt für die Bestimmung der Teleologie von Zielen und Werten (EUV) sowie internen Politiken (AEUV) und der aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung folgenden Maßstäbe für das Prinzip (hierzu nachfolgend die Abschnitte B. bis G).

B. Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV)

Der Vertrag von Lissabon hat mit der neuen Vertragsarchitektur von Werten und Zielen im EUV sowie von internen Politiken in dem AEUV erhebliche systematische Modifikationen gegenüber dem vorherigen Gemeinschaftsrecht des EU/EG-Vertrages gebracht. Wenngleich insgesamt davon auszugehen ist, dass mit dem Reformvertrag von Lissabon kein fundamentaler Paradigmenwechsel im Hinblick auf die Wirtschaftsverfassung beabsichtigt war⁵⁴⁹, ist dennoch die veränderte Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung in dem Zusammenspiel von Werten, Zielen und internen Politiken mit ihren Implikationen für die Prinzipienbildung zu bestimmen. Insbesondere ist zu ergründen, welche Gehalte der Verfassung in Bezug auf den Binnenmarkt und den Wettbewerb im Zusammenspiel mit den Werten und internen Politiken des AEUV zu entnehmen sind.

Die *Qualifikation* von Integrationsrecht als Werte- und Wirtschaftsverfassungsrecht stellt keine terminologische oder akademische „Spielerei“ dar, sie hat weitreichende Konsequenzen für die dogmatische Konzeption der diese Werte und Ziele umsetzenden Normen im AEUV, denn sie bestimmt deren grundlegende (verfasste) Teleologie. Einher gehen hiermit die rechtlichen Inhalte und ökonomischen Paradigmen, welche bei der Integration durch das Recht – Wirtschaftsintegrationsrecht – aufeinander beziehungsweise zusammenwirken. Konkret geht es um den Kerngehalt dessen, was eine *wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft*, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, in einem durch *Freiheit, Gleichheit* und *Gerechtigkeit*, Art. 2 EUV, geprägten europäischen Gesellschaftsmodell zur Sicherung des Friedens in einem Binnenmarkt kennzeichnet (Ebene der Verfasstheit), welche Prinzipien und Maßstäbe daraus erwachsen (Ebene der Regelbildung) und wie diese praktisch, d.h. über die internen Politiken des AEUV (Art. 26 AEUV), im Sinne eines „Funktionieren“ des Binnenmarktes, zu verwirklichen sind (Ebene der Anwendung).

Dementsprechend werden nachfolgend zunächst die systematisch-teleologischen Aspekte der Werte- und Wirtschaftsverfassung im Rahmen eines Strukturvergleichs von Gemeinschaftsrecht (EU/EG) und Unionsrecht (EUV/AEUV) dargelegt (dazu I.). An-

⁵⁴⁹ So mit überzeugender Begründung C. Nowak, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon, EuR 2009, Beiheft 1, S. 129, 191, 192. Zudem existieren – soweit aus den Materialien ersichtlich – keine dezidiert entgegengesetzten Verlautbarungen, dass mit dem „neuen“ Primärrecht in der Gestalt des EUV und AEUV nicht mehr von Wirtschaftsverfassungsrecht gesprochen werden sollte.

schließlich wird die funktionale Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung determiniert (dazu II.). Im Ergebnis zeigt sich die Dogmatik einer zielgebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung (III.). Hiervon ausgehend lassen sich in den nachfolgenden Abschnitten C. bis E. die prinzipiellen Gehalte von Maßstäben der Werte- und Wirtschaftsverfassung ergründen, welche sodann in ihrer Gesamtheit den Inhalt für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot abbilden.

I. Systematik: Strukturvergleich von EU/EG vs. EUV/AEUV

1. Strukturelemente: Das Normgefüge als Auslegungsmaßstab

Die mit dem Vertrag von Lissabon vollzogene Zusammenführung von Europäischer Union und Europäischer Gemeinschaft (Art. 1 Abs. 3 EUV) zu einer neuen einheitlichen Rechtspersönlichkeit „Europäische Union“ (Art. 47 EUV)⁵⁵⁰ sowie die primärrechtliche Gleichrangigkeit von EUV, AEUV⁵⁵¹ und der Grundrechtecharta bildet im Vergleich zum vormals geltenden Gemeinschaftsrecht eine neue, stärker interdependente Verfassungsarchitektur. Dies hat Konsequenzen für die im Unionsrecht dominierende systematisch-teleologische Auslegung, welche nunmehr die Primärrechtsverträge EUV, AEUV nebst den dazu gehörenden Protokollen in ihren Verzahnungen und Wechselwirkungen analysieren muss.

a) Struktur von EG-Vertrag vs. EUV/AEUV

Das Unionsrecht zeigt, wie zuvor der EG-Vertrag, eine Struktur vom „Allgemeinen zum Besonderen“. Gegenüber der Systematik des Gemeinschaftsrechts ist aber augenscheinlich, dass die ehemals im ersten Teil des EG-Vertrages enthaltenden Grundsätze, namentlich die „Aufgaben und Tätigkeiten“ der Gemeinschaft gemäß Art. 2, 3 EG, deutlich modifiziert nunmehr im EUV als Werte und Ziele aufgenommen sind. Diese in struktureller und inhaltlicher Perspektive einschneidende Änderung ist nachfolgend zusammen mit weiteren Modifikationen bzw. Akzentverschiebungen in einem Strukturvergleich zwischen der Systematik der Wirtschaftsverfassung des Gemeinschafts- und Unionsrechts in den Blick zu nehmen. Aus den hier eruierten Normenzusammenhängen lassen sich die notwendigen Rückschlüsse betreffend den Gehalt und Grundtelos der Werte und Ziele für die Prinzipienbildung entnehmen.

aa) Überblick

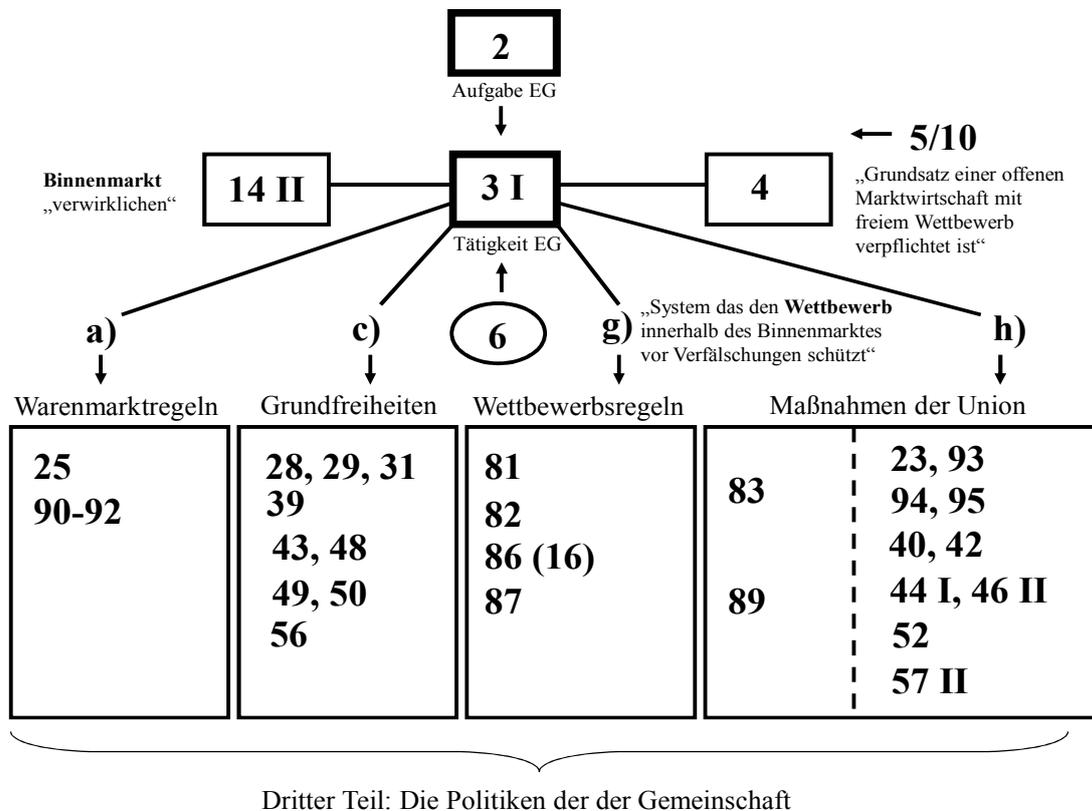
(1) EG-Vertrag

Optisch lässt sich die Struktur der Wirtschaftsverfassung des EG-Vertrages wie folgt zusammenfassen.

⁵⁵⁰ C. Calliess, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 1 EUV, Rn. 6 f. mit Ausführungen zur rechtlichen Kontinuität und zur Fortsetzung der „alten“ Union in modifizierter FoRn.

⁵⁵¹ Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV.

Abbildung-5: Die Struktur der Wirtschaftsverfassung des EG-Vertrages.



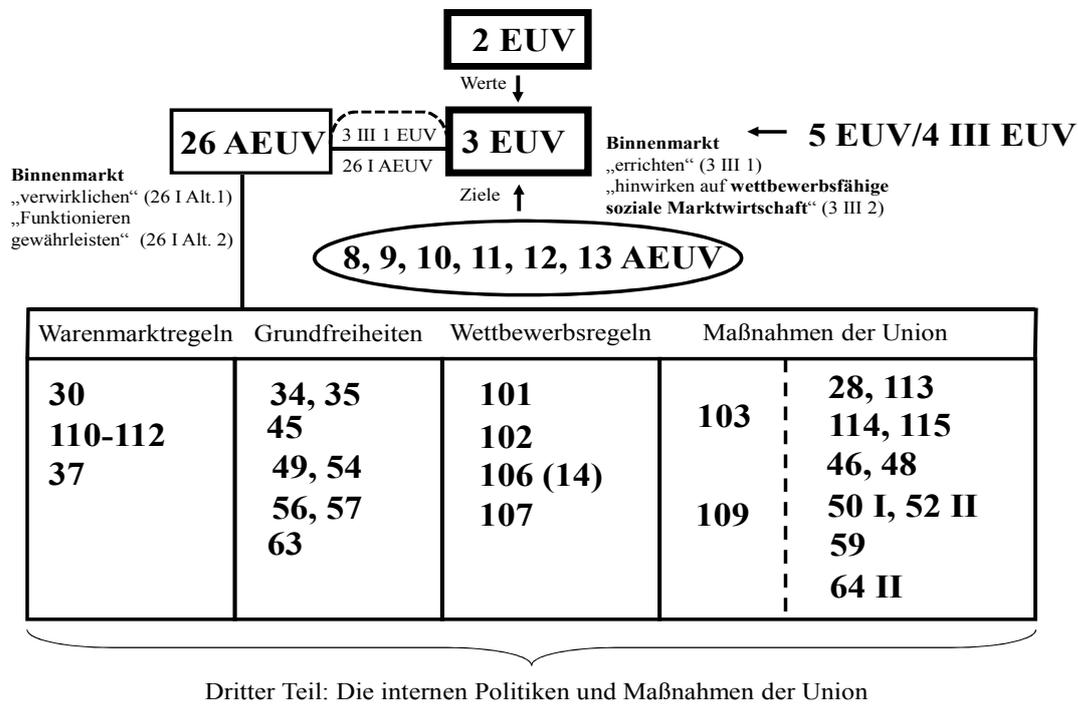
Die Ziffern beziehen sich auf den EG-Vertrag in der Fassung des Vertrages von Nizza.

Dem Schaubild ist zu entnehmen, dass der EG-Vertrag gekennzeichnet war durch eine unmittelbare Verknüpfung von Aufgaben, Art. 2 EG, und Tätigkeiten, Art. 3 EG. Letztere wurden konkretisiert über Art. 4 EG (Wirtschafts- und Währungsunion) und ergänzt durch Art. 14 EG (Binnenmarktziel). Konkretisiert wurden die Tätigkeiten, bezogen auf transnationale wirtschaftliche Sachverhalte, über vier Normgruppen, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a), c), g), h) EG. Bei den Aufgaben und Tätigkeiten war der Umweltschutz als sog. Querschnittsklausel übergreifend zu beachten, vgl. Art. 6 EG. Art. 5 EG und Art. 10 EG statuierten allgemeine Regeln, wie das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, sowie die Treue-/Loyalitätspflichten.

(2) EUV/AEUV i.d.F. des Vertrages von Lissabon

Das System der Wirtschaftsverfassung des Unionsrechts lässt in Zusammenschau von EUV und AEUV zusammenfassend optisch wie folgt darstellen.

Abbildung-6: Die Struktur der Verfassung von EUV/AEUV.



© M. Keser

Bereits die optische Gegenüberstellung der Strukturskizzen zur ehemaligen (EG) und der aktuellen (EU) Wirtschaftsverfassung zeigt, dass sich die *Normenzusammenhänge* mit dem Vertrag von Lissabon grundlegend verändert haben. Neben vollkommen neu aufgenommenen Vorschriften, wie etwa den Kompetenzregelungen Art. 2-4 AEUV und weiteren Querschnittsklauseln (Art. 8 – 13 AEUV), welche im EG-Vertrag nicht existierten⁵⁵², ist das System von Aufgaben und Tätigkeiten, ex Art. 2, 3, 4 EG, aufgehoben und in ein System von Werten und Zielen, vgl. Art. 2, 3 EUV, überführt worden.

bb) Systematik und Teleologie

Aus der Gegenüberstellung des Wirtschaftsverfassungsrechts des Gemeinschaftsrechts i.d.F. des Vertrages von Nizza und der EU-Werte- und Wirtschaftsverfassung in der Fassung des Vertrages von Lissabon ergeben sich folgende systematisch-teleologische Konsequenzen.

(1) Das EG-System der Aufgaben und Tätigkeiten

Im ersten Teil des EG-Vertrages, überschrieben als „Grundsätze“, fanden sich *Zielbestimmungen*, welche für die Auslegung des gesamten Vertrages Relevanz zeigten.

⁵⁵² Diese Hervorhebung wird teilweise als Klarstellung politisch-programmatischer Absicht aufgefasst, so K.-H. Fischer, Der Vertrag von Lissabon, Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag (2008), Titel I, Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Union, S. 184, Kommentar (1).

Diese waren als Aufgaben (Art. 2 EG) und Tätigkeiten (Art. 3 Abs. 1 EG und Art. 4 Abs. 1 EG) umschrieben. Zentral war die Systementscheidung für „unverfälschten Wettbewerb“ (dazu sogleich (a)) und der Funktionszusammenhang von Binnenmarkt und Wettbewerb (dazu (b)).

(a) Systementscheidung „unverfälschter Wettbewerb“

Zu den Zielen der Gemeinschaft gehörte seit dem EWG-Vertrag (Art. 3 lit. d EWGV) die Aufgabe, ein System unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes zu errichten. Indessen wurde ein verbindlicher Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Binnenmarkt erst mit der Einheitlichen Europäischen Akte im Jahre 1987 eingeführt. Die seit diesem Zeitpunkt untrennbare Verbindung von Grundfreiheiten, Binnenmarkt und Wettbewerbssystem als „Gesamtsystementscheidung“ stellte sich mit der in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG kodifizierten Weise nicht bloß als Programmsatz, sondern als rechtsverbindliches Ziel der Gemeinschaft dar.⁵⁵³ Der Art. 2 EG („Aufgaben“) wiederum war als Grundnorm des Integrationsprogramms der Europäischen Gemeinschaft sowohl Ausgangs- als auch Bezugsnorm für alle Normen des EG-Vertrages, einschließlich der Grundfreiheiten.⁵⁵⁴ Bei den in Art. 2 EG aufgeführten Aufgaben handelte es sich um „vertragsübergreifende“ allgemeine Ziele⁵⁵⁵, auf die vielfältig Bezug genommen wurde.⁵⁵⁶ Diese „allgemeinen Ziele“, welche für sämtliche Politiken des EG-Vertrages als „übergeordnetes Programm“ galten, standen bereits nach altem Recht im Spannungsverhältnis zu den „spezielleren Zielen“, wie etwa der Landwirtschaftspolitik (Art. 32 ff. EG). Zudem mussten auch die Ziele des EG-Vertrages wegen des Kohärenzgebotes in Art. 3 Abs. 1 EU mit den in Art. 2 EU aufgeführten Zielen – welche freilich gleichzeitig auch die Ziele des Art. 2 EG enthielten – in Einklang gebracht werden. In Art. 3 Abs. 1 EG („Tätigkeiten“) fanden sich sodann die rechtlichen Instrumente zur Umsetzung des in Art. 2 EG aufgeführten Integrationszielprogramms. Zudem wurde Art. 3 selbst als Zielbestimmung aufgefasst.⁵⁵⁷ Der Wortlaut sprach daher auch von „Tätigkeit“ der Gemeinschaft. Ebenso knüpfte auch Art. 4 Abs. 1 EG („Tätigkeiten“) an Art. 2 EG an und umschrieb die „Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist als Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft. Von besonderer Bedeutung für die Auslegung der Wettbewerbsvor-

⁵⁵³ Vgl. A. Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2000), Art. 3 EGV, Rn. 2; grundlegend: EuGH *Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Europemballage)* (C-6/72, EU:C:1973:22) Rn. 23, 24.

⁵⁵⁴ R. Streinz, in: ders., EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 2 EGV, Rn. 2 m.w.N.

⁵⁵⁵ R. Streinz, ebd. (2003), Art. 2 EGV, Rn. 3 m.w.N.

⁵⁵⁶ Siehe etwa die Formulierung in Art. 5 Abs.1 EG, Art. 10 Abs. 2, Art. 70, Art. 98 Satz 1, Art. 105 Abs. 1 Satz 2, Art. 125, Art. 308 EG. Entweder ist hier allgemein von „Zielen“ die Rede oder es wird ausdrücklich auf die Verwirklichung der in Art. 2 EG genannten Ziele Bezug genommen.

⁵⁵⁷ R. Streinz, in: ders. (Hrsg.) EUV/EGV-Kommentar, Art. 3 EG, Rn 3: „Wie Art. 2 EGV [...] enthält auch Art. 3 Abs. 1 EGV keine bloßen Programmsätze, sondern rechtlich verbindliche Ziele.“

schriften, aber auch der Grundfreiheiten, war der Grad an Verbindlichkeit sowie die Frage nach einem individualrechtsschützenden Gehalt einzelner Tätigkeitsfelder.

Art. 3 Abs. 1 lit. g EG verpflichtete die Gemeinschaft zu einem *System*, welches den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Wie weit diese Verpflichtung reicht bzw. sich diese zu einem zwingenden Auslegungsgrundsatz verdichtet oder zur Ergänzung individueller Rechtspositionen herangezogen werden kann, war im Detail Gegenstand umfassender Reflexionen zur Funktion des Wettbewerbs als „Strukturprinzip“ der Gemeinschaft.⁵⁵⁸ Jedenfalls war hinsichtlich der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln in Zusammenschau der Art. 4, Art. 14 Abs. 2 EG sowie Art. 98, 105 Abs. 1 Satz 3 EG deutlich, dass aufgrund mehrfacher Rückkoppelungen im Vertragstext dem Prinzip des freien, unverfälschten Wettbewerbs eine zentrale, übergreifende Rolle zukam. Hier war zu berücksichtigen, dass in der ursprünglichen Formulierung des Art. 3 lit. f) EWG-Vertrag von 1957 gegenüber der Fassung des EG-Vertrages (Nizza) noch von der Verpflichtung zur *Errichtung* eines Systems unverfälschten Wettbewerbs ausgegangen wurde. Danach gingen die Vertragsparteien, im Sinne einer dynamischen Auslegung des Gemeinschaftsrechts entsprechend dem „gegenwärtigen Stand der Integration“, ersichtlich davon aus, dass die Struktur des Binnenmarktes bereits grundsätzlich durch unverfälschte Wettbewerbsverhältnisse gekennzeichnet war. Daraus konnte sogleich der Schluss gezogen werden, dass das Hauptaugenmerk zukünftig, d.h. in der Situation einer weit fortgeschrittenen Integration mit einem tatsächlich und rechtlich weitgehend integrierten Binnenmarkt, auf dessen Aufrechterhaltung gerichtet werden müsste. Eine Differenzierung zwischen privaten und staatlichen Wettbewerbsverfälschungen lag dieser Konzeption nicht zugrunde, schloss diese allerdings a priori auch nicht aus.⁵⁵⁹

Der untrennbare Zusammenhang von Wettbewerb und Binnenmarkt fand sich explizit ebenso in Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 82 Abs. 1 EG: „Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten [...]“. Aber auch in Art 87 EG: „mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar“. In Zusammenschau mit der direkten Verknüpfung von Wettbewerb und Binnenmarkt in der rechtlich verbindlichen Zielbestimmung (Art. 3 EG), und deren Fortsetzung in den wettbewerbsbezogenen Politiken, ließ sich unmittelbar, und nicht nur aus systematisch-teleologischen Erwägungen heraus, ableiten, dass der normübergreifende Zweck der Wettbewerbsregeln mit dem Gemeinsamen Markt übereinstimmte.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ Siehe nur *A. Bach*, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen (1992), S. 232 ff.

⁵⁵⁹ *S. Wernicke*, Privatwirkung (2002), S. 255 ff. („Funktionsgerechtigkeit als Telos des Binnenmarktes“) hat umfassend darauf hingewiesen, dass dem Primärrecht jedenfalls nicht eindeutig eine solche Differenzierung immanent ist und diese auch nicht stringent erfüllt werden könne.

⁵⁶⁰ So explizit *U. Immenga/E.-J. Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EG Teil 1 (2007), Einl., Rn. 8 a.E. unter Hinweis auf *C. Nowak*, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung, EuR Beiheft 3/2004, S. 77 ff. sowie *J. P. Terhechte*, Die Rolle des Wettbewerbs in der europäischen Verfassung, a.a.O. S. 107 ff. Dies war freilich nicht unstrittig. So vertrat dazu etwa *Stefan Leible* die Auffassung, dass der Wettbewerbsaspekt vom Binnenmarkt begriff jedenfalls nur soweit erfasst werde, als eine Angleichung der Wettbewerbsbedingungen in Rede stehe, die Wettbewerbspolitik (Art. 81 ff. EG) aber ausgenommen bleibe, vgl. *S. Leible*, in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Rn. 15.

(b) Funktionszusammenhang von Binnenmarkt und Wettbewerb

Die Festlegung auf ein bestimmtes Wirtschaftsmodell war weder dem EG-Vertrag in der letzten Fassung des Vertrages von Nizza noch dem ursprünglichen EWG-Vertrag von 1957 zu entnehmen. Dies lag nicht zuletzt an den unterschiedlichen Ordnungsvorstellungen der (Gründungs-)Mitgliedstaaten, welche in der Diskussion zur Vertragsrevision von Lissabon um die Bedeutung des Wettbewerbsprinzips mit einer mehr als deutlichen französischen Position wieder aufflackerten.⁵⁶¹ Wenngleich also das Primärrecht in den vorangegangenen Vertragsfassungen vor Lissabon nicht a priori einem bestimmten wettbewerbstheoretischem Modell verpflichtet war, sondern seit jeher im Lichte der unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Traditionen der Mitgliedstaaten betrachtet werden musste, so war gleichwohl die systembildende Funktion des Wettbewerbsprinzips mit dem untrennbaren *Funktionszusammenhang* von Binnenmarkt und Wettbewerb für das europäische Wirtschaftsmodell in den Grundsatzbestimmungen über Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG unzweifelhaft an erster Stelle der Wirtschaftsverfassung verankert. Damit waren zugleich die dahinter stehenden politisch-ökonomischen Theoreme in Bezug genommen, welche den Markt als wettbewerblich dynamisches Tauschsystem mit den dafür nötigen Voraussetzungen (wie etwa einer freien Preisbildung) auffassen. Insoweit war bereits das Gemeinschaftsrecht deutlich durch ökonomische Grundlagen gekennzeichnet, wie diese zuvor in Abschnitt A. I. ausgeführt wurden.

(2) Das neue EUV/AEUV-System der Werte und Ziele

In wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sichtweise offenbart der weitere Strukturvergleich von EG-Vertrag und EUV/AEUV, dass statt der vordefinierten Aufgaben im Gemeinschaftsrecht (vgl. Art. 2 EG) im Unionsrecht nunmehr Werte (Art. 2 EUV) als den internen Politiken und Maßnahmen vorgelagerte Maßstäbe über die Verknüpfungen von Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 2 AEUV *direkt* auf den Binnenmarktbezug bezogen werden. Darüber hinaus ist gemäß Art. 26 Abs. 1 AEUV nunmehr ausdrücklich das „Funktionieren“ des Binnenmarktes zu gewährleisten. Anders als im EG-Vertrag, bei dem die Grundfreiheiten die in Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG definierte Tätigkeit konkretisierten, differenzieren in systematischer Sichtweise nunmehr die Grundfreiheiten individualrechtsschützend Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit in Bezug auf fünf typisierte Marktbereiche im Binnenmarkt (Waren, Dienstleistungen, Arbeitnehmer, Niederlassungen, Kapital). Auch die Wettbewerbsregeln, welche im EG-Recht die in Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG definierten Tätigkeiten unter Konkretisierung der in Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG enthaltenen Systementscheidung umsetzten, stehen nunmehr in dem gleichen verfassungsrechtlichen Kontext enger neben den Grundfreiheiten, d.h. systematisch-teleologisch „gleichgestellt“, und ebenso über Art. 26 AEUV im Sinne einer *Brückennorm* bzw. „Scharniervorschrift“⁵⁶² in direkter Beziehung zu der Werte- und

⁵⁶¹ J. Schwarze, *Europäisches Wirtschaftsrecht* (2007), S. 30, Rn. 28.

⁵⁶² So J. Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *EL* 58 Januar 2016, Art. 26 AEUV, Rn. 1: „Abs. 2 dient als eine Scharniernorm zwischen dem kargen Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV und den einzelnen Kompetenzen, die auf Art. 26 AEUV verweisen“.

Zielebene gemäß Art. 2, 3 EUV. *Peter- Christian Müller-Graff* betont, dass erstmals in der Organisationsgeschichte der supranationalen europäischen Integration durch den Reformvertrag von Lissabon mit Art. 3 EUV deren Leitziele in einer „Leitzieltrias“ formuliert wurden.⁵⁶³

Diese Struktur verdeutlicht, dass für die Bestimmung der Gehalte eines auf den Schutz dieses „Programms“ gerichteten Prinzips zweierlei zu berücksichtigen ist: erstens, dass die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, d.h. die Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln, systematisch gleichgerichtet an die Werte in Art. 2 EUV und das Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, gebunden sind. Zweitens, dass die subjektiv-rechtlichen internen Politiken aus ihrem rein auf den Binnenmarkt bezogenen Kontext, wie zuvor im Gemeinschaftsrecht, entkoppelt wurden. Damit sind die internen Politiken, und so das ihnen vorgelagerte Prinzip, bereits aus rechtssystematischen Gründen in einem größeren gesellschaftspolitischen Zusammenhang zu betrachten. Dies führt zu der Frage, in welcher Weise bei der Begründung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens nicht-wirtschaftliche Werte auf der einen Seite und die Implikationen wirtschaftlicher Maßstäbe zum Zweck der Wirtschaftsintegration auf der anderen Seite, normativ auszugleichen bzw. in eine richtige Balance zu bringen sind. Perpetuiert ist somit auch die im Gemeinschaftsrecht diskutierte Frage einer „Vorrangstellung“ des Wettbewerbs bzw. der Bedeutung des Wettbewerbs als Systementscheidung („Primat des Wettbewerbs“ bzw. „System unverfälschten Wettbewerbs“).

(a) Primat der Werte oder der Wirtschaftsintegration?

Bereits der EWG-Vertrag beinhaltete wirtschaftliche sowie nicht-wirtschaftliche Strukturelemente, deren Verhältnis zueinander die Auslegung der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln gleichermaßen tangierte.⁵⁶⁴ Eine „Kollisionsregel“ existierte nicht. Auch das geltende Unionsrecht enthält keine ausdrückliche Regelung für den Umgang mit Zielkonflikten. Indessen bestimmt zumindest die Vertragslogik, „vom Allgemeinen zum Besonderen“, die Interpretation der „besonderen“ Ziele als Konkretisierung der allgemeinen Ziele vorzunehmen.⁵⁶⁵ Hinsichtlich der *Frage nach dem Primat des Wettbewerbs*, d.h. der Kollisionslage von Vertragszielen, welche der Verwirklichung eines wettbewerbsfähig verfassten Binnenmarktes dienen und solchen, deren Verfolgung gerade eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bedeuten kann⁵⁶⁶, ist im Kontext des Unions-

⁵⁶³ *P.-C. Müller-Graff*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch EU Wirtschaftsrecht, A. I, EL 31 Juli 2012, Rn. 90.

⁵⁶⁴ Der vom Gerichtshof verfolgte Telos bei der Auslegung der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln betrifft daher politische und ideologische Fragen des Verhältnisses von Recht, Politik und Ökonomie, vgl. *W. Sauter/H. Schepel*, State and Market in European Union Law (2009), 1.2. Approaches to the European Economic Constitution, S. 12.

⁵⁶⁵ So explizit für das Gemeinschaftsrecht *A. v. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), 40. EL Okt. 2009, Art. 2 EGV, Rn. 59.

⁵⁶⁶ Siehe hierzu *A. v. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), 40. EL Okt. 2009, Art. 2 EGV, Rn. 61 ff.

rechts und dessen veränderten „Wettbewerbsverfassung“⁵⁶⁷ festzustellen, dass gemäß Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV die internen Politiken dem „Funktionieren“ des Binnenmarktes dienen sollen, wozu unzweifelhaft auch wettbewerbliche Grundsätze gehören. Denn die Funktionsbedingungen für das Tauschsystem (Binnenmarkt) und dessen Interaktionssystem (Wettbewerb) gehören nach dem „Geist der Verträge“ und deren politisch-ökonomischen Grundlage (siehe zuvor A. I.) untrennbar zusammen.

(aa) Interdependenz von Markt, Wettbewerb und Gesellschaft

Betreffend die Prinzipienbildung und die wettbewerbsökonomische Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten sind die Implikationen des Verhältnisses der wirtschaftsbezogenen zu den nicht-wirtschaftsbezogenen Zielen der Union (Art. 3 EUV) und wiederum deren Verhältnis zu den Werten der Union (Art. 2 EUV) zu berücksichtigen. Tatsächlich kann gezeigt werden, dass sich das Verhältnis von Binnenmarkt und Wettbewerb zu den allgemein geltenden Bestimmungen des AEUV konkretisieren lässt, über eine Berücksichtigung deren Bezüge zu dem europäischen Gesellschaftsmodell und dessen Werte.⁵⁶⁸ Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Die essentielle Bedeutung der Wirtschaftsintegration für den Friedensprozess verpflichtet zwar nicht zu einem bestimmten europäischen Gesellschaftsmodell, doch sind bei der Interpretation und damit bei der Diskussion zur Frage einer vorherrschenden Rolle des Markt- und Wettbewerbsprinzips die funktionalen Interdependenzen von Markt, Wettbewerb und *Europäischem Gesellschaftsmodell* nach Lissabon einzubeziehen, wie Letzteres in Art. 2 Satz 2 EUV unter Bezugnahme auf die in Art. 2 Satz 1 EUV formulierten Werte umschrieben wird.

¹Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. ²Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer *Gesellschaft* gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet. (Hervorhebung durch den Verf.).

Für die an dieses Gesellschaftsbild anzubindende Prinzipienbildung und Interpretation des Unionsrechts, welche von der Idee einer Integration *durch* Wirtschaft auszugehen hat (Marktintegrationsrecht), sind die Zusammenhänge der diese Wirtschaft bestimmenden Funktionsprinzipien bzw. Systemfunktionen (im Sinne einer „Wirtschaft

⁵⁶⁷ So ausdrücklich *J. Drexel*, Wettbewerbsverfassung, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 905 ff. *Josef Drexel* nimmt bei seiner Darstellung „Zwischen Reformvertrag und Ökonomisierung“, S. 905-908, „drei Strömungen“ in Bezug, „denen ein unterschiedliches Verständnis von der Rolle des Staates im Verhältnis zur Wirtschaft zugrunde liegt“, unter Bezugnahme auf die Streichung von ex Art. 3 Abs. 1 lit. g EG und die Einfügung des Protokolls über den Binnenmarkt und den Wettbewerb sowie Art. 3 Abs. 3 EUV im Kontext des „more economic approach“ in der europäischen Wettbewerbspolitik und damit bei der Auslegung des Kartellrechts.

⁵⁶⁸ Mit etwas anderer Nuancierung und in Bezug auf die Auslegung der Wettbewerbsregeln für Unternehmen ähnlich, *W. Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch (2010), S. 96 f.

der Gesellschaft⁵⁶⁹), des Rechts (im Sinne eines „Rechts der Gesellschaft“⁵⁷⁰) und der Politik (im Sinne einer „Politik der Gesellschaft“⁵⁷¹) in ihren Wechselbeziehungen (im Sinne einer „Gesellschaft der Gesellschaft“⁵⁷²) zu betrachten.

Eine ähnlich funktionale Interpretation betont *Peter Christian Müller-Graff*⁵⁷³, da nach seiner Auffassung der „systemrationale Zusammenhang des Normgefüges“ maßgeblich ist, wobei insbesondere vier vertragliche Orientierungspunkte großes Auslegungsgewicht hätten: (1) Die Rolle des Wettbewerbs, (2) die Systematik und innere Logik des Vertrages, (3) die wirtschaftspolitische Leitbildrolle, und (4) die integrationskonzeptionelle Rolle des wettbewerbsverfassten Binnenmarktes. Im Rahmen des zweiten Gesichtspunktes – Systematik und innere Logik – sei ein Ausgleich zwischen gegensätzlichen Positionen zu finden.

Hierzu ist festzustellen, dass das Binnenmarktziel in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV gemeinsam mit den Werten in Art. 2 EUV an oberster Stelle des Vertragswerkes steht und der Binnenmarkt zumindest als Teilbereich der Wirtschaftspolitik jetzt in einem deutlich engeren Kontext zu anderen, auch „sozialen“ Politiken steht. *Jörg Philipp Terhechte* hat die neue Symmetrie nuanciert als „Wandel der Unionsteleologie“ umschrieben.⁵⁷⁴ Eben dieser „Wandel“ wirft in der Tat erneut, und vor allem in einem anderen Normenzusammenhang, die Frage nach dem Verhältnis der Binnenmarktpolitik und der Wettbewerbspolitik zu anderen, „nicht-wirtschaftlichen“ Zielsetzungen des Vertrages und den Werten der Union auf. Die grundlegende Dimension der Fragestellung zeigt dabei erstens, dass zu dem Verhältnis „gegenläufiger“ Ziele und Politiken der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union eine allgemeingültige Entscheidung bereits nach der systematischen Architektur des Vertrages a priori nicht getroffen werden kann. Ein Ausgleich gegenläufiger wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Gehalte für die Prinzipienbildung (Ebene der Regelbildung) ist damit kaum möglich (und damit als „systemimmanentes Dilemma“ zu akzeptieren) aber auch nicht erforderlich, soweit ein angemessener Ausgleich bei der Umsetzung des Rechts (Ebene der Anwendung) gelingt. Damit ist zweitens die Aufgabe verbunden, über eine diese Erkenntnis berücksichtigende Dogmatik der subjektiv-rechtlichen internen Politiken, und damit der Grundfreiheiten, einen angemessenen Ausgleich divergierender Ziele auf der Anwendungsebene zu ermöglichen.

(bb) Einzelfallbezogene, wertende Abwägung als Lösung

Eine Auflösung des systembedingten Dilemmas konfligierender Vertragsziele lässt sich, dem hier vertretenen funktionalen Ansatz folgend, im Wege einer einzelfallbezogenen Handhabung dogmatisch und pragmatisch konsistent im Rahmen der Prüfung des

⁵⁶⁹ N. Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft (1994/2015) passim.

⁵⁷⁰ N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1995/2013) passim.

⁵⁷¹ N. Luhmann, Die Politik der Gesellschaft (2002) passim.

⁵⁷² N. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1998/2015) passim.

⁵⁷³ P.-C. Müller-Graff, Das verschleierte Antlitz der Lissabonner Wirtschaftsverfassung, in: ZHR 173 (2009), S. 443, 448.

⁵⁷⁴ J. P. Terhechte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 41, Juli 2010, Art. 3 EUV, Rn. 24.

Grundsatzes der Verhältnismäßigkeitsprüfung verorten. Jedoch muss dieser Grundsatz eine „Aufwertung“ erfahren. Zudem sind angesichts der veränderten Vertragssymmetrie Modifikationen nötig, welche einerseits die Gehalte der Werteebene und andererseits das politisch-ökonomische Fundament berücksichtigen (siehe hierzu Kapitel 6 C. Wertende Ökonomisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung).

Dieser funktionale Ansatz ist insbesondere auch hinsichtlich der Querschnittsklauseln im Verhältnis zu dem Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzip überzeugend. Art. 8 bis Art. 13 AEUV enthalten gegenüber dem EG-Vertrag einen ausführlicheren Katalog an Querschnittsklauseln, die u.a. nunmehr explizit die Sozialpolitik, Art. 9 AEUV, und den Verbraucherschutz, Art. 12 AEUV, einbeziehen. Beide Politiken waren im Gemeinschaftsrecht nach dem EG-Vertrag zwar als Tätigkeiten aufgeführt (ex Art. 3 Abs. 1 Ziff. j und Ziff. t EG), jedoch nicht als für den gesamten Vertrag verbindliche Querschnittsregelungen ausgestaltet. Das Verhältnis von i.w.S. „wettbewerblicher Marktpolitik“ zu unabhängig von Tauschprozessen stehenden Politiken, wie dem Verbraucher- und dem Umweltschutz, ist wettbewerbsökonomisch insoweit erfassbar, als diese i.w.S. als „externe Kosten“ darstellbar sind. Daher können die mit dem Vertrag von Lissabon aufgewerteten Querschnittsklauseln (nicht-wirtschaftlich) im Einzelfall bei der Abwägung mit den Verbotsfolgen der das Binnenmarktziel umsetzenden subjektivrechtlichen internen Politiken, wie den Grundfreiheiten (wirtschaftlich), im Rahmen einer globalen „Kosten-Nutzen-Analyse“ bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung internalisiert werden. In jedem Fall sind diese bei der Auslegung zu berücksichtigen.⁵⁷⁵ Insoweit bedeutet die Aufwertung von Querschnittsklauseln gerade keine Abwertung des Binnenmarkt- oder Wettbewerbsprinzips. Die Querschnittsklauseln korrespondieren vielmehr mit anderen Unionszielen und bewirken eine Politikbereich übergreifende Klammerung. So verstanden begründen die Querschnittsklauseln weder Kompetenzen noch begrenzen sie a priori Vertragsziele der Union.⁵⁷⁶

Dementsprechend kann eine Abwägung zwischen ökonomischen Aspekten (wirtschaftlich) - wie etwa Effizienz, Marktzugangsfreiheit, Konsumenten- oder Gesamtwohlfahrt - und nicht ökonomischen (wirtschaftlich) i.w.S. sozialen Werten bzw. Politiken - wie Umweltschutz, Verbraucherschutz, Gesundheitsschutz, Tierschutz, Bildung -, auf der Ebene des Individualrechtsschutzes jeweils im Rahmen einer konkreten Abwägung im Einzelfall und auf der Ebene der Gesetzgebung (Sekundärrecht) im Rahmen des Ermessens berücksichtigt werden. Diese Einzelfallbewertung des Zielkonfliktes von ökonomisch fundierten, d.h. wirtschaftsbezogenen, und nicht-wirtschaftsbezogenen Politiken ist ebenso wirksam wie ausreichend. Eine allgemeingültige „Systemscheidung“ zugunsten von Werten *oder* Wettbewerb ist unnötig, ja sogar wenig zielführend, da sich gemäß der funktionalen Betrachtung die nicht wirtschaftlichen Aspekte „systemkonform“ als externe Kosten im weitesten Sinne bei der Abwägung im Einzelfall berücksichtigen und bei der ökonomischen Betrachtung internalisieren lassen. Des Weiteren ist bei dem Verhältnis von Markt und Wettbewerb einerseits und den Werten andererseits der unmittelbare Zusammenhang zwischen Marktbürgerstatus (*Gert Nicolay-*

⁵⁷⁵ So auch *W. Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch (2010), S. 241.

⁵⁷⁶ *M. Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2010), Art. 8 AEUV, Rn. 1.

sen) und Unionsbürgerstatus zu berücksichtigen. Denn mit der Verknüpfung von Markt, Wettbewerb und Sozialpolitik im Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, besteht eine direkte Verknüpfung von *Marktbürgerstatus* – dem marktbezogenen Mobilitätsrecht der subjektiv-rechtlichen internen Politiken – und dem *Unionsbürgerstatus* – dem marktunabhängigen Mobilitätsrecht, Art. 20, 21 AEUV. Dies kommt auch in der Strategie der Kommission zur ersten Binnenmarktakte (2011) in der Mitteilung zu den „Vorschlägen für eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft – 50 Vorschläge, um gemeinsam besser arbeiten, zu unternehmen und Handel zu treiben“, zum Ausdruck:

Die Binnenmarktakte und der Bericht über die Unionsbürgerschaft sind einander ergänzende Initiativen, deren Ziel zum einen darin besteht, die fortdauernde Fragmentierung der Europäischen Union zu überwinden, wenn es um Fragen geht, die die Bürger unmittelbar betreffen, und zum anderen darin, die Verpflichtung einzulösen, ein Europa der Bürger *und* einen effizient funktionierenden Binnenmarkt zu schaffen und damit den Bedürfnissen und den Erwartungen *von Bürgern und Unternehmen* zu entsprechen.⁵⁷⁷ [Hervorhebung durch den Verfasser].

Dementsprechend wird auch im Schrifttum betont, dass mit der Einführung der Unionsbürgerschaft ein wichtiger Baustein der europäischen Integration in den Verträgen kodifiziert wurde, nämlich der Ausbau eines „Europas der Wirtschaft“ zu einem „Europa der Bürger“, um die Vollendung der ursprünglichen europäischen Marktbürgerschaft zu einer umfassenden europäischen Unionsbürgerschaft zu erreichen.⁵⁷⁸ Entsprechend der zuvor ausgeführten Aspekte des in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV formulierten Leitbildes der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft ergänzen sich beide Formen des europäischen Bürgerstatus wechselseitig. Sie können daher wegen der Kopplung von Markt-, Wettbewerbs- und Wertebindung im Unionsrecht nicht mehr unabhängig voneinander betrachtet werden. Aus Sicht der Ökonomie ist diese „Koppelung“ im Übrigen nicht „neu“. Bereits *Adam Smith* hatte den Zusammenhang von Menschenbild, Markt und Gesellschaft aufgezeigt und seinen Überlegungen mit folgender, häufig im Hinblick auf die Definition der „unsichtbaren Hand“ fehlgedeuteten Passage, zugrunde gelegt.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte, Für eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, 50 Vorschläge, um gemeinsam besser zu arbeiten, zu unternehmen und Handel zu treiben* vom 27.10.2010, KOM (2010) 608 endg. S. 6

⁵⁷⁸ Vgl. *S. Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 20, Rn. 1 m.w.N. in Fn. 1. Siehe zu dem Konzept der Unionsbürgerschaft umfassend *N. Kotalakidis*, Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft (2000) passim.

⁵⁷⁹ *A. Smith*, *Wealth of Nations* (1776/2012), S. 445. Siehe hierzu *P. Häberle*, Europäische Verfassungslehre (2008), S. 542: „[...] Dagegen ist der Mensch fast immer auf Hilfe angewiesen, wobei er jedoch kaum erwarten kann, dass er sie allein durch das Wohlwollen der Mitmenschen erhalten wird. Er wird sein Ziel wahrscheinlich viel eher erreichen, wenn er deren Eigenliebe zu seinen Gunsten zu nutzen versteht, indem er ihnen zeigt, dass es in ihrem eigenen Interesse liegt, dass zu tun, was er von ihnen wünscht [...]. Wir wenden uns nicht an ihre Menschen-, sondern an ihre Eigenliebe, und wir erwähnen nicht die eigenen Bedürfnisse, sondern sprechen von ihrem *Vorteil*“. (Hervorhebung durch den Verf.).

But the annual revenue of every *society* is always precisely equal to the exchangeable value of the whole annual produce of its industry, or rather is precisely the same thing with that exchangeable value. As every individual, therefore, endeavours as much as he can, both to employ his capital in the support of domestic industry, and so to direct that industry that its produce may be of the greatest value, every individual necessarily labours to render the annual revenue of the society as great as he can. He generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain; and he is in this, as in many cases, *led by an invisible hand* to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the society that it was no part of it. By pursuing his own interest, he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it. I have never known much good done by those who affected to trade for the public good. (Hervorhebungen durch den Verf.).

Mit dem Vertrag von Lissabon wird deutlich, dass sich mit der Union auch eine Sozialverfassung geformt hat⁵⁸⁰, welche entsprechend der Strategie von Lissabon eine „integrative Gesellschaft“ schaffen soll.⁵⁸¹ Der Zusammenhang von den „europäischen Bürger“ prägenden Werten, welche sein Handeln leiten, Gesellschaftsbild und Markt muss daher sowohl bei der Herleitung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens als auch bei dessen Umsetzung über die subjektiv-rechtlichen internen Politiken auf der Anwendungsebene berücksichtigt werden. Dieser Zusammenhang führt jedoch gerade nicht dazu, dass hierbei der wettbewerbliche Marktgedanke außen vor bleiben müsste. Denn gerade der Markt kann i.w.S. zu gerechten bzw. sozialen Verteilungen führen, soweit er ohne Beschränkungen als Koordinationssystem von Angebot und Nachfrage wirken kann.⁵⁸² Für eben dieses Koordinierungssystem ist der Wettbewerb als Instrument geeignet und alles andere als „ungerecht“, wenn er richtig, d.h. auch hinsichtlich der damit erreichbaren positiven sozialen Effekte durch das auf Freiheit und Gleichheit beruhende Handeln jedes Einzelnen „in Funktion“ gesetzt wird. Neuere Strömungen im Schrifttum befassen sich mit weitergehenden Ansätzen einer i.w.S. „modernisierten“ sozialen Marktwirtschaft und betonen dabei richtigerweise die zentrale Bedeutung der Freiheit für den Einzelnen, die Wirtschaft und die somit geformte Gesellschaft⁵⁸³ bzw.

⁵⁸⁰ J. Bitterlich, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 3 EUV, Rn. 5.

⁵⁸¹ M. Coen, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Vorbem. Art. 145-150 AEUV, Rn. 13.

⁵⁸² P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 195: „Es ist gerade der Markt, der durch die Institutionalisierung des im Tauschprinzip enthaltenen Gedankens der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung und durch die Verwendung von in Geld meßbaren Preisen am zuverlässigsten in der Lage ist, das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit zu verwirklichen“.

⁵⁸³ A. Lorch, Freiheit für Alle – Grundlagen einer neuen Sozialen Marktwirtschaft (2014), S. 116 ff. zur „politischen Philosophie der Freiheit“ und der Skizze zu einem „substantiellen Liberalismus“, S. 144 ff. zu den „Aufgaben einer Politik der Freiheit“, und S. 184/185 zu dem Zusammenhang von „Marktwirtschaft und Freiheit“.

die Notwendigkeit i.w.S. „sozialen Investitionen“. ⁵⁸⁴ Zuletzt werden verstärkt auch ökologische Aspekte in diese Überlegungen einbezogen. ⁵⁸⁵

Die für die Begründung und Konturierung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens als Prinzip zu klärende Frage reduziert sich demnach darauf, ob der Wettbewerb als Ordnungsprinzip *generell* durch die neue Verfassungsarchitektur bzw. den neuen Unionstelos *relativiert* wurde. Dies ist indessen zu verneinen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

(b) Unveränderte Bedeutung des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip

Die Wertigkeit des Wettbewerbsprinzips im Gefüge des Unionsrechts lässt sich a priori weder aus dem Wortlaut noch aus der Struktur von EUV und AEUV oder den dazugehörigen Protokollen ablesen. Insbesondere das deutsche Schrifttum reflektierte umfassend die Auswirkungen der vorstehend beschriebenen Strukturänderungen des Unionsrechts im Vergleich von Gemeinschafts- und Unionsrecht für die Rangstellung des Wettbewerbsprinzips. So betont eine Linie, dass die „Verbannung“ des Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG juristisch weitgehend folgenlos bleibt. ⁵⁸⁶ Andere betonen, dass die Wettbewerbsvorschriften „kontextsensibler“ würden ⁵⁸⁷ oder sie sehen das Risiko eines „schleichenden Bedeutungsverlustes“. ⁵⁸⁸

Ausführlich beschreibt *Jan-Marco Luczak* ⁵⁸⁹ das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept der neuen Unionsordnung in Gegenüberstellung zur Europäischen Wirtschaftsverfassung nach „altem“ EG-Recht. Seiner Meinung nach habe sich durch den Vertrag von Lissabon das bisherige wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept der Union von einer eindeutigen Systementscheidung zugunsten der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft zu einem stärker regulativen „sozialstaatlich“ verfassten Konzept gewandelt. Die Union befinde sich auf dem Weg von der Wirtschafts- zur Wertegemeinschaft, wobei sich die Wertefundierung als ambivalent darstelle. ⁵⁹⁰ Es herrschten vermehrt diskretionär-politische Ziele, Strukturen und Kompetenzen vor. Durch die wei-

⁵⁸⁴ T. Leoni, Social Investment as a Perspective on Welfare State Transformation in Europe, *Intereconomics* 4/2016, S. 194 ff.

⁵⁸⁵ Siehe *Intereconomics Forum*, Europe's Path Toward the Socio-Ecological Transition, *Intereconomics* 4/2016, S. 184.

⁵⁸⁶ P. Behrens, Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon, *EuZW* 2008, S. 193; C. Nowak, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Der Reformvertrag von Lissabon*, *EuR Beiheft* 1/2009, S. 191/192.

⁵⁸⁷ S. Wernicke, Der Vertrag von Lissabon und das Wettbewerbsprinzip – Status quo ante, Neuausrichtung oder Unwucht?, in: Pernice (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?* (2008), S. 190, 194.

⁵⁸⁸ G. Brauser-Jung, Der Schutz des Wettbewerbs in der EU-Wirtschaftsverfassung – Ein Beitrag zum System des unverfälschten Wettbewerbs im primären Unions- und Gemeinschaftsrecht, in: Kluth/Müller/Peilert, *Wirtschaft – Verwaltung – Recht*, Festschrift für Rolf Stober (2008), S. 43, 56 ff.

⁵⁸⁹ J.-M. Luczak, Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration – Ein Beitrag zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Analyse des EG-Vertrages unter Einbeziehung der Änderungen des Unionsrechts durch den Vertrag von Lissabon (2009), *passim*.

⁵⁹⁰ J.-M. Luczak, *ebd.* (2009), S. 385.

tergehende Verlagerung wirtschafts- und sozialpolitischer Politikansätze auf die Ebene der Union werde das grundlegende wirtschaftsverfassungsrechtliche Prinzip der funktionalen Differenzierung mehr und mehr aufgelöst, womit die Union zunehmend in Gefahr gerate, als omnipotenter Gestalter der Wirtschaft gleichsam in die Rolle eines Leviathan zu erwachsen, der steuernd und regulierend auf alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens einwirke und individuelle Freiheit minimiere.⁵⁹¹ Allerdings lasse sich die innere Einheit Europas auch nicht ausschließlich ökonomisch definieren. Jedoch beruhe die effektive Integrationskraft in fundamentaler Weise auf der Ausübung und Verwirklichung transnationaler Individualrechte innerhalb eines marktwirtschaftlich geordneten Binnenmarktes.⁵⁹²

*Armin Hatje*⁵⁹³ formuliert, dass die Vertragsreform von Lissabon die grundlegende Systementscheidung des Gemeinschaftsrechts mit einer ausdrücklichen Bindung an den „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (ex Art. 4 Abs. 1 EG und ex Art. 98 EG) aufrecht erhalten habe und führt diesbezüglich Art. 120 AEUV (Marktwirtschaftliche Ausrichtung) und Art. 127 Abs. 1 AEUV⁵⁹⁴ (Ziele und Aufgaben des ESZB⁵⁹⁵) an, welche diese Formulierung weiterhin ausdrücklich enthalten. In diesem Zusammenhang qualifiziert *Armin Hatje* die Systementscheidung als *objektives Prinzip* mit einer materiellen und strukturellen Komponente. Materiell verweise die Systementscheidung auf die *Funktionsbedingungen* einer wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft, zu denen ungeachtet möglicher Systemvarianten, die Wirtschaftsfreiheit, die Koordination von Angebot und Nachfrage im Wettbewerb sowie der freie *Markteintritt und Marktaustritt* gehörten.⁵⁹⁶

Einen explizit am Wettbewerbsprinzip ausgerichteten Ansatz unter Berücksichtigung der Wettbewerbspolitik der Kommission zu einem „more economic approach“ vertritt *Josef Drexl*.⁵⁹⁷ In einer Analyse der Neuregelungen kommt er zu dem Schluss, dass die Bestimmungen des AEUV zum Binnenmarkt und Wettbewerbsschutz nicht die Systemgarantie des alten Art. 3 Abs. 1 lit. g EG ersetzen können.⁵⁹⁸ Der Wegfall des im EG-Vertrag enthaltenen Zusammenspiels von Generalziel (ex Art. 2 EG) und Tätigkeitsfeldern (ex Art. 3 EG) suspendiere die Unterscheidung des EG-Vertrages zwischen ökonomischen Zielen und Politikfeldern. Die gleichstufige Erwähnung des Binnenmarktes mit den möglicherweise kollidierenden Zielen wie einer „wettbewerbsfähigen“ sozialen Marktwirtschaft oder Vollbeschäftigung im Unionsrecht (Art. 2, 3 EUV), spreche eher für eine Abwägbarkeit des über das Protokoll zu berücksichtigenden Ziels des

⁵⁹¹ *J.-M. Luczak*, ebd. (2009), S. 420.

⁵⁹² *J.-M. Luczak*, ebd. (2009), S. 421.

⁵⁹³ *A. Hatje*, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 809 f.

⁵⁹⁴ In Art. 127 Abs. 1 Satz 3 AEUV ist formuliert „Das EZB handelt im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, und hält sich dabei an die in Art. 119 genannten Grundsätze“.

⁵⁹⁵ Europäisches System der Zentralbanken (ESZB).

⁵⁹⁶ *A. Hatje*, a.a.O. (2009), S. 810 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁹⁷ *J. Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 905 ff.

⁵⁹⁸ *J. Drexl*, ebd. (2009), S. 909.

unverfälschten Wettbewerbs.⁵⁹⁹ Die Garantie des unverfälschten Wettbewerbs sei eher durch die Aufhebung der Zielhierarchie bedroht, welche der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zugrunde liege⁶⁰⁰, als durch die Verschiebung in ein Protokoll. Im Weiteren wirft *Josef Drexl* zudem die wichtige Frage der damit verbundenen Konsequenzen bzgl. der Handhabung von Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV [ex Art. 81 Abs. 3 EG] auf. Gerade das Zusammentreffen einer nicht mehr vorhandenen Abwägungsschranke⁶⁰¹ mit der neuen Linie in der Wettbewerbspolitik der Kommission, welche im Sinne einer „rule of reason“ positive und negative Effekte bei der Beurteilung von Wettbewerbsverhalten berücksichtigen möchte⁶⁰², um den ihr vorgeworfenen „Zwangsjackeneffekt“ aufzulösen, wirft grundsätzliche Fragen auf. *Carsten Nowak* deutet die Neuerungen im Ergebnis als ein in integrationspolitischer Hinsicht ambivalent erscheinenden Versuch, der Union unter weitgehender Beibehaltung des nach dem EG-Vertrag geltenden binnenmarkt- und wirtschaftsverfassungsrechtlichen Koordinatensystems ein sozialeres Antlitz zu verleihen, womit aber kein binnenmarkt- und/oder wirtschaftsverfassungsrechtlicher Paradigmenwechsel verbunden sei.⁶⁰³

Diesen Stimmen folgend, zeigt eine Betrachtung der Präambel und des neuen „Werte-Artikels“ (Art. 2 EUV) in Zusammenschau mit der Zielbestimmung des Art. 3 EUV und den vom Wortlaut her nahezu unangetasteten Internen Politiken⁶⁰⁴ im Dritten Teil des AEUV sowie den Bestimmungen, welche weiterhin ausdrücklich den Binnenmarkt-begriff und den Wettbewerb in Bezug nehmen (Art. 26 Abs. 2 AEUV, Art. 119 Abs. 1, 120 AEUV), dass die Werte- und die Wirtschaftsverfassung auf gleicher Stufe in einer Wechselbeziehung zu einander stehen. Da Freiheit und Gleichheit als grundlegende Wertemaßstäbe der Union mit dem Prinzip der Integration auch unmittelbar auf den Binnenmarkt bezogen sind, stellt sich nach der hier vertretenen Auffassung der normative „Turnaround“ daher nicht als Relativierung des Wettbewerbsprinzips in der EU-Wirtschaftsverfassung dar. Doch zeigt die Architektur der Unionsverfassung ein neues Gleichgewicht. Die Union umfasst nach den Bestimmungen von EUV und AEUV nunmehr zwei „Systeme“, nämlich ein Werte- und ein Wirtschaftssystem. Welchem „System“ hier das größere Gewicht zukommt ist indessen fraglich, aber aus den zuvor be-

⁵⁹⁹ *J. Drexl*, ebd. (2009), S. 913.

⁶⁰⁰ *J. Drexl* bezieht sich beispielhaft auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „*Europemballage*“, in welcher der EuGH ausführlich erläuterte, dass Art. 3 lit. f EWG-Vertrag als Vorläufer des jetzt gestrichenen Art. 3 Abs. 1 lit. g EG nicht lediglich einen Programmsatz darstellt, vgl. EuGH *Europemballage* (C-6/72, EU:C:1973:22) Rn. 23, 24. Auf dieser Basis traf der EuGH fundamentale Aussagen zur Europäischen Missbrauchskontrolle, welche auch heute unter dem Regime der FKVO noch Geltung beanspruchen, oder eben nicht, wenn aus dem Fehlen des Art. 3 Abs. 1 lit. g. EG im Grundsatzteil des EUV entsprechende Rückschlüsse zu ziehen wären.

⁶⁰¹ Im Sinne einer durch die Systementscheidung des Art. 3 Abs. 1 lit. g EG vermittelten Garantie des unverfälschten Wettbewerbs als Schranke bei der Abwägung kollidierender Ziele bei der Anwendung des Verbotstatbestandes verstanden.

⁶⁰² *J. Drexl*, ebd. (2009), S. 912, 923.

⁶⁰³ *C. Nowak*, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon, EuR Beiheft 1/2009, S. 129, 192.

⁶⁰⁴ Abgesehen von technischen bzw. mandatsbedingten redaktionellen Änderungen, siehe dazu *K.-H. Fischer*, Der Vertrag von Lissabon (2008), S. 202 ff.

reits aufgeführten Gründen auch nicht generell zu bestimmen. Denn unzweifelhaft dürfte sein, dass die Union weiter auf der ursprünglichen Integrationsphilosophie aufbaut, die fußend auf dem politisch-ökonomischen Fundament der Union (vgl. A. I. zum Free Movement-Konzept) in allgemeinen auch nicht wirtschaftlichen Integrationszielen (Friedenssicherung, Bewahrung des kulturellen und humanistischen Erbes) zum Ausdruck kommt.

Entgegen der kritischen Stimmen, welche mit der Streichung von ex Art. 3 Abs. 1 lit. g EG und einer Verschiebung des „Systems eines unverfälschten Wettbewerbs“ in das Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, eine Schwächung des Wettbewerbsprinzips verbinden, bezeugt die Architektur des Unionsrechts nach dem Vertrag von Lissabon gemäß der hier vertretenen Auffassung gerade keine Schwächung sondern eine Einbindung des Wettbewerbsprinzips in erweiterte nicht-wirtschaftspolitische Zielsetzungen der Union mit einer Koppelung von ökonomischen und nicht-ökonomischen Aspekten, bei gleichzeitiger Konsolidierung des Wettbewerbs als ein dem Binnenmarktziel immanentes Prinzip, welches untrennbar mit dem Binnenmarktprinzip verbunden ist. Mit der Aufnahme der „wettbewerbsfähigen“ und „sozialen“ Marktwirtschaft als Leitbild der Union, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, wird an vorderster Stelle des Vertragswerkes zum Ausdruck gebracht, dass gerade der Wettbewerb ein tragendes Element der Binnenmarktzielsetzung in einem erweiterten (sozialen) Kontext darstellt. Diese These wird durch die Tatsache bekräftigt, dass die vormalig in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG enthaltene Formulierung in zahlreichen Politiken, wie Art. 119, 120 AEUV und Art. 127 AEUV, unverändert enthalten ist und mehrfach Rückkoppelungen im Unionsrecht bestehen, wie nachfolgend eingehender dargelegt wird.

(c) Mehrfache Rückkoppelung des Wettbewerbsprinzips

Wie zuvor im Gemeinschaftsrecht, so knüpfen auch im Unionsrecht die internen Politiken an die Systementscheidung Wettbewerb an, so etwa die zentralen Vorschriften zur Wirtschafts- und Währungsunion, Art. 119 Abs. 1 AEUV und Art. 120 AEUV, mit einer direkten Bezugnahme auf den *Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb*. De lege lata enthalten diese Normen eine explizite Verknüpfung von Binnenmarkt und Wettbewerbsprinzip, wie sie zuvor im Gemeinschaftsrecht in ex Art. 4 Abs. 1 EG formuliert war. Somit besteht mit dem in der Zielbestimmung (Art. 3 Abs. 3 EUV) enthaltenen wirtschaftspolitischen Leitbild der „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ eine eindeutige Koppelung zu einer wettbewerbsverfassten Union, welche dann systematisch konsequent in Art. 119, 120 AEUV als Grundsatznormen für die Wirtschafts- und Währungsunion konkretisiert wird.⁶⁰⁵ Insoweit wäre eine Doppe-

⁶⁰⁵ Zu Art. 119 AEUV A. Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 119 AEUV, Rn. 4: „Damit liegt den Verträgen eine Systementscheidung zugrunde [...]. Der ‚Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb‘ ist ein Rechtsbegriff und damit prinzipiell justizabel. [...] Ausgestaltet und rechtlich abgesichert wird diese Systementscheidung durch eine Reihe von justiziablen Funktionsgarantien [...].“ Zu Art. 120 AEUV siehe D. Hattenberger, in: ebd. (2012), Art. 120 AEUV, Rn. 7: „Art. 120 ist nämlich insgesamt daraufhin angelegt, die wirtschaftspolitischen Entscheidungsspielräume durch die Bindung an bestimmte Ziele und Grundsätze einzuzugrenzen. Es widerspräche der aus Art. 120 hervorleuchtenden ‚Rahmen-Setzenden‘ Funktion, würde man einzelne

lung der Wettbewerbsbindung in einem Grundsatzartikel des AEUV überflüssig, ja in der systematischen Logik von EUV/AEUV sogar falsch.

Unter Einbeziehung der wettbewerbspolitischen Diskussion zu dem „more economic approach“ bei den Wettbewerbsregeln hat *Josef Drexl*⁶⁰⁶ hierzu die Frage aufgeworfen, ob aus der Änderung der systematischen Struktur des Gemeinschaftsrechts im Unionsrecht auch eine Verschiebung des juristischen Bedeutungsgehalts des Art. 119 Abs. 1 AEUV folgt.⁶⁰⁷ Unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung von ex Art. 3 Abs. 1 lit g) EGV in der Rechtssache *Échirolles*⁶⁰⁸ und Ausführungen von *Armin Hatje*⁶⁰⁹ geht er in seiner Argumentation davon aus, dass Art. 119 Abs. 1 AEUV in wesentlichen Teilen seiner Bedeutung beraubt würde, verstünde man ihn nur als Auslegungsgrundsatz für die Bestimmungen über die Wirtschafts- und Währungsunion. Demzufolge ist davon auszugehen, dass Art. 119 Abs. 1 AEUV weiterhin auch die Union verpflichtet in ihrem wirtschaftspolitischen Handeln die Systemgarantie Wettbewerb zu berücksichtigen und über Art. 119 Abs. 1 AEUV der Wettbewerb sogar doppelt abgesichert ist.

Darüber hinaus verknüpft Art. 170 AEUV (Interoperabilität) die Tätigkeit der Union zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze, welche der Verwirklichung des Binnenmarktziels dienen, vgl. Art. 170 Abs. 1 AEUV, mit dem *System offener und wettbewerbsorientierter Märkte*. Derartige Netze sind eine wesentliche Grundlage für den Austausch von Waren, Energie, Informationen und für die Mobilität von Personen.⁶¹⁰ Die Regelung zur Industriepolitik, Art. 173 AEUV, stellt wiederum einen Kompromiss zwischen politischen und ökonomischen Grundsätzen dar. Zur Erfüllung der Aufgabe wird der Union und den Mitgliedstaaten aufgegeben, die nach Absatz 1 Unterabsatz 2 aufgelisteten Unterziele zu erreichen. Mit dem in diesem Zusammenhang stehenden Verweis auf ein *System offener und wettbewerbsorientierter Märkte* soll klargestellt werden, dass zur Verwirklichung dieser Ziele nur gewisse marktwirtschaftliche Rahmenbedingungen geregelt werden dürfen, dirigistische Eingriffe aber nicht möglich sein sollen.⁶¹¹ Wenngleich durch Art. 14 AEUV i.V.m. Protokoll über die Dienst von allge-

Satzteile als unverbindlich i.S. einer bloßen Beschreibung von Wirkungszusammenhängen verstehen. Im Zweifel ist von verbindlichen Handlungsvorgaben auszugehen [...].“

⁶⁰⁶ *J. Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 905, 908 ff.

⁶⁰⁷ *J. Drexl*, a.a.O. S. 916.

⁶⁰⁸ EuGH *Échirolles Distribution SA gegen Association du Dauphiné u.a. (Échirolles)* (C-9/99, EU: C: 2000:532) Rn. 22.

⁶⁰⁹ *A. Hatje*, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 801, 810/811: „Die Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten ist nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 98 EG ausdrücklich an den ‚Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb‘ gebunden. Ebenso muss die europäische Währungspolitik nach Art. 4 Abs. 2 und Art. 105 Abs. 1 EG an diesem Prinzip ausgerichtet werden. Die Vertragsreform von Lissabon erhält diese grundlegende Systementscheidung aufrecht (Art. 120 AEUV sowie für die Währungspolitik Art. 127 AEUV), wenngleich sie in die Zielbestimmung erstmals den Begriff der sozialen Marktwirtschaft einführt“.

⁶¹⁰ *K. Neumann*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 170 AEUV, Rn. 15 und 17.

⁶¹¹ *S. Breier*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 170 AEUV, Rn. 4.

meinem Interesse⁶¹² „Relativierungen“ bestehen⁶¹³, ist das der europäischen Wirtschaftsintegration bereits im Fundament (vgl. A. I.) zugrunde liegende Wettbewerbsprinzip mit dem Vertrag von Lissabon gerade nicht aufgegeben, aber sogar nicht einmal relativiert⁶¹⁴, wenngleich dem Wettbewerbsprinzip nunmehr ausdrücklich eine sozialpolitische Komponente gegenübersteht. Denn der wettbewerblich organisierte Markt ist bereits seiner Natur nach mit den Grundlagen sozialen Zusammenlebens eng verknüpft⁶¹⁵, d.h. mit einem Menschenbild bzw. Gesellschaftsmodell, so dass mit dem neuen Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft zumindest insoweit kein grundlegender Paradigmenwechsel erfolgte. Jedoch wird bei der notwendigen Konkretisierung der zu sichernden Bedingungen für das „Funktionieren“ des Binnenmarktes, Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV, auf der Anwendungsebene die soziale Komponente deutlich zu implementieren sein. Damit ist die Frage nach dem „Funktionieren“ eines wettbewerblich geprägten Binnenmarktes verstärkt auch zu einer Frage nach dem „richtigen“ Verfassungsverständnis⁶¹⁶ bzw. dem richtigen Gesellschaftsmodell für die Union avanciert, womit wiederum Gerechtigkeitsgedanken entsprechend Art. 2 Satz 2 EUV ein größeres Gewicht erhalten. Diese entspricht durchaus einer „höheren Integrationsstufe“, wie diese in Art. 1 EUV ausdrücklich in Bezug genommen wird.

Da die Grundfreiheiten als Interne Politiken das Funktionieren des Binnenmarktes gewährleisten – sie konkretisieren den Auftrag aus Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV –, werden diese durch das neue Leitbild insoweit sozialpolitisch „aufgeladen“. Somit besteht im Hinblick auf die Dogmatik des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Anwendungsebene) eine direkte Verbindung zu gesellschafts- und sozialpolitischen Aspekten („Sozialverfassung“), welche Korrektive zu der „reinen Wettbewerbslehre“ umfassen.

Angesichts dieses erweiterten Kontextes können und müssen sowohl bei der Grundlegung auf der Anwendungsebene (Dogmatik der Grundfreiheiten) als auch bei der konkreten praktischen Anwendung, wie bei der Abwägung (Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) Auffassungen berücksichtigt werden, welche „systemkritisch“ das Funktionieren von wettbewerblich organisierten Märkten in einem breiteren trans-

⁶¹² Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse v. 13.12.2007, ABl. Nr. C 306, S. 158.

⁶¹³ *Christian Jung* betont zur Interpretation von Art. 14 AEUV, welcher das Spannungsverhältnis von Daseinsvorsorge – service public – und der marktwirtschaftlich ausgerichteten Wirtschaftsverfassung betrifft, dass Leistungen der Daseinsvorsorge nicht als Durchbrechung der wettbewerbsgeprägten Marktordnung zu verstehen sind, sondern eine eigenständige Bedeutung haben und dahinter die mittlerweile gefestigte Auffassung stehe, insbesondere der Kommission, dass „gemeinwohlorientierte Wirtschaftsformen zum ‚Kern des europäischen Gesellschaftsmodells‘ gehören“, vgl. *C. Jung*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 14 AEUV, Rn. 21.

⁶¹⁴ *W. Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch* (2010), S. 96. Siehe hierzu auch *P. Behrens*, *Die Wirtschaftsordnung im Europäischen Verfassungsentwurf*, *EuZW* 2004, S. 2, 3.

⁶¹⁵ So auch *K. Herdizina*, *Wettbewerbspolitik* (1999), S. 8, 12 in Bezug auf die Wettbewerbspolitik: „[...] Zunächst sind auch im Rahmen der Wettbewerbspolitik die logischen [...] Zielbeziehungen zu den übrigen Politikbereichen zu untersuchen und zu berücksichtigen. [...] Dabei zeigt es sich, dass es trotz divergierender Detailaussagen über die erwarteten Wettbewerbswirkungen eine Art Grundkonsens gibt, denn die diesbezüglichen Erörterungen gehen in der Regel von den gesellschaftlichen Grundwerten Freiheit, Wohlstand und Gerechtigkeit aus“.

⁶¹⁶ Vgl. *P. Häberle*, *Europäische Verfassungslehre* (2008), S. 542.

disziplinären Kontext hinterfragt haben, wie etwa *Frans de Waal* in seinem Werk *The Age of Empathy* mit der plakativen Formulierung:

„Greed is out, empathy is in. The global financial crisis of 2008, together with the election of a new American president, has produced a seismic shift in society. Many have felt as if they were waking up from a bad dream about a big casino where the people’s money had been gambled away, enriching a happy few without the slightest worry about the rest of us. This nightmare was set in motion a quarter century earlier by Reagan-Thatcher trickle-down economics and the soothing reassurance that markets are wonderful at self-regulation. No one believes this anymore“.⁶¹⁷

Die Europäische Kommission hat diese Strömungen in ihre Arbeit aufgenommen und deren Wording in ihren Mitteilungen zur Binnenmarktstrategie rezipiert, etwa mit dem Begriff des „sozialen Unternehmertums“ und der „Initiative für soziales Unternehmertum“. Zuletzt bezeichnete die Kommission ein Fact Sheet „A deeper and fairer Single Market“.⁶¹⁸

In diesem Kontext der „Funktionsfähigkeit“ des Binnenmarktes muss auch das Verhältnis von Wettbewerbs-, Sozial- und Industriepolitik gesehen werden. Als Beispiel ist hier zu nennen, dass u.a. angesichts französischer Äußerungen für eine mehr dirigistische Wirtschafts- und Industriepolitik der Union im Zusammenhang der Lissaboner Vertragsreform sowie der zuletzt im Rahmen der „BREXIT“-Debatte⁶¹⁹ geäußerten Auffassungen für mehr nationalstaatliche „Lenkung“ und „Kontrolle“ darauf zu achten sein wird, dass „Allianzen“ zwischen staatlichen Einrichtungen und der Industrie, welche geeignet sind, Marktstrukturen unabhängig von wirtschaftlichen Leistungen und sozialen Aspekten zu verfestigen, genau das sind, was mit der wirtschaftlichen Integration und einer herausgehobenen Stellung des Wettbewerbsprinzips verhindert werden soll. Eine zentralisierte und zugleich dirigistische (Wirtschafts-)Politik dürfte angesichts der hiermit einhergehenden i.w.S. „ungerechten“ Umverteilungseffekte sowie im Hinblick auf die Auswirkungen auf die Konkurrenzverhältnisse zu KMU, wenn zwar nicht gänzlich, aber wohl doch in vielerlei Hinsicht „unsozial“ wirken und bereits deshalb nicht mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV und dem neuen europäischen Gesellschaftsmodell vereinbar sein.⁶²⁰ Auch diese „politischen Zielkonflikte“ bzw. Spannungsverhältnisse können weder im Rahmen der Prinzipienbildung noch einer Dogmatik der Grundfreiheiten generell (deduktiv) aufgelöst werden. Vielmehr sind diese in der Praxis anhand des Einzelfalles (induktiv) zu verarbeiten, wofür allerdings eine hinlänglich bestimmte Dogma-

⁶¹⁷ *F. de Waal*, *The Age of Empathy, Nature’s Lessons For A Kinder Society* (2009), Preface, S. IX.

⁶¹⁸ *European Commission* – Fact Sheet, A deeper and fairer Single Market, IP/15/5909 vom 28.10.2015.

⁶¹⁹ BREXIT-Referendum vom 23.06.2016. Siehe hierzu in kritischer Reflexion *P. J. J. Welfens*, BREXIT aus Versehen: Europäische Union zwischen Desintegration und neuer EU (2017), S. 25 ff. (BREXIT: Eine Kampagne und ein fatales Info-Desaster).

⁶²⁰ Siehe zur Haltung des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi), *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, „Schlaglichter der Wirtschaftspolitik“ – Monatsbericht 01/2008, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/Industrie>, Ziffer 4 „Wettbewerb statt dirigistischer Industriepolitik“ (S. 6) und Ziffer 5 „So viel Ordnungsrecht wie nötig, so viele marktwirtschaftliche Instrumente wie möglich“ (S. 7). Sowie „Industriepolitik in Deutschland und Europa“ (S. 9-12).

tik (deduktiv) der diesen Zielkonflikt verarbeitenden Normen eine unabdingbare Voraussetzung ist. Insoweit ist offensichtlich, dass eine wettbewerbliche Komponente des Kontrollmaßstabes der internen Politiken als Beschränkungsverbote, und so der Grundfreiheiten, auch aus übergeordneten politischen Erwägungen heraus unverzichtbar ist.

b) Ergebnis und dogmatische Konsequenzen des Strukturvergleichs

Die ehemals im Gemeinschaftsrecht an der Spitze stehenden Vertragszielbestimmungen der Art. 2, 3 EG sind in allgemeiner gefasste Werte (Art. 2 EUV) und Ziele (Art. 3 EUV) des Unionsrechts aufgegangen. Überzeichnet ließe sich formulieren, dass die europäische Wirtschaftsverfassung strukturell „auf den Kopf“ gestellt wurde, d.h. dass nicht mehr die Wirtschaft die Werte, sondern vielmehr die Werte die Wirtschaft bestimmen. Die Architektur des Unionsrechts offenbart damit eine Dualität von nicht-wirtschaftsbezogenen und wirtschaftsbezogenen Teilverfassungen auf gleicher Ebene.

Die auf Werten basierende neue „Integrationsphilosophie“ der Union⁶²¹ bzw. der „Wandel der Unionsteleologie“⁶²² zeigt, dass mit dem Vertrag von Lissabon eine weit fortgeschrittene Integrationsqualität bzw. Integrationsstufe⁶²³ erreicht wurde. Dies wird in Art. 1 Abs. 2 EUV *de lege lata* ausdrücklich festgestellt:

„Dieser Vertrag stellt eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas dar, in der Entscheidungen möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden.“

Die Europäische Union als (Rechts-) Nachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft (EG) ist gemäß der geschriebenen Vertragslage somit eine Werte- und Wirtschaftsunion⁶²⁴, die in ihrer vertragsautonomen und supranationalen „Verfasstheit“ auf einer Werte- und Wirtschaftsverfassung beruht. *Meinhard Hilf* und *Frank Schorkopf* formulieren ausgehend davon, dass die „neue Unionsrechtsordnung von dem Wertegedanken durchdrungen“ ist, die (aus Sicht des Verfassers für eine stärkere Identifikation der Bürger mit der europäischen Integration in Zeiten der Finanzkrise und des BREXIT vielversprechende) Perspektive einer „Ethik der Union“⁶²⁵:

„Die konkrete Gestalt der Vorschrift [Art. 2 EUV] ist deshalb ein Kompromiss, der es allerdings aus einer Gesamtperspektive heraus ermöglicht, über den Wertekanon des Art. 2 Satz 1 EUV hinaus eine „Ethik der Union“ zu entwickeln und zu bewerben. Dieser Befund steht im Einklang mit dem integrationspolitischen Leitmotiv, die Zusammengehörigkeit der Unionsbürger im Sinne eines „europäischen politischen Bewusst-

⁶²¹ *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 51 Sept. 2013, Art. 2 EUV, Rn. 11.

⁶²² *J. P. Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 53 Mai 2014, Art. 3 EUV, Rn. 24.

⁶²³ Siehe zu den Integrationsstufen *Schütz/Bruha/König*, *Europarecht* (2004), § 1, S. 4 Schaubild 1: Schritte und Stufen der Integration; *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2016), S. 8/9 „Different Stages of Integration“.

⁶²⁴ Ähnlich *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2010), S. 29.

⁶²⁵ *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 51 Sept. 2013, Art. 2 EUV, Rn. 14 unter Verweis auf CONV 528/03 v. 6.2.2003, S. 11.

seins“⁶²⁶ zu befördern, [um] dem Eindruck entgegenzuwirken, die Union sei Ausdruck einer gesellschaftlich-technischen Faktizität, aber auch, [um] die Entscheidung für eine soziale Marktwirtschaft hervorzuheben.“ (Hervorhebung durch den Verf.).

Für den weiteren Gang der Untersuchung kann an dieser Stelle festgehalten werden: Nachdem zu Beginn der Integration in den 1950er Jahren mit der *Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* (1957, EWG) sowie in den 1980er Jahren mit der *Einheitlichen Europäischen Akte* (1986, EEA) und mit den nachfolgenden Verträgen hauptsächlich die wirtschaftliche Integration, d.h. das Binnenmarktziel und die Währungsunion forciert wurden, öffnet sich mit dem im Vertrag von Lissabon hervorgehobenen *Wertekanon*, der Perspektive einer „Ethik der Union“ sowie mit der erweiterten Etablierung sog. *Querschnittsklauseln* im AEUV (Art. 9 bis 13 AEUV), eine deutlich über die wirtschaftliche Integration hinaus gehende Gehalt eines „echten“ *Europas der Bürger*. Dieser gegenüber dem EG-Recht deutlich veränderte „*Unionstelos*“ ist bei der Prinzipienbildung für das unionsrechtliche Beschränkungsverbot ebenso zu beachten wie bei der Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (Regelbildungsebene)⁶²⁷ sowie bei der Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (Anwendungsebene).⁶²⁸

2. Implikationen für das Prinzip

Für die Prinzipienbildung folgt aus dem Ergebnis der Strukturanalyse, dass die wirtschaftsbezogenen und nicht-wirtschaftsbezogene Politiken des Vertrages nicht a priori in einem starren Hierarchieverhältnis zueinander stehen, sondern sich in einem interdependenten Verhältnis wechselseitig ergänzen. Ein genereller bzw. absoluter Vorrang einer Politik, etwa der Wettbewerbspolitik, ist mit dem Telos der Werte- und Wirtschaftsverfassung nicht vereinbar, da ein a priori „Vorrang“ bestimmter Politiken sich aus der Architektur des Vertragswerkes nicht ableiten lässt. Der „Kollisionsfall“ gegenläufiger Politiken, wie etwa ein Konflikt von Wettbewerbs- und Umweltpolitik, ist daher nicht auf der Regelbildungsebene prinzipiell zu lösen sondern bei der Anwendung einzelfallabhängig abzuwägen, gemäß dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit bzw. in Rechtssetzungsverfahren über Ermessenserwägungen. Hierbei lassen sich über die Methode der sog. dynamischen Auslegung jeweils aktuelle integrationspolitische Strömungen sowie der aktuelle Stand der Integration berücksichtigen.

Der Wettbewerb ist für die pluralistische europäische Gesellschaft ein prägendes Prinzip, das weit über die Funktion als Interaktionssystem des Marktes zur Ordnung des Tausches von Angebot und Nachfrage hinausreicht. Für das „Funktionieren“ der Wirtschaft einer humanistischen Gesellschaft (vgl. die Präambel des EUV) ist das Wettbewerbsprinzip die wesentliche Grundbedingung für eigenverantwortliches, durch Frei-

⁶²⁶ Unter Bezugnahme auf Art. 10 Abs. 4 EUV: „Politische Parteien auf europäischer Ebene tragen zur Herausbildung eines europäischen politischen Bewusstseins und zum Ausdruck des Willens der Bürgerinnen und Bürger der Union bei.“

⁶²⁷ Kapitel 4.

⁶²⁸ Kapitel 6.

heit, Gleichheit sowie Gerechtigkeit geprägtes wirtschaftliches Handeln. Denn das Wettbewerbsprinzip ermöglicht ein Handeln, welches gerade nicht auf (zentral dirigistischer, ideologischer usw.) Macht bzw. „Planbefolgung“ beruht, sondern basiert auf einem „freien“ und „aufgeklärten Geist“ entspringenden autonomen *Entscheidungen*. Die systemisch grundlegende gesellschaftliche Funktion von Wettbewerb zeigt sich in der Kombination mit den Werten der Freiheit und Gleichheit, da freie und gleich freie Entscheidungen die Entfaltung von individuellen Plänen erlauben, welche wiederum individuell zu verantwortende Handlungen hervorbringen. Derart entstandene Handlungen, die auf „freien Entscheidungen“ beruhen, wirken in ihrer Gesamtheit zum Wohle aller, sofern der Aspekt der Gerechtigkeit, d.h. die Verteilungsfrage, angemessen als korrektiv in die Kontrolle der Verantwortung implementiert wird. Eben dieses notwendige „Korrektiv“ der Verteilungsgerechtigkeit als Aspekt des i.w.S. „Sozialen“ muss betreffend die „Marktgerechtigkeit“ bei transnationalen Wirtschaftsbeziehungen über die Vorgaben des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot und dessen subjektivrechtlichen Umsetzung so weit wie praktisch möglich gewährleistet werden. Dementsprechend bedürfen die Gegenstände des wettbewerblich geprägten Marktintegrationsrechts als Wirtschaftsrecht der Union (Wirtschaftsverfassung) in der vorliegend vertretenen funktionalen Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung einer näheren Betrachtung.

II. Funktionale Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung

Unter dem Oberbegriff der „funktionalen Konzeption“ der Werte- und Wirtschaftsverfassung ist nachfolgend der für das Wirtschaftsrecht typische Gegenstand zu definieren, mit dessen Bezügen zu den Werten der Freiheit und Gleichheit (dazu 1.). Des Weiteren ist der Grundtelos der Werte- und Wirtschaftsverfassung für die Prinzipienbildung zu bestimmen (dazu 2.).

1. *Gegenstand: Freiheit und Gleichheit von Zuordnung und Zuordnungswechsel*

Die exakte Bestimmung von prinzipiellen Wertgehalten (Werteverfassung) und ökonomisch fundierten Maßstäben der Europäischen Wirtschaftsverfassung (hierzu nachfolgend die Abschnitte C. und D.) erfordert zuvor den *Gegenstand des Wirtschaftsrechts* als Bezugspunkt von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit konkreter zu erfassen. Für den Gegenstand des Wirtschaftsrechts hat *Wolfgang Fikentscher* eine markante allgemeine Definition für den Begriff des Wirtschaftsrechts gefunden, welche hier als Ausgangspunkt gewählt wird:

„Das Wirtschaftsrecht ist der Inbegriff der rechtserheblichen Normen, welche die *Freiheit des Zuordnungswechsels* und die *Zuordnung*⁶²⁹ *wirtschaftlicher Güter* in allgemei-

⁶²⁹ Diese Terminologie zeigt Parallelen zu der Lehre vom Zuweisungsgehalt betr. die Nichtleistungskondition des deutschen Bereicherungsrechts auf, vgl. hierzu die Kommentierung von *Werner Lorenz* zu den Zusammenhängen von Wettbewerb und Vorteilserlangung „auf Kosten“ eines anderen

nen Grundsätzen und durch globale oder spezielle Eingriffe regeln, um eine nach den *Maßstäben der wirtschaftlichen Gerechtigkeit* ausgewogene Selbst-Entfaltung und Versorgung der Wirtschaftsbürger im Rahmen einer gesetzten Wirtschaftsverfassung zu gewährleisten“ (Hervorhebungen durch den Verf.).⁶³⁰

Überträgt man diese allgemeine Definition, ausgehend von dem Gedanken der *wirtschaftlichen Gerechtigkeit*, auf die zuvor dargestellte Vertragsarchitektur des Unionsrechts (siehe I.) , so lässt sich formulieren, dass das Unionsrecht auf der Basis *gemeinsamer Bestimmungen* (Präambel sowie Art. 1-8 EUV) und *allgemeiner Grundsätze* (Art. 1-17 AEUV⁶³¹), die als normativer Rahmen mit Zielbestimmungen gelten (Art. 1, 2, 3 EUV⁶³²), *spezielle Eingriffe* in die Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten sowie in die Handlungsfreiheit von Unternehmern und Unternehmen ermöglichen und damit die Freiheit und Gleichheit der Zuordnung und des Zuordnungswechsels gewährleisten.

Dieser Gewährleistung dienen insbesondere die Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln. Ausgehend von dem gesellschaftlich verankerten Erfordernis „*wirtschaftlicher (Binnenmarkt-)Gerechtigkeit*“, vgl. Art. 2 Satz 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV, sind diese subjektiv-rechtlichen internen Politiken so auszugestalten, dass die *Gleichheit* (in einem relevanten Markt des Integrationsraums Binnenmarkt) und die *Freiheit* (zur Mobilität und zum Marktzugang eines relevanten Marktes im Binnenmarkt) von Wirtschaftssubjekten (Unternehmer, Unternehmen und Gesellschaften bzw. juristische Personen) in einem hinreichenden, nämlich gerechten Umfang garantiert sind. Die Garantie eines i.w.S. hinreichenden „wirtschaftlichen Aktionsradius“ muss primär durch eine Begrenzung sowohl staatlicher als auch unternehmerischer Macht erfolgen, und zwar indem die Auswirkungen auf dieser Macht beruhender Handlungen (Maßnahmen) einer geeigneten Kontrolle unterliegen (hierzu sogleich 2.).

Eine „marktgerechte“ Verwirklichung von „Freiheit und Gleichheit, d.h. eine „Freiheit und Gleichheit von Zuordnung und Zuordnungswechsel“ bezieht sich im Kontext des Binnenmarktziels der Union auf die Koordination von Angebot und Nachfrage, via das Tauschsystem Binnenmarkt und dessen Interaktionssystem Wettbewerb. Eine freie und gleiche Zuordnung von wirtschaftlichen Leistungen (Allokation) und von Zuordnungswechseln (wirtschaftliche Transaktion) hängt dabei maßgeblich von dem Schutz der dafür notwendigen Funktionsbedingungen ab. Daher sind solche staatlichen wie privaten Handlungen via Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln zu kontrollieren, welche genau diese Funktionsbedingungen wesentlich „stören“.

Mitbewerbers, *W. Lorenz*, in: Staudinger BGB-Kommentar (13. Bearbeitung 1994), § 812 BGB, Rn. 23 ff. sowie zur Maxime der ausgleichenden Gerechtigkeit in der Parallele von öffentlich-rechtlichem Erstattungsanspruch und zivilrechtlichem Bereicherungsausgleich, Vorbem. zu §§ 812 ff., Rn. 73.

⁶³⁰ *W. Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Band I (1983), S. 1.

⁶³¹ Im EG-Recht waren dies, die vollkommen anders strukturierten Art. 1 bis Art. 16 EG.

⁶³² Im EG-Recht waren dies Art. 2 EG Aufgabe der Gemeinschaft, Art. 3 EG Tätigkeit der Gemeinschaft und Art. 4 EG Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft.

Die Dogmatik der subjektiv-rechtlichen internen Politiken muss demnach auf einem Prinzip fußen, welches die systembezogene, d.h. die auf den Markt- und Wettbewerbsprozess gerichteten Funktionen von Freiheit und Gleichheit umfasst, und damit eine notwendige „funktionale Konzeption“ der Werte- und Wirtschaftsverfassung repräsentiert. Dies ist eine Funktion, welche auf die „ökonomischen Gesetzmäßigkeiten“ des Tausches transnationaler Leistungsbeziehungen gerichtet ist. Die hierfür maßgebliche wettbewerbsökonomische und auf den Freihandel bezogene Definition von Freiheit und Gleichheit muss daher eine andere Definition sein, als z.B. diejenige für Grundrechte. Hierzu hat *Lüder Gerken* in seinem Werk zu den Grundzügen einer ordoliberalen Außenwirtschaftstheorie die wesentlichen Zusammenhänge ausgeführt.⁶³³

2. Grundtelos: Begrenzung von Macht

Soweit, wie zuvor (1.) dargelegt, sich Freiheit und Gleichheit auf den Gegenstand der Wirtschaftsverfassung beziehen, ist nunmehr zu bestimmen, *in welcher Weise* „Freiheit und Gleichheit von Zuordnung und Zuordnungswechsel“ gemäß dem Telos der Werte- und Wirtschaftsverfassung sichergestellt werden müssen. Hierfür ist daran anzuknüpfen, dass entsprechend dem Free Movement-Konzept (siehe zuvor A. I.) die transnationale Mobilität einschränkende Maßnahmen aus Sicht der davon betroffenen Wirtschaftssubjekte deren Privatautonomie i.w.S. tangieren, da nämlich der mögliche Aktionsradius zur Nutzung von Aktionsparametern bei der Verfolgung transnationaler Wettbewerbsstrategien „beschränkt“ wird. In der Konzeption von subjektiv-rechtlichen internen Politiken, welche transnational als Grundfreiheiten gegenüber der hoheitlichen Macht von Staaten und als Wettbewerbsregeln privatwirtschaftlicher unternehmerischer Macht entgegenwirken, kommt dabei die von der *Theorie der Privatrechtsgesellschaft* formulierte Vorrangstellung der Privatautonomie als zentrales Gestaltungselement der Europäischen Union zum Ausdruck. Die Privatautonomie ist damit zugleich die Grundlage der marktbezogenen Freiheit und Gleichheit.

Im Ausgangspunkt ist der Wesensgehalt der unionsrechtlichen Wirtschaftsverfassung – gemäß dem hier zugrunde gelegten Verständnis – daher durch eine *doppelte Machtkontrolle* gekennzeichnet. Zum einen geht es um die Begrenzung bzw. die Kontrolle hoheitlicher *Regelungs- und Durchsetzungsmacht*, die im Wesentlichen auf einer demokratisch legitimierten Autonomie beruht. Diese Macht durch Autonomie (Autonomiemacht) wird ausgeübt durch das Gesetzgebungs-, Gewalt-, Rechtsprechungsmonopol. Zum anderen geht es um die Kontrolle privater bzw. unternehmerischer *Marktmacht*. Im Mehrebenensystem der Europäischen Union beziehen sich Machtbegrenzung und -kontrolle auf die handelnden Unionsorgane selbst (Kommission, Rat, Europäisches Parlament), die Mitgliedstaaten und deren Untergliederungen (nationale Parlamente, Behörden, Gerichte usw.) sowie auf private und öffentliche Unternehmen.⁶³⁴ Im Ver-

⁶³³ *L. Gerken*, Von Freiheit und Freihandel – Grundzüge einer ordoliberalen Außenwirtschaftstheorie (1999), Zur Freiheit S. 135-151 und zur Gleichheit S. 151-157.

⁶³⁴ Vgl. *C. Nowak*, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung, Europarecht Beiheft 3/2004, S. 85.

hältnis zu den Verfassungen bzw. wirtschaftsrechtlichen Ordnungsrahmen der Mitgliedstaaten stellt sich das in vielfältiger Weise mit den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verzahnte⁶³⁵ Wirtschaftsverfassungsrecht der Union insoweit als „konkurrierender“ supranationaler Ordnungsrahmen dar, welcher das nationale (Wirtschafts-)Recht der Mitgliedstaaten in der Reichweite der unionsrechtlichen Kompetenzordnung überlagert und in einigen Bereichen sogar derogiert. In dem Wechselspiel von hoheitlicher Regelungs-/Durchsetzungsmacht und privater Marktmacht ist unter Berücksichtigung der Privatautonomie die Frage aufgeworfen, wieweit das der ordoliberalen Tradition des europäischen Wirtschaftsintegrationsrechts innewohnende Konzept der sog. *Privatrechtsgesellschaft* durch die Werte- und Wirtschaftsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon modifiziert oder ergänzt wurde. Bei der Beantwortung dieser Frage ist insbesondere auch das Spannungsverhältnis von Privatautonomie und Vertragsfreiheit (garantiert bzw. repräsentiert durch die subjektiv-rechtlichen Grundfreiheiten) zu den mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten (Art. 4 EUV, Art. 2-6 AUEV) und Gestaltungsbefugnissen (Art. 14, Art. 106, Art. 345 AEUV) zu betrachten. Dieses Spannungsverhältnis wird auf der subjektiv-rechtlichen Ebene in dem Regel- und Ausnahmeverhältnis der Grundfreiheiten sichtbar.

Die Notwendigkeit einer Begrenzung bzw. Kontrolle von staatlicher Macht hat *Franz Böhm* in seinen Arbeiten zur *Privatrechtsgesellschaft*⁶³⁶ unter Bezugnahme auf die Gesellschaftsordnung nach der französischen Revolution und der besonderen Bedeutung des Privatrechts für die Ordnung einer „Gesellschaft von Gleichfreien und Gleichberechtigten“⁶³⁷ umfänglich dargelegt. Die gleichnamige Lehre zur Privatrechtsgesellschaft bewertet in diesem Sinne das frühe europäische Gemeinschaftsrecht als „Verfassung der Privatrechtsgesellschaft“ und hebt hervor, dass die „Integration auf Marktwirtschaft, Wettbewerb und Freiheiten der Marktteilnehmer“ beruht. Das unionsrechtliche Beschränkungsverbot und dessen subjektiv-rechtliche Konkretisierung via Grundfreiheiten sind in diesem Modell demnach als konstituierende Elemente des Binnenmarktes zu verstehen, im Sinne einer Gewährleistung von Privatautonomie für den grenzüberschreitenden Verkehr.⁶³⁸ Hier ist jedoch gleichsam zu beachten, dass die Grundfreiheiten selbst nicht ohne Vorbedingungen auskommen, wie etwa die Garantie von Vertrags-, Wettbewerbs- und Berufsfreiheit.⁶³⁹ Entsprechend dem weiterhin auch im Unionsrecht erkennbaren wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundtelos einer notwendigen Kontrolle von staatlicher Autonomiemacht mittels der Warenmarktregeln,

⁶³⁵ Als supranationales Recht gilt das europäische Wirtschaftsverfassungsrecht unmittelbar in allen 28 Mitgliedstaaten. Das primäre Gemeinschaftsrecht und dessen Politiken sowie das Sekundärrecht können nationales Recht ersetzen, ergänzen oder überlagern. Aus der mitgliedstaatlichen Perspektive stellt sich dies als ein Ineinandergreifen der nationalen und europäischen Rechtsebene dar, welche in der Rechtsanwendungspraxis häufig zu komplexen Gemengelagen mit entsprechenden Auslegungsschwierigkeiten führt.

⁶³⁶ Siehe die Nachweise bei *K. Riesenhuber*, *Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und europäischen Recht*, in: ders. (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft* (2009), S. 3.

⁶³⁷ *K. Riesenhuber* ebd. (2009), S. 3, unter Bezugnahme auf *F. Böhm*, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in: *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, S. 75-151.

⁶³⁸ *K. Riesenhuber* ebd. (2009), S. 12 ff.

⁶³⁹ *M. Zuleeg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, *EWG-Kommentar* (1991), Art. 2, Rn. 19.

Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln in der Form einer Beihilfenkontrolle, aber auch der Begrenzung unternehmerischer Marktmacht im Wege des Kartellrechts und der Fusionskontrolle, spielen auch im Unionsrecht die *Begrenzung von Macht als Grundtelos* und die Paradigmen der Privatrechtsgesellschaft, wie sie *Franz Böhm* und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft vertreten, eine zentrale Rolle.

III. Ergebnis: Ziel gebundene Werte- und Wirtschaftsverfassung

Aus der Systematik des Normengefüges von EUV und AEUV folgt eine wechselseitige Bedingtheit grundlegender nicht-wirtschaftlicher Werte in Art. 2 EUV sowie wirtschaftlicher Ziele in Art. 3 Abs. 3 EUV, welche operativ über die internen Politiken und Maßnahmen des AEUV umzusetzen sind. Damit besteht eine Ziel gebundene Werte- und Wirtschaftsverfassung. Die Koppelung von Werten und Zielen lässt sich in Bezug auf die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, also die Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln, als Teleologie der Werte- und Zielidentität bezeichnen, Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV i.V.m. Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb. Im Hinblick auf das Binnenmarktziel der Union, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV, besteht eine *funktionale* Verknüpfung von Werten und Zielen, wobei das Binnenmarktziel dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft folgt, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV (siehe I.).

Der Gegenstand der Wirtschaftsverfassung ist dabei gekennzeichnet durch die auf den Tauschprozess von Angebot und Nachfrage im Binnenmarkt zu gewährleistende *Freiheit und Gleichheit von Zuordnung und Zuordnungswechsel*. Diese funktional zu bestimmende wirtschaftsbezogene Freiheit und Gleichheit, gemäß der funktionalen Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung, ist entsprechend dem grundlegenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Telos über eine Begrenzung von Macht zu garantieren, und zwar über eine Kontrolle hoheitlicher Autonomiemacht (Regelungs- und Durchsetzungsmacht) sowie eine Kontrolle privater Marktmacht sowie privater Gestaltungsmacht, welche aus der Privatautonomie folgt (siehe II.). Die für eine solche Kontrolle notwendigen wettbewerbsökonomischen und rechtlichen Maßstäbe der Werte- und Wirtschaftsverfassung sind näher zu bestimmen (dazu nachfolgend C. und D.).

C. Maßstäbe der Werteverfassung

Die Analyse zur Teleologie der Werte, Ziele und internen Politiken hat gezeigt (zuvor B.), dass das Unionsrecht nach dem Vertrag von Lissabon als Ziel gebundene Werte und Wirtschaftsverfassung einer funktionalen Konzeption folgt, wobei die Werte nunmehr (d.h. gegenüber dem Recht der EG) eine zentrale Rolle einnehmen. Als Leitziel der Union, vgl. Art. 3 Abs. 1 EUV, bilden die Werte somit keine „Zustandsbeschreibung“, sondern sie binden „im verpflichtenden Sinne Union und Mitgliedstaaten“, wie *Peter-Christian Müller-Graff* formuliert.⁶⁴⁰ *Meinhard Hilf* und *Frank Schorkopf* wiederum heben ausdrücklich hervor, dass der „europäische Integrationsverband eine Freiheitsordnung“ sein will und sich als „Wertegemeinschaft“ versteht.⁶⁴¹

Diesen Aussagen entsprechend wird in dem nachfolgenden Abschnitt für die Prinzipienbildung ein *funktionales Verständnis von Werteverfassung*⁶⁴² zugrunde gelegt, wobei entsprechend dem politisch-ökonomischen Fundament der Union⁶⁴³ auch die „ökonomische Dimension“ der Werte (Freiheit, Gleichheit) sowie der Gerechtigkeit zur Konkretisierung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot aufzunehmen ist. Über die in der Präambel des EUV und in Art. 2 EUV explizit formulierten Begriffe hinausgehend, umfasst die Werteverfassung der Union zudem die Gehalte des *Unionsprinzips* (hierzu I.) sowie des sog. *Prinzips der funktionalen Integration* (hierzu II.). Diese „ungeschriebenen Werte“ bzw. Prinzipien der europäischen Integration⁶⁴⁴ fungieren als „Oberprinzipien“ des hier im Zusammenhang des Binnenmarktziels (Art. 3 Abs. 3 EUV) zu begründenden unionsrechtlichen Beschränkungsverbot, und sind daher als normübergreifende Maßstäbe zu berücksichtigen.⁶⁴⁵ Die in Art. 2 Satz 1 EUV explizit kodifizierten Werte der *Freiheit* und *Gleichheit* sind wiederum der konkrete normative Bezugspunkt für die Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot. Die Gehalte und Funktionen dieser Werte bilden in ihrer Koppelung mit wettbewerbsökonomischen Theoremen und Paradigmen im Kontext des Begriffs der Gerechtigkeit, Art. 2 Satz 2 EUV, den Fixpunkt für den Werte fundierten freiheits- und gleichheitsrechtlichen Inhalt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (hierzu III. und IV.).

⁶⁴⁰ *P.-C. Müller-Graff*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, A. I, EL 31 Juli 2012, Rn. 95.

⁶⁴¹ *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 51 Sept. 2015, Art. 2 EUV, Rn. 11.

⁶⁴² Zur systemtheoretisch definierten *Funktion von Werten* („in kommunikativen Situationen eine Orientierung des Handelns zu gewährleisten, die niemand in Frage stellt“), vgl. *N. Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft (1998/2015), S. 341 ff.

⁶⁴³ Siehe zuvor A. I.

⁶⁴⁴ Siehe nur *M. Zuleeg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EWG-Kommentar (1991), Art. 1, Rn. 46 ff. unter Hinweis auf *Jochen Abr. Frowein*, Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien, in: Festschrift Werner Maihofer (1988), S. 149-158 sowie *A. Bleckmann*, Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht (1986), S. 131-184.

⁶⁴⁵ Noch zum Gemeinschaftsrecht *M. Zuleeg*, in von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 1 EG, Rn. 43 ff.

I. Unionsprinzip: Frieden durch wirtschaftliche Integration

Mit dem Vertrag von Lissabon wurden *Freiheit* und *Gleichheit* als Werte, Art. 2 Satz 1 EUV, sowie die *Gerechtigkeit*, Art. 2 Satz 2 EUV, als Merkmal einer europäischen Gesellschaft der Unionsbürger⁶⁴⁶ an oberster Stelle des Vertrages kodifiziert. Art. 3 Abs. 1 EUV definiert die in Art. 2 Satz 1 EUV aufgeführten Werte als durch die Union zu fördernde Ziele. Zugleich knüpft Art. 3 Abs. 1 EUV mit der Bezugnahme auf den *Frieden* an einen fundamentalen Grundsatz der europäischen Integration an. Das ursprünglich sog. *Gemeinschaftsprinzip*, nunmehr *Unionsprinzip*, im Sinne eines Organisationsmodells für den Zusammenschluss gleichberechtigter und weiterhin souveräner Staaten beruhte bereits im Beginn der Europäischen Integration auf der Idee, eine dauerhafte Friedensordnung für Europa durch die zumindest partielle Überwindung von Territorialität bzw. Territorialitätsdenken zu schaffen.⁶⁴⁷ Das Unionsprinzip ist die Weiterentwicklung eines Gedankens, den bereits 1920 *Henry C. Adams* als Weg zur Sicherung des Weltfriedens formulierte:

„Die Rivalität der Großmächte um die Kontrolle der Auslandsmärkte, sei es im Hinblick auf den Verkauf von Gütern oder die Investition von Kapital, hat sich als ein Hindernis für den Weltfrieden herausgestellt (dass dies der Fall ist, wird niemand zu leugnen wagen), wobei die Erklärung in der gehemmten Entwicklung politischer Beziehungen und nicht in der Unterentwicklung industrieller Bedingungen gesucht werden muss. Die *Integration der politischen Kontrolle* hat territorial nicht mit der Entwicklung von Handelsinteressen Schritt gehalten. (Hervorhebung durch den Verf.).⁶⁴⁸

Die unter dem nachwirkenden Schrecken des zweiten Weltkrieges mit der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS, Paris 18. April 1951) eingeleitete und schrittweise fortgeführte Überwindung von Nationalstaatlichkeit hat das übergeordnete Ziel, das durch staatliche Grenzen geformte politische und wirtschaftliche Denken durch den Geist der friedlichen Integration zu ersetzen. Das „Programm“ wirtschaftlicher Integration, zwecks Sicherung des Friedens in Europa, wurde in der Folgezeit erweitert und konsolidiert über die Römischen Verträge (EWG-Vertrag und EAG-Vertrag, Rom 25. März 1957), sodann mit der Einheitlichen Europäischen Akte und der Installation eines Binnenmarktziels auf ein qualitativ neues Standbein gestellt, und mit dem Gemeinschaftsrecht bis Nizza 1999 weiter konsolidiert. Heute kommt das Ziel der Friedenssicherung *durch* wirtschaftliche Integration in dem Recht der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon (2009) in den Präambeln von EUV/AEUV sowie in Art. 3 Abs. 1 EUV zum Ausdruck.

Im Unionsrecht wird nach wie vor deutlich hervorgehoben, dass der Frieden in Europa nur über eine umfassende Wirtschaftsintegration und damit zusammenhängende

⁶⁴⁶ Die Gerechtigkeit sowie die anderen in Art. 2 Satz 2 EUV aufgeführten Merkmale sind keine Werte, sondern wertende Merkmale, welche die in Bezug genommene europäische Gesellschaft der Unionsbürger bzw. das europäische Sozial- und Gesellschaftsmodell beschreiben, M. *Hilf/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 41 Juli 2010, Art. 2 EUV, Rn. 43 und Rn. 41.

⁶⁴⁷ Siehe hierzu grundlegend *G. Nicolaysen*, *Europarecht I – Integrationsverfassung* (2002), S. 24 ff.

⁶⁴⁸ Zitiert nach *W. J. Ethier*, *Moderne Außenwirtschaftstheorie* (1994), S. 341.

Vorteile für die Mitgliedstaaten im weltweiten Wettbewerb motiviert und ermöglicht ist.⁶⁴⁹ Die Sicherung des Friedens durch wirtschaftliche Integration stellt daher auch heute das zentrale Leitprinzip der supranationalen Unionsrechtsordnung als *Rechtsgemeinschaft* dar⁶⁵⁰, welches weltweit als Vorbild gelten kann. Exemplarisch ist hier zu nennen, dass die europäische Union als supranationales Gebilde bzw. juristische Person 2012 den Friedensnobelpreis verliehen bekam.⁶⁵¹ Im Lichte des globalen Wettbewerbs stellt die Friedenssicherung auch einen wirtschaftlichen Faktor dar, da der europäische Integrationsraum angesichts seiner Stabilität für vielfältige Formen von Investitionen attraktiv ist und somit auch für andere Staatenverbände als Vorbild fungieren kann. Die wirtschaftlichen Auswirkungen des „BREXIT“ in Großbritannien⁶⁵² zeigen, welche Bedeutung der Verbund für die Wertschöpfung eines Staates hat und wie sehr die Verflechtungen der einzelnen Märkte in der Union eigenen „Gesetzmäßigkeiten“ folgen. Die Marktintegration und die Integration der (wirtschafts-)politischen Kontrolle erfordert eine real existierende und effektive Mobilität wirtschaftlicher Leistungen, verbunden mit der Vision einer Friedenssicherung *durch* wirtschaftliche Integration.

Das *Motiv der Friedenssicherung* und das *Prinzip der Wirtschaftsintegration* haben gemeinsame „ideelle Wurzeln“ und sind der grundlegende Maßstab für die Prinzipienbildung und für die normübergreifende systematisch-teleologische Interpretation des Unionsrechts. Im Ringen um nationale Einzelpositionen, wie zuletzt in Großbritannien, werden diese Wurzeln des in der europäischen Geschichte beispiellos erfolgreichen Prozesses, der Europa zum ersten Mal in der Geschichte für so lange Zeit befriedet hat, bisweilen „vergessen“. Dies zeigten auch die Diskussionen zu dem Reformvertrag von Lissabon selbst und die vorangegangenen Verfassungsdebatten, oder der politische Disput um die Währungsunion mit hierbei aufkeimenden Regressionstendenzen gegenüber Finanzschwachen Mitgliedstaaten, wie Griechenland oder Portugal, im Kontext der sog. Finanzkrise. Wenngleich also mit dem Vertrag von Lissabon eine deutlich veränderte Architektur des Unionsrechts geschaffen wurde (siehe zuvor B.), so ist doch der grundlegende politische „Auftrag“ einer Friedenssicherung durch Wirtschaftsintegration als der supranationalen Union immanenter „Geist“ unangetastet. Dieser „Geist“ bezieht sich auf der Metaebene wiederum auf die Prinzipien der „Freiheit“ und „Gleichheit“, denn Frieden basiert maßgeblich auf Gleichheit und Freiheit bzw. Gleichheit und Freiheit sind ohne Frieden schwer umsetzbar. Eben dies bringt Art. 2 EUV zum Ausdruck, in dem Freiheit und Gleichheit als grundlegende Verfassungsmaßstäbe formuliert sind.

⁶⁴⁹ In der Präambel des EGKS-Vertrages wurde betont, dass durch konkrete Leistungen zunächst eine tatsächliche Verbundenheit zu schaffen ist und die Errichtung einer wirtschaftlichen Gemeinschaft den ersten Grundstein für eine weitere und vertiefte Gemeinschaft unter Völkern legt.

⁶⁵⁰ Zum Gemeinschaftsrecht vgl. nur *G. Nicolaysen*, Europarecht I – Integrationsverfassung (2002), S. 25 f.; Zum Unionsrecht siehe *J. P. Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 41, Juli 2010, Art. 3 EUV, Rn. 30 i.V.m. Rn. 27.

⁶⁵¹ The Norwegian Nobel Committee 12th October 2012. Siehe hierzu die Anmerkungen von *Julia Kirschner* unter Bezugnahme auf die Bedeutung des Europäischen Gerichtshofs und dessen Verdienste für die Einheit Europas, *J. Kirschner*, Grundfreiheiten und nationale Gestaltungsspielräume (2014), S. 17/18.

⁶⁵² Umfassend in der Analyse *P. J. J. Welfens*, BREXIT aus Versehen: Europäische Union zwischen Desintegration und neuer EU (2017) passim.

Zentral ist für den weiteren Gang der Prinzipienbildung, dass über die Normkette von Art. 2 und Art. 3 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 2 AEUV der Binnenmarkt – als unionsrechtliches Prinzip - selbst als „Instrument“ der Wirtschaftsintegration mit der Wertebene der Verfassung, d.h. mit den Werten der Freiheit und Gleichheit, unmittelbar gekoppelt ist. Damit sind Freiheit und Gleichheit gleichsam Grundlage der *Rechtsgemeinschaft*, Maßstab der wirtschaftlichen Integration sowie Bestandteil des Binnenmarktprinzips. Über die primärrechtlichen Verbotsnormen des AEUV werden diese Maßstäbe subjektiv-rechtlich konkretisiert sowie im Wege der Rechtsdurchsetzung über den Einzelnen auch im Sinne des „Ganzen“ – nämlich der Friedenssicherung - instrumentalisiert.

II. Prinzip der funktionalen Integration

Nach dem *Prinzip der funktionalen Integration* soll die sog. Vergemeinschaftung auf Teilgebieten, insbesondere auf dem Gebiet der Wirtschaft, in einem daran anschließenden dynamischen Prozess die Notwendigkeit eines weiteren und tieferen Zusammenschlusses auch in anderen Bereichen hervorrufen.⁶⁵³ Daraus ist zugleich ersichtlich, dass der europäische Einigungsprozess zunächst „nur“ als Teilintegration verstanden wurde und sich primär auf wirtschaftliche Aspekte konzentrierte. Dem „Gemeinsamen Markt“ war dabei eine Schlüsselposition zugeordnet, denn dieser diene als Grundlage für eine *über wirtschaftliche Facetten hinausgehende Integration*. Aus der ökonomischen Zusammenarbeit sollte eine immer engere politische Verbundenheit entstehen.⁶⁵⁴ Positivrechtlich kodifizierte Ergebnisse dieses gestuften Ansatzes, der für sich genommen bereits deutlich über rein wirtschaftliche Zielsetzungen hinausgeht, sind jene Normen des Unionsrechts, die den Kernbestandteil der wirtschaftlichen Integration und des Binnenmarktprinzips nicht unmittelbar betreffen, wie z.B. die Sozialpolitik, die Umweltpolitik, die Bildungspolitik, aber auch die gegenüber dem Gemeinschaftsrecht deutlich erweiterten Querschnittsklauseln des AEUV.

Die Ausgestaltung des geltenden Primärrechts spiegelt insoweit wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Facetten der Integrationswirklichkeit wieder, ohne dass damit, wie bereits festgestellt, a priori bereits eine Aussage über deren jeweilige Gewichtung getroffen wäre.⁶⁵⁵ Für das unionsrechtliche Beschränkungsverbot ist aus dem Prinzip der funktionalen Integration abzuleiten, dass die nicht-wirtschaftlichen Aspekte der neuen Werteverfassung des EUV den Gehalt der wirtschaftlichen Maßstäbe der Politiken des AEUV durchaus modifizieren und damit auch den Inhalt des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot determinieren müssen.

⁶⁵³ Vgl. G. Nicolaysen, *Europarecht I – Integrationsverfassung* (2002), S. 27.

⁶⁵⁴ J. Schwarze, *Europäisches Wirtschaftsrecht* (2007), S. 31, Rn. 31. Der hierzu in Fn. 25 J. Monnet, *Erinnerungen eines Europäers* (1978), S. 547 ff. zu einem Auszug aus Absatz 3 der Präambel zu dem EGKS zitiert: „[...] In dem Bewusstsein, dass Europa nur durch konkrete Leistungen, die zunächst eine tatsächliche Verbundenheit schaffen, und durch die Errichtung gemeinsamer Grundlagen für die wirtschaftliche Entwicklung aufgebaut werden kann, [...]“.

⁶⁵⁵ Siehe bereits zuvor B.

III. Freiheit und Gleichheit im Kontext der Gerechtigkeit, Art. 2 EUV

Ausgehend von der zuvor erfassten Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV)⁶⁵⁶ sind nunmehr die aus den Werten der Freiheit (1.) und Gleichheit (2.) folgenden Maßstäbe in ihren Bezügen zu dem Binnenmarktziel für die funktionale Prinzipienbildung und Auslegung zu begründen. Im Kontext des Begriffs der Gerechtigkeit (3.), welcher gemäß der Formulierung in Art. 2 Satz 2 EUV mit dem europäischen Gesellschaftsmodell verknüpft ist, wird das in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV enthaltene Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft einbezogen. Ein weiterer Baustein ist die Darlegung der konkreten Interdependenzen von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit in der Koppelung zu den wettbewerbstheoretischen Konzepten von Wettbewerbsfreiheit, Wettbewerbsgleichheit und Chancengleichheit (4.).

1. Freiheit

Mit Blick auf die Systematik und Teleologie der zielgebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon⁶⁵⁷ ist festzustellen, dass eine den EUV und AEUV überspannende Freiheitsgarantie besteht; ausgehend von der Freiheit als Wert in Art. 2 Satz 1 EUV, über das Binnenmarktziel gemäß dem Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft in Art. 3 Abs. 3 EUV, bis hin zu den subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV über Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 1 AEUV. Demgemäß besteht eine wechselseitige Legitimation und Absicherung der Freiheit auf der objektiv-rechtlichen (EUV) und der subjektiv-rechtlichen Ebene (AEUV): einerseits bilden die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, und so die Grundfreiheiten, als „wirtschaftliche Freiheiten“ die wesentliche Grundlage von Mobilitäts-Freiheit (Free Movement) in dem Binnenmarkt der Union, andererseits sind Freiheit (und Gleichheit, dazu sogleich 2.) elementare Werte der selbigen.

Betrachtet man den Wert der Freiheit im Kontext des Binnenmarktziels unter Einbeziehung des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit⁶⁵⁸, so ist eine zentrale Interdependenz von Freiheit als Wert und Wettbewerbsökonomik erkennbar. Wie bereits erwähnt bezieht sich die Freiheit als Wert über Art. 26 AEUV, in seiner Funktion als *Brückennorm*, in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 EUV und dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb direkt auf den Binnenmarkt und den Wettbewerb, wobei diese nach der hier vertretenen Auffassung selbst Prinzipien der Wirtschaftsverfassung der Union darstellen (Binnenmarktprinzip und Wettbewerbsprinzip, siehe nachfolgend D.). Angesichts dieser Wechselbezüglichkeiten von Freiheit als Wert und der Freiheit in der Wettbewerbsökonomik sind die integrationspolitischen und ökonomischen Gehalte von Freiheit in die Teleologie von Binnenmarkt *und* Wettbewerb einzubeziehen.

⁶⁵⁶ Kapitel 3 B.

⁶⁵⁷ Kapitel 3 B. III. Ergebnis.

⁶⁵⁸ Siehe hierzu umfassend *J. H. Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), passim.

Im Schrifttum wurde zu den kartellrechtlichen Regelungen des AEUV ausgeführt, dass die freiheitssichernde Funktion des Wettbewerbs als Entmachtungsinstrument im Unionsrecht (noch) nicht hinreichend gewürdigt werde.⁶⁵⁹ In diesem Sinne ist hier zu betonen, dass wettbewerbstheoretisch mit dem Begriff der Freiheit diejenigen Paradigmen in Bezug zu nehmen sind, welche sich primär auf ökonomisch begründete Freiheitskonzeptionen stützen, wie diese insbesondere eine essentielle Voraussetzung sind für eine Faktorallokationen nach dem Prinzip der „Selbststeuerung“ nach *Adam Smith*⁶⁶⁰ (Politische Ökonomie), die durch private Macht bedrohte Freiheit des Einzelnen nach *Walter Eucken*⁶⁶¹ (Vertreter der sog. ordoliberalen Schule/Ordoliberalismus, respektive „Freiburger Schule“), die durch staatliche Beschränkungen bedrohte Freiheit nach *Friedrich August von Hayek*⁶⁶² (Vertreter der sog. österreichischen Schule) und das Paradigma der Freiheit im Parallelprozess sowie der Freiheit im Austauschprozess, dies ist die Wahlfreiheit der Anbieter und Nachfrager nach *Erich Hoppmann*⁶⁶³ (Vertreter der sog. Systemtheorie).⁶⁶⁴

Über die sich aus der Struktur der Werte- und Wirtschaftsverfassung ergebende systematisch wechselbezügliche Verknüpfung von Freiheit als grundlegendem Wert der

⁶⁵⁹ *T. Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 101 AEUV, Rn. 47, Fn. 166 m.w.N.

⁶⁶⁰ *A. Smith*, *Wealth of Nations* (1776/2012), Book 4 Chapter 2 “Of Restraints upon Importation from Foreign Countries of such Goods as can be Produced at Home”, S. 442-462. Eine implizite Voraussetzung für das Funktionieren der „invisible hand“ (S. 445) ist die individuelle Handlungsfreiheit, d.h. die Freiheit der einzelnen Marktteilnehmer an der Tausch- und Handelswirtschaft teilzunehmen. Diese geht einher mit der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Individuums und hier mit der Vertragsfreiheit, beruhend auf der Parteiautonomie. Denn der Markt fungiert als dezentraler Mechanismus zur Koordination der einzelnen wirtschaftlichen Pläne. Der Wettbewerb ist daher ein dynamischer Prozess, der durch den Gebrauch individueller Freiheiten den Umfang und die Beschaffenheit von Angebot und Nachfrage in der Transnationalität bestimmt.

⁶⁶¹ *W. Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (1952/2004), V. „Freiheit und Macht“, S. 175 ff., 177: „Diese dreifache Bedrohung der Freiheit durch private Macht der Markt-Gegenseite, durch das Kollektiv und durch den Staat“, der sich mit privaten Machtkörpern verbindet, macht sich in allen Ländern – wenn auch in verschiedenen Formen – geltend.“

⁶⁶² *F. A. von Hayek*, *Die Verfassung der Freiheit* (1971/2005), Kapitel 15 „Wirtschaftspolitik im Rechtsstaat“, S. 304: „Persönliche Freiheit schließt gewisse Methoden staatlicher Tätigkeit aus. [...] Freiheit der Wirtschaftstätigkeit hatte Freiheit unter dem Gesetz bedeutet, nicht das Fehlen jeglicher staatlichen Tätigkeit.“

⁶⁶³ Siehe *T. Heidrich*, *Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie* (2009), S. 282, dort unter Bezugnahme auf *E. Hoppmann*, *Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik* (1975) und *E. Hoppmann*, *Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs*, in: Schneider (Hrsg.), *Grundlagen der Wettbewerbspolitik* (1968): „Als Ausgangspunkt geeigneter hält Hoppmann die Betrachtung von Austausch- und Parallelprozess. Im *Austauschprozess* entspreche der Freiheitsspielraum dem relevanten Markt: Für die Nachfrager bestehe umso größere Wahlfreiheit, je größer die Austauschbarkeit der angebotenen Güter sei. Für die Anbieter hänge der Freiheitsspielraum von der Produktionsumstellungsflexibilität ab. Der jeweilige Freiheitsspielraum werde durch endogene und exogene Änderungen der Substituierbarkeiten im historischen Prozess verändert. Im *Parallelprozess* werde der Freiheitsspielraum durch die Möglichkeit des Gebrauchs unterschiedlicher Aktionsparameter (Preis, Qualität usw.) für verschiedene mögliche Aktionen (Vorstoß und Verfolgung) unter Berücksichtigung des tatsächlichen und des potenziellen Wettbewerbs bestimmt. Austausch- und Parallelprozess seien zwei Dimensionen derselben Freiheit.“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

⁶⁶⁴ Siehe zum Vorgenannten die Übersichten zu den unterschiedlichen wettbewerbstheoretischen Ansätzen bei *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: MüKo EuWettbR (2015), Einl. Rn. 67 ff.

Union, Art. 2 Satz 1 EUV, Binnenmarktziel, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV und den subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (Art. 26 AEUV) besteht eine systemische Interdependenz von Werten (Law) und wettbewerbstheoretisch (Economics) fundierter Freiheit. Die Freiheit kann hier also in Bezug auf das Wirtschaftssubjekt und dessen Entscheidungsnotwendigkeiten für sein *Marktverhalten* konkret auf den möglichen *Aktionsradius* von wirtschaftlich aktiven Marktteilnehmern bezogen werden, und zwar als i.w.S. „marktbezogener Wert“ betreffend das Interaktionssystem „Wettbewerb“ im Tauschsystem „Markt“. Diese vertragsautonome Teleologie von Freiheit, welche in aggregierter Form den Gehalt von Freiheit als grundlegenden Wert der Union *und* als i.w.S. wettbewerbsökonomisch definierte Entscheidungs-, Handlungsfreiheit, Wahlfreiheit usw. umfasst, ist maßgeblich für die Ebene der Prinzipienbildung und für die Ebene der Anwendung.

In der funktionalen Betrachtung der für das Binnenmarktziel zu schützenden *marktbezogenen Freiheit*⁶⁶⁵, handelt es sich bei der (funktionalen) Freiheit im Kern um die *Entscheidungsfreiheit*. Denn die Entscheidung betrifft regelhaft den Ausgangspunkt, die Gestaltung und die strategische Positionierung einer wirtschaftlichen Leistung im Markt, und zwar durch das hinter jeder wirtschaftlichen Betätigung stehende Wirtschaftssubjekt – als Einzelunternehmer, als Vorstand bzw. Geschäftsführung einer Gesellschaft, als Arbeitnehmer, Dienstleister usw. Die freie Entscheidung, welche auf der freien Willensbildung des entscheidenden Wirtschaftssubjektes beruht, ist essentiell für die von wirtschaftlichen Transaktionen notwendig vorausgesetzte *Privatautonomie* und *Vertragsfreiheit*, welche ihren grundlegenden Ausdruck wiederum in Art. 345 AEUV findet. Eine insoweit funktional definierte wirtschaftliche Freiheit wird flankierend geschützt sowohl richterrechtlich durch die EuGH-Rechtsprechung als auch über die Europäischen Grundrechte⁶⁶⁶ - wie das allgemeine *Recht auf Freiheit* (Art. 6 GRC)⁶⁶⁷, die *Unternehmerische Freiheit* (Art. 16 GRC)⁶⁶⁸ und das *Eigentumsrecht* (Art. 17

⁶⁶⁵ „Freiheit ist nicht gleich Freiheit“, sondern der Bezug, der Gegenstand und der Inhalt der Freiheit bedürfen einer auf den konkreten Kontext bezogenen konkretisierenden Definition. Siehe zu dem Befund einer notwendigen Konkretisierung des Freiheitsbegriffs für die Grundfreiheiten und das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot die Ausführungen in Kapitel 5 C. II. 1. c) cc).

⁶⁶⁶ Als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit, vgl. A. Haratsch, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006), § 18, S. 564, Rn. 13 mit weiteren Nachweisen in Fn. 39 und 40. Darüber hinaus wird die Privatautonomie auch über Art. 16 GRC abgesichert. Dies ergibt sich bereits aus den Erläuterungen des Konventspräsidiums zu Art. 16 GRC, nach denen die unternehmerische Freiheit die in der Rechtsprechung des EuGH anerkannte Vertragsfreiheit umfasse, vgl. nur EuGH *Sukkerfabriken Nykøbing Limiteret gegen Landwirtschaftsministerium (Sukkerfabriken)* (C-151/78, EU:C:1979:4) Rn. 20; EuGH *Königreich Spanien gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaft* (C-240/97, EU:C:1999:479) Rn. 99. Dazu C. Nowak, in: Heselhaus/ders. (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006), § 31, S. 887, Rn. 33.

⁶⁶⁷ Ausführlich zu der grundlegenden Bedeutung der Freiheit als „Bindeglied“ zwischen den „Fundamentalgarantien in Art. 1 bis 5 GRC und den Art. 6 bis 19 GRC J. H. Klement, in: Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter (Hrsg.), EnzEur Band 2 (2014), § 8 Freiheit der Person, S. 347 ff., Rn. 3 f. „Bindeglied zwischen Würde und Freiheit.“

⁶⁶⁸ Im Überblick C. Grabenwarter, in: Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter (Hrsg.), EnzEur Band 2 (2014) § 13 Wirtschaftliche Grundrechte, S. 507 ff., Rn. 27 ff.

GRC)⁶⁶⁹ -, welche gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV im Rang des Primärrechts auf einer Ebene mit dem EUV und dem AEUV stehen. Insoweit besteht im Unionsrecht insgesamt eine sich wechselseitig ergänzende „vierfache Freiheitsgarantie“: erstens über den Wert der Freiheit in Art. 2 Satz 1 EUV; zweitens über die fortgeltende Rechtsprechung des EuGH zur allgemeinen Handlungsfreiheit und zur unternehmerischen Freiheit⁶⁷⁰, drittens über die Charta der Grundrechte (GRC) und viertens via subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV, soweit diese als (Mobilitäts-)Freiheitsrechte zu interpretieren sind.⁶⁷¹ In Zusammenschau mit dem Prinzip der funktionalen Integration (siehe zuvor C. II.) umfasst die wirtschaftsbezogene Freiheit damit im Unionsrecht eine auf dem Grundsatz der Privatautonomie als unverzichtbaren Bestandteil des Binnenmarktziels (Art. 2 Satz 1 EUV, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV und Art. 345 AEUV) beruhende Entscheidungsfreiheit auf der Basis einer Wertentscheidung (Art. 2 Satz 1 EUV) und einer wettbewerbsökonomischen Notwendigkeit.

2. Gleichheit

In dem grundlegenden Wert der Gleichheit (Art. 2 Satz 2 EUV) kommt das Gleichheitsprinzip als eine seit der Antike zentrale Vorstellung jeder Rechtskultur zum Ausdruck.⁶⁷² Der EuGH hatte bereits vor der ausdrücklichen Kodifizierung der Gleichheit als Wert der Union und unabhängig von dem allgemeinen Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV, einen allgemeinen Gleichheitssatz als Grundsatz des Gemeinschaftsrechts hergeleitet, aus dem ehemaligen Art. 40 Abs. 3 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag.⁶⁷³ Nach diesem Grundsatz ist es verboten, vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte gleich zu behandeln, es sei denn, eine solche Behandlung stellt sich als objektiv gerechtfertigt dar.⁶⁷⁴ Einem ebensolchen Verständnis folgt Art. 20 GRC.⁶⁷⁵ Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Wirtschaftssubjekte ist als Grundbedingung für die Grundfreiheiten und die Wettbewerbsvorschriften⁶⁷⁶ und damit im Zusammengang des Free Movement-Konzepts gleichermaßen relevant.

⁶⁶⁹ Zu den einzelnen Positionen der Eigentumsgarantie *P. Sonnevend*, in: Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter (Hrsg.), *EnzEur* Band 2 (2014), § 14, S. 527 ff., Rn. 44 ff.

⁶⁷⁰ Vgl. nur: EuGH *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Nold)* (C-4/73, EU:C:1974:51) Rn. 12 ff.

⁶⁷¹ Die Auslegung der Grundfreiheiten als „Freiheitsrechte“ ist umstritten, siehe hierzu Kapitel 5 A. II.

⁶⁷² *N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* (1995/2013), S. 111.

⁶⁷³ EuGH *Quellmehl und Ruckdeschel* (C-117/76 und 16/77, EU:C:1977:160) Rn. 7.

⁶⁷⁴ EuGH *Königreich Spanien gegen Rat der Europäischen Gemeinschaften* (C-203/86, EU:C:1988:420) Rn. 25; EuGH *Firma Hoche gegen Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (Hoche)* (C-174/89, EU:C:1990: 270) Rn. 25; EuGH *The Queen gegen Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte, National Farmers' Union u.a.* (C-354/95, EU:C:1997:379) Rn. 61; EuGH *Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (BSE)* (C-180/96, EU:C:1998:192) Rn. 114; EuG *Pfizer Animal Health SA gegen Rat der europäischen Union (Pfizer)* (T-13/99, EU:T:2002:209) Rn. 478.

⁶⁷⁵ *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *EL* 51 Sept. 2015, Art. 2 EUV, Rn. 31.

⁶⁷⁶ EuGH *Französische Regierung gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (EAGFL)* (C 15/76 und 16/76, EU:C:1979:29) Rn. 31.

In der interdependenten Beziehung von Gleichheit als Wert und dem wettbewerbstheoretischen Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs zeigt sich eine zweite Kopplung von Werten und Wettbewerbsökonomik. Zunächst bezieht sich der Wert der Gleichheit gemäß Art. 2 Satz 1 EUV ebenso über Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV auf das Binnenmarktziel und den Wettbewerb sowie auf die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV wie die Freiheit (siehe zuvor 1.). Wettbewerbstheoretisch findet sich der Gleichheitsaspekt als Betrachtung von *Relationen* der in einem Markt agierenden Wirtschaftssubjekte zueinander in einer Vielzahl von wettbewerbstheoretischen Paradigmen. Besonders markant liegt der Gleichheitsgedanke dem *Paradigma vom funktionsfähigen Wettbewerb* bzw. *workable competition* (John Maurice Clark)⁶⁷⁷ zugrunde. Bei der industrieökonomisch fundierten Betrachtung von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis bzw. Structure, Conduct and Performance (SVE-Paradigma/SCP paradigm⁶⁷⁸) rücken die Bedingungen für gleiche wirtschaftliche, soziale und rechtliche Rahmenbedingungen - welche unter Einbeziehung der im Schrifttum zum Strategischen Management als „Umwelt“ oder „Makroumwelt“ bezeichneten externen Bedingungen⁶⁷⁹ auch als *Funktionsbedingungen* bezeichnet werden können - in den Vordergrund, welche eben die vorgenannten drei Kriterien des SVE-Paradigmas „formen“. Denn letztendlich erfordert jede Marktzugangsbetrachtung – hier ganz im Sinne des „market access approach“ der EuGH-Rechtsprechung (vgl. Kapitel 1 A. II. 1. g), nachfolgend Abschnitt E. II. 7. sowie Kapitel 6 A. II. 1.) – einen Vergleich (Relationsbetrachtung von möglichen Aktionsradien) von i.w.S. Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Mobilität. Im Schrifttum sind zu dem formalen Aufbau und dem Konzept eines wirksamen Wettbewerbs die Zusammenhänge für gleiche Bedingungen bei der Ausübung von Aktionsparametern im tatsächlichen Wettbewerb ausführlich beschrieben.⁶⁸⁰ Bezogen auf das Binnenmarktziel der Union und das Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft gemäß Art. 3 Abs. 3 EUV besteht somit eine funktionale Wechselbezüglichkeit von rechtlich und wettbewerbsökonomisch definierten Gleichheitsaspekten.

Funktional betrachtet, d.h. unabhängig von der Ideengeschichte und unterschiedlichen Verständnissen von Gleichheit, lässt sich Gleichheit als „Formbegriff“ (Niklas Luhmann)⁶⁸¹ auf ein Konzept der hier so benannten *Relationsbetrachtung* reduzieren.

⁶⁷⁷ T. Heidrich, Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie (2009), S. 77 (dort unter Bezugnahme auf J. M. Clark, Zum Begriff eines funktionsfähigen Wettbewerbs, in: Herdzina, K. (Hrsg.), Wettbewerbstheorie (1975), S. 143-160): „Im Mittelpunkt steht die Einsicht, dass es ‚vollkommenen Wettbewerb‘ nicht gibt und auch nicht geben kann, wahrscheinlich auch niemals gegeben hat [...] Uns bleibt lediglich ein irrales oder ideales Richtmaß, das als Ausgangspunkt der Analyse dienen kann und als Norm, um damit *tatsächliche Wettbewerbsbedingungen zu vergleichen*.“ [Clark (1940/1975), S. 143]. Stattdessen müssten die wünschenswerten Formen des Wettbewerbs ausgesucht und begrifflich formuliert werden. Ziel sei die *Ermittlung desjenigen strukturellen Gefüges*, bei dem der Wettbewerb ein wirklich zufriedenstellendes Resultat zeige.“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

⁶⁷⁸ L. Peepkorn/V. Verouden, The Economics of Competition, in: Faull/Nikpay (Hrsg.), EU Law of Competition (2014), S. 5 ff. Rn. 1.06 ff.

⁶⁷⁹ H. Hungenberg, Strategisches Management in Unternehmen (2011), S. 90, mit Abbildung 2-6.

⁶⁸⁰ I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2012), S. 71 ff., S. 78 ff.

⁶⁸¹ N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1995/2013), S. 111 „Vielmehr ist die Gleichheit ein Formbegriff, der davon lebt, dass es eine andere Seite gibt: die Ungleichheit. Gleichheit ohne Ungleich-

Für die Bewertung zweier sich gegenüber stehender Sachverhalte ist damit ein Bezugspunkt als Maßstab für die Bewertung der Relation notwendig. In der Beziehung der Gleichheit zu dem Binnenmarktziel gemäß der Teleologie der Werte und Ziele des EUV (siehe zuvor B.), ist der maßgebliche Bezugspunkt im Unionsrecht das dem Marktintegrationsrecht zugrundeliegende Free Movement-Konzept (vgl. vorstehend Abschnitt A. I.). Damit wird dieses ökonomisch fundierte Konzept zum funktionalen Maßstab von Gleichheit als „Integrationsgleichheit“ in einer Transformation von Ökonomie zum Recht, welches wiederum die ökonomischen Verhältnisse bestimmt, nämlich die Regeln der Gleichheit für den Tauschprozess im Binnenmarkt. Hiermit wird das reziproke Verhältnis von Ökonomie und Recht auch auf der Ebene der grundlegenden Werte erkennbar.

3. Gerechtigkeit

Art. 2 Satz 2 EUV verknüpft die in Art. 2 Satz 1 EUV kodifizierten Werte mit einer „Gesellschaft, die sich durch „Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, *Gerechtigkeit*, Solidarität und die Gleichheit von Männern und Frauen auszeichnet“. Diese Verknüpfung ist in die Exegese der Maßstäbe der Werteverfassung in den Beziehungen zu den Werten der Freiheit und Gleichheit einerseits und der Gerechtigkeit andererseits in die Prinzipienbildung einzubeziehen.

Zu begründen ist dieses Vorgehen damit, dass die „Gerechtigkeit“ als Modell einer „Ordnung“⁶⁸² im engen Zusammenhang mit dem in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV formulierten Leitbild der wettbewerbsfähigen *sozialen* Marktwirtschaft steht. Letztere wiederum verleiht dem ökonomisch fundierten Binnenmarktziel (Ebene der Wirtschaftsverfassung) eine „soziale Programmatik“ (Ebene der Werteverfassung), die mit dem Gerechtigkeitsbegriff unmittelbar verknüpft ist, welcher wiederum im engsten Zusammenhang mit den Werten der Freiheit und Gleichheit als „Instrumente“ zur Verwirklichung von Gerechtigkeit steht. Jenseits der hoch ausdifferenzierten und vielfältigen Facetten von Gerechtigkeit, die, ausgehend von der Antike bis hin zur Gegenwart beschrieben werden⁶⁸³, geht es vorliegend gemäß dem Gegenstand der Untersuchung im Wesentlichen um den funktionalen Zusammenhang von (Binnenmarkt-)Gerechtigkeit und Binnenmarktziel, unter der Prämisse einer durch die soziale Marktwirtschaft zu garantierenden transnationalen wirtschaftlichen Mobilität gemäß dem Free Movement-Konzept. Insoweit kann Gerechtigkeit hier im Sinne von *Niklas Luhmann* als „Kontingenzformel“ des Rechtssystems verwendet werden⁶⁸⁴, d.h. als „offener“ Begriff, der im jeweiligen Systemkontext autonom zu definieren ist. Betreffend das Free Movement-Konzept – also das vertragsautonome System supranationalen Wirtschaftsintegrationsrechts - geht es demnach konkret um die angemessene Teilhabe an transnationaler wirtschaftlicher Mobilität (Free Movement) sowie um die damit angesprochene Marktgleichheit als

heit ergibt keinen Sinn – und umgekehrt. [...] Die Form der Gleichheit dient demnach dazu, Ungleichheiten auffällig werden zu lassen [...]“.

⁶⁸² *F. Heidenreich*, Theorien der Gerechtigkeit (2011), S. 17 ff. Ziff. 2.1 „Gerechtigkeit als Ordnung“.

⁶⁸³ Im Überblick *F. Heidenreich*, Theorien der Gerechtigkeit (2011), passim.

⁶⁸⁴ *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1995/2013), S. 218 ff.

i.w.S. *Verteilungsgerechtigkeit*. Weiter geht es um die Frage, *wie* und *in welchem Maße* diese im transnationalen wirtschaftlichen Binnenmarktprozess über die Werte der Freiheit und Gleichheit als „Instrumente“ der Gerechtigkeit und funktional über das Recht in der ökonomischen Wirklichkeit des Binnenmarktes herzustellen sind.

Jenseits der historischen Rekonstruktion und der mannigfaltigen Bedeutungen des Begriffs der Gerechtigkeit im wissenschaftlich neuzeitlichen und jüngeren Diskurs⁶⁸⁵, lässt sich Gerechtigkeit damit vertragsautonom in einer auf den transnationalen Marktprozess bezogenen Funktionsbetrachtung insoweit „technisch“ als „Ordnungsrahmen“ bzw. Maßstab für die Werte der Freiheit und Gleichheit definieren und auf die Voraussetzungen und Bedingungen von Fairness⁶⁸⁶ bzw. Chancengleichheit⁶⁸⁷ im Tauschprozessen des Markt beziehen. Gemäß dieser *vertragsautonomen Betrachtung von funktionaler Gerechtigkeit* müssen die Werte der Freiheit und Gleichheit in ihrer absoluten Geltung gemäß der institutionellen Vorgaben der Interesse-Trias (vgl. vorstehend Kapitel 1 B. II. 3.) Eingang finden in eine, ganz im Sinne eines Gerechtigkeitsbildes als Waage⁶⁸⁸, einzelfallbezogene Interessenabwägung. Hierbei ist das i.w.S. so zu bezeichnende menschliche (Gerechtigkeits-)Empfinden⁶⁸⁹ für „gerechte transnationale wirtschaftliche Mobilität“ mit dem Maßstab der funktionalen Gerechtigkeit zu verbinden. Die Konstellation ist dabei wie folgt zu betrachten: die Verantwortung des Einzelnen für sein Handeln (im Individualinteresse) mit dessen Wirkungen – in der Ausübung seiner wirtschaftlichen Freiheit - gegenüber den Anderen (und deren Individualinteressen) ist zugleich eine Verantwortung jedes Einzelnen für die Interessen aller (im Sinne des Allgemeininteresses).⁶⁹⁰ Dieses Allgemeininteresse wiederum unterliegt in der supranatio-

⁶⁸⁵ F. Heidenreich ebd. (2011).

⁶⁸⁶ Hier im Sinne der von John Rawls dargelegten Konzeption von „Gerechtigkeit als Fairneß“ in dem Verständnis einerseits als „Einigung von Personen unter fairen Bedingungen“ gemäß dem Gedanken des „Gesellschaftsvertrages“ und im Sinne einer „politischen Konzeption“, wie er diese in seinen Werken *A Theory of Justice* (1971) und in seinem Aufsatz *Justice as Fairness – Political Not Metaphysical* (1985) dargelegt hat. Siehe hierzu die zusammenfassende Darstellung von Erin Kelly in seinem Vorwort als Herausgeber von *J. Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß* (2006/2014), S. 9/10.

⁶⁸⁷ Im Sinne einer „Chancengleichheit durch das Recht“, vgl. J. H. Clement, *Wettbewerbsfreiheit* (2015), S. 143 (unter Verweis auf A. Honneth, *Das Recht der Freiheit*, S. 352, 358). Siehe zur Verteilung unter dem Aspekt der Chancengleichheit im Spannungsfeld zwischen grundrechtlich gewährten Freiheiten und Leistungsprinzip (einer auf dem individualistischen Rationalismus basierenden Gesellschaftsordnung), P. Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 99, und in der Schlussbemerkung, S. 337, dort unter dem Aspekt der „Verteilung der Chancen von Individuen“ im Zusammenhang der „Bändigung von Macht in einer vernünftigen und gerechten Ordnung“ im Sinne des politischen Gehaltes der von Peter Behrens vorgestellten *ökonomischen Rechtstheorie*.

⁶⁸⁸ Zu den Ursprüngen des Gerechtigkeitsbildes als Waage gemäß dem Verständnis einer „konnektiven Gerechtigkeit“ (kosmonischer Mythos Ägyptens einer kosmischen Ordnung, bezeichnet als „Maat“), mit dem Bild eines „Herzen des Verstorbenen in der Waagschale, welches mit jeder Lüge an Gewicht zunimmt“, siehe F. Heidenreich, *Theorien der Gerechtigkeit* (2011), S. 17/18.

⁶⁸⁹ Nach Immanuel Kant wäre dies die „Vernunft“ (die aus vernünftigen freien Individuen gebildete Gesellschaft, in welcher die Freiheit des Einzelnen ihre Grenze in der Freiheit der anderen findet), in der christlichen Lehre i.w.S. die „Nächstenliebe“, in der buddhistischen Philosophie i.w.S. die „Achtsamkeit“ usw. In der Alltagssprache wäre dies der „Respekt“ vor dem anderen.

⁶⁹⁰ Diese Begründung von Pflichten des Einzelnen gegenüber anderen und damit auch gegenüber der Gesamtheit ist ein früher und wesentlicher Begründungsansatz für subjektive Rechte und der Ur-

nalen Union zugleich der Werteordnung der Union, welche in ihrer Gesamtheit das europäische Gesellschaftsmodell (im Unionsinteresse) prägt und damit den Inhalt von Freiheit und Gleichheit bestimmt. In der Vorstellung der Waage verbleibend sind also zwei subjektive Interessen anhand eines bestimmten Kriteriums bzw. Instrumentes – hier die Werte der Freiheit und Gleichheit - miteinander in Beziehung zu setzen.

Hier zeigt sich die Verbindung zu der klassischen Ökonomie und den bereits von *Adam Smith* grundlegend reflektierten Fragen zur *Verteilungsgerechtigkeit* bzw. dem von *Vilfredo Pareto* entwickelten Allokationsoptimum⁶⁹¹ als Ausdruck i.w.S. „wirtschaftlicher Gerechtigkeit“. Das dieses Allokationsoptimum aber auch normativ-ökonomisch – und damit auch Werte fundiert - definiert werden kann, hat *Peter Behrens*⁶⁹² mit seiner ökonomischen Rechtstheorie dargelegt. In dieser hier skizzierten Betrachtung der funktionalen Zusammenhänge von Gerechtigkeit und Ökonomie verdeutlichen sich die Verbindungslinien von europäischer Ideengeschichte, grundlegenden Werten und Wirtschaftsintegration (Ökonomie) sowie Individual-, Allgemein- und Unionsinteressen, welche sich sowohl in objektiv-rechtlichen Maßstäben (Prinzip) als auch in den subjektiv-rechtlichen Maßstäben (Grundfreiheiten) des Unionsrechts abbilden müssen. Bezogen auf die Gerechtigkeit geht es auf der Regelbildungsebene für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot also darum, im Lichte des Leitbildes der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, den *normativ (Law) marktprozessbezogenen* (Economics) Gehalt von Gerechtigkeit unter Berücksichtigung der Maßstäbe von einerseits Freiheit als Integrationsfreiheit und andererseits der Gleichheit als Integrationsgleichheit abzubilden. Auf der Anwendungsebene geht es bei der Umsetzung darum, ausgehend von diesen Begriffen und deren Maßstäben, die *Interessen-Trias* (Individualinteresse, Allgemeininteresse, Unionsinteresse) – welche angesichts der systemisch-institutionellen Rahmenbedingung der Supranationalität in jedem Sachverhalt bzw. Streitgegenstand eines Rechtsstreits bei der Geltendmachung von subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, wie den Grundfreiheiten, im Einzelfall bei der Subsumtion zu beachten ist - in einen „gerechten Ausgleich“ zu bringen (hierzu die Grundlegung auf der Anwendungsebene Kapitel 6 C.).

Mit der Gerechtigkeit ist in der Perspektive der Ökonomik und der Integrationspolitik einer auf den Bürger zentrierten „individualistischen Konzeption“ die Grundsatzfrage der *Verteilungsgerechtigkeit* zu funktionalisieren.⁶⁹³ Diese hoch komplexe Materie einer rechtliche-ökonomischen Erfassung der „gerechten Verteilung“ ist zunächst rechtstechnisch betrachtet wiederum auch eine Frage der Gleichheit oder dergleichen Freiheit, genauer gesagt der wettbewerblichen *Chancengleichheit* oder auch der *Fairness*, betreffend die transnationalen Tauschprozesse im Binnenmarkt. In der Ökonomie repräsentieren zumindest die Konzepte des Allokationsoptimums bzw. des Vertei-

sprung für die Überlegungen zu dem „Sozialvertrag“, vgl. *G. Stratenwerth*, Freiheit und Gleichheit (2007), S. 42 ff.

⁶⁹¹ Siehe zum Werk Vilfred Paretos *H.-J. Wagener*, Vilfredo Pareto (1848-1923) in: H. D. Kurz (Hrsg.), *Klassiker des ökonomischen Denkens*, Band 2 (2009), S. 26 ff.

⁶⁹² *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 101-106.

⁶⁹³ *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 91 ff.

lungsoptimums „empirische“ Aspekte der Gerechtigkeitsidee.⁶⁹⁴ In der konkreten rechtlichen und wettbewerbsökonomischen Perspektive zeigt sich hier die Notwendigkeit einer „Gestaltung der richtigen Ordnung durch Institutionen“.⁶⁹⁵ Dies bedeutet, dass dem Beschränkungsverbot als Prinzip und die den Grundfreiheiten als rechtliche Institution zugewiesene Funktion darin liegen muss, den für Freiheit und Gleichheit im Markt möglichen Aktionsradius für individuelle (Mobilitäts-)Entscheidungen – d.h. für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt – so zu gewährleisten, dass eine „Binnenmarkt-Gerechtigkeit“ i.w.S. im Wege einer gleichen und gleich freien Entscheidungsfreiheit gegeben ist. Ein derartiger Maßstab kann sich aber nur dann auf der subjektiv-rechtlichen Ebene (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) „durchsetzen“, wenn das Beschränkungsverbot bereits auf der Regelbildungsebene als Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) so definiert ist, dass in der subjektiv-rechtlichen Konkretisierung über das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot das einzelne Wirtschaftssubjekt in die Lage versetzt wird, gegenüber mitgliedstaatlichen oder unternehmerischen Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung eine Verletzung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes (im Sinne des Free Movement Konzepts) auch aus der Perspektive der Chancengleichheit geltend zu machen. Systemisch betrachtet ist dies bereits deshalb nötig, weil das „systematische Funktionsdefizit des Marktes“ betreffend einer gerechten Verteilung⁶⁹⁶ einer hinreichend unionsrechtlichen Kontrolle zugeführt werden muss.

Für die Konkretisierung einer derartigen rechtsdogmatischen und wettbewerbsökonomischen Konzeption eines Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot ist daher einerseits der Rückgriff auf die maßgeblichen ökonomischen Konzepte zur Allokation i.w.S. notwendig. Ausgangspunkt hierfür ist das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (*J. M. Clark*) als Parallele zur unionsrechtlich kodifizierten Funktionsfähigkeit des Marktes (Art. 26 Abs. 1 Alt 2 AEUV „Funktionieren des Binnenmarktes“) im Rahmen des Leitbildes einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) und einer individualistischen Fundierung der Freiheit (*Erich Hoppmann*). Andererseits sind mit Blick auf neuere Strömungen in den Wirtschaftswissenschaften sowie anderen Sozial-/Geisteswissenschaften die Ansätze einer *Ethik der Ökonomie / Ökonomischen Ethik*⁶⁹⁷ einzubeziehen. Nach der Vertragsrevision von Lissabon bieten diese Ansätze einen Weg zur Verbindung bzw. einer angemessenen Relation von „Werten und Effizienz“ in der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union.⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 105.

⁶⁹⁵ *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 106.

⁶⁹⁶ *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 187 ff. und S. 195; *T. Siebe*, *Mikroökonomie* (2012), S.52: „Unter idealen Bedingungen sorgen Konkurrenzmärkte für eine bedarfsgerechte Produktionsstruktur und für eine effiziente Faktorallokation – beides zusammen wird auch als optimale Allokation bezeichnet. Für Verteilungsgerechtigkeit – wie immer definiert – sorgen Märkte indes nicht.“

⁶⁹⁷ *A. Sen*, *Ökonomie für den Menschen* (2002/2011), passim; *K. Homann/C. Lütge*, *Wirtschaftsethik* (2013), passim; *A. Suchanek*, *Ökonomische Ethik* (2007), passim; *K.-H. Brodbeck*, *Buddhistische Wirtschaftsethik* (2011), passim; *T. Singer/M. Ricard*, *Mitgefühl in der Wirtschaft* (2015), passim.

⁶⁹⁸ Konkret im Rahmen einer Abwägung zwischen Wertemaßstäben und Effizienzargumenten bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, siehe Kapitel 6 C.

4. **Fazit: Koppelung von Werten und Wettbewerbsökonomik**

Ausgehend von der Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung folgt aus der Interdependenz von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit mit dem Binnenmarktziel und mit wettbewerbstheoretischen Konzepten eine vertragsautonome Koppelung von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit, Art. 2 EUV, Free Movement-Konzept und Wettbewerbsökonomik. Die sich daraus ableitenden Maßstäbe der Freiheit, Gleichheit und der Gerechtigkeit zeigen damit den Charakter einer Werte (Law) und wettbewerbstheoretisch (Economics) fundierten Wettbewerbsökonomik. Die Einbeziehung von Werten *und* wettbewerbstheoretischen Theoremen bedeutet entsprechend der Vertragsarchitektur von EUV und AEUV, vertragsautonom an der Funktion von Markt und Wettbewerb im Sinne von rechtlich-ökonomischen „Institutionen“ der Union anzusetzen und diese in den Kontext des europäischen Gesellschaftsmodells einer auf Werten basierenden wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV) im Sinne einer „neuen Stufe“ der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) zu stellen.

IV. Ergebnis: Werte fundierte Integrationsfreiheit/-gleichheit

Gemäß der systematisch-teleologischen Zusammenschau der Maßstäbe aus der Werteverfassung ergibt sich folgendes Ergebnis. Das Unionsprinzip (C. I.), das Prinzip der funktionalen Integration (C. II.) sowie die grundlegenden Werte der Freiheit und Gleichheit, welche im Kontext der Gerechtigkeit stehen (C. III.), aggregieren gemäß der hier dargelegten funktionalen Prinzipienbildung und Auslegung (siehe zuvor A. II.) zu einem unionsrechtlichen Maßstab der *Werte fundierten Integrationsfreiheit* und *Integrationsgleichheit*. Dies bedeutet, dass sich Freiheit und Gleichheit vertragsautonom-kontextbezogen auf die Integrationsfunktion des Rechts beziehen, und im Kontext von transnationaler Mobilität (Free Movement-Konzept, A. I.), wie die nachfolgenden Ausführungen noch detailliert zeigen werden, auf eine *Werte fundierte Integrationsfunktion* von (Binnen-) Markt und Wettbewerb, gemäß der funktionalen Verbindung von Art. 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 26 AEUV.

Für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot bedingt der nach dem Vertrag von Lissabon bestehende Telos der *Werte- und Wirtschaftsverfassung* also, dass nicht-ökonomische und ökonomische Gehalte von Freiheit und Gleichheit sich wechselseitig ergänzen, und in einen gemeinsamen Maßstab zusammenspielen. Insoweit sind im Weiteren die aus der Wirtschaftsverfassung folgenden prinzipiellen Maßstäbe zu bestimmen (D.) sowie die sich aus der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln ergebenden Maßstäbe (E.) einzubeziehen.

D. Maßstäbe der Wirtschaftsverfassung

Nachdem vorangehend die Teleologie der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung⁶⁹⁹ sowie die aus der Werteverfassung folgenden Maßstäbe der *Werte fundierten Integrationsfreiheit und -gleichheit* begründet wurden⁷⁰⁰, sind nunmehr die aus der Wirtschaftsverfassung folgenden prinzipiellen Maßstäbe für das unionsrechtliche Beschränkungsverbot zu bestimmen.

Anknüpfend an die in Kapitel 1 dargestellte Korrelation von Prinzip und subjektivem Recht (Schutzgegenstand / Kontrollgegenstand; Schutzobjekt / Kontrollmaßstab)⁷⁰¹ wird nachfolgend in einem ersten Schritt das *Binnenmarktprinzip* als *Schutzgegenstand* des Prinzips hergeleitet (I.) Dabei werden entsprechend der Differenzierung in Art. 26 Abs. 1 AEUV die Maßstäbe „Verwirklichung“ und „Funktionieren“ des Binnenmarktes definiert. In einem zweiten Schritt wird das *Wettbewerbsprinzip* als *Schutzobjekt* des Prinzips hergeleitet und inhaltlich definiert (dazu II.). Im Ergebnis lassen sich die aus der Wirtschaftsverfassung für das Prinzip folgenden Maßstäbe des Schutzgegenstandes und des Schutzobjektes zusammenfassen (III.).

I. Das Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand

Die in Art. 3 Abs.3 Satz 1 EUV formulierte Zielbestimmung bezeugt in Zusammenschau mit dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, dass der Binnenmarkt ein für die europäische Integration schlechthin konstituierendes *Element* darstellt⁷⁰², welches in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem politischen Integrationsauftrag der Friedenssicherung steht.⁷⁰³ Bereits in dieser Funktion ist der Binnenmarkt unverzichtbar und fungiert, wie sich aus der Entstehungsgeschichte der europäischen Integration ergibt⁷⁰⁴, als politisches Programm und *rechtliche Norm* zugleich.⁷⁰⁵ Er ist damit eine „Daueraufgabe“ (*Armin Hatje*⁷⁰⁶) für den wirtschaftlichen Integrations-

⁶⁹⁹ Kapitel 3 B., Ergebnis B. III.

⁷⁰⁰ Kapitel 3 C., Ergebnis C. IV.

⁷⁰¹ Kapitel 1 B. III. 2. b.

⁷⁰² A. Hatje formuliert: „das Fundament des europäischen Integrationsprozesses“, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept (2004), S. 189.

⁷⁰³ J. P. Terhechte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 41 Juli 2010, Art. 3 EUV, Rn. 30.

⁷⁰⁴ Beginnend mit der Belegung des europäischen Integrationsprozesses seitens der Kommission Ende der 1970er Jahre, durch die Vorlage des Weißbuchs an den Europäischen Rat über die Vollendung des Binnenmarktes, KOM (1985) 310 endg., und die Einfügung der Art. 8a-c EWG-Vertrag mit primärrechtlicher Verankerung des Binnenmarktprinzips als „Herzstück“ der einheitlichen Europäischen Akte (EEA), die am 01.08.1987 in Kraft trat, sowie mit einer Etablierung des Mehrheitsprinzips (Art. 100a EWG-Vertrag). Mit der Revision des Textes verbunden war allerdings eine nicht unproblematische Begriffsparellität von „Gemeinsamer Markt“ und „Binnenmarkt“, die mit dem Vertrag von Lissabon nunmehr aufgelöst wurde. Siehe hierzu die kurze Zusammenfassung bei S. Leible, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 14 EGV, Rn. 3-5. sowie A. Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2009), Artikel 14 EGV, Rn. 1, 2.

⁷⁰⁵ S. Leible, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 14 EGV, Rn. 9. Siehe auch M. A. Dausies, Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes, EuZW 1990, S. 8 ff.

⁷⁰⁶ Vgl. nur A. Hatje, in: Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar (2012), Art. 26 AEUV, Rn. 23 m.w.N.

raum der Union bzw. ein „dauernd wirksamer Maßstab“ für die Auslegung des gesamten Unionsrechts. Letzteres dokumentieren auch die Ausführungen der Kommission in ihren Binnenmarktakten - *Binnenmarktakte*⁷⁰⁷ und *Binnenmarktakte-II*⁷⁰⁸ - sowie die dazu im Vorfeld ergangenen Dokumente, insbesondere die Mitteilung der Kommission *Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte, Für eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft*,⁷⁰⁹ sowie der grundlegende Bericht von Mario Monti, „Eine neue Strategie für den Binnenmarkt, Im Dienste der Wirtschaft und Gesellschaft Europas“.

Ausgehend von dem politisch-ökonomisch fundierten Free Movement-Konzept (siehe zuvor A. I.) sowie unter Zugrundelegung des Telos der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung (siehe zuvor B.) repräsentiert der Binnenmarkt auf der Basis einer Zollunion (Art. 30 bis 32 AEUV) die von einem transnationalen Markt (Tauschsystem) ökonomisch vorausgesetzte Faktormobilität, also das gleichfalls *wettbewerbs-ökonomisch und rechtlich determinierte Mobilitätsparadigma*, welches bestimmte Funktionsbedingungen für den freien Tausch von Angebot und Nachfrage voraussetzt. D.h. wirtschaftliche Leistungen sollen ohne Beeinflussung durch tarifäre und nicht tarifäre Handelshemmnisse sowie unabhängig von territorial definierten Grenzen in dem geographischen Raum des Binnenmarktes, koordiniert durch den Wettbewerb (Interaktionssystem) zirkulieren können. Das Binnenmarktziel wird im Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten mittels zweier rechtlicher Instrumente verwirklicht. Erstens durch Maßnahmen der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung - Maßnahmen der Union -, welche sekundärrechtlich mittels Richtlinien bzw. Verordnungen auf der Grundlage primärrechtlicher Kompetenznormen erlassen werden (sog. positive Integration). Zweitens durch das vertragliche Primärrecht der Union, d.h. im Wesentlichen durch die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (sog. negative Integration).

Im dem weiteren Gang der Untersuchung sind für die Herleitung der aus dem Binnenmarkt folgenden Maßstäbe für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot zunächst die objektiv-rechtlichen Gehalte des Binnenmarktziels zu bestimmen (1.). Danach wird die Prinzipienfunktion des Binnenmarktes nach dem vorliegend vertretenen funktionalen Konzept definiert (2.). Darauf folgend werden die aus Art. 26 AEUV folgenden Maßstäbe der „Verwirklichung“ des Binnenmarktes (3.) sowie der „Funktions-sicherung“ des Binnenmarktes (4.) definiert.

⁷⁰⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Binnenmarktakte – Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen – „Gemeinsam für neues Wachstum“* vom 13.04.2011, KOM (2011) 206 endg.

⁷⁰⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Binnenmarktakte II, Gemeinsam für neues Wachstum* vom 03.10.2012, KOM (2012) 573 final.

⁷⁰⁹ KOM (2010) 608 endg. Zuvor (09.05.2010) war der sog. Monti-Bericht – Monti, Eine neue Strategie für den Binnenmarkt, Luxemburg 2010, vorgelegt worden.

1. Objektiv-rechtliche Gehalte des Binnenmarktziels

Zur Konkretisierung des Binnenmarktprinzips als Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot, müssen zunächst die objektiv-rechtlichen Gehalte des Binnenmarktziels in ihrer funktionalen Dimension erfasst werden. Wie bereits mit dem Strukturvergleich von EG-Wirtschaftsverfassung und Unionsverfassung gezeigt werden konnte (siehe zuvor B I.), erfolgte mit dem Vertrag von Lissabon durch die neugefassten zentralen Normen betreffend den Binnenmarkt (Art. 26 AEUV, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV, Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb) keine wesentliche programmatische Änderung⁷¹⁰ im Hinblick auf die funktionalen Gehalte des Binnenmarktziels im Vergleich zu den vormaligen Regelungen im Gemeinschaftsrecht in ex Art. 2 EU „Ziele der Union“, ex Art. 3 Abs. 1 lit. c EG „Tätigkeit der Gemeinschaft“ bzw. ex Art. 14 EG „Verwirklichung des Binnenmarktes“ (dazu sogleich a)). Demgegenüber sind die mit den in Art. 3 EUV Absätze 2 bis 5 aufgenommenen Verbindungen von Binnenmarktziel und anderen im weitesten Sinne gesellschaftspolitischen Zielen verbundenen Implikationen von funktional objektiv-rechtlicher Bedeutung (dazu b)). Ebenso ist die neue systematische Stellung von Art. 26 AEUV als „Brückennorm“ zwischen EUV und AEUV sowie die inhaltliche Erweiterung gegenüber ex Art. 14 Abs. 1 EG bei der systematisch-teleologischen Auslegung für die Bestimmung funktionaler Gehalte des Binnenmarktprinzips zu berücksichtigen (dazu c)).

a) Kontinuität der funktionalen Gehalte des Binnenmarktziels

Zu den *funktionalen Gehalten* des Binnenmarktziels ist festzustellen, dass die vor der Vertragsrevision von Lissabon in ex Art. 3 Abs. 1 lit. c EG und ex Art. 14 EG als „Tätigkeit“ formulierte Funktion des Binnenmarktes mit Art. 26 Abs. 2 AEUV, der Wortgleich die in ex Art. 14 Abs. 2 EG enthaltene Regelung enthält, in den AEUV übernommen wurde. Insoweit dürften jedenfalls die zu ex Art. 14 Abs. 2 EG in der EuGH-Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sowie die zum Binnenmarkt ergangenen Rechtsdokumente unverändert im Unionsrecht fortgelten.⁷¹¹ Dies betrifft vor allem die grundlegenden Aussagen des EuGH, welche er bereits vor der erstmaligen Kodifikation des Binnenmarktziels im Primärrecht durch die *Einheitliche Europäische Akte* in ex Art. 8a EWG-Vertrag in der Rechtssache *Gaston Schul*⁷¹² – dort noch zu dem Begriff des Gemeinsamen Marktes – formulierte hat:

⁷¹⁰ Siehe nur *U. Fastenrath/C. Nowak*, Wozu brauchen wir den Vertrag von Lissabon und was bringt er?, in: dies. (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag* (2009), S. 13 ff., 27 f. m.w.N.

⁷¹¹ So im Ergebnis auch *C. Nowak*, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Der Reformvertrag von Lissabon*, EuR 2009, Beiheft 1, S. 129, 191, der dies in politischer Perspektive daraus ableitet, dass sich die ursprünglich für den Post-Nizza-Prozess definierten Eckpunkte der angestrebten Reform nicht auf eine Änderung des binnenmarkt- und wirtschaftsverfassungsrechtlichen Koordinatensystems bezogen.

⁷¹² EuGH *Gaston Schul Douane Expeditieur BV gegen Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Roodendaal (Gaston Schul)* (C-15/81, EU:C:1982:135) Rn. 33.

„Der Begriff Gemeinsamer Markt [...] stellt ab auf die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel mit dem *Ziel* der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahe kommen.“ [...]. (Hervorhebungen durch den Verf.).

Ebenso dürfte dies für die damit im Zusammenhang stehende Erklärung⁷¹³ und die im Binnenmarktprogramm definierten politischen Zielsetzungen gelten, wie sie erstmals grundlegend im *Weißbuch* von 1985⁷¹⁴ formuliert wurden. Der Binnenmarkt ist damit nach wie vor als *Terminus Technicus*⁷¹⁵ und *Rechtsbegriff* aufzufassen, womit die zuvor angesprochenen Grundsätzen als *rechtliche Gehalte* bzw. *objektive Maßstäbe* für die Prinzipienbildung fortgelten.

b) *Gesellschaftspolitisch akzentuierter Binnenmarkt*

Die systematische Auslegung im Vergleich von EG-Wirtschaftsverfassung und Unionsverfassung (siehe oben B. I.) hat ergeben, dass der Binnenmarkt in der Unionszielbestimmung des Art. 3 Abs. 3 EUV, insoweit abweichend von der Konstruktion des ex Art. 2 EU, in eine konkretere Beschreibung bzw. einen Katalog wirtschaftspolitischer Ziele der Union eingebettet ist, welche auch Zielsetzungen einer sozialen Agenda umfassen.⁷¹⁶ Hierin liegt teleologisch betrachtet ein deutlicher *qualitativer* Unterschied zu der vormaligen Aufzählung von „Tätigkeiten“ der Gemeinschaft in ex Art. 3 EG und ex Art. 4 EG. Denn damit verbunden ist ein *veränderter Binnenmarkt*, in Form einer stärkeren *Akzentuierung der Interdependenzen von transnationaler wirtschaftlicher Mobilität und gesellschaftlichen Zielen*, wie etwa Nachhaltigkeit, soziale Gerechtigkeit, Solidarität, kulturelle Vielfalt sowie freier und gerechter Handel, vgl. Art. 3 Absätze 2 bis 5 EUV.

Damit ist zunächst die Frage aufgeworfen, ob die integrations- und wirtschaftspolitischen Ziele des Binnenmarktes sowie deren gesellschaftspolitischen Facetten zuvor-derst durch Maßnahmen des Sekundärrechts (positive Integration) oder via Primärrecht (negative Integration) umgesetzt werden müssen.⁷¹⁷ Mit Ersterer Annahme ginge ein Bedeutungsverlust der internen Politiken in ihrer subjektiv-rechtlichen Funktion einher, was wiederum Rückwirkungen für die Gehalte des Prinzips unionsrechtliches Be-

⁷¹³ Diese gehört zu der Schlussakte zur Einheitlichen Europäischen Akte, ABl. L 169/1 (1987), und formuliert: „Die Konferenz möchte mit Art. 8a den festen politischen Willen zum Ausdruck bringen, vor dem 1.1.1993 die Beschlüsse zu fassen, die zur Verwirklichung des in diesem Artikel beschriebenen Binnenmarktes erforderlich sind, und zwar insbesondere die Beschlüsse, die zur Ausführung des von der Kommission in ihrem Weißbuch über den Binnenmarkt aufgestellten Programms notwendig sind.“

⁷¹⁴ *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Kom(85) 310 endg. vom 14.06.1985, Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat.

⁷¹⁵ A. Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2000), Artikel 14 EGV, Rn. 3 ff.

⁷¹⁶ J. Bitterlich, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 3 EUV, Rn. 5.

⁷¹⁷ Siehe hierzu den empirischen Ansatz in den Analysen der Bertelsmann Stiftung – Zukunft Soziale Marktwirtschaft - Cortnie Shupe, Soziale Marktwirtschaft in Europa? - Indexergebnisse, Bertelsmann Stiftung Policy Brief 2013/03, S. 3.

schränkungsverbot zeigen könnte. So wird im Schrifttum vertreten, dass die sukzessive Ausweitung des Mehrheitsprinzips im Unionsrecht zu einer faktischen Zurücknahme des Primärrechts führe.⁷¹⁸ Aufgrund der Zuständigkeitsverteilung ergibt sich allerdings eine Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten zur Umsetzung des Binnenmarktziels (vgl. Art. 4 Abs. 2 Ziff. a AEUV), und zwar bei zugleich gegebener Rechtssetzungskompetenzen der Union für unterschiedlichste Maßnahmen.⁷¹⁹

Nach der hier vertretenen Auffassung, welche zwischen dem Binnenmarkt als Ziel der Union (Binnenmarktziel) und dem Binnenmarkt als objektiv-rechtlichen und funktionalen Prinzip (Binnenmarktprinzip) differenziert, ist mit dem in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV formulierten Binnenmarktziel und dem über Art. 26 AEUV „operativ“ umzusetzenden Binnenmarktprinzip gerade nicht a priori determiniert, ob der Binnenmarkt zu- vorderst über Rechtssetzungsmaßnahmen, d.h. durch Sekundärrecht der Union, oder über das Primärrecht zu „verwirklichen“ (Art. 26 Abs. 1 Alt. 1 AEUV) und in seinem „Funktionieren“ (Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV) zu gewährleisten ist. Zudem ist die „Verwirklichung“ des Binnenmarktes auf der sekundärrechtlichen Ebene von der „Leistungsfähigkeit“ der rechtsetzenden Institutionen abhängig. Überdies gilt das Primärrecht der Union, einschließlich der Grundfreiheiten des AEUV, in seiner objektiv-rechtlichen Funktion unverändert als Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Sekundärrechts. Dies ergibt sich bereits aus der Normhierarchie, aber ebenso aus der Notwendigkeit, selektiv-spezifische und damit strategisch protektionistische Wirkungen von Sekundärrechtsakten auf die Marktzugangschancen einzelner Wettbewerber bei der Überprüfung eines Sekundärrechtsaktes einzubeziehen, insbesondere als Argument einer fehlerhaften Ermessensausübung.⁷²⁰ Angesichts der zunehmenden „Zentralisierung“ wirtschaftspolitischer Entscheidungen in Brüssel und einem entsprechend angepassten Lobbyismus be-

⁷¹⁸ Zum EG-Recht *A. v. Bogdandy*, in Grabitz/Hilf (Hrsg.), 40. EL Okt. 2009, Art. 2 EGV, Rn. 45.

⁷¹⁹ Vgl. ex Art. 95 Abs. 1 EG, nunmehr Art. 114 AEUV. *Stefan Korte* notiert zu den Änderungen mit dem Vertrag von Lissabon: „Art. 94 und 95 EGV tauschen aber ihre Stellung und finden sich nun in Art. 115 bzw. 114 AEUV wieder, was die besondere Bedeutung der Rechtsangleichung nach Art. 114 (bisher Art. 95 EGV) unterstreicht“, *S. Korte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 114 AEUV, Rn. 7.

⁷²⁰ Anderer Auffassung ist *Thorsten Kingreen*, der auf der Grundlage einer Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten als „transnationale Integrationsnormen“ argumentiert, vgl. *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36, Rn. 110. Hiernach dienen die Grundfreiheiten zur „Kompensation föderaler Gefährdungslagen“, welche „die Folge der polyzentrischen (=mitgliedstaatlichen) Ausübung von Hoheitsgewalt im europäischen Verfassungsverbund sind“. Weiter wird in der Funktionsgegenüberstellung von Grundrechten und Grundfreiheiten von *Thorsten Kingreen* argumentiert, dass der Unionsgesetzgeber keine Zugangshindernisse zwischen den nationalen Märkten aufbaue, der Unionsgesetzgeber regelmäßig einen weiten Ermessensspielraum habe und ein Verstoß der Union gegen Grundfreiheiten noch in keinem Fall festgestellt wurde. Dem steht die in vorliegender Untersuchung vertretene Konzeption einer *wettbewerbsökonomischen Funktion der Grundfreiheiten* gegenüber. Insbesondere muss nach der hier vertretenen Konzeption auch das Sekundärrecht der Union stets am Maßstab der Grundfreiheiten messbar sein, bereits um Fälle der lobbyistischen Einflussnahme auf die Sekundärrechtssetzung über den Nachweise selektiv-strategischer Folgen einer Richtlinie oder Verordnung auf die Marktverhältnisse nachweisen zu können (Argument „politischer Märkte“). Die Grundfreiheiten sind kein Sonderrecht, welches nur für die Mitgliedstaaten gelten würde, zumal die Mitgliedstaaten gemäß der supranationalen Konstruktion und der Besetzung der Organe im Verfahren der Sekundärrechtssetzung selbst mandatiert sind.

stünde bei einer Zurücknahme der primärrechtlichen Kontrolle die Gefahr, dass „moderne“ protektionistische Maßnahmen, welche bislang seitens der Mitgliedstaaten installiert werden, durch entsprechende Sekundärrechtsakte der Union substituiert würden. Bereits aus diesem Grund kann von einem bereits erfolgten oder künftigen Bedeutungsverlust bzw. einer Relativierung der Grundfreiheiten zugunsten des Sekundärrechts keine Rede sein.⁷²¹

Angesichts der zentralen Bedeutung des Binnenmarktes für die europäische Integration insgesamt dürfte daher als unbestritten gelten, dass jegliche „Lücken“ der Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung sowie daraus folgende Hindernisse für die (Integrations-)Gleichheit und Freiheit, welche nunmehr im Unionsrecht gemäß Art. 2 EUV grundlegende *Werte* darstellen und sich zudem unmittelbar auf die Unionsbürger beziehen (Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 20 AEUV), gegenüber dem Gemeinschaftsrecht eine andere, d.h. *nuanciertere* Kontrolldichte der internen Politiken erfordern. Daraus folgt zugleich, dass durch den neuen und gesellschaftspolitisch modifizierten Binnenmarkt weder eine Zurücknahme der primärrechtlichen Kontrolle im Vertrauen auf eine effektive Sekundärrechtssetzung noch eine Erhöhung der Kontrolldichte der subjektiv-rechtlichen internen Politiken in Betracht kommen kann. Notwendig ist vielmehr eine dynamische Anpassung der rechtlichen Kontrolle an die gesellschaftlich „gelebte“ und politisch mögliche Integrationswirklichkeit, vor allem an die Marktwirklichkeit, welche zunehmend durch *strategischen Wettbewerb* bestimmt wird.

Die Grundlegung für ein unionsrechtliches Beschränkungsverbot bedeutet deshalb keinen juristischen Selbstzweck, sondern sie ist die essentielle Voraussetzung einer hinreichenden Verlässlichkeit der Rechtsanwendung, welche in der Perspektive der Akzeptanz und der Identifikation mit der Europäischen Union und deren Werte wiederum für sich einen demokratischen Wert (vgl. Art. 2 EUV) darstellt. In dieser Perspektive korrelieren die Werte der Freiheit und Gleichheit, die Gerechtigkeit, das Demokratieprinzip und das Binnenmarktziel in einem gesellschaftspolitisch erweiterten Unionstelos, welcher auf der Ebene des Prinzips (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) sowie auf der Ebene des subjektiven Rechtsschutzes (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) einer adäquaten Umsetzung im Sinne einer „Modernisierung“ des Unionsrechts bedarf.

c) *Art. 26 AEUV: Funktionsbestimmung als „Brückennorm“*

Eine wesentliche Änderung mit dem Vertrag von Lissabon betrifft Art. 26 Abs. 1 AEUV. Über die zuvor unter a) und b) ausgeführten systematisch-teleologischen Implikationen der Kontinuität und des neuen gesellschaftspolitisch akzentuierten Binnenmarktstelos hinaus, ist daher die veränderte systematische Stellung von Art. 26 AEUV gegenüber ex Art. 14 EG sowie dessen „Brückenfunktion“ zwischen EUV und AEUV im Hinblick auf die daraus folgenden objektiv-rechtlichen Gehalte für das Binnen-

⁷²¹ So aber wiederum *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36, Rn. 6/18, mit der These eines „Anwendungsvorrangs des Sekundärrechts“ und der Argumentation, unter Ausblendung der Normenhierarchie und der wettbewerbsstrategisch geprägten Marktwirklichkeit, dass der Binnenmarkt mittlerweile derart umfassend durch Sekundärrecht reguliert werde, dass dieses nunmehr den „sachnäheren Prüfungsmaßstab“ bilde.

marktprinzip zu betrachten. Dafür ist die Qualifikation von Art. 26 AEUV als „operative Grundsatznorm“ zu betrachten (hierzu sogleich aa)), dessen Funktion im Kontext mit den Werten und Zielen der Union (bb)) sowie die aus Art. 26 AEUV folgenden operativen Maßstäbe (cc)).

aa) „Operative“ Grundsatznorm: Umsetzung des Binnenmarktziels

Im Unterschied zu ex Art. 14 EG im Gemeinschaftsrecht ist Art. 26 AEUV nunmehr die „erste Norm“ der internen Politiken und Maßnahmen im dritten Teil des AEUV. Wenngleich sich Art. 26 Abs. 1 AEUV seinem Wortlaut nach eigentlich auf die *Maßnahmen* der Union bezieht, so ist doch angesichts der Tatsache, dass die Grundfreiheiten sowie die Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln selbst die Grundlage für den Binnenmarkt im Sinne des Art. 26 Abs. 2 AEUV bilden, davon auszugehen, dass Art. 26 Absatz 1 AEUV über seine Brückenfunktion zum Binnenmarktziel gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV erst Recht als Kristallisationspunkt für eine parallele Auslegung der internen Politiken des AEUV fungiert. In systematischer Hinsicht wäre es daher konsequenter gewesen, den jetzigen Art. 26 Abs. 2 AEUV de lege lata als Absatz 1 vorzusehen. Die Bezugnahme auf den „freien Verkehr“ und die Nennung der einzelnen Freiheiten in Art. 26 Abs. 2 AEUV rechtfertigt jedenfalls eine Politiken übergreifende grundlegende operative Funktion des Art. 26 AEUV anzunehmen⁷²², auf deren Basis eine prinzipielle Funktion des Binnenmarktes (Binnenmarktprinzip) als Schutzgegenstand für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot mit seinen Maßstäben definiert werden kann.

bb) „Brückenfunktion“: Werte, Ziele, interne Politiken

Eine weitere entscheidende Neuerung ist seit dem Vertrag von Lissabon die gegenüber ex Art. 14 EG veränderte systematische Stellung von Art. 26 AEUV. Mit der in Art. 26 Abs. 1 Alt. 1 AEUV formulierten *Verwirklichung* des Binnenmarktes besteht eine unmittelbare Verknüpfung mit dem in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV enthaltenen Begriff der „Errichtung des Binnenmarktes“ als Ziel der Union. Damit existiert im Unionsrecht – anders als zuvor im Gemeinschaftsrecht – eine sich *direkt* aus der Vertragssystematik ergebende Brücke von operativem Binnenmarktauftrag – Art. 26 Abs. 1 AEUV –, Unionszielen – Art. 3 Absätze 1 und 3 EUV und Werten der Union – Art. 2 EUV. Über diese „Brückenfunktion“ von Art. 26 AEUV an der Schnittstelle von EUV und AEUV besteht ein unmittelbar an die Ziele und Werte der Union gekoppelter Integrationsauftrag mit einer Bindung an das politische Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV. Dieser Integrationsauftrag wird über die Geltendmachung „operativer Freiheiten“ im Sinne von Art. 26 Abs. 2 AEUV – d.h. subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV – gemittelt über den Rechtsschutz einzel-

⁷²² Ähnlich wie hier zum Gemeinschaftsrecht bzgl. ex Art. 3 Abs. 1 lit. c EG, *A. v. Bogdandy*, in Grabitz/Hilf (Hrsg.), 40. EL Okt. 2009, Art. 3 EGV, Rn. 10: „Die Zusammenfassung der Freiheiten des EG-Vertrags in dieser Bestimmung unter dem Leitkonzept des Binnenmarktes erlaubt, die verschiedenen Marktfreiheiten als Ausdruck einer einheitlichen Konzeption zu verstehen. Die Identität der Zielsetzung ist eine wesentliche Grundlage für die einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten“.

ner Wirtschaftssubjekt umgesetzt, worin sich die individualistische Prägung des Marktintegrationsrechts deutlich offenbart.

Die in Art. 2 EUV verfassten Werte beziehen sich somit über Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV unmittelbar auf das Binnenmarktziel *und* die operative Funktion des Binnenmarktes und damit auch auf die internen Politiken des AEUV. Umgekehrt wirken über Art. 26 AEUV die operativen Gehalte des Binnenmarktes (als Prinzip) auf die Werte der Union zurück. Insoweit besteht in der neuen Vertragssystematik nach Lissabon ein dem Primärrecht immanentes Wechselseitigkeitsverhältnis von nicht unmittelbar auf ökonomischen Paradigmen bezogenen Werten, dem wettbewerbsökonomisch fundierten Binnenmarktprinzip und dessen individualrechtlichen Instrumentarien, d.h. den subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV. Letztere müssen daher angesichts ihrer über Art. 26 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 und Abs. 1, Art. 2 EUV bestehenden Ziel- und Wertebindung unter Berücksichtigung der politischen Leitbilder des EUV ausgelegt werden, wobei hier zusätzlich der aktuelle Stand der Integration unter Orientierung an der tatsächlich erreichten Integrationstiefe⁷²³ als Aspekt der dynamischen Auslegung für eine „modernisiertes“ Unionsrecht zu berücksichtigen ist.

cc) Operative Maßstäbe: „Verwirklichen“/„Funktionieren“

Art. 26 Abs. 1 AEUV erfasst im Unterschied zu ex Art. 3 Abs. 1 lit. c EG und ex Art. 14 Abs. 1 EG nicht bloß die „Verwirklichung“ des Binnenmarktes sondern auch dessen „Funktionieren“,

Art. 26 Abs. 1 AEUV [...] den Binnenmarkt zu verwirklichen beziehungsweise dessen *Funktionieren* zu gewährleisten (Hervorhebung durch den Verfasser).

Im Gegensatz dazu war im Gemeinschaftsrecht lediglich von einem sukzessiven Aufbau des Binnenmarktes die Rede (vgl. ex Art. 14 Abs. 1 EG):

[...] den Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen.

Der neue in Art. 26 Abs. 1 AEUV festgeschriebene Auftrag bringt, besonders in wettbewerbsökonomischer Sichtweise, eine erhebliche Änderung mit sich, da mit dem „Funktionieren“ explizit der wettbewerblich determinierte Begriff der „Funktionsbedingungen“⁷²⁴ des Marktes mit dem Binnenmarktziel verknüpft wird. Für die Prinzipienbildung bedeutet dies, dass zwei ökonomisch geprägte Maßstäbe zu beachten sind: Die *Verwirklichung* des Binnenmarktes als ersten Maßstab (hierzu 3.) und das *Funktionieren* des Binnenmarktes als zweiten Maßstab (hierzu 4.).

⁷²³ Siehe zum Zusammenhang von Integrationsstufen und qualitativer Konsequenzen U. Haltern, *Europarecht – Dogmatik im Kontext* (2007), S. 39 ff. zu den Phasen und S. 659 ff. zur Wirtschaftsintegration i.e.S.

⁷²⁴ Zur Qualifikation und Definition der *Funktionsbedingungen* im Detail ausgehend von einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (1) (b) und 2. b) sowie III. 1. b).

2. Definition der Prinzipienfunktion des Binnenmarktes

Die Prinzipienfunktion des Binnenmarktes (Binnenmarktprinzip) folgt aus den zuvor dargelegten Zusammenhängen, welche den Binnenmarkt einerseits als Ziel (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV) und andererseits als operatives Strukturmerkmal (Art. 26 AEUV) ausweisen. Bestimmend für die prinzipielle Dimension des Binnenmarktes ist vor allem die systemimmanente *Koppelung von Integration* (Integrationspolitische Funktion des Binnenmarktes) und *Binnenmarkt* (Funktion als transnationales Tauschsystem) sowie die *Koppelung von Werten, Binnenmarktziel und internen Politiken des AEUV* („Brückenfunktion“ von Art. 26 AEUV). Durch diese Koppelungen wird die Funktion Markt als Institution bzw. Steuerungsmechanismus⁷²⁵ zu dem wesentlichen Instrument der Integration, nämlich einer Integration durch transnationale Wirtschaftsbeziehungen (Wirtschaftsintegration). So fungiert der Binnenmarkt zugleich als Instrument der persönlichen Integration und wird damit zu einem zentralen *Identifikationsmedium* für die europäische Gesellschaft schlechthin, denn jedwede wirtschaftliche Transaktion beruht auf der freien Abstimmung zwischen zwei oder mehreren Wirtschaftssubjekten (Marktbürgern⁷²⁶), welche zugleich auch Unionsbürger sind. Der Binnenmarkt ist somit eine wesentliche Voraussetzung für die Begegnung von Unionsbürgern über ihre Eigenschaft als Wirtschaftssubjekte, indem er transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen auf der Basis individueller Planungen ermöglicht.

Insgesamt ist die Prinzipienfunktion des Binnenmarktes geprägt durch eine übergeordnete Dimension der Identität einer europäischen Bürgergesellschaft, wie diese in der Präambel zum EUV kontextual formuliert ist:

„IN DEM FESTEN WILLEN, im Rahmen der *Verwirklichung des Binnenmarktes* sowie der Stärkung des Zusammenhalts und des Umweltschutzes den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Völker zu fördern und Politiken zu verfolgen, die gewährleisten, daß *Fortschritte bei der wirtschaftlichen Integration mit parallelen Fortschritten auf anderen Gebieten einhergehen.*“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Die hierin zum Ausdruck kommende Programmatik, den Binnenmarkt in den Dienst des „Fortschritts der Völker“ zu stellen sowie der klare Zweck, dass durch die wirtschaftliche Integration auch „Fortschritte auf anderen Gebieten“ erreicht werden sollen, ist Ausdruck der essenziellen Bedeutung des Binnenmarktes für die politische Union sowie für die Identifikation des Einzelnen Unionsbürgers mit der Union und ihren Werten. Genau im Dienste dieser identitätsstiftenden Programmatik gilt es den Binnenmarkt operativ „zu verwirklichen“ (Art. 26 Abs. 1 Alt. 1 AEUV) und „dessen Funktion zu gewährleisten“ (Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV).

Der Binnenmarkt fungiert damit als Prinzip (Binnenmarktprinzip), welches auf der *Regelbildungsebene*, also betreffend das übergeordnete Prinzip unionsrechtliches Be-

⁷²⁵ P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 110 (Steuerungsmechanismus als Entscheidungsverfahren) und S. 113 ff. (Markt und Preismechanismus).

⁷²⁶ Begriff nach Hans-Peter Ipsen, siehe G. Nicolaysen, Europarecht I – Integrationsverfassung (2002), S. 83.

schränkungsverbot, zur Umsetzung des Free Movement-Konzepts (als Bezugsgegenstand für individuelle, wirtschaftsbezogene Freiheit und Gleichheit) der zu schützende Gegenstand (Schutzgegenstand) darstellt. Im Folgenden sind die für den Schutzgegenstand Binnenmarktprinzip relevanten Maßstäbe der Verwirklichung (hierzu sogleich 3.) sowie der Funktionssicherung (hierzu 4.) näher darzulegen.

3. Maßstab-1 „Verwirklichung“ des Binnenmarktes

Das aus dem Gemeinschaftsrecht in das Unionsrecht übernommene Ziel der „Errichtung“ (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV) und der „operative“ Auftrag zur „Verwirklichung“ des Binnenmarktes (Art. 26 Abs. 1 Alt. 1 AEUV)⁷²⁷ müssen im Rahmen der Kompetenzen der Union unter Beachtung geschriebener und richterrechtlich anerkannter Grundsätze erfüllt werden. Gemäß dem Telos der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung (siehe zuvor B. III.) bedeutet dies, dass der Binnenmarkt auf der Basis von Werten (Art. 2 EUV) in deren Zielgerichtetheit zu verwirklichen ist. Insoweit sind entsprechend Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV die aus der Wertebindung folgenden objektiv-rechtlichen Gehalte von „Freiheit“, „Gleichheit“ und „Gerechtigkeit“ (dazu nachfolgend a)) in Beziehung zu setzen zu den objektiv-rechtlichen Gehalten des Leitbildes der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (dazu nachfolgend b)). Im Ergebnis zeigt sich hieraus eine funktionale Verknüpfung von Binnenmarktprinzip, Wettbewerbsprinzip und Werten (dazu c)).

a) Objektiv-rechtliche Gehalte der Wertebindung (Art. 2 EUV)

Wie zur Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung herausgearbeitet (siehe B. I.), gründet sich die Union auf Werten, welche im Zusammenspiel mit einem bestimmten europäischen Gesellschaftsmodell die Mitgliedstaaten prägen sollen, und zwar unbenommen von der „nationalen Identität“ der Mitgliedstaaten. Dies dokumentiert Art. 2 Satz 2 EUV mit seiner Formulierung,

„Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet“ (Hervorhebung durch den Verf.).

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass weitere Vorschriften des Vertrages, wie etwa Art. 13 Abs. 1 EUV (Organe der Union) oder Art. 21 Abs. 1 EUV (Grundsätze europäischer Außenpolitik) zeigen, dass der gesamten institutionellen Ordnung der Union eine eigenständige „Programmatik“ zur Identifikation mit der Europäischen Union – durch den Unionsbürger als Individuum und Wirtschaftssubjekt - zugrunde liegt, welche wiederum über die Loyalitätsverpflichtung, Art. 4 Abs. 3 EUV, seitens der Mitgliedstaaten zu beachten ist. Die daraus konkret erwachsenden Verpflichtungen für die

⁷²⁷ Die „Errichtung“ des Binnenmarktes ist nach dem hier vertretenen Verständnis der übergeordnete Integrationsauftrag und das Ziel auf der Ebene des EUV, während die „Verwirklichung“ des Binnenmarktes auf der Ebene des AUEV die i.w.S. operative Umsetzung dieses Ziels erfasst.

Mitgliedstaaten sowie für Private (soweit Letztere via horizontaler Direktwirkung der Grundfreiheiten verpflichtet sind⁷²⁸), dienen die in Art. 2 EUV formulierten Werte als Orientierungspunkt bei der Auslegung.⁷²⁹ Zur inhaltlichen Konkretisierung des Binnenmarktprinzips als Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot sind daher nachfolgend die Bedeutung von „Gerechtigkeit“, „Freiheit“ und „Gleichheit“ in Beziehung zu setzen mit dem Binnenmarkt sowie mit dem Wettbewerb als dessen Interaktionssystem und für den Maßstab der „Verwirklichung“ des Binnenmarktes zu konkretisieren.

aa) Gerechtigkeit = Marktgerechtigkeit?

Im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht zeigt sich deutlich die aufgewertete Bedeutung der „Gerechtigkeit“ im Unionsrecht (hier anknüpfend an die Ausführungen in Abschnitt C. III. zur Freiheit und Gleichheit im Kontext der Gerechtigkeit) sowie deren Verbindung mit dem Binnenmarktziel. Im Gemeinschaftsrecht von EUV und EGV (zuletzt in der Fassung des Vertrages von Nizza) bestand keine explizite Koppelung von Werten und wirtschaftlichen Politiken: Weder ex Art. 3 Abs. 1 lit. c EG noch ex Art. 14 Abs. 2 EG wiesen eine systematische Verknüpfung mit der im EU-Vertrag enthaltenden Werteebene auf. Zudem sprechen die noch stärkere Hervorhebung des Unionsbürgerstatus im Unionsrecht (Art. 3 Abs. 2 EUV) sowie eine erweiterte soziale (Art. 9 AEUV) und ethische Prägung (z.B. Art. 13 AEUV, Tierschutz) des Unionsrechts für eine systemische Verknüpfung von Gerechtigkeit und Binnenmarktziel. Angesichts der zuvor beschriebenen Koppelungen besteht insgesamt eine funktionale Interdependenz von Werten, Binnenmarkt und Wettbewerb. Über den Wettbewerb lässt sich daher die Gerechtigkeit in der konkreten Form von *Marktgerechtigkeit* über den Maßstab des „*fairen Wettbewerbs*“ erfassen, welcher sich als „Redlichkeit“ ausdrücklich in der Präambel zum AEUV findet:

IN DER ERKENNTNIS, dass zur Beseitigung der bestehenden Hindernisse ein einverständliches Vorgehen erforderlich ist, um eine beständige Wirtschaftsausweitung, einen ausgewogenen Handelsverkehr und einen *redlichen Wettbewerb* zu gewährleisten. (Hervorhebung durch den Verf.).

Der Gerechtigkeitsgedanke ist im Wettbewerbsrecht überdies mit der *Chancengleichheit* als Maßstab des subjektiv-rechtlichen Rechtsschutzes anerkannt⁷³⁰ und insoweit ein konkreter Ausdruck von (Markt-)Gerechtigkeit i.w.S.⁷³¹

⁷²⁸ Siehe nur S. Löwisch, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten (2009), S. 217-224.

⁷²⁹ Vgl. J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 2 EUV, Rn. 2.

⁷³⁰ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (2014), § 36, Rn. 15 m.w.N. in Fn. 33.

⁷³¹ Der Fairnessgedanke ließe sich auf der subjektiv-rechtlichen Ebene z.B. in der Spruchpraxis zu Art. 102 AEUV bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „missbräuchlich“ noch deutlicher als bisher berücksichtigen. Im Zusammenhang mit dem sog. more economic approach bei der Wettbewerbskontrolle von Unternehmen werfen die Befürworter einer „strikten“ Effizienzbetrachtung die Frage auf, ob für die Wettbewerbsregeln des AEUV dann der Maßstab einer i.w.S. „gerechten Effizienz“ maßgeblich sein muss, im Sinne eines Ausgleichs und Gegenentwurfs zu einer strikten Effi-

Die *Europäische Kommission* hat zu der Gerechtigkeit im Kontext der Binnenmarktprozesse in ihrer *Binnenmarktakte* dazu eine bemerkenswert deutliche Aussage getroffen und ausdrücklich für die Binnenmarktpolitik eine Berücksichtigung von Gerechtigkeitserwägungen jenseits von reinem Profitdenken gefordert:

„Der Binnenmarkt gründet auf einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft und spiegelt die Entwicklung hin zu einem integrativen, sozial gerechteren und ökologisch nachhaltigen Wachstum wider. Wo solche gesellschaftlich-sozialen Erwägungen *das reine Profitdenken hinter sich lassen*, entstehen neue Wirtschaftsmodelle. *Dieser Trend muss sich auch im Binnenmarkt niederschlagen können*. Hier geht es darum, gleiche Wettbewerbsbedingungen zu garantieren, Projekte zu unterstützen, die für *mehr Gerechtigkeit in der Wirtschaft* sorgen, und sich am Kampf gegen Ausgrenzung beteiligen. Die ungeheuren Finanzierungsmöglichkeiten, die die europäische Vermögensverwaltungsbranche bietet (7000 Mrd. Euro im Jahr 2009), müssen zur Förderung von Unternehmen genutzt werden, die sich dafür entschieden haben, *neben legitimem Gewinnstreben auch Ziele des Allgemeininteresses oder der sozialen, ethischen oder ökologischen Entwicklung zu verfolgen*. Um zu gewährleisten, dass gleiche Regeln für alle gelten, wird die Kommission einen Gesetzgebungsvorschlag zur Transparenz der Sozial- und Umweltberichterstattung der Unternehmen aller Branchen vorlegen.“⁷³² (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Die Vielfalt des neuen unionsrechtlichen Wertekanons im Kontext der Ziele der Union (Art. 2, 3 EUV) verdeutlicht, dass sich gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklungen weder getrennt denken noch lenken lassen. Daher ist es angezeigt, das Paradigma einer im weitesten Sinne „gerechten Effizienz“ bzw. Werte fundierten Wettbewerbsökonomik als politischen Mittelweg *und neues wettbewerbsökonomisches Leitbild* sowohl bei der Prinzipienbildung als auch bei der Auslegung des subjektiven Rechts zu berücksichtigen. Die funktionale Interdependenz von Werten, Zielen und internen Politiken des AEUV muss deshalb unter Berücksichtigung der Teleologie der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung (siehe B. III.) als aktueller Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) auf dem Weg zu einer politischen Union bzw. einer „echten“ Union der Bürger⁷³³ damit sowohl in die Grundlegung für das Prinzip als auch in die Kon-

zientzbetrachtung gemäß der Tradition von *Richard A. Posner* und der *Chicago School*. Zur Kritik an einer ausschließlichen Berücksichtigung der Effizienz im Sinne von *Posner*, der eine Zuteilung von Gerechtigkeitswerten im Wege des Effizienzprinzips formulierte – etwa die Verteilung von Arbeitskraft lediglich am Maßstab deren höchsten Bewertung (R. A. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, *Journal of Legal Studies* 8 (1979), S. 103-140, S. 125), siehe *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 195 f. mit dem auf die reine Effizienzbewertung von Arbeitskraft gegebenem Extrembeispiel der Effizienz (gemäß dem Standpunkt der Wohlstandsmaximierung) von Sklaverei.

⁷³² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Binnenmarktakte – Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen – „Gemeinsam für neues Wachstum“* vom 13.04.2011, KOM (2011) 206 endg. S. 17

⁷³³ Siehe zum Zusammenhang von Integrationsstufen und qualitativer Konsequenzen *Haltern*, *Europarecht – Dogmatik im Kontext* (2007), S. 39 ff. zu den Phasen und S. 659 ff. zur Wirtschaftsintegration i.e.S.

zeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote einfließen. Bezogen auf das mit dem Vertrag von Lissabon neu implementierte Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft kann das wettbewerbsökonomische Leitbild der i.w.S. „gerechten Effizienz“ unter Berücksichtigung von Gerechtigkeitsaspekten als ein integrations- und wettbewerbspolitisch sinnvoller „dritter Weg“⁷³⁴ aufgefasst werden, der sowohl den Aspekt der „Wettbewerbsfähigkeit“ als auch den des i.w.S. „Sozialen“ erfasst. Hierfür können ebenso Ansätze für eine „Modernisierung“ des klassisch ordoliberalen Modells herangezogen werden.⁷³⁵ Eine Implementierung „neuer Wege“ in das Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft ist mit der Chance verbunden, dem Leitbild der Union einen markanten, d.h. originär „europäischen“ Inhalt zu geben, mit dem sich die Unionsbürger (Art. 20 AEUV) als *Europäer* identifizieren können.⁷³⁶ In pragmatischer Perspektive handelt sich bereits deshalb um einen geeigneten Weg, weil mit ihm ein Ausgleich gelingen könnte, zwischen dem herkömmlich Wettbewerbsparadigma eines „Survival of the Fittest“⁷³⁷, welches im Lichte der europäischen Werte und Ethik nicht mehr mit dem heutigen Menschenbild der Unionsverfassung übereinstimmt, und der Denkrichtung einer sog. „Empathy“.⁷³⁸ Insoweit lässt sich für die Prinzipienbildung der weder wünschenswerte noch Ziel führende Konflikt zwischen „Effizienzdenken“ und ethisch begründetem „Freiheitsdenken“ überwinden.

An dieser Stelle kann als Zwischenresümee festgehalten werden, dass Gerechtigkeitserwägungen gemäß der neuen Vertragsarchitektur des Unionsrechts nach Lissabon ohne Zweifel eine wesentliche und die Werte der „Freiheit“ und „Gleichheit“ formende Rolle spielen, erstens auf der Ebene des Prinzips (Regelbildung), und zweitens auf der Ebene des subjektiven Rechts (Anwendung). Bei der Konkretisierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes lassen sich die hier übergreifend aufgenommenen Gerechtigkeitsaspekte i.w.S. im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in die Abwägungsprüfung implementieren (siehe hierzu Kapitel 6 C.).

⁷³⁴ J.-M. Luczak, Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration (2009), S. 390: „Gedacht war es (das Konzept der sozialen Marktwirtschaft) als gleichsam ‚dritter Weg‘ zwischen einer reinen Laissez-faire-Marktwirtschaft und einer Planwirtschaft, indem es freiheitlich-wettbewerbliche Prinzipien als Grundlage der Wirtschaftsordnung mit dem Gedanken des sozialen Ausgleichs und entsprechenden staatlichen Flankierungsmaßnahmen verband“.

⁷³⁵ Wie u.a. das Konzept des Nobelpreisträgers *Amartya Sen*, basierend auf grundlegenden Gedanken zur Gerechtigkeit in einer Zusammenführung von ökonomischer Vernunft, politischem Realismus und sozialer Verantwortung, *A. Sen*, *Ökonomie für den Menschen* (2002/2011); Oder das Konzept von *Alexander Lorch* zu einer Marktwirtschaft unter Zugrundelegung eines erweiterten Freiheitsbegriffs, *A. Lorch*, *Freiheit für Alle – Grundlagen einer neuen Sozialen Marktwirtschaft* (2014), passim; Siehe zur Stellung des Ordoliberalismus in einer kritischen Auseinandersetzung mit dem heutigen „Verfall von Staatlichkeit“ als Hindernis für den Ordoliberalismus *S. Tönnies*, *Die liberale Kritik des Liberalismus*, in: *Walter Eucken Archiv*, *A. Rüstow*, *Die Religion der Marktwirtschaft* (2009), S. 159 ff., 192/194.

⁷³⁶ Grundlegend *N. Kotalakidis*, *Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft* (2000) passim.

⁷³⁷ Evolutorisch darwinistische Auffassung, dass in wettbewerblichen Märkten auf Dauer nur solche Marktstrukturen und Verhaltensweisen „überleben“ können, die effizient sind im Sinne des „Survivor“ Argumentes der Chicago School. Siehe hierzu *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: *MüKo EuWettbR* (2007), Einl., Rn. 1015.

⁷³⁸ *F. de Waal*, *The Age of Empathy* (2009) passim.

bb) Werte der Gleichheit/Freiheit versus Marktgleichheit/-freiheit

Gegenüber dem „Wertekatalog“ im Gemeinschaftsrecht bei Art. 6 Abs. 1 EU, nennt Art. 2 Satz 1 EUV als Werte der Union ausdrücklich die Gleichheit und Freiheit. In Zusammenschau mit der Zielbestimmung der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV besteht über die zuvor erörterte „Brückenfunktion“ von Art. 26 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 EUV und Art. 2 EUV eine direkte „Koppelung“ der Wertehalte von Gleichheit und Freiheit mit den subjektiv-rechtlichen internen Politiken und der durch diese zu konkretisierenden wirtschaftsbezogenen Marktgleichheit und Marktfreiheit.⁷³⁹ Diese unmittelbare Verknüpfung von Freiheit und Gleichheit in der „Wertequalität“ mit dem Binnenmarktprimärrecht (Art. 26 AEUV, interne Politiken des AEUV) war im Gemeinschaftsrecht nicht vorhanden. Systematisch-teleologisch betrachtet stellt diese neue Koppelung von allgemeinen Wertbegriffen und wirtschaftsbezogenen Begriffen daher eine qualitativ neue Stufe in Bezug auf die „Verwirklichung“ des Binnenmarktes dar. Insbesondere die Auffassungen im Schrifttum, welche eine freiheitsrechtliche Funktion des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot verneinen⁷⁴⁰, stehen damit im Widerspruch zu dieser im Unionsrecht nunmehr unzweideutig vorhandenen freiheitsrechtlichen Dimension der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, und so der Grundfreiheiten. Für die Prinzipienbildung betreffend das unionsrechtliche Beschränkungsverbot bedeutet dies, dass der Maßstab „Verwirklichung“ des Binnenmarktes sowohl gleichheits- als auch freiheitsrechtliche Gehalte umfassen muss. Demgemäß enthält der Maßstab „Verwirklichung“ ein objektiv-rechtliches Marktgleichheits- und Marktfreiheitsrecht zur Sicherung aller Bedingungen, welche der operativen Verwirklichung (Art. 26 AEUV) des Binnenmarktes und damit auch seiner integrationspolitisch gewollten „Errichtung“ i.S.d. Art. 3 Abs. 3 EUV dienen. Angesichts dieses funktionalen Zusammenhangs von Binnenmarktziel (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV), Leitbild (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) und Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV i.V.m. Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb), ist im Weiteren der objektiv-rechtliche Gehalt des Leitbildes für die Prinzipienbildung weiter zu verifizieren.

b) Objektiv-rechtliche Gehalte des Leitbildes (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV)

Art. 3 Abs. 3 EUV knüpft mit dem Leitbild der „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ die Marktintegration, d.h. die „Errichtung“ des Binnenmarktes, an inhaltliche Vorgaben, welche der Prinzipienbildung zugrunde zu legen sowie bei der teleologischen Auslegung als Richtschnur zu beachten sind.⁷⁴¹ Für die Konkretisierung der objektiv-rechtlichen Gehalte sind die Inhalte der Begriff „Marktwirtschaft“, „Wettbewerbsfähigkeit“ und „Sozial“ miteinander in Beziehung zu setzen.

⁷³⁹ E. Grabitz, Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977), S. 645, 647; K.-D. Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union (2015), S. 358, Rn. 796. Der Bezug zur Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit wird sogleich unter II. beleuchtet.

⁷⁴⁰ Kapitel 1 A. II. 1. g) und Kapitel 5 A. II.

⁷⁴¹ U. Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 3 EUV, Rn. 7 und Rn. 13.

Bereits im Recht der Europäischen Gemeinschaft, in dem eine *marktwirtschaftliche Ordnung* in der zuletzt geltenden Vertragsfassung (Nizza) als „Tätigkeit“ in Art. 4 Abs. 1 EG abgebildet war, oblag es dem EuGH, die Gehalte des Binnenmarktziels und die daraus folgende Implikationen für die Marktintegration zu bestimmen, da der EG-Vertrag keine Begriffsdefinition enthielt. Betreffend das Unionsrecht besteht die Situation, dass die bisherige Auslegung des Binnenmarktbegriffs an den in Art. 3 EUV aufgeführten Zielkanon anzupassen ist. In diesem Sinne hat mit dem Vertrag von Lissabon die Suche nach einer *neuen politischen Strategie für den Binnenmarkt* begonnen.⁷⁴² Für die Prinzipienbildung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotest ist hier zu hinterfragen, in welcher Weise sich das „soziale Element“ der Marktwirtschaft objektivrechtlich in dem Maßstab der „Verwirklichung“ des Binnenmarktes abbilden lässt. Hierbei ist maßgeblich, dass es sich bei der Sozialpolitik nach Art. 4 Abs. 2 lit. b AEUV um eine Politik in *geteilter* Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten handelt, während die Wettbewerbspolitik in der *ausschließlichen* Zuständigkeit der Union liegt.⁷⁴³

Das maßgeblich auf den Arbeiten von *Walter Eucken*⁷⁴⁴ und *Alfred Müller-Armack*⁷⁴⁵ beruhende Leitbild der *sozialen* Marktwirtschaft⁷⁴⁶, welches in der Bundesrepublik Deutschland politisch offensiv von *Ludwig Erhard* vertreten wurde⁷⁴⁷, greift die Forderung des Ordoliberalismus der *Freiburger Schule*⁷⁴⁸ nach staatlicher Gewährleistung einer funktionsfähigen Wettbewerbsordnung auf und ergänzt dieses Konzept um sozialpolitische Ziele, die zu erreichen grundsätzlich Aufgabe des Staates ist. Es handelt sich bei der sozialen Marktwirtschaft nicht um ein starres Konzept, sondern um eine durchaus der dynamischen Interpretation zugängliche Vorstellung davon, wie die

⁷⁴² *Monti Report* v. 09.05.2010, A new strategy for the Single Market – At the service of Europe’s Economy and Society, Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso, http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf.

⁷⁴³ Angesichts der Notwendigkeit zur Fokussierung bleibt an dieser Stelle die Aufwertung der Sozialpartner über Art. 152 AEUV sowie die mit dem Wettbewerbsprinzip durchaus in einem Spannungsverhältnis stehende Anerkennung und Erhaltung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Art. 14 AEUV unberücksichtigt.

⁷⁴⁴ *Walter Eucken* war von 1927 bis zu seinem Tod am 20.03.1950 Professor für Nationalökonomie in Freiburg i.B. Als einer der Begründer der sog. „Freiburger Schule“ hat Walter Eucken die Leitfrage formuliert: „Wie kann der modernen industrialisierten Wirtschaft eine funktionsfähige und menschenwürdige Ordnung gegeben werden?“ (W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952/2004)). Seine Arbeiten gelten als wesentliches theoretisches Gerüst für das Konzept der sozialen Marktwirtschaft, siehe *L. Gerken*, *Walter Eucken und sein Werk* (2000), Vorwort, S. V.

⁷⁴⁵ Alfred Müller-Armack war Nationalökonom und Staatssekretär beim Bundeswirtschaftsministerium und fußte seine Arbeiten auf einem christlichen Menschenbild und auf einem anthropologischen Leitbild, *M. Posluschny*, *Walter Eucken und Alfred Müller-Armack* (2006), S. 10/11.

⁷⁴⁶ Zur Verankerung im Unionsrecht seit Lissabon *C. Nowak*, *Europarecht nach Lissabon* (2001), S. 234-241. Siehe auch *M. Kotzur*, *Die soziale Marktwirtschaft nach dem Reformvertrag*, in: *I. Pernice* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon* (2008), S. 197 ff.

⁷⁴⁷ Siehe nur *L. Vogel* (Hrsg.), *Ludwig Erhard, Das Prinzip Freiheit, Maximen und Erkenntnisse* (2009), S. 20 ff. zum Wesen der sozialen Marktwirtschaft (in Form von Zitaten).

⁷⁴⁸ Siehe zu den ordoliberalen Wurzeln des Unionsrechts bereits in der Einleitung sowie Kapitel 3 A. I. Kurzgefasst kann der *Ordoliberalismus* i.w.S. als deutsche Variante des Neoliberalismus bezeichnet werden, welcher vor allem durch den Wirtschaftswissenschaftler *Walter Eucken* (1891-1950) und den Juristen *Franz Böhm* (1895-1977) geprägt wurde. Zentrum dieser Denkrichtung war die Universität Freiburg, an der *Walter Eucken* bis 1950 lehrte, daher die Bezeichnung „Freiburger Schule“ vgl. *Ziegler*, *Geschichte des ökonomischen Denkens* (2008), S. 127.

Funktionen des Marktes und der Gedanke der Gerechtigkeit zum Wohle der Gesellschaft kombiniert werden können. Der Begriff „sozial“ hat dabei vielfältige Facetten und ist nicht i.e.S. auf eine Forderung nach einer staatlichen Umverteilung von Vermögen oder Einkommenschancen gerichtet. Vielmehr gilt der Gedanke einer soziapolitisch motivierten Verteilung, die durch eine staatliche Ordnungspolitik ermöglicht wird. Sozial unerwünschte Marktergebnisse sollen durch die Einschränkung oder die indirekte Beeinflussungen privatwirtschaftlichen Handelns im Wege rechtlicher Rahmenregelungen korrigiert werden. Was im Detail unerwünscht ist, unterliegt freilich der politischen Einschätzung, zumindest soweit keine klaren rechtlichen Vorgaben bestehen.⁷⁴⁹ Im rechtlichen Kontext unterliegt der „soziale“ Aspekt daher selbst der systematisch-teleologischen Auslegung. Insoweit lässt sich an dieser Stelle für den Begriff „sozial“ im Unionsrecht festhalten, dass z.B. ein ausschließlich neoliberal geprägter „Effizienz-Ansatz“ unter Berücksichtigung der Werteverfassung nicht (mehr) maßgeblich sein kann, denn die im Unionsrecht normierten wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Werte und Ziele, wie diese in Art. 2 EUV und Art. 3 EUV zusammengefasst zum Ausdruck kommen, sind dem Grunde nach als gleichrangig zu bewerten.⁷⁵⁰

Für den Maßstab der „Verwirklichung“ des Binnenmarktes ist insoweit entscheidend, dass die in der Formulierung „wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ zum Ausdruck kommende Symbiose der Begriffe „wettbewerbsfähig“ und „sozial“ eine Interdependenz kompetitiver und sozialer Elemente im Zusammenspiel der neuen horizontalen Bestimmungen zur Sozialpolitik mit anderen Politiken der Union beinhaltet. In systematisch-teleologischer Perspektive ist mit der Betonung des i.w.S. „Sozialen“ und „Menschlichen“⁷⁵¹ im Unionsrecht daher unverkennbar, dass eine stärker auf Werte bezogene Komponente bei der Prinzipienbildung und bei der Anwendung des Marktintegrationsrechts in freiheits- und gleichheitsrechtlicher Dimension erforderlich ist. Die auf die Verwirklichung von Marktintegration via Free Movement ausgerichteten Normen des Primär- und Sekundärrechts unterliegen somit ihrerseits in Umsetzung der Werte einer „Sozialverpflichtung“. So muss insbesondere bei der inhaltlichen Konkretisierung des Wettbewerbs als Interaktionssystem des Binnenmarktes auch das „soziale Element“ eingebunden werden. Die somit notwendige Modifikation von Effizienzansätzen der Wettbewerbspolitik („more economic approach“) kann insoweit über die Einbindung des Gedankens der Chancengleichheit bzw. der Fairness definiert werden. Gleiche Chancen im transnationalen Wettbewerb stellen insoweit einen verbindlichen Maßstab dar, der i.S.d. Art. 26 Abs. 1 AEUV zu „verwirklichen“ ist. Die Chancen im Markt lassen sich konkret durch die Betrachtung der möglichen transnationalen Handlungsoptionen zum Marktzutritt und/oder Marktaustritt, im Sinne eines Bündels möglicher Akti-

⁷⁴⁹ An dieser Stelle setzt die Skepsis von *Peter Behrens* an, der darauf hinweist, dass mit dem Konzept der sozialen Marktwirtschaft heute außerordentlich unterschiedliche und auch widersprüchliche Vorstellungen vom Verhältnis zwischen freiem Wettbewerb einerseits und staatlicher Wirtschafts- und Sozialpolitik andererseits verbunden seien, *P. Behrens*, Die Wirtschaftsordnung im Europäischen Verfassungsentwurf, *EuZW* 2004, S. 2, 3.

⁷⁵⁰ Ähnlich *U. Becker*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar* (2012), Art. 3 EUV, Rn. 13.

⁷⁵¹ *P.-C. Müller-Graff*, in: *Dausen* (Hrsg.), *Handbuch EU-Wirtschaftsrecht*, A. I, *EL* 31 Juli 2012, Rn. 102.

onsparameter und Wettbewerbsstrategien, darstellen⁷⁵² und umfassen, durchaus unter dem Aspekt der „Offenheit“ eines Marktes, dass hinreichende Strategiewahlmöglichkeiten für den Marktzutritt/Marktaustritt bestehen, welche auch tatsächlich durchführbar sein müssen.

c) *Verknüpfung von Werten und „Verwirklichung“ des Binnenmarktes*

Ausgehend von den Werten der Freiheit und Gleichheit, Art. 2 Satz 1 EUV, besteht über die „Brückenfunktion“ von Art. 26 AEUV in Verbindung mit den in Art. 3 Abs. 3 EUV formulierten Zielen der Union eine Teleologie zur „Verwirklichung“ des Binnenmarktes, welche dem Gedanken der Gerechtigkeit, Art. 2 Satz 2 EUV, umfassend verpflichtet ist. Durch die Koppelung von europäischem Gesellschaftsmodell, Menschenbild, Werten und Zielen sowie Markt und Wettbewerb ist für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot, hier zu verstehen als ein den Verbotstatbeständen der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV vorgelagerter Maßstab, eine diese Koppelung berücksichtigende vertragsautonome Definition der „Verwirklichung“ nötig. Dabei sind die Werte der Freiheit und Gleichheit in ihrer marktbezogenen Form von *Marktgleichheit* und *Marktfreiheit* unter Einbeziehung der objektiv-rechtlichen Gehalte des Leitbildes einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft zu formen. Hierzu wurde festgestellt, dass der Wettbewerb als Interaktionssystem des Binnenmarktes eine soziale Komponente umfassen muss, welche aber ebenso einer Konkretisierung bedarf (siehe hierzu nachfolgend im Ergebnis II. 4. d) und insbesondere den Aspekt der Chancengleichheit bzw. Fairness einbeziehen muss.

4. **Maßstab-2 „Funktionieren“ des Binnenmarktes**

Anders als im Gemeinschaftsrecht, dort ex Art. 14 EG, beinhaltet Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV als weiteren Maßstab das „Funktionieren“ des Binnenmarktes. Damit kommt zum Ausdruck, dass es angesichts einer „neuen Stufe“ der Integration, vgl. Art. 1 Abs. 2 EUV, sowie des bereits weit fortgeschrittenen Binnenmarktes, nach der Phase einer „Errichtung“ des Binnenmarktes nunmehr ebenso, d.h. neben der weiteren „Errichtung“ und „Verwirklichung“, erforderlich ist, die einen Binnenmarkt kennzeichnenden Funktionen und die dafür nötigen Strukturen bzw. Prozesse zu sichern. Das mit dem Vertrag von Lissabon neu aufgenommene „Funktionieren“ steht als Gewährleistung insoweit im engen Zusammenhang mit dem Ansatz, den Binnenmarkt als „Daueraufgabe“ zu begreifen (*Armin Hatje*⁷⁵³). Dementsprechend ergänzen sich die Verwirklichung (Art. 26 Abs. 1 Alt. 1 AEUV) und die Funktionssicherung (Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV) des Binnenmarktes komplementär. Für die Konkretisierung des Binnenmarktpinzips als Schutzgegenstand des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot hat dies zur Konsequenz, dass die Gehalte von Marktgleichheit und Marktfreiheit betreffend die Funktionssicherung des Binnenmarktes zu definieren sind.

⁷⁵² Siehe Kapitel 6 A. II. 1. a) cc).

⁷⁵³ *A. Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 26 AEUV, Rn. 23.

Bei der Bestimmung der *Funktion* des Binnenmarktes sind im Wesentlichen drei Aspekte maßgeblich. Erstens der geographische Aspekt von Mobilität: Der Begriff Binnenmarkt bezieht sich auf einen *geographischen Raum ohne Binnengrenzen* im Sinne eines örtlich relevanten Marktes. Voraussetzung für einen solchen einheitlichen geographischen Raum zum Leistungsaustausch von Angebot und Nachfrage ist die *Überwindung von Territorialität zur Ermöglichung von Transnationalität*. Erst die „Neutralität“ der mitgliedstaatlichen Grenzen ermöglicht einen einheitlicher Raum für die Mobilität von Leistung und Gegenleistung. Hierin liegt die supranationale Koordinationsfunktion des Binnenmarktes als Tauschsystem (dazu nachfolgend a)); Zweitens der dynamische Aspekt von Mobilität, also die „freie Zirkulation“ (Free Movement) innerhalb des territorialitätsunabhängigen geographischen „Raums ohne Binnengrenzen“. Für gleiches und gleich freies „Movement“ sind die für eine *transnationale wirtschaftliche Mobilität* nötigen Mobilitätsfaktoren zu gewährleisten (dazu nachfolgend b)); Drittens der Aspekt der Sicherung von *transnationalen Marktmechanismen* und deren Funktion für die transnationale wirtschaftliche Mobilität: Die für die transnationale wirtschaftliche Mobilität zu sichernden Marktmechanismen definieren sich wettbewerbsökonomisch und stehen im Zusammenhang mit dem dynamischen Mobilitätsaspekt, da die Marktmechanismen im Binnenmarkt zuvorderst den Marktaustritt und Marktzutritt (Mobilitätsphasen) gewährleisten müssen. Hierfür sind die notwendigen Marktstrukturen und das zu ermöglichende Marktverhalten maßgeblich. Die dafür entscheidenden Funktionen des Marktes lassen sich wettbewerbsökonomisch als Funktionsbedingungen (Marktstruktur) und Strategievariablen (Marktverhalten) definieren⁷⁵⁴, welche es den auf dem Binnenmarkt agierenden Wirtschaftssubjekt ermöglichen, transnationale Wettbewerbsstrategien⁷⁵⁵ zu verfolgen (dazu nachfolgend unter c)).

a) *Transnationalität durch Überwindung staatlicher Territorialität*

Ein geographischer, d.h. örtlicher Markt der Union im Sinne eines „homogenen“ Wirtschaftsraumes erfordert *Transnationalität durch die Überwindung staatlicher Territorialität* betreffend die 28 Mitgliedstaaten der Union für wirtschaftliche Leistungs- und Vertragsbeziehungen. Dieses ökonomische Erfordernis von funktionaler Transnationalität steht in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu der bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Souveränität. Wie einleitend zu der hier so benannten Interessen-Trias aufgeführt⁷⁵⁶, ist gemäß der supranationalen Konzeption der Union insbesondere die nationale Identität der Mitgliedstaaten⁷⁵⁷ als äußerste Grenze für das Konzept Beschränkungsverbot zu respektieren. Das dem Konzept der Supranationalität immanente Spannungsverhältnis von funktionaler Transnationalität und mitgliedstaatlicher Souveränität drückt sich überdies in konfligierenden Zuständigkeitsregelungen für den Binnenmarkt und den Wettbewerb aus: Während der Binnenmarkt einer geteilten Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten unterliegt, vgl. Art. 4 Abs. 2 Ziff. a AEUV, besteht zugleich

⁷⁵⁴ Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (b) und (c) sowie III. 1. b) und c).

⁷⁵⁵ Siehe Einleitung Kapitel 1 B. III.

⁷⁵⁶ Kapitel 1 B. I. 3.

⁷⁵⁷ Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EUV.

eine ausschließliche Unionszuständigkeit für die Festlegung der für das *Funktionieren* des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln, vgl. Art. 3 Abs. 1 Ziff. b AEUV. Unter Berücksichtigung der zentralen Bedeutung des Free Movement-Konzeptes für die europäische Integration sowie für die im Binnenmarkt agierenden Wirtschaftssubjekte dürfte indessen die Sicherung der Funktion des Binnenmarktes, wie sie nunmehr in Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV explizit aufgenommen wurde, in der Zusammenschau mit der ausschließlichen Kompetenz der Union für den Wettbewerb, den Souveränitätsbereich der Mitgliedstaaten nicht (mehr) in ihrem Kerngehalt tangieren. Denn die Überwindung von Territorialität betreffend transnationale wirtschaftliche Tauschprozesse ist die essentielle Voraussetzung für einen einheitlichen geographischen Markt, innerhalb dessen sich sodann relevante Teilmärkte bilden können, im Sinne von örtlich, sachlich und zeitlich relevanten Märkten. Am augenscheinlichsten kommt dieses Erfordernis von Transnationalität bei den Wettbewerbsregeln in Art. 101 Abs. 1 Ziff. c AEUV zum Ausdruck, mit dem Regelbeispiel „die Aufteilung der Märkte“, welches insbesondere die Marktaufteilung entlang der Grenzen der Mitgliedstaaten erfasst und verbietet.⁷⁵⁸ Damit zeigt das Unionsrecht bei den Wettbewerbsregeln konsequent eine Priorität für das Marktintegrationsinteresse. Der prinzipielle Gehalt von Marktgleichheit und Marktfreiheit muss daher primär die Überwindung von staatlicher Territorialität in rechtlicher und wettbewerbsökonomischer Hinsicht als Gegenstand umfassen, d.h. Freiheit und Gleichheit müssen eine gleiche und gleiche freie Transnationalität sichern, welche gemäß dem Free Movement-Konzept funktional zu verstehen ist.

b) *Sicherung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität*

Der Binnenmarkt setzt innerhalb eines einheitlichen geographischen Raums, wie zuvor bei a) dargelegt, die *Sicherung von transnationaler wirtschaftlicher Mobilität* voraus. Damit ist gemeint, dass die „Neutralität“ der staatlichen Grenzen betreffend transnationale wirtschaftliche Leistungs- und Gegenleistungsprozesse durch das Funktionieren der *transnationalen Koordinationsfunktion* des Binnenmarktes gewährleistet werden muss. Die Sicherung eben dieser Koordinationsfunktion ist an den wettbewerbsökonomischen Implikationen der selbigen ausgerichtet. Zuvorderst ist es deshalb notwendig, dass die Pläne von Anbietern und Nachfragern im Binnenmarkt über ungehinderten Marktzutritt/Marktaustritt unbeschränkt zu einem Gleichgewicht gelangen können (Gleichgewichtsprinzip und Gleichgewichtspreis).⁷⁵⁹ Eben diese freie Koordination von Angebot und Nachfrage bzw. von Gewinnmaximierungs- und Nutzenfunktion⁷⁶⁰ erfolgt gemäß der klassischen Lehre vorwiegend durch den Preismechanismus⁷⁶¹, wobei der Markt den Preis als Kommunikationsmedium verwendet.⁷⁶² Daher müssen mindestens

⁷⁵⁸ G. Grill, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 101 AEUV, Rn. 31.

⁷⁵⁹ H. R. Varian, Mikroökonomie (2011), S. 3 und S. 7 f. Zu den Zusammenhängen von Gleichgewicht und Wohlfahrt siehe F. Breyer, Mikroökonomik (2015), S. 179 ff.

⁷⁶⁰ K. Herdzina/S. Seiter, Mikroökonomik (2015), S. 74 ff. (Grenznutzenanalyse) und S. 125 (Erlös und Gewinnanalyse).

⁷⁶¹ Vgl. P. Bofinger, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2003), S. 33.

⁷⁶² P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 114.

die für das Funktionieren des *Preismechanismus* notwendigen *Funktionsbedingungen* von der „Funktionssicherung“ des Binnenmarktes erfasst werden, denn der Preis ist das wesentliche „Informationssystem“ für den transnationalen Tausch von Angebot und Nachfrage. Zugleich stellt der Preis einen zentralen Aktionsparameter im Wettbewerb dar, weil über den Preis die wirtschaftliche Leistung bemessen wird. Das auf dem Preismechanismus basierende *Tauschsystem Binnenmarkt* muss daher ermöglichen, dass mehrere „Einzelpläne“ auf der Seite der Leistungserbringung (Angebot) und der Leistungsnachfrage (Nachfrage) zusammengeführt werden können und so ein transnationaler Leistungsaustausch erfolgt. Über diese Mindestanforderung einer Funktionssicherung des Binnenmarktes hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Preismechanismus als „Bewertungssystem“ mit sämtlichen weiteren Aktionsparametern der wirtschaftlichen Leistung, wie z.B. deren Qualität, Kompatibilität oder deren Image usw., in Beziehung steht. Insoweit muss sich das „Funktionieren“ des Binnenmarktes jenseits des Preismechanismus auch auf die Funktionsbedingungen und Gesetzmäßigkeiten aller für die funktionale Transnationalität maßgeblichen Aktionsparameter beziehen.⁷⁶³

c) *Sicherung transnationaler Marktmechanismen*

Das Funktionieren des Binnenmarktes in der freien Koordination von Angebot und Nachfrage (siehe zuvor b) bezieht sich bereits begrifflich auf Aspekte des „funktionsfähigen Wettbewerbs“, der wiederum inhaltlich mit dem Begriff der sozialen Marktwirtschaft korrespondiert. Denn der Binnenmarkt „funktioniert“ im wettbewerbsökonomischen Sinne dann, wenn die in ihm agierenden Wirtschaftssubjekte alle für eine Mobilität ihrer wirtschaftlichen Leistungen und Gegenleistungen (Wirtschaftsobjekte) entscheidenden Parameter ohne selektive und spezifische, d.h. strategisch-protektionistische Beeinflussungen der Mitgliedstaaten oder Behinderungen durch Unternehmen (Art. 101, 102, 106 AEUV) einsetzen können. Aus der wettbewerbsökonomischen Perspektive sind also so genannte *Funktionsbedingungen*⁷⁶⁴ und *Strategievariablen*⁷⁶⁵ in Bezug auf verschiedene *Wettbewerbsformen* zu gewährleisten.⁷⁶⁶ Von dem unionsrechtlichen Beschränkungsverbot müssen daher alle im Wettbewerb als Organisationsmodell des marktwirtschaftlichen Systems relevanten Faktoren für das transnatio-

⁷⁶³ Siehe hierzu die wettbewerbsökonomische Analysematrix in Kapitel 4 B. I. 3., welche diese Funktionsmechanismen aus der Sicht des den Marktzutritt/Marktaustritt entscheidenden Wirtschaftssubjektes erfasst.

⁷⁶⁴ Der Begriff *Funktionsbedingungen* kennzeichnet vorliegend den Entscheidungsrahmen für die Nutzung von Aktionsparametern im Wettbewerb. In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zum Strategischen Management wird hierfür auch der Begriff „Externe Umwelt“ oder „Makroumwelt“ als Bestandteil der externen Analyse als Grundlage unternehmerischer Entscheidungen verwendet, vgl. *H. Hungenberg*, *Strategische Management in Unternehmen* (2011), S. 89 ff. Die Terminologie ist uneinheitlich. *Peter-Christian Müller-Graff* verwendet den Begriff im europarechtlichen Zusammenhang von Freiheitsgewährleistungen zur Kennzeichnung der Wettbewerbsmöglichkeiten, welche aus der Privatautonomie folgen, vgl. *P.-C. Müller-Graff*, in: Hatje/ders. (Hrsg.), *EnzEuR Band 1* (2014), § 1, Rn. 13.

⁷⁶⁵ Der Begriff *Strategievariablen* kennzeichnet die strategische Nutzung von Aktionsparametern zur Positionierung im Wettbewerb, vgl. nur *W. Pfähler/H. Wiese*, *Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (2008), S. 11-13 und S. 18/19.

⁷⁶⁶ Siehe Kapitel 4 B. I. 3. a) bb).

nale Angebot und dessen Nachfrage in gleichheits- und freiheitsrechtlicher Dimension erfasst und die dafür maßgeblichen Funktionsbedingungen und Strategievariablen geschützt werden. Gleichfalls muss sich diese Gewährleistung auch auf die Gegenleistungsebene, d.h. auf die Koordination der wirtschaftlichen Gegenleistung i.S.d. Art. 63 Abs. 2 AEUV beziehen. Die freie Zirkulation wirtschaftlicher Leistungen im Binnenmarkt, d.h. die transnationale wirtschaftliche Mobilität (Free Movement) beruht auf gleichen bzw. gleich freien Bedingungen zur Entscheidung und Nutzung von Aktionsparametern als Strategievariablen. Wie bereits eingangs und zuvor bei A. I. (Free Movement-Konzept) erwähnt, kommt dieses Erfordernis in den Titelüberschriften der deutschen Fassung des AEUV nicht so deutlich zum Ausdruck, wie etwa in den englischen, französischen, italienischen oder spanischen Texten. Besonders augenscheinlich wird dies bei Titel IV, welcher in der deutschen Fassung mit „Die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr“ überschrieben ist und damit nicht auf die Mobilität abstellt. Demgegenüber wird in den anderen Sprachfassungen explizit auf das Mobilitätselement Bezug genommen:

“Free Movement of Persons, Services and Capital”; « La Libre Circulation des Personnes, des Services et de Capitaux » ; “La libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione è assicurata”; “Libre Circulación de Personas, Servicios Y Capitales”

Die deutsche Terminologie (freier Warenverkehr, Freizügigkeit usw.) verschleiert also einen wesentlichen Aspekt der wettbewerbsökonomischen Grundlagen für das *Funktionieren* des Binnenmarktes im Sinne von Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV.

Im Ergebnis der vorangehenden Betrachtungen muss das Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot im Sinne der Funktionssicherung des Binnenmarktes also das Funktionieren aller Aktionsparameter umfassen, welche die transnationale wirtschaftliche Mobilität, d.h. die funktionale Transnationalität i.S.d. Free Movement-Konzeptes betreffen.

5. Implikationen für das Beschränkungsverbot

Die Analyse zu dem Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot hat gezeigt, dass angesichts der zentralen systematischen Stellung und Funktion von Art. 26 AEUV als „erste Norm“ der internen Politiken und Maßnahmen der EU im dritten Teil des AEUV (siehe zur Struktur von EUV/AEUV bereits B. I.), die systemische (Integrations-)Funktion des Binnenmarktes für die Auslegung aller subjektiv-rechtlichen Politiken des AEUV, ausgehend von den objektiv-rechtlichen Gehalten des Binnenmarktziels, zu berücksichtigen ist.⁷⁶⁷ Aus dieser „vorgelagerten Systemfunktion“ des Binnenmarktes legitimiert sich, vorliegend Art. 26 AEUV als Fixpunkt für die Prinzipienbildung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot heranzuziehen, und zwar ausgehend von der Koppelung des Binnenmarktes mit den Werten und Zielen der Union sowie entsprechend des neuen gesellschaftspolitisch

⁷⁶⁷ Ähnlich M. Lux, in: Lenz (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2009), Art. 26 AEUV, Rn. 8.

akzentuierten Binnenmarktziel im Sinne einer gewandelten Unionsteleologie nach Lisbon.⁷⁶⁸ Die Errichtung des Binnenmarktes als Ziel der Union, Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EUV, erfordert somit den Binnenmarkt zu „verwirklichen“, Art. 26 Abs. 1 Alt. 1 AEUV, und dessen „Funktionen“ (als „Daueraufgabe“) zu sichern, Art. 26 Abs. 2 Alt. 2 AEUV. Damit bestehen zwei wettbewerbsökonomisch geprägte⁷⁶⁹ Maßstäbe für das Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot. Diese beiden Maßstäbe weisen mehrere Gehalte auf.

Die „Verwirklichung“ des Binnenmarktes (erster Maßstab des Binnenmarktpinzips als Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot) umfasst die objektiv-rechtlichen Gehalte der Freiheit und Gleichheit unter Einbeziehung des Gedankens der Gerechtigkeit, Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV i.V.m. Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb. Weiter umfasst die „Verwirklichung“ des Binnenmarktes die objektiv-rechtlichen Gehalte des Leitbildes der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV.

Die „Funktionssicherung“ des Binnenmarktes (zweiter Maßstab des Binnenmarktpinzips als Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot) umfasst die zur Gewährleistung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität (Free Movement-Konzept) sicherzustellenden Funktionen des Binnenmarktes, welche drei Mobilitätsaspekte betreffen; Erstens die Sicherung funktionaler Transnationalität durch die Überwindung nationalstaatlicher Territorialität; Zweitens die *Sicherung transnationaler Mobilität* durch die *Garantie der Koordinationsfunktion* des Marktes; Drittens die *Sicherung transnationaler Marktmechanismen*, d.h. der für Märkte maßgeblichen wettbewerbsökonomischen Funktionsbedingungen (Marktstruktur) und Strategievariablen (Marktverhalten) zur Ermöglichung transnationaler Wettbewerbsstrategien für den Marktaustritt und den Marktzutritt.

II. Das Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt

Nachdem zuvor die Maßstäbe des Binnenmarktpinzips als Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot dargelegt wurden, sind nunmehr die Maßstäbe des Wettbewerbsprinzips als dessen Schutzobjekt zu bestimmen. Nachfolgend wird dazu in einem ersten Schritt der Wettbewerb als ein dem Binnenmarkt *immanentes Strukturmerkmal* begründet (1.). Zweitens wird die *Systemfunktion* des Wettbewerbs dargelegt (2.). In einem dritten Schritt wie Die *Prinzipienfunktion* des Wettbewerbs definiert (dazu 3.). Zuletzt erfolgt eine *Inhaltsbestimmung* des Wettbewerbsprinzips (dazu 4.).

⁷⁶⁸ Vgl. J. P. Terhechte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 41 Juli 2010, Art. 3 EUV, Rn. 24: „Wandel der Unionsteleologie“.

⁷⁶⁹ *Wettbewerbsökonomisch* geprägt, da der Wettbewerb gemäß der Teleologie des Unionsrechts ein dem Binnenmarktprinzip immanentes Organisationsmodell darstellt (Interaktionssystem), welches in Fortgeltung der zuvor im Gemeinschaftsrecht geltenden „Systementscheidung“, die nunmehr in dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb verankert ist, uneingeschränkte Geltung besitzt, vgl. zuvor B. I. 1. a) bb).

1. Der Wettbewerb als immanentes Strukturmerkmal des Binnenmarktes

Der Wettbewerb ist eine *dezentrale Form der Organisation* wirtschaftlicher Tauschvorgänge im Markt, wobei die Koordination von Angebot und Nachfrage auf den Einzelplänen autonomer (freier und gleicher) Wirtschaftssubjekte beruht. Bereits in dem sog. *Spaak Bericht*, welcher nach der *Konferenz von Messina* verfasst wurde und die Ratifikation der *Römischen Verträge* vorbereitete, wurde zum Ausdruck gebracht, dass der Gemeinsame Markt (common market) nach der Konzeption der EWG nicht ohne eine Sicherung des Wettbewerbs auskommt, insbesondere nicht ohne eine Begrenzung von Marktmacht.⁷⁷⁰ Somit haben bereits die „Väter“ der europäischen Integration einen untrennbaren Zusammenhang von Marktfunktionen, Wettbewerb und (Markt-)Machtkontrolle für das Marktintegrationsrecht der Gemeinschaft konstatiert. Heute zeigt sich die Machtkontrolle für Unternehmen positivrechtlich am plakativsten in Art. 102 AEUV sowie in der Fusionskontrollverordnung (FKVO). Ein wesentlicher Aspekt des europäischen Binnenmarktmodells ist demnach auch heute die Sicherung von Wettbewerb *durch* eine umfassende Machtkontrolle zur Sicherstellung transnationaler Marktprozesse im Binnenmarkt. Die Geltung des Wettbewerbs als immanentes Strukturmerkmal des Binnenmarktes begründet sich dabei erstens aus dem funktionalen Zusammenhang von Markt und Wettbewerb (dazu a)) und zweitens aus den systematisch-teleologischen Zusammenhängen der Vertragsstruktur von EUV und AEUV (dazu b)).

a) Funktionaler Zusammenhang von Binnenmarkt und Wettbewerb

Ein *marktwirtschaftlich* verfasster Markt, wie er mit dem Leitbild der „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, ausdrücklich für das „Binnenmarktziel“, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV, in Bezug genommen wird, ist dadurch gekennzeichnet, dass jeder Verwendung bzw. Verteilung von Ressourcen ein Tauschprozess vorgeschaltet ist, in welchem individuelle Präferenzen (Einzelpläne) zum Ausdruck kommen. Die höchste Präferenz realisiert sich in einem Tauschvorgang von Angebot und Nachfrage, d.h. einer wirtschaftlichen Transaktion, die über einen zivilrechtlichen Vertrag fixiert (Zuordnung) und darauf beruhend vollzogen wird (Zuordnungswechsel).⁷⁷¹ Grundbedingung hierfür ist wiederum die Vertragsfreiheit. Als Kommunikationsmedium für die Bewertung der Tauschvorgänge dient der *Preismechanismus*.⁷⁷²

Mit der Normierung des verbindlichen Leitbildes einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) besteht ein rechtlich formulierter (integrations-)politischer Konsens zur *Delegation von Entscheidungsgewalt* an den Einzel-

⁷⁷⁰ D. G. Godyer, EC Competition Law (2003), S. 23 ff., S. 24 zu „Paragraph 55 of the Report“ [Spaak Report], auf S. 23 auch unter Bezugnahme auf den großen Einfluss der deutschen Regierung auf die Konzeption der Römischen Verträge und die Ausgestaltung der Wettbewerbsregeln.

⁷⁷¹ Siehe zum Gegenstand und Grundtelos der Wirtschaftsverfassung zuvor B. II. (Freiheit von Zuordnung und Zuordnungswechsel; Begrenzung von Macht).

⁷⁷² Gemäß dem Konzept des Ordoliberalismus der Freiburger Schule respektive der sozialen Marktwirtschaft spielt der Schutz des Preismechanismus eine zentrale Rolle und ist wesentlicher Bestandteil des für einen funktionierenden Markt nötigen Wettbewerbs als „Ordnungsrahmen“, vgl. K. Herdina, Wettbewerbspolitik (1999), S. 18-23 (ausgehend von dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, S. 3), S. 19: „Wettbewerb ist das systembegründende Prinzip der Marktwirtschaft“.

nen, respektive an die Wirtschaftssubjekte im Binnenmarkt. Die Verwendung und Verteilung von Ressourcen ist somit autonom in dem gegebenen rechtlichen (Ordnungs-) Rahmen durch Einzelpläne (Wettbewerbsstrategien) zu organisieren. Damit wird der transnationale wirtschaftliche Tauschprozess von Angebot und Nachfrage durch individuelle Entscheidungen (Präferenzen) bestimmt, welche allerdings Freiheit und Gleichheit (Autonomie) zur Willensbildung und Entscheidungsfindung voraussetzen. Für die Koordination der individuellen Entscheidungen im Markt ist ein organisierendes Prinzip notwendig, welches die individuelle (Einzelunternehmen) oder kollektive (Unternehmen/Gesellschaft) Interaktion bestimmt. Dieses Prinzip ist der *Wettbewerb als Interaktionssystem*.⁷⁷³

Mit der unmittelbaren Verknüpfung von Binnenmarktziel und dem Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) kommt ein unmittelbarer *funktionaler Zusammenhang von Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzip* zum Ausdruck. Deshalb ist es unabdingbar, dass Gleichheit und Freiheit in Bezug auf die Marktmechanismen *und* den Wettbewerb gewährleistet sind, damit die Delegation der Entscheidungsgewalt auf das Individuum wiederum das Funktionieren des Marktes, z.B. durch Monopolbildung (Marktmacht), nicht beeinträchtigt. Insbesondere eine für alle Wirtschaftssubjekte gleichermaßen gewährleistete Entscheidungsfreiheit, d.h. wettbewerbsökonomisch ausgedrückt gleiche (Wahl-)Freiheit eine Strategie zur Positionierung der wirtschaftlichen Leistung im Markt wählen zu können (Wettbewerbsstrategie), ist eine essentielle Bedingung für die Wirksamkeit der Delegation von Entscheidungsgewalt an den Einzelnen. Auf diesen elementaren *Funktionszusammenhang* von *Marktfreiheit*, *Marktgleichheit* und *Wettbewerbsfreiheit* hat *Eberhard Grabitz* Richtungweisend bereits Ende der 1970er Jahre hingewiesen.⁷⁷⁴ Im Schrifttum zum Gemeinschaftsrecht wurde überdies unter Rückgriff auf die EuGH-Rechtsprechung zu der Systementscheidung Wettbewerb (siehe hierzu sogleich 2. „Systemfunktion“) vertreten, dass die Wettbewerbsregeln einen integralen Bestandteil des Rechtsbegriffs des Gemeinsamen Marktes da ist es unabdingbar, dass Gleichheit und Freiheit in Bezug auf die Marktmechanismen *und* den Wettbewerb gewährleistet sind.⁷⁷⁵ Auch nach dieser Sichtweise ist das Wettbewerbsprinzip von dem Binnenmarkt begriff umfasst. Dem liegt ein Verständnis zugrunde, dass der Binnenmarkt zumindest vergleichbare Wettbewerbsbedingungen voraussetzt (*Wettbewerbsgleichheit*). Eine Wettbewerbseinheitlichkeit ist damit indessen nicht gemeint, weshalb es im Gebiet der Union einen Wettbewerb um „komparative Vorteile“ sowie einen Wettbewerb der Systeme zwischen den Mitgliedstaaten durchaus geben darf, wie etwa im Bereich der Steuern.⁷⁷⁶ Dieser Wettbewerb darf indessen nicht dazu führen, dass sich die Mitgliedstaaten über ihre Finanzkraft messen bzw. dadurch den Markt verzerren. Letztere „Philosophie“ kommt in dem Beihilfenverbot des

⁷⁷³ P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 114 und S. 130.

⁷⁷⁴ E. Grabitz, Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977), S. 645 ff.

⁷⁷⁵ A. von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), 40. EL 2009, Art. 2 EGV, Rn. 41 m.w.N. aus der EuGH-Rechtsprechung.

⁷⁷⁶ A. von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), 40. EL 2009, Art. 14 EGV, Rn. 8.

Art. 107 AEUV zum Ausdruck.⁷⁷⁷ Gegenstand des Wettbewerbs sollen vielmehr bessere Leistungen und i.w.S. Innovationen sein.

b) *Systematisch-teleologische Ableitung aus der Vertragsarchitektur*

Über die zuvor ausgeführten Argumente hinaus lässt sich eine immanente Geltung des Wettbewerbsprinzips im Unionsrecht auch aus der Vertragsarchitektur von EUV und AEUV systematisch-teleologisch unter vier Aspekten ableiten.

Erstens offenbart die direkte semantische Verknüpfung von Binnenmarkt und wettbewerbsfähiger sozialer Marktwirtschaft in Art. 3 Abs. 3 EUV in Zusammenschau mit der Brückennorm des Art. 26 AEUV, dass der Wettbewerb als Koordinationsprinzip des Binnenmarktes und darüber hinaus⁷⁷⁸ fungiert.

Zweitens würde ohne eine wettbewerbliche Koordination des Binnenmarktes dessen Integrationsziel nicht „funktionieren“⁷⁷⁹, jedenfalls nicht ohne detaillierte Direktiven, da ansonsten die Einzelpläne der Wirtschaftssubjekte nicht koordinierbar wären. Insoweit setzt die Gewährleistung eines *funktionierenden* Binnenmarktes, Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV, den Wettbewerb als Funktionssicherungsmechanismus voraus. An dieser Stelle schließt sich der Kreis zu den bereits im *Spaak Bericht* angeführten Argumenten, dass ein Gemeinsamer Markt (heute Binnenmarkt) nicht ohne Wettbewerbskontrolle im Sinne einer Machtkontrolle zur Sicherung der Entscheidungsfreiheit von Wirtschaftssubjekten funktionieren kann.

Drittens beruht die ökonomische Philosophie der europäischen Marktintegration auf einem grundsätzlichen wettbewerblchen Gedanken: Anstelle einer auf Gewalt (Krieg) beruhenden Verteilung von Ressourcen herrscht in Europa die Überzeugung vor, dass die nationalen Besonderheiten und Unterschiedlichkeiten der Mitgliedstaaten im Sinne der allgemeinen Freihandelstheorie „komparativer Vorteile“ (*David Ricardo*) die Grundlage für den grenzüberschreitenden Austausch von Leistungen darstellen. Bereits dem Konzept komparativer Vorteile wohnt ein „natürlicher“ Wettbewerbsgedanke inne, indem der Anreiz akzeptiert wird, „Unterschiedlichkeit“ als Vorteil für Tauschprozesse auf der Basis naturgegebener Ressourcenverteilung der Länder zu sehen. Die Unterschiede innerhalb der europäischen Regionen bestimmen den (komparativen) Vorteil, aufgrund dessen Anreize zum Leistungsaustausch zwischen den Wirtschaftsräumen bestehen. Ein insoweit „natürlicher“ Wettbewerb realisiert sich in dieser Weise auch heute noch über die gegebenen Ressourcenausstattungen (Rohstoffe, Landschaftsbedingungen usw.). In den hochentwickelten europäischen Ballungsräumen mit stark ausdifferenzierten Märkten stehen indessen immer mehr innovationsgetriebene Wettbewerbsformen im Vordergrund. Zunehmend wettbewerbsbestimmend sind somit Diversifizierungen von

⁷⁷⁷ E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 3 Beihilfenrecht/Sonderbereiche (2016), Einl., Rn. 1: „Bei einer unionsrechtlich nicht kontrollierten Beihilfenvergabe bestünde die Gefahr, dass aus dem unverfälschten Wettbewerb der Unternehmen ein Wettbewerb der Staatshaushalte würde. Entgegen dem in Art. 3 EUV postulierten Kohäsionsziel wären die Verlierer in einem solchen Wettbewerb die ärmeren Staaten“.

⁷⁷⁸ Etwa das Ziel, die Entwicklung der Wettbewerbsfähigkeit der Union über einen Europäischen Raum der Forschung zu stärken, vgl. Art. 179, 180 AEUV.

⁷⁷⁹ So explizit auch *W. Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch (2010), S. 91.

Leistungen (Produkte und Dienstleistungen), welche auf Patenten, Verfahren, neuen Materialien etc. beruhen und die i.w.S. das Ergebnis von Grundlagenforschung und angewandter Forschung sind. Dementsprechend nimmt die Bedeutung der Forschung sowie der Forschungsförderung stetig zu. Letzteres kommt in den Art. 179, 180 AEUV zum Ausdruck. Sämtliche der vorgenannten Aspekte sind dem Grunde nach von dem Begriff der „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ erfasst.

Viertens, und dieses Argument leitet bereits zu der nachfolgenden Systemfunktion des Wettbewerbs (2.) über, zeigt die semantisch eindeutige Verknüpfung von *sozialer* und *wettbewerbsfähiger* Marktwirtschaft in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, dass im Unionsrecht ersichtlich einer Konzeption gefolgt wird, welche den Wettbewerb als systembildendes Prinzip der Marktwirtschaft bewertet⁷⁸⁰, denn der Wettbewerb gehört nach dem Konzept der sozialen Marktwirtschaft in seiner Ursprungsbedeutung (*Alfred Müller-Armack*)⁷⁸¹ zu den wesentlichen Prämissen damit eine marktwirtschaftliche Ordnung als Selbststeuerungssystem funktionieren kann.⁷⁸² Gerade die europäische Wettbewerbspolitik unterscheidet sich von den nationalen dadurch, dass sie den Anspruch erhebt, private und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen gleichermaßen zu erfassen. Dies offenbart sich in dem ausdifferenzierten System der durch die EuGH-Rechtsprechung subjektiv-rechtlich ausgestalteten internen Politiken betreffend die Kontrolle von Handelsmonopolen (Art. 37 AEUV), die Kartell- und Marktmachtkontrolle (Art. 101, 102 AEUV), die Kontrolle öffentlicher Unternehmen (Art. 106 AEUV), die Beihilfenkontrolle (Art. 107 AEUV) und die Konzentrationskontrolle (FKVO). Überdies hat der EuGH in seiner Rechtsprechung sog. Entzugstatbestände entwickelt, mit denen die Kontrolle der Art. 101, 102 AEUV auf staatliche Maßnahmen erstreckt wird soweit unternehmerisch wettbewerbswidriges Handeln dem Staat akzessorisch zugerechnet werden kann.⁷⁸³

Da es aus ökonomischer Sicht auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes insgesamt ankommt, was Art. 26 Abs. 1 Alt. 2 AEUV bestätigt („dessen Funktionieren zu gewährleisten“), müssen die Interdependenzen der Wettbewerbspolitik zu anderen Bereichen der Wirtschaftspolitik bei der Interpretation des Unionsrechts und der Prinzipienbildung mit berücksichtigt werden.⁷⁸⁴ Wäre der Wettbewerb nicht das für den Tauchprozess im Binnenmarkt maßgebliche Organisationsprinzip, so müsste eine koordinierte europäische Binnenmarktplanung etabliert werden. Dies dürfte dem Werte fundierten und freiheitlichen Geist der Union insgesamt eklatant widersprechen.

⁷⁸⁰ Siehe hierzu unabhängig von der Ausgestaltung im Unionsrecht *K. Herdzina*, Wettbewerbspolitik (1999), S. 19.

⁷⁸¹ Hierzu *M. Posluschny*, Walter Eucken und Alfred Müller-Armack (2006), S. 10-16.

⁷⁸² Vgl. *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: MüKo EuWettbR (2007), Einl. Rn. 960.

⁷⁸³ Zu den Funktionszusammenhängen dieser Normen siehe Kapitel 4 C.

⁷⁸⁴ Ähnlich *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: MüKo EuWettbR (2007), Einl. Rn. 971.

2. Die Systemfunktion des Wettbewerbs

Nachdem zuvor dargelegt wurde, dass der Wettbewerb im Unionsrecht als immanentes Strukturmerkmal des Binnenmarktes fungiert, ist nunmehr dessen *Systemfunktion* im Kontext der Werte und Ziele der Union (siehe zuvor B.) für die Prinzipienbildung zu bestimmen.⁷⁸⁵ Da die im Gemeinschaftsrecht ausdrücklich formulierte *Systementscheidung* für einen freien, unverfälschten Wettbewerb, ex Art. 3 Abs. 1 lit. g EG, mit dem Vertrag von Amsterdam in das *Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb* verlagert wurde und damit zumindest systematisch in einem veränderten Zusammenhang steht, ist die Systemfunktion des Wettbewerbs im Rahmen der Prinzipienbildung zu reflektieren.

Die Verlagerung von ex Art. 3 Abs. 1 lit g EG in das vorgenannte Protokoll war im Wesentlichen ein Zugeständnis an Frankreich im Kontext des politischen Diskurses zu dem Reformvertrag von Lissabon. Ausgehend von diesem Kontext ist erstens festzustellen, dass Protokolle im Rang des Primärrechts stehen und sich rechtsqualitativ gegenüber der zuvor im EG-Recht verbürgten Systementscheidung daher keine Änderung ergeben hat. Zweitens ist in systematisch-teleologischer Hinsicht zwar zu berücksichtigen, dass es durchaus einen Unterschied macht, ob eine Norm im Grundsatzteil des Vertragswerks (EUV) oder in einem Protokoll abgebildet ist. Unter dem Aspekt der dynamischen Auslegung ist indessen drittens auch die Gewichtung des politischen Motivs für die Änderung einzubeziehen sowie viertens die grundlegende Systemfunktion des Wettbewerbs, die unabhängig von politischen Zusammenhängen besteht. Näher zu betrachten ist damit einerseits die unveränderte integrationspolitische Meta-Funktion des Wettbewerbs (a) sowie andererseits dessen systemisch-operative Funktion als Interaktionssystem des Binnenmarktes (b)).

a) Integrationspolitische Funktion (Meta-Funktion)

Der politische „Auftrag“ für eine die nationalen Teilmärkte überwindende Marktintegration, welcher sich aus dem Telos der europäischen Werte- und Wirtschaftsverfassung ergibt⁷⁸⁶ und der funktional maßgeblich durch das Free Movement-Konzept geprägt ist⁷⁸⁷, bestimmt das integrationsbezogene Verständnis von Binnenmarkt und Wettbewerb gleichermaßen. So hat der EuGH ausdrücklich betont, dass der Freihandel und der Wettbewerb als Mittel zum Zweck der Erreichung übergeordneter Integrationsziele über den speziellen Funktionszusammenhang der Wirtschaft hinausweisen.⁷⁸⁸ Durch diese evidente *Koppelung* des Binnenmarkt-begriffs mit dem grundsätzlichen

⁷⁸⁵ Auch im Gemeinschaftsrecht wurde der Wettbewerb im Kontext der in Art. 2 EWG-Vertrag niedergelegten Vertragsziele (Aufgaben der Gemeinschaft) ausgelegt, siehe nur *H. Schröter*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EWG-Kommentar (1991), Art. 85 EWGV, Rn. 68.

⁷⁸⁶ Siehe zuvor B. II. und III.

⁷⁸⁷ Siehe zuvor A. I.

⁷⁸⁸ EuGH *Gutachten, erstattet auf der Grundlage von Artikel 228 Absatz 1 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag – Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Ländern der Europäischen Freihandelsassoziation andererseits über die Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums* (Gutachten 1/91, EU:C:1991:490), Rn. 50.

Marktintegrationsauftrag wird nicht die Politik, und damit auch nicht das politische Zugeständnis der Vertragsparteien an einen Mitgliedstaat (wie etwa im Falle Frankreichs betreffend dessen Haltung zur „Systementscheidung Wettbewerb“ bei den Vertragsverhandlungen zu Lissabon), sondern der systemimmanente Koordinationsmechanismus des Marktes als Instrument zur Verwirklichung jener mit der Integration verfolgten Ziele, insb. für die Friedenssicherung, funktionalisiert.⁷⁸⁹ Hieraus wird zugleich die Funktion des Wettbewerbs als dem Binnenmarktpinzip immanent zugrunde liegendes System zur Organisation von individuellen Tauschplänen sichtbar (hierzu sogleich näher bei b)).

Mit dem Blick auf die Ebene der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV war und ist es die Aufgabe des europäischen Kartellrechts, durch Unternehmen errichtete Handelsschranken zu kontrollieren bzw. diesen präventiv entgegen zu wirken und so die Integration der nationalen Märkte zu einem europäischen Binnenmarkt sicher zu stellen.⁷⁹⁰ Diese Marktintegration durch das Wettbewerbsrecht für Unternehmen dürfte auch nach der Vertragsrevision von Lissabon wegen deren essenziellen integrationspolitischen Bedeutung unverändert fortgelten. Zugleich ist diese Integrationsfunktion des europäischen Kartellrechts bzw. dessen sog. „integrationspolitische Zusatzfunktion“⁷⁹¹ der wesentliche systemische Unterschied gegenüber nationalen Kartellrechtsordnungen. Der EuGH hat bereits im Jahr 1972 in seiner *Metro I*-Entscheidung⁷⁹² betont, dass ein wirksamer Wettbewerb voraussetzt, dass die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt sind und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden.

Ein historischer Rückblick zeigt, dass zu Beginn der Integration in den 1950er Jahren die nationalen Märkte der Mitgliedstaaten noch durch zahlreiche tarifäre oder nicht tarifäre staatliche Handelsschranken voneinander getrennt waren. Diese Handelsschranken standen daher notwendigerweise im Fokus der damaligen Rechtsprechung. Nicht ohne Grund wurde befürchtet, dass die Aufteilung der Wirtschaft in nationale Märkte trotz oder gerade wegen der Beseitigung staatlicher Handelsschranken für eine mehr oder weniger lange Zeit beibehalten würde, wenn es für Unternehmen möglich wäre, ihre althergebrachten Vertriebsstrukturen durch wettbewerbsbeschränkende Praktiken aufrechtzuerhalten. So hatte der EuGH bereits im Jahr 1966 in *Consten und Grundig* hervorgehoben, dass

„[...] eine Vereinbarung, die darauf abzielt, die nationalen Schranken im Handel zwischen Mitgliedstaaten wieder aufzurichten, [...] den Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen (könnte). Der EWG-Vertrag, der nach seiner Präambel und seinem Inhalt darauf

⁷⁸⁹ Ähnlich J.-M. Luczak, Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration (2009), S. 196.

⁷⁹⁰ Vgl. K. M. Meessen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Einf., Rn. 18.

⁷⁹¹ So auch E. Gippini-Fournier/K. Mojzesowicz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Art. 81 EG, Rn. 7, die auf die „Dualität“ der von Art. 81 EG verfolgten Ziele abstellen.

⁷⁹² EuGH *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Metro I)* (C- 26/76, EU:C:1987:167) Rn. 20.

gerichtet ist, die Schranken zwischen den Staaten zu beseitigen, und der der Wiederichtung dieser Schranken mit einer Reihe strenger Bestimmungen entgegentritt, kann nicht zulassen, dass die Unternehmen neue Hindernisse dieser Art schaffen. Art. 85 Abs. 1 [jetzt Art. 101 Abs. 1 AEUV] verfolgt dieses Ziel [...]“⁷⁹³

Hierüber hinaus lässt sich im aktuellen Vertragswerk aus der Systematik von EUV und AEUV eine funktionale Koppelung von Werten, Markt und Wettbewerb über die Normenkette von Art. 2 Satz 1 EUV, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV i.V.m. Art. 26 EUV, Art. 119 Abs. 1, 120 Satz 2 AEUV i.V.m. Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb nachweisen.

In der systemischen Betrachtung hat der Wettbewerb seit Beginn der Integration eine für das Wirtschaftsintegrationsrecht immanente Bedeutung bzw. der Wettbewerb wird von der Funktion des supranationalen Rechts als (Wirtschafts-)Integrationsrecht vorausgesetzt. Insoweit hätte es bereits im Gemeinschaftsrecht nicht einer ausdrücklichen Normierung der „Systementscheidung“ (ex Art. 3 Abs. 1 lit. g EG) bedurft, denn diese hat gemäß der hier eingenommenen systemischen Sichtweise lediglich deklaratorischen Charakter. Dem entspricht auch die Auffassung, dass ex Art. 3 Abs. 1 lit. g EG nicht bloß einen „Programmsatz“ darstellt, da der Wettbewerb im Europarecht eine weitgehende materielle Funktion erfüllt. Die Systemfunktion des Wettbewerbs folgt somit aus der für das Unionsrecht charakteristischen Verzahnung von politischen Zielen und deren Koppelung mit den operativen Instrumenten der Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln. Das vom europäischen Integrationsrecht vorausgesetzte und im Vergleich zu gewöhnlichen Freihandelskonzepten auf einer weitgehenden Partizipation von individuellen Einzelplänen zur transnationalen Mobilität beruhende Integrationsprinzip in dessen Beziehungen zu dem Status der Unionsbürgerschaft kann nur über ein dezentrales Steuerungssystem, wie den Wettbewerb, effektiv „in Funktion“ gesetzt werden. Ansonsten müssten „planende Vorgaben“ für den Binnenmarkt zentral betreffend 28 Mitgliedstaaten organisiert werden, was bereits der Struktur des institutionellen Gefüges nach unrealistisch wäre.

Aus der integrationspolitischen Funktion des Wettbewerbsprinzips folgt für die Teleologie des Wirtschaftsintegrationsrechts der Union und damit für die Prinzipienbildung, dass dieses wettbewerbsökonomisch zu determinieren, auszulegen und dementsprechend auch anzuwenden ist. In diesem Zusammenhang ist für die wettbewerbsökonomische Auslegung der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV zu beachten, dass die Wettbewerbsregeln für Unternehmen nicht bloß Instrumente zur Sicherung ökonomischer Effizienz darstellen, und damit dem Schutz von Wohlfahrt (im weitesten Sinne) dienen, sondern vorrangig dem Ziel der Marktintegration dienen, und zwar über den Schutz der „Planungsfreiheit“ des einzelnen Wirtschaftssubjektes. Eben diese *Integrationsfunktion*⁷⁹⁴ findet keine Entsprechung im nationalen Recht, sie ist indessen es-

⁷⁹³ EuGH *Consten & Grundig* (C-56 und 58/64, EU:C:1966:41).

⁷⁹⁴ H. Schröter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Vor Art. 101-109 AEUV, Rn. 11 ff., Rn. 15: „Als konstituierendem Element des Binnenmarktes fällt dem Wettbewerb eine maßgebliche Rolle bei der Integration der nationalen Volkswirtschaften zu.“

senziell für die Verwirklichung der Unionziele im Zusammenspiel von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln (Funktionszusammenhang⁷⁹⁵).

b) *Funktion als Interaktionssystem (Operative Funktion)*

Über die zuvor bei a) dargelegte integrationspolitische Funktion hinaus besteht eine weitere, eher operative Funktion, welche den Wettbewerb als Interaktionssystem⁷⁹⁶ für den Marktprozess von Angebot und Nachfrage betrifft. Insoweit ist festzustellen, dass der unionsrechtliche Begriff „Wettbewerb“ zwei Gehalte umfasst, welche bei der wettbewerbsökonomischen Interpretation zu berücksichtigen sind: erstens eine „Integration durch Wettbewerb“, d.h. die „Philosophie“ der europäischen Integration, insbesondere der Friedenssicherung durch wirtschaftliche Integration; zweitens „Wettbewerb als Interaktionssystem“, einhergehend mit bestimmten, aufgrund der jeweils verfolgten Wettbewerbspolitik von EuGH und Kommission und dieser zugrunde liegenden Wettbewerbstheorie, „gewünschten“ Ergebnissen, wie z.B. der Wohlfahrtssteigerung.

Aus der integrationspolitischen Funktion des unionsrechtlichen Wettbewerbsprinzips (Umsetzung des Binnenmarktes via Marktintegration durch Wettbewerb über den Schutz von Marktintegration über gleiche Wettbewerbsbedingungen) folgt die besondere Bedeutung des *Marktzutrittskriteriums*.⁷⁹⁷ Dieses erfordert, den Wettbewerb als System zur Ordnung der Interaktion von transnationalen wirtschaftlichen Leistungsbeziehungen zu erfassen. Diesbezüglich spielen die aus den Maßstäben von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit folgenden Implikationen für den Marktzugang eine zentrale Rolle. Die Funktion des Wettbewerbs als Interaktionssystem in dem Zusammenhang dieser Maßstäbe bedarf allerdings einer Konkretisierung, da ausgehend von dem hier zu definierenden unionsrechtlichen Beschränkungsverbot das Wettbewerbsprinzip auf der Anwendungsebene über die Kontrollmaßstäbe der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV umzusetzen ist. Die damit verbundene Instrumentalisierung des Einzelnen zur Erfüllung des Prinzips und dessen Integrationsauftrages offenbart eine weitere Koppelung, und zwar von Marktintegrationsauftrag und subjektivem Rechtsschutz, welcher zugleich dem Einzelnen dient und ein Instrument der Integrationspolitik darstellt. Hieraus folgt für die Prinzipienbildung (Ebene der Regelbildung) und für die subjektiv-rechtlichen internen Politiken (Ebene der Anwendung), dass sämtliche Interpretationsnuancen bzgl. des Binnenmarktprinzips als Schutzgegenstand und die Inhalte des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot auf die subjektiv-rechtlichen Ebene zurückwirken und dort den Wettbewerb in seiner konkreten operativen Ausprägung als Interaktionssystem definieren.

⁷⁹⁵ H. Schröter, ebd., Vor Art. 101-109, Rn. 23 mit Fn. 70 („Funktionszusammenhang“, mit Verweis auf E.-J. Mestmäcker, Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs, Festschrift Böhm (1965), S. 345, 353 ff.): „notwendige Korrelate“.

⁷⁹⁶ Vgl. P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 125, S. 115.

⁷⁹⁷ Hierdurch wird der Bezug der EuGH *Keck*-Formel (Marktzutrittskriterium) sowie der Nachfolgerechtsprechung betreffend die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten, wie EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* bis *EuGH Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*, zu wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen besonders deutlich.

Jenseits der mannigfaltigen theoretischen Ansätze zu den einzelnen politischen, rechtlichen und ökonomischen Funktionen des Wettbewerbs ist der Wettbewerb systemisch bzw. operativ-funktionstechnisch betrachtet damit ein Instrument zur *Ordnung individueller Entscheidungen*, wobei die Entscheidungen „individuelle Freiheit“ auf der Basis von Privatautonomie voraussetzen.⁷⁹⁸ In dieser operativen Funktion ordnet der Wettbewerb im Binnenmarkt transnationale Tauscharrangements⁷⁹⁹, in dem er gleich frei bestimmte *Wettbewerbsstrategien* ermöglicht und hierdurch autonom definierte Leistungen auf der Angebotsseite schafft, welche der Marktgegenseite wahlfrei gegenüber stehen. Dies entspricht der von *Erich Hoppmann* definierten Freiheit zum Einsatz von Aktionsparametern im Parallelprozess (Angebotsseite) und der dazu spiegelbildlichen Freiheit der Marktgegenseite im Austauschprozess (Nachfrageseite), zwischen den Marktpartnern auf der Angebotsseite wählen zu können.⁸⁰⁰ Diese auf den Markt bezogene funktionale Interpretation unabhängiger Handlungen von Wirtschaftssubjekten, welche die Parameter ihrer wirtschaftlichen Leistungen (die Wirtschaftsobjekte) durch autonome Strategien bestimmen, entspricht dem prozessorientierten wettbewerbstheoretischen Ansatz, den insbesondere *Friedrich August von Hayek* vertreten hat.⁸⁰¹

Die *integrationspolitische Funktion des Wettbewerbs* (siehe zuvor a)) wirkt angesichts der Verknüpfungen von Werten, Zielen und Aufgaben in der Unionswirtschaftsverfassung auf diese operative Funktionsweise zurück. Da sich die Union u.a. auf den Werten der Freiheit und Gleichheit gründet (Art. 2 Satz 1 EUV), ist der Wettbewerb in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Lesart nach dem Vertrag von Lissabon damit auch zur Gewährleistung eben dieser Werte berufen, d.h. zur Gewährleistung von Gleichheit und Freiheit im Austauschprozess von Angebot und Nachfrage, unter Einbeziehung von Gerechtigkeitserwägungen (Art. 2 Satz 2 EUV) i.w.S.⁸⁰² Dem entspricht die wettbewerbstheoretische Auffassung der *Harvard School* und das Konzept des *funktionsfähigen*

⁷⁹⁸ P. Behrens, a.a.O. (1986), S. 14.

⁷⁹⁹ Dies zeigt sich auf der „operativen Ebene“ bzw. in der *operativen Funktion des Wettbewerbs* insbesondere in den Theoremen der Mikroökonomie, wie der *Angebotsentscheidung* eines Unternehmens mit dem Ziel der Gewinnmaximierung unter den Bedingungen von Kostenfunktionen, vgl. H. R. Varian, *Mikroökonomik* (2011), S. 444 ff. (Angebot), S. 385 ff. (Gewinnmaximierung) und der *Nachfrageentscheidung* der Marktgegenseite, mit den Paradigmen des Budgets und der Präferenzen sowie der Nutzenfunktion, vgl. H. R. Varian, ebd. (2011), S. 79 ff. (Entscheidung), S. 21 ff. (Budgetbeschränkung), S. 35 ff. (Präferenzen) und S. 57 ff. (Nutzen).

⁸⁰⁰ Zum Konzept der Wettbewerbsfreiheit nach *Erich Hoppmann* zusammenfassend W. Kerber/U. Schwalbe, a.a.O. Einl. Rn. 1035.

⁸⁰¹ Siehe hierzu die komprimierte Darstellung bei W. Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch* (2010), S. 159-161.

⁸⁰² Wettbewerbsgleichheit und Wettbewerbsfreiheit ergänzen sich dabei wechselseitig: Ohne Freiheit keine Gleichheit und ohne Gleichheit keine Freiheit („Theorie von Freiheit und Gleichheit“, vgl. G. Stratenwerth, *Freiheit und Gleichheit* (2007) passim, dort in der rechtsphilosophisch grundlegenden Dimension). Siehe hierzu in konzentrierter Form betr. den Wettbewerb H. Schröter, in: von der Groben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2015), Vor. Art. 101-109 AEUV, Rn. 16 (Freiheit) und Rn. 17 (Gleichheit). Im Ergebnis wird sich zeigen, dass Freiheit und Gleichheit als Werte der Union (Art. 2 Satz 1 EUV) in deren marktbezogenen (funktionalen) Form dem unionsrechtlichen Beschränkungsverbot als Prinzip zugrunde liegen (siehe unten Abschnitte F. und G.) und diese objektiv-rechtlich Maßstäbe via interne Politiken des AEUV subjektivrechtlich konkretisiert werden.

Wettbewerbs, nach dem auf der normativen Ebene von einem Bündel möglicher Ziele des Wettbewerbs bzw. der Wettbewerbspolitik (Multi Goal Approach) auszugehen ist.⁸⁰³ Gemäß dieser nach der Vertragsrevision von Lissabon bestehenden neuen „normativen Offenheit“, bezieht sich der Wettbewerb in der Struktur der Ziel gebundenen Wirtschafts- und Werteverfassung⁸⁰⁴ sowie der in ihr begründeten Teleologie einer Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken⁸⁰⁵ gleichfalls auf den an die Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit gebundenen Austauschprozess „im Markt“. Insofern entscheidet die inhaltliche Ausgestaltung des unionsrechtlichen Wettbewerbsbegriffs zugleich über die inhaltliche Ausgestaltung der Werte in ihrer marktbezogenen Form (Markt- und Wettbewerbs*freiheit* sowie Markt- und Wettbewerbs*gleichheit*). Als Voraussetzung für die Bestimmung des Wettbewerbs als Schutzobjekt des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot ist daher nachfolgend die Prinzipienfunktion des Wettbewerb zu definieren (hierzu 3.) und der Inhalt des Wettbewerbs zu bestimmen (hierzu 4.).

3. Definition der Prinzipienfunktion des Wettbewerbs

Die Prinzipienfunktion des Wettbewerbs folgt aus den zuvor dargelegten Zusammenhängen des Wettbewerbs als dem Binnenmarkt immanentes Strukturmerkmal (zuvor 1.) sowie der Systemfunktion des Wettbewerbs (zuvor 2.). Maßgeblich für die prinzipielle Dimension des Wettbewerbs sind die systemimmanenten „Koppelungen“ von Wettbewerb und Integration (Integrationspolitische Funktion des Wettbewerbs) sowie von Wirtschaftsintegration via Binnenmarkt als Tauschsystem und der Notwendigkeit zur Organisation individueller Planungen für den transnationalen Tausch (Funktion des Wettbewerbs als Interaktionssystem). *Hans-Peter Ipsen* hat die Prinzipienfunktion des Wettbewerbs zum Gemeinschaftsrecht (1972) wie folgt formuliert:

„Zum Gegenstand des Gemeinschaftsrechts, das den Gemeinsamen Markt mit den Mitteln des Rechts konstituiert, gehören auch Wettbewerbsregeln. Das erklärt sich indes nicht nur aus der Gefahr, daß Wettbewerbshindernisse privater Gestaltung die Marktfreiheit beschränken können, die die gemeinschaftsrechtliche Beseitigung staatlicher Hoheitsbeschränkungen gerade herstellt und sichert. Die gemeinschaftsrechtliche Regelung des Wettbewerbs im Sinne einer Sicherung der Wettbewerbsfreiheit der Marktbürger kann – von jener Wechselabhängigkeit abgesehen – auch als *prinzipielle Entscheidung der Gemeinschaftsverfassung für die Wettbewerbsfreiheit an sich und für ihre funktionelle Eignung als Mittel optimaler Marktentwicklung und Selbstregulierung* angesehen werden.“⁸⁰⁶ (Hervorhebung durch den Verf.).

Der Wettbewerb ist nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 1 AEUV operativ-systemfunktional gerichtet auf die „Verwirklichung“ und das „Funktionieren“ des Binnenmarktes. Er ist damit *das* notwendige Organisationsmodell für den transnati-

⁸⁰³ *W. Kerber/U. Schwalbe*, MüKo EuWettbR (2015), Einl. Rn. 83/84.

⁸⁰⁴ Siehe zuvor B. III.

⁸⁰⁵ Siehe in Fortführung zur Analyse bei B. in Kapitel 4 A.

⁸⁰⁶ *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), S. 607.

onalen Leistungsaustausch in Märkten. In systematisch-teleologischer Perspektive wurde bereits dargelegt (zuvor B.), dass die Fortgeltung der *Systemqualität*, wie sie unzweideutig in ex Art. 3 Abs. 1 Ziff. g EG normiert war, sowie die *Verknüpfung von Wettbewerb und Binnenmarkt*, wie sie ex Art. 4 Abs. 1 EG ausdrücklich formulierte, auch im EUV/AEUV i.V.m. dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb abgebildet ist. Der Wettbewerb ist damit das zu schützende Objekt des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot, da der zu schützende Gegenstand des Prinzips, nämlich das Binnenmarktprinzip (siehe zuvor D. I.), nach dem Telos der Werte- und Wirtschaftsverfassung zwingend den Wettbewerb zur Organisation des Gegenstandes (transnationaler Tausch) voraussetzt. Die „Doppelrolle“ des Wettbewerbs („Meta“-Funktion und „operative“ Funktion) folgt aus dessen zuvor dargelegten zweifachen Koppelung mit der verfassungsrechtlichen Ebene von Werten und Zielen der Union (Ebene des EUV) einerseits sowie andererseits aus der operationalen Rolle für den subjektiven Rechtsschutz via interne Politiken (Ebene des AEUV).

Die Prinzipienfunktion des Wettbewerbs prägt dessen Qualität als Strukturmerkmal der europäischen Wirtschaftsintegration, welches den übergeordneten Zielen der Integration, wie insbesondere der Friedenssicherung, verpflichtet ist. Da das Binnenmarktziel selbst auf dem Wettbewerb als Organisationsmodell beruht, kann bezüglich der Teilmenge der Normen im EUV und AEUV, welche explizit nur auf den Binnenmarkt bezogen sind, insoweit durchaus von einer *Wettbewerbsverfassung* (*Josef Drexl*)⁸⁰⁷ der Union gesprochen werden. Hierin zeigt sich in methodischer Perspektive betreffend die vertragsautonome systematisch-teleologische Auslegung abermals, dass die Normen des europäischen Wirtschaftsintegrationsrechts im Kontext der Werte- und Wirtschaftsverfassung wettbewerbsökonomisch zu interpretieren sind.

Der Wettbewerb fungiert damit als Prinzip (Wettbewerbsprinzip)⁸⁰⁸, welches auf der *Regelbildungsebene*, also betreffend das übergeordnete Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot, zur Umsetzung des Free Movement-Konzepts (als Bezugsgegenstand für Freiheit und Gleichheit) das zu schützende Objekt (Schutzobjekt) darstellt.

4. Inhaltsbestimmung des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt

Im Anschluss an die zuvor dargelegte Systemfunktion des Wettbewerbs und dessen Qualität als Prinzip, ist für die Begründung des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes nunmehr eine Inhaltsbestimmung notwendig. Welche Inhalte das Wettbewerbsprinzip umfasst, d.h. *was* der Maßstab Wettbewerb im Unionsrecht in Bezug auf die Sicherung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität zur Überwindung von Territorialität (Free Movement-Konzept) normativ konkret beinhaltet, erschließt sich nicht aus einer monistischen Sichtweise. Erforderlich ist eine

⁸⁰⁷ *J. Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 905 ff. Zum Verständnis der „Wettbewerbsverfassung“ nach *Walter Eucken* als „ethisches Anliegen“ siehe *M. Posluschny*, *Walter Eucken und Alfred Müller-Armack*, S. 21 mit Fn. 103.

⁸⁰⁸ *Helmut Schröter* spricht von „Institution“, vgl. *H. Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2015), Rn. 16: „Der Vertrag garantiert den Wettbewerb nicht zuletzt als Institution, durch die sich die allgemeinen Vertragsziele am besten erreichen lassen.“

vertragsautonome Qualifikation des Wettbewerbsbegriffs (dazu sogleich a)). Zudem bedürfen die *Entwicklungslinien der wettbewerbstheoretischen Konzepte* (dazu nachfolgend b)) und deren polyparadigmatischen wettbewerbstheoretischen Annahmen einer Reflektion unter normativen Gesichtspunkten. Denn die Inhaltsbestimmung des Wettbewerbsprinzips beruht auf einer Kombination ökonomischer und rechtlicher Aspekte, welche überdies entsprechend der Wettbewerbspolitik „evolütieren“. Hierzu lassen sich für den weiteren Gang der Untersuchung fünf Kategorien normativ-wettbewerbsökonomischer Gehalte formulieren (hierzu c)). Diese Gehalte bilden die Grundlage eines vertragsautonomen Wettbewerbsbegriffs (dazu d)), der eine unionspezifische Kombination wettbewerbstheoretischer Paradigmen umfasst. Dieser vertragsautonome Wettbewerbsbegriff bestimmt den Inhalt des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot.

a) *Vertragsautonome Qualifikation des Wettbewerbsbegriffs*

Da mit dem Schutz des Wettbewerbs (Wettbewerbspolitik) auch übergeordnete Interessen (Integrationspolitik) verfolgt werden, nämlich das Ziel einer Verwirklichung und Sicherung der Funktion des Binnenmarktes, damit die weitergehenden Integrationsziele (vgl. Präambel EUV, Art. 3 EUV) erreicht werden, steht der Wettbewerbsbegriff in Interdependenz zu anderen Politikbereichen. Die Konzeption „Wettbewerb“ darf daher nicht isoliert, d.h. weder bloß rechtstechnisch noch rein ökonomisch betrachtet werden. Hierbei ist überdies zu berücksichtigen, dass kein allgemeiner Konsens besteht, wie der zu *schützende* Wettbewerb bzw. der zu *schaffende* Wettbewerb in der Union auszu-sehen hat. Der normative Inhalt des Wettbewerbsbegriffs hängt deshalb von der ihm zugrundeliegenden wettbewerbstheoretischen Konzeption ab, welche wiederum mit der verfolgten Wettbewerbspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik einhergeht.⁸⁰⁹ Eine vertragsautonome Qualifikation des Wettbewerbsbegriffs ist also erforderlich.

Ausgehend von der fundamentalen Bedeutung des Wettbewerbs für die wirtschaftliche Integration und die Umsetzung des Binnenmarktziels ist eine unionsrechtliche Qualifikation für die Prinzipienbildung bereits deshalb erforderlich, da der Begriff Wettbewerb als „die“ zentrale Systemkomponente der „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) nicht abschließend definierbar ist. Ausgehend von der Klassik (*Adam Smith, David Ricardo*) und Neoklassik, der ordoliberalen Sichtweise der Freiburger Schule, über die Ansätze der Harvard School und Chicago School, bis hin zur sog. post Chicago School sowie zum sog. „more economic approach“, existiert eine erhebliche Vielfalt an Wettbewerbstheorien.⁸¹⁰ So lässt sich

⁸⁰⁹ In der Diskussion wird dabei oftmals zwischen dem Wettbewerbsprozess und der Wettbewerbsstruktur unterschieden, vgl. *K. Herdzina*, Wettbewerbspolitik (1999), S. 8.

⁸¹⁰ Siehe im Überblick zuletzt *C. Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 7 Grundzüge der Wettbewerbsökonomie, Rn. 1-71; *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: MüKo EuWettbR (2015), Einl., III. Wettbewerbskonzeptionen: ein theoriengeschichtlicher Überblick, Rn. 67-130; *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2012), Teil 1 I. Die historische Entwicklung des wettbewerbspolitischen Leitbildes, S. 3-30 (mit einer Konzentration auf das Konzept des wirksamen Wettbewerbs). Im historischen Überblick *B. Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens (2008), Abschnitt 3 Paradigmenwechsel in der Geschichte des ökonomischen Denkens, S. 33-128.

durchaus beklagen, dass unklar bleibt, wie der mit Hilfe der Wettbewerbspolitik herbeizuführende Wettbewerb überhaupt aussehen soll. *Carl Christian von Weizsäcker* formulierte hierzu die „Dauer-Frage“: Was ist Wettbewerb?⁸¹¹ Die „Antwort“ besteht in der Praxis darin, verschiedene theoretische Ansätze *polyparadigmatisch* für die Rechtsetzung und den Rechtsvollzug heranzuziehen. Weder im europäischen noch im deutschen Recht wird es angesichts der multipolaren Verknüpfungen von Wettbewerb und Gesellschaft, welche bereits *Adam Smith* beschäftigten und die auch heute noch eine umfangreiche Auseinandersetzung erfahren⁸¹², jemals eine verbindliche Festlegung auf ein allgemeingültiges Leitbild oder gar auf ein ausschließlich wettbewerbstheoretisches Modell geben können. Rechtsauslegung und Rechtsanwendung sind damit darauf verwiesen, die im jeweiligen Rechts- und Sachzusammenhang maßgeblichen Aspekte wertend herauszuarbeiten.⁸¹³

Für die vorliegend anzustellende Prinzipienbildung steht für die Ergründung der unionsrechtlichen Qualifikation des Wettbewerbsbegriffs und die Bestimmung des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot im Mittelpunkt, erstens inwieweit *freiheitsrechtliche* und *gleichheitsrechtliche* Aspekte den Begriff Wettbewerb prägen; zweitens wie die Gehalte von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit (Art. 2 EUV) sich in wettbewerbsoökonomischen Variablen ausdrücken. Hierfür sind zunächst die Entwicklungslinien der wettbewerbstheoretischen Konzepte zu betrachten (dazu nachfolgend b)) und daran anschließend die Verknüpfungen von normativen und ökonomischen Gehalten von Wettbewerbsfreiheit und -gleichheit zu definieren (dazu nachfolgend c)).

b) Die Entwicklungslinien der wettbewerbstheoretischen Konzepte

Ein Rückblick auf die Entwicklungslinien der wettbewerbstheoretischen Konzeptionen im Europarecht und deren jeweils vertretenen wettbewerbspolitischen Zielsetzungen zeigt, dass auf eine Phase der Kontinuität und eines deutlich normativ geprägten Wettbewerbsverständnisses eine Phase des dynamischen Wandels folgte, mit einer zuletzt immer deutlicheren „Ökonomisierung“ (more economic approach).

So wurde zu Beginn der europäischen Integration die Auslegung des Wettbewerbsbegriffs durch den Gerichtshof und die Kommission maßgeblich von der deutschen Wettbewerbspolitik bzw. der deutschen (Rechts- und Wirtschafts-)Wissenschaft beeinflusst, die einem *normativen Ansatz* folgend und überwiegend gemäß dem Ansatz des Ordoliberalismus der sog. Freiburger Schule⁸¹⁴ (insb. *Walter Eucken*, *Franz Böhm*,

⁸¹¹ Siehe *T. Heidrich*, a.a.O. (2009), S. 41/42 m.w.N.

⁸¹² *A. Sen*, *Ökonomie für den Menschen* (2002/2011), S. 145 ff.; *K.-H. Brodbeck*, *Buddhistische Wirtschaftsethik* (2011), S. 67-166.

⁸¹³ Ähnlich *K. M. Meessen*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Hrsg.), *Kartellrecht* (2009), Einf., Rn. 6.

⁸¹⁴ *J. Drexler*, *Wettbewerbsverfassung*, in: von *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 905 ff. Zum Verständnis der „Wettbewerbsverfassung“ nach *Walter Eucken* als „ethisches Anliegen“ siehe *M. Posluschny*, *Walter Eucken und Alfred Müller-Armack* (2006), S. 21 mit Fn. 103.

*Hans Großmann-Doerth*⁸¹⁵, vorrangig die *Sicherung der individuellen wirtschaftlichen Freiheit* in den Vordergrund stellte.⁸¹⁶ Hierbei ging es zuvorderst darum, vor dem historischen Hintergrund der Verwerfungen in Deutschland und Europa eine „innere Ordnung“ für den Markt zu finden, die Interventionismus erübrigt.⁸¹⁷ *Hans F. Zacher* hat dies als „Botschaft der sozialen Marktwirtschaft“, die in die Anfänge zur Schaffung der europäischen Wettbewerbsordnung eingeflossen ist (heute in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV als Leitbild der Union normiert), wie folgt zusammengefasst⁸¹⁸ (nachfolgend nur auszugsweise zitiert):

„Die Wiederherstellung der Dialektik von Freiheit und Recht, von Staat und Gesellschaft war eine ebenso selbstverständliche wie wesentliche Voraussetzung für das Gelingen des Gemeinwesens. [...] Dafür sprechen Argumente der *Freiheit zur Selbstverwirklichung der Menschen durch wirtschaftliche Betätigung*. Ebenso spricht dafür, dass der Nutzen, der sich dabei für die Einzelnen ergeben kann, diese anregt, zur Maximierung und Optimierung der Güterversorgung beizutragen. Der Ort, an dem sich *Freiheit und Gleichheit* so im wirtschaftlichen Geschehen in möglichst umfassender Allgemeinheit vollziehen, ist der Markt. Da a priori *chaotische Komplexität* dieses Geschehens verlangt jedoch nach einer *Ordnung*, welche das Gemeinwohlorientierte, von Freiheit und Gleichheit getragene Wesen eines ‚wahren Marktes‘ entfaltet und vor Vermachtung durch einzelne Marktteilnehmer oder Gruppen von Marktteilnehmern, aber auch vor politisch motivierten, fallweisen Interventionen des Staates schützt. Das *zentrale Prinzip*, den Gemeinwohl-orientierten Charakter des Marktes zu entfalten, *ist die Gewährleistung des Wettbewerbs*.“ (Hervorhebungen durch den Verf.)

Die Gehalte von Freiheit und Gleichheit zur „Ordnung“ der „chaotischen Komplexität“ wurden jedoch in Bezug auf die Funktion der Markt- und Wettbewerbsprozesse jenseits der („eigentlichen“) Freiburger Schule durchaus unterschiedlich gewichtet und sie unterlagen und unterliegen auch heute noch einem durchaus evolutiven Prozess.⁸¹⁹ So hat etwa *Erich Hoppmann* die Akzente seines freiheitsrechtlichen Ansatzes (Wettbewerbsfreiheit) im Laufe der Zeit mehrmals verschoben oder zum Teil sogar revidiert.⁸²⁰ Überhaupt ist für die wettbewerbstheoretische „Community“ kennzeichnend, dass sich die Konzeptionen gegenseitig inspirieren, ergänzen oder sogar überschneiden

⁸¹⁵ Das wissenschaftliche und politische Zusammenwirken der Freiburger Akademischen Kreise im Widerstand gegen den Nationalsozialismus sowie für die Konzeptionierung der Sozialen Marktwirtschaft hat *Hugo Ott* plastisch in der zeitgeschichtlichen Perspektive nachgezeichnet, *H. Ott*, Die Freiburger Kreise – Der Freiburger Kreis, in: H. Maier (Hrsg.), Die Freiburger Kreise (2014), S. 25 ff. insb. S. 27: „die Keimzelle der ‚Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten‘.“

⁸¹⁶ *W. Kerber/U. Schwalbe*, MüKo EuWettbR (2007), Einl. Rn. 986

⁸¹⁷ *H. F. Zacher*, Freiburger Kreise – ihr Ort in der europäischen Geschichte, in: H. Maier (Hrsg.), Die Freiburger Kreise (2014), S. 245, 248.

⁸¹⁸ *H. F. Zacher*, ebd. (2014), S. 246/247.

⁸¹⁹ *Thomas Heidrich* hat dies umfassend systemisch analysiert, in seinen Gedanken zu alternativem Denken zu dem more economic approach, vgl. *T. Heidrich*, Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma der Wettbewerbstheorie (2009) passim, S. 102 ff. zum Ordoliberalismus.

⁸²⁰ *T. Heidrich*, ebd. (2009), S. 273 ff. „Konzept der Wettbewerbsfreiheit (Hoppmann I)“ und S. 283 ff. „Umfassender systemtheoretischer Ansatz (Hoppmann II)“.

und damit eine präzise Zuordnung in einigen Bereichen kaum möglich ist.⁸²¹ So wurde etwa das Konzept vom *funktionsfähigen Wettbewerb / workable competition* (J. M. Clark, 1940)⁸²² wiederum von dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit kritisiert⁸²³, wobei sich aber auch das Konzept des „wirksamen Wettbewerbs“ selbst verändert bzw. weiterentwickelt hat. Unter dem Einfluss der sog. *Chicago School* und der sog. *Post Chicago Ansätze* kommt einem strikt *ökonomischen Ansatz*, d.h. der ökonomischen Effizienz sowie dem Wohlfahrtsgedanken und damit der Einzelfallanalyse unter Zugrundelegung empirischer Daten – in Anlehnung an den Rule of Reason-Ansatz –, ein deutlich höheres Gewicht zu. Diese Entwicklung hin zu einem sog. *more economic approach* bzw. *effects based approach*, propagiert losgelöst von dem lange vorherrschenden Freiheits- und Strukturansatz eine Forcierung⁸²⁴ der Einzelfallanalyse zu vornehmlich ökonomischen Effekten einer Maßnahme, unter Zugrundelegung industrieökonomischer Ansätze, der Spieltheorie sowie empirischer Untersuchungen. Diese widerstreitenden wettbewerbstheoretischen Konzepte von per se Regel (normativer Ansatz) und Rule of Reason (ökonomischer Ansatz) stehen sich bei der Auslegung des Wettbewerbsbegriffs auf Unionsebene derzeit gegenüber⁸²⁵, wengleich der *more economic approach* zuletzt durch das „*Intel-Verfahren*“ (T-286/09) eine deutliche Relativierung erfahren hat.⁸²⁶

⁸²¹ Siehe etwa Klaus Herdzina, der zwischen Idealtypen und Realtypen differenziert, wobei zwei idealtypische Grundpositionen angenommen werden – wohlfahrtsökonomischer und der systemtheoretischer Ansatz –, aus denen sich wiederum realtypische wettbewerbspolitische Konzeptionen herleiten, vgl. K. Herdzina, Wettbewerbspolitik (1991), 3.1, S. 108 ff.

⁸²² I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2012), S. S. 12-14, dort zur weiteren Entwicklung betreffend die Modellannahme vollständiger Konkurrenz und dem Umgang mit Marktunvollkommenheiten („Gegengiftthese“/remedial imperfections/Theorie des Zweitbesten).

⁸²³ Berühmt geworden als die sog. „Kantzenbach/Hoppmann-Kontroverse“. Erhard Kantzenbach entwarf ein wettbewerbspolitisch praktikables Konzept („Instrument“) für den Ansatz des funktionsfähigen Wettbewerbs (J. M. Clark, Competition as a Dynamic Process (1961)), wobei er insbesondere Überlegungen zum dem Kausalzusammenhang von Marktstruktur und Wettbewerbsintensität (weites Oligopol vs. enges Oligopol vs. Polypol) anstellte. Erhard Kantzenbach hatte ursprünglich das Ziel der Wettbewerbsfreiheit (i.S.v. Erich Hoppmann) nicht in seine Wohlfahrtsfunktionsbetrachtung aufgenommen, vgl. I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2012), S. 14-17. E. Kantzenbach, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität: Eine Erwiderung auf den gleichnamigen Besprechungsaufsatz von Erich Hoppmann, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 181, 1967/1968, S. 193 ff.

⁸²⁴ Hier wird nur von „Forcierung“ gesprochen, weil insoweit nicht der Auffassung gefolgt wird, dass die *Chicago School* einen ausschließlichen Übergang von per se Regeln zur Rule of Reason fordert. So stellen einige Vertreter, welche der *Chicago School* zugeschrieben werden, wie etwa Bork, Epstein oder Easterbrook darauf ab, dass nicht in jedem Fall eine ausführliche Einzelfallanalyse erforderlich ist. Siehe hierzu und zu den möglichen Gründen für dieses „Missverständnis“ bei der Bewertung des *more economic approach* T. Heidrich, a.a.O. S. 363, 364.

⁸²⁵ Eine tabellarische Übersicht von *Chicago School* (Konsumentenwohlfahrt, „statische Effizienz“ als Preis-Mengen-Beziehung), *Harvard School* (Dynamische Effizienz) und *Austrian School* (Wettbewerbsfreiheit, Ablehnung wohlfahrtsökonomischer Effizienzkonzepte) findet sich bei I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2012), S. 30 Tab. 1.

⁸²⁶ Dazu S. Wernicke, Das Intel-Urteil des EuG – ein Lehrstück dogmatischer Kontinuität, EuZW 2015, S. 19 ff., 22: „Indem anstatt vager ökonomischer Vermutungen erneut der Topos der Marktstruktur in den Fokus gerückt wurde, konnte dogmatische Klarheit gewonnen werden.“

Für den in diesem Abschnitt für die Prinzipienbildung verfolgten Zweck einer Inhaltbestimmung des Wettbewerbsprinzips in dessen Funktion als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot verdeutlichen die zuvor grob skizzierten Entwicklungslinien wettbewerbstheoretischer Konzeptionen, dass diese jeweils keine ausschließliche Geltung für sich beanspruchen können.⁸²⁷ Für die Inhaltsbestimmung des Wettbewerbsbegriffs auf der Ebene des Prinzips besteht die Aufgabe darin, dem vorliegend vertretenen normativ-funktionalen Ansatz entsprechend, die Verbindung von wettbewerbsökonomischen Annahmen und deren Variablen zu den Gehalten von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit in der Funktion des Wettbewerbs als Schutzobjekt des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot zu definieren. Die im Schrifttum vorhandenen Darstellungen verschiedener Schulen und deren Wettbewerbstheorien bzw. wettbewerbstheoretischen Paradigmen⁸²⁸, müssen für die Lösung dieser Definitionsaufgabe nicht nachgezeichnet werden, vielmehr wird auf diese nachstehend bei den einzelnen funktionalen Betrachtungen, soweit erforderlich, gezielt Bezug genommen.

c) *Kategorien normativ-wettbewerbsökonomischer Gehalte*

Zur inhaltlichen Bestimmung des Wettbewerbsprinzips lassen sich fünf Kategorien normativ-wettbewerbsökonomischer Gehalte formulieren (nachfolgend aa) bis ee)), welche jeweils eine wettbewerbstheoretisch fundierte Verbindung von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit mit wettbewerbsökonomischen Variablen repräsentieren und sich im Ergebnis zu einem vertragsautonomen - polyparadigmatischen – Wettbewerbsbegriff summieren lassen.

aa) *Freiheitsparadigma (Entscheidungsfreiheit, Marktverhalten)*

Nach dem Ordoliberalismus der *Freiburger Schule* ist ein wesentlicher Aspekt des Wettbewerbs die dezentrale Plankoordination durch den Markt, mit einem sich selbst regulierendem Koordinationsverfahren, dem Preismechanismus. Hierzu wird angenommen, dass das Marktpreissystem im Laufe unbestimmt vieler individueller Tastversuche, auf der Basis *individueller Freiheit* bzw. „freiem Wirken des Einzelinteresses“⁸²⁹, und unbestimmt vieler individueller Reaktionen darauf⁸³⁰, ohne Beschluss oder Vereinbarung entsteht.⁸³¹ Die Koordination dürfe jedoch nicht sich selbst überlassen werden, da eine Tendenz zur Monopolisierung bestehe.⁸³² *Walter Eucken*⁸³³ formuliert

⁸²⁷ Siehe hierzu auch die Darstellung bei *W. Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch* (2010), S. 118 ff.

⁸²⁸ Siehe nur die Darstellungen von *C. Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 7 Grundzüge der Wettbewerbsökonomie; *F. J. Säcker*, in: *MüKo EuWettbR* (2015), Einl. A. Die rechtspolitischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts; *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: ebd. (2015), Einl. B. Die ökonomischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts; *T. Heidrich*, *Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie* (2009) passim.

⁸²⁹ *W. Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (1952/2004), S. 357.

⁸³⁰ Die Reaktion erfolgt durch den Gebrauch von „Aktionsparametern“, worin sich die Verbindungslinie zu dem Konzept des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ aufzeigt, dazu sogleich unter bb).

⁸³¹ *F. Böhm*, zitiert nach *T. Heidrich*, a.a.O. (2009), S. 106, Fn. 446.

⁸³² *W. Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (1952/2004), S. 30/31.

in diesem Zusammenhang, dass die „unsichtbare Hand“ des Wettbewerbs nicht ohne weiteres Formen schaffe, in denen Einzelinteresse und Gesamtinteresse aufeinander abgestimmt seien.⁸³⁴ Es komme daher auf die *Definition des richtigen Ausmaßes an Freiheit* an.⁸³⁵ Dafür sei eine Wettbewerbsordnung erforderlich, die einen Rahmen schaffe, in dem die *freie Betätigung des Einzelnen durch die Freiheitssphäre des Anderen begrenzt werde* und so die menschlichen Freiheitsbereiche in das Gleichgewicht gelangen.⁸³⁶ Als wirtschaftsverfassungsrechtliches Grundprinzip gelte dabei die Herstellung eines *funktionsfähigen Preissystems vollständiger Konkurrenz* als wesentliches Kriterium jeder wirtschaftspolitischen Maßnahme. Zu den konstituierenden Prinzipien für diese Wettbewerbsordnung gehören *offene Märkte*⁸³⁷, *Privateigentum*, *Vertragsfreiheit* und *Haftung*.⁸³⁸ Kennzeichnend für diesen Ansatz ist eine Fokussierung auf den Preismechanismus, die Garantien der „Privatgesellschaft“ und das Monopolproblem, d.h. die Kontrolle von Monopolen durch staatliche Macht, konkret durch Regulierungsbefugnisse. Ersichtlich beruht die Konzeption der Art. 30 AEUV (Zollverbot), Art. 110-112 AEUV (Steuerbeschränkungsverbote) sowie Art. 37 AEUV und Art. 101, 102 AEUV auf Aspekten der „Preis- und Monopoltheorie“ in Fortführung klassischer freihandelsrechtlicher Konzepte.

Ausgehend von der ordoliberalen Grundauffassung und beeinflusst von dem Paradigma des dynamischen Wettbewerbs sowie der Marktprozessstheorie, entwickelte *Erich Hoppmann* mit seinem *Konzept der Wettbewerbsfreiheit* ein Leitbild, mit welchem er sich gegen das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs stellte.⁸³⁹ Er kritisierte insbesondere das Verständnis, Wettbewerb lediglich als Mittel zur Erreichung ökonomischer Ziele (Effizienz) zu verstehen. Nach *Erich Hoppmann* zeigt sich die notwendige Freiheit im Wettbewerb dabei einerseits in der Freiheit der Wirtschaftssubjekte im Einsatz ihrer *Aktionsparameter*⁸⁴⁰ (Freiheit im Parallelprozess) als auch in der (Wahl-)Freiheit, zwischen den Marktpartnern zu wechseln (Freiheit im Austauschprozess). Dabei greift er auf zentrale Gedanken der *Freiburger Schule* sowie auf *Friedrich August von Hayeks* Konzept der Herrschaft des Gesetzes (Rule of Law) zurück, und vertritt eine am *Marktverhalten* ausgerichtete Wettbewerbspolitik, in der durch per se Regeln bestimmte Verhaltensweisen a priori verboten sein sollen (per se Verbote). Dieser Ansatz spiegelt sich noch heute deutlich z.B. in den Regelbeispielen der Art. 101, 102 AEUV wieder bzw. im Konzept der sog. Hardcore-Kartelle bzw. sog. „Kernbeschränkungen“ oder auch „schwarzen Klauseln“. Nach *Friedrich August von Hayek* ist der Wettbewerb auch als sog. *Entdeckungsverfahren* zu qualifizieren. Herausgestellt wird damit der

⁸³³ Ein komprimierter Überblick zu den „geistigen Grundlagen des Ordoliberalismus“ nach Walter Eucken findet sich bei *M. Posluschny*, Walter Eucken und Alfred Müller-Armack (2006), S. 2-9.

⁸³⁴ *W. Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952/2004), S. 360.

⁸³⁵ Siehe hierzu *T. Heidrich*, a.a.O. (2009), S. 104, mit Nachweisen in Fn. 437.

⁸³⁶ *W. Eucken*, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO, Band 2 (1949), S. 1-99, S. 27.

⁸³⁷ *W. Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952/2004), S. 264-270.

⁸³⁸ *W. Eucken*, ebd. (1952/2004), S. 270-285.

⁸³⁹ Siehe bei *W. Kerber/U.Schwalbe*, in: MüKo EuWettbR (2007), Einl. Rn. 1035.

⁸⁴⁰ Siehe zu der Variable „Aktionsparameter“ sogleich noch unter bb).

Funktionszusammenhang von Koordination individueller Entscheidungen und Wissen, womit die Suche nach neuem, besserem *Wissen* über die Zusammenhänge wiederum selbst eine zentrale Funktion des Wettbewerbs darstellt. Da *Friedrich August von Hayek* davon ausgeht, dass wegen des Problems der „konstitutionellen Unwissenheit“ die Gewährleistung individueller Freiheit erforderlich ist, stellt er sogleich die individuelle Facette als *Funktionsbedingung* in den Mittelpunkt.

Über den Aspekt des i.w.S. „Sozialen“, welchen zuletzt insbesondere auch die Ansätze einer ökonomischen Ethik in Bezug nehmen, wie etwa *Andreas Suchanek*,⁸⁴¹ kann darüber hinausgehend ein Zusammenhang von Wettbewerb und der Organisation bzw. Funktion menschlichen Zusammenlebens in den Wettbewerbsbegriff einbezogen werden. Nach *Alfred Müller Armack* gelten auf der Basis freiheitlicher Grundwerte der Christlichen Soziallehre, die Freiheit und die soziale Gerechtigkeit als ordnungspolitische Grundprinzipien.⁸⁴² Hierzu formuliert *Alfred Müller-Armack*, „bloße Freiheit könnte zum leeren Begriff werden, wenn sie sich nicht mit der sozialen Gerechtigkeit als verpflichtender Aufgabe verbände“.⁸⁴³ So betont auch *Andreas Suchanek*, dass die gewachsenen Möglichkeiten individueller Handlungsspielräume im Sinne von „Freiheit“ nicht bedeuten, dass jedes Individuum gänzlich unabhängig von anderen handeln würde. Jedes Individuum sei auf die Kooperation bzw. Mitarbeit anderer angewiesen. Daraus folge, dass aus einem „Mehr an Handlungsmöglichkeiten“ zugleich auch ein „Mehr an Abhängigkeiten“ entstehe. Individualisierung (Freiheit) bedeute daher nicht Entsozialisierung.⁸⁴⁴ Genau dieser Zusammenhang kann im Verhältnis der Querschnittsklauseln bzw. nicht-ökonomischer Politiken der Union zu dem Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzip berücksichtigt werden.

Eine Entscheidung für das eine – z.B. Primat der Wettbewerbspolitik – oder das andere – z.B. Vorrang der Sozialpolitik – ist daher auf der Ebene der Prinzipienbildung für den Wettbewerbsbegriff der Union a priori weder möglich noch nötig. Generalisierend ist nicht bestimmbar, ob das Ziel der Effizienz (Konsumenten- bzw. Gesamtwohlfahrt) oder die Freiheit anderer (der Konkurrenten) „absoluten“ Vorrang hat. Ein Gleichgewicht kann und muss vielmehr auf der Ebene der Anwendung über eine wertende Abwägungsentscheidung im Einzelfall bei der Prüfung der internen Politiken mittels einer Abwägung im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen (siehe dazu Kapitel 5 C und Kapitel 6 B. und C.). Maßgeblich für den Wettbewerbsbegriff im Rahmen des Prinzips ist vielmehr die Verbindung von individueller Freiheit als Entscheidungsfreiheit (rechtlicher Maßstab) und Marktverhalten via Aktionsparameter (wettbewerbsökonomische Variable).

⁸⁴¹ *A. Suchanek*, *Ökonomische Ethik* (2007), passim.

⁸⁴² *M. Posluschny*, a.a.O., S. 10.

⁸⁴³ Siehe bereits das Zitat vor der Einleitung, *A. Müller-Armack*, *Die Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft* (1974), S. 90.

⁸⁴⁴ *A. Suchanek*, *Ökonomische Ethik* (2007), S. 21.

bb) Funktionsfähiger Wettbewerb (Wettbewerbsformen, Aktionsparameter)

Dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (workable competition) liegt eine Relativierung der neoklassischen Annahme der vollständigen Konkurrenz zugrunde, insofern, als zwar von vollkommenem Wettbewerb als politischem Leitbild ausgegangen wird, aber unter Akzeptanz nicht zu vermeidender sog. Unvollkommenheiten. Eine Konsequenz aus dieser Einsicht ist, dass *Wettbewerbsformen als Ziel* bestimmt werden müssen. Charakteristisch für diesen Ansatz, der heute auch als Modell eines *wirksamen Wettbewerbs* definiert wird⁸⁴⁵, ist ein dynamisches Verständnis von Wettbewerb, der durch einen Prozess von Vorstoß- und Folgephasen gekennzeichnet ist. Der dadurch entstehende Wettbewerbsdruck auf Preise und Kosten zwingt die konkurrierenden Wirtschaftssubjekte zu einem ökonomisch rationalen Verhalten.⁸⁴⁶

Der *tatsächliche Wettbewerb* resultiert in diesem Modell aus dem Einsatz verschiedener *Aktionsparameter* – hiermit besteht eine Verbindungslinie zu den Handlungsmöglichkeiten auf der Basis individueller Freiheit / Entscheidungsfreiheit (*Freiburger Schule*) und zur Freiheit im Parallelprozess (*Erich Hoppmann*)⁸⁴⁷ -, wobei Art und Umfang deren Einsatzes von zahlreichen Faktoren abhängt, wie dem Unternehmenstypus, der Marktphase, der Marktform sowie von Marktzutrittsschranken.⁸⁴⁸ Hierzu wurden typische Zusammenhänge definiert.⁸⁴⁹ Ein ähnliches Verständnis liegt teilweise auch dem Schrifttum zum strategischen Management in Unternehmen bzw. den Ansätzen zur Analyse von Unternehmensstrategien im Wettbewerb zugrunde.⁸⁵⁰

Dieser Ansatz einer Systematisierung von wettbewerbsökonomischen „Gesetzmäßigkeiten“ über *Wettbewerbsformen und deren Aktionsparameter* ist für den Wettbewerbsbegriff auf der Ebene des Prinzips von entscheidender Bedeutung, da hiermit die rechtlichen Maßstäbe der Freiheit und Gleichheit (Law) mit wettbewerbsökonomischen Variablen, hier Aktionsparametern (Economics), systematisch in Verbindung gebracht werden. Somit umfasst der Wettbewerb die *systemischen Zusammenhänge von Freiheit, Gleichheit und Wettbewerbsform*, im Sinne einer Typik des Interaktionssystems Wettbewerb. Freiheit (freie Entscheidung) und Gleichheit (gleich freie Entscheidung) beziehen sich hiernach auf den Einsatz von Aktionsparametern bzgl. bestimmter Wettbewerbsformen. Im weiteren Gang der Untersuchung werden diese Zusammenhänge methodisch bei der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreihei-

⁸⁴⁵ Siehe *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2012), S. 77 ff.

⁸⁴⁶ *I. Schmidt*, a.a.O. (2012), S. 77.

⁸⁴⁷ Siehe zuvor unter aa).

⁸⁴⁸ *I. Schmidt*, a.a.O. (2012), S. 78.

⁸⁴⁹ *E. Heuss*, Allgemeine Markttheorie (1965), S. 6 ff. (Die theoretische Ausgangslage), S. 25 ff. (Die Entwicklungsphasen des Marktes), S. 105 ff. (Marktprozeß und Unternehmertypus), S. 145 ff. (Die Gleich- und Verschiedenartigkeit), S. 212 ff. (Die Zeit), S. 262 ff. (Der wirtschaftspolitische Standort). siehe hierzu die tabellarische Darstellung einer Übersicht zu den typischen Zusammenhängen zwischen Marktphase, Unternehmenstypus, Marktform, Marktzutrittsschranken, Aktionsparametern, Gewinnraten und wettbewerbspolitischen Maßnahmen in Anlehnung an Ernst Heuss, bei *I. Schmidt*, a.a.O. (2012), S. 79.

⁸⁵⁰ Siehe nur *R. M. Grant*, Strategische Unternehmensführung (2014) passim; *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), passim.

ten mithilfe einer wettbewerbsökonomischen Analysematrix⁸⁵¹ auf der Regelbildungsebene sowie bei der Konkretisierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot⁸⁵² auf der Anwendungsebene nutzbar gemacht.

cc) Contestable Markets (Marktzutrittsschranken, Wettbewerbsstrategien)

Nach der Theorie der Contestable Markets⁸⁵³ stehen *Marktzutrittsschranken*⁸⁵⁴ als Maßstab für die Wettbewerbsanalyse im Vordergrund. Nach diesem Paradigma beschränkt bei der Abwesenheit von Marktzutrittsschranken bereits die bloße Drohung mit dem Markteintritt die Macht der etablierten Unternehmen, und führt zugleich zu einem statischen Wohlfahrtsoptimum. Diese Konzentration auf den Schutz des *potenziellen Wettbewerbs* geht von der Prämisse aus, dass eine hohe Anzahl potenzieller Konkurrenten bzw. überhaupt das Vorhandensein potenzieller Konkurrenz dazu führt, dass die Tauschverhältnisse „offen“ bleiben. Dabei untersucht und konkretisiert diese Denkrichtung die Bedingungen, unter denen der *Marktzutritt und -austritt* frei von Schranken ist. Die hierzu entwickelte Theorie der *strategischen* Marktzutrittsschranken bietet typische Szenarien, in denen Hindernisse für den Markteintritt oder Marktaustritt bestehen.⁸⁵⁵ Wettbewerbspolitisches Ziel ist hier die Offenhaltung der Märkte, das heißt durch politische und rechtliche Rahmenbedingungen dafür Sorge zu tragen, dass eine „Angreifbarkeit“ von Märkten soweit wie möglich besteht.

Dieser Ansatz, welcher sich normativ aus der Systemfunktion des Wettbewerbs im Unionsrecht ableiten lässt (siehe zuvor 2.), und sich zudem ausdrücklich in den Art. 119, 120 AEUV widerspiegelt („Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“), findet sich überdies in der *Keck-Rechtsprechung*⁸⁵⁶ sowie in der Rechtsprechungslinie *Kommission/Italien (Anhänger)*⁸⁵⁷ bis *Mickelsson & Roos*⁸⁵⁸, welche auf den Aspekt des Marktzugangs und die Offenheit der Märkte rekurren. Für die Prinzipienbildung und die Funktion des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot⁸⁵⁹ ist hierbei entscheidend, dass der Wettbewerbsbegriff damit eine systemische Verknüpfung von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit mit dem Prozess von Marktzutritt/Marktaustritt umfasst. Damit ist auch der sequentielle

⁸⁵¹ Kapitel 4 B. I. 3.

⁸⁵² Kapitel 6 A. II. und III.

⁸⁵³ Im Überblick *U. Kerber/W. Schwalbe*, a.a.O. (2015), Einl., Rn. 95/96 und Rn. 274.

⁸⁵⁴ Grundlegend zu Marktzutrittsschranken *J. S. Bain*, *Barriers to New Competition* (1956/1965) passim. Zum theoretischen Fundament insb. *C. C. von Weizsäcker*, *Barriers to Entry – A Theoretical Treatment* (1980) passim. Siehe umfassend zu Markteintrittsbarrieren im Kontext von Unternehmensstrategien mit einer Fallstudie *M. Minderlein*, *Markteintrittsbarrieren und Unternehmensstrategie* (1989) passim, sowie zum Theorem der contestable markets S. 25 f.

⁸⁵⁵ *U. Kerber/W. Schwalbe*, in: MüKo EuWettbR (2015), Einl., Rn. 115/116 und Rn. 277-283; siehe in der spieltheoretisch geprägten Aufbereitung *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (2008), S. 13/14 mit Abbildung A.3 „Typen und Erscheinungsformen von Markteintrittsbarrieren“ und S. 15/16 mit Abbildung A.4 („Abschreckung oder Zulassung des Eintritts“) sowie S. 39 ff. zur „ökonomischen Logik der strategischen Analyse von zweistufigen Wettbewerbsprozessen (Strategietaxonomie).

⁸⁵⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

⁸⁵⁷ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

⁸⁵⁸ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

Prozess von Marktaustritt (aus dem aktuellen Wettbewerb) und Marktzutritt (in den potenziellen Wettbewerb) freiheits- und gleichheitsrechtlich zu schützen.

dd) Das SVE-Paradigma (Markt-Struktur/-Verhalten/-Ergebnis)

Auf der Basis der These vollkommener Konkurrenz als wettbewerbspolitisches Leitbild steht im *neoklassischen Modell des vollkommenen Wettbewerbs*⁸⁵⁹ mit Blick auf die Marktstruktur und das Marktverhalten die Allokation der Produktionsfaktoren im Vordergrund. Ebenso konzentriert sich die *empirische Industrieökonomik* auf die *Marktstruktur, das Marktverhalten und das Marktergebnis*⁸⁶⁰, jedoch in Abkehr von den Annahmen des Modells vollständiger Konkurrenz, unter Einbeziehung der jeweiligen (kausalen) Wechselbeziehungen zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis als dynamische Aspekte (sog. SVE-Paradigma bzw. SCP, Structure, Conduct, Performance). *Wolfgang Kerber* und *Ulrich Schwalbe* formulieren hierzu, dass die „Ansätze des SVE-Paradigmas, der empirischen Industrieökonomik und der aus den Workability-Konzepten sich entwickelnden Harvard School bzw. des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs, eine eng miteinander verzahnte konzeptionelle Einheit darstellen“.⁸⁶¹ Wichtigster Bezugsmaßstab des Paradigmas ist die *Marktstruktur als Ergebnis des Wettbewerbsprozesses*, wobei sich die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nach dem Grad der Erfüllung der *Wettbewerbsfunktionen*, welche politisch bestimmte Ziele darstellen, richten soll.⁸⁶² Ausgehend von (mikroökonomischen) Randbedingungen untersucht die Industrieökonomie somit in Bezug auf den Wettbewerb das Zusammenspiel von *Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis* (sog. industrieökonomisches Paradigma, der *Industrial Organization Forschung*⁸⁶³).

Bestandteile dieses Ansatzes finden sich in der Praxis des Kartellrechts bei der Bestimmung des relevanten Marktes, der Bestimmung von Marktanteilen als Ausdruck des Konzentrationsgrades und nicht zuletzt bei der Bestimmung von *Marktzutrittsschranken* als Teil der Analyse von Marktstrukturfaktoren.⁸⁶⁴ Das industrieökonomische Paradigma bildet auf der Basis einer Kausalitätsbeziehung zwischen den bereits erwähnten drei Elementen - Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnis - den Rahmen für eine Analyse unternehmensexterner⁸⁶⁵ Interaktionen. Gefragt wird also nach dem Einfluss, den

⁸⁵⁹ Als i.w.S. „Vorläufer“ der Harvard School, der Chicago School sowie der Theorie der Contestable Markets, vgl. *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: MüKo EuWettbR (2015), Einl., Rn. 70/71 und Rn. 78.

⁸⁶⁰ *W. Kerber/U. Schwalbe*, ebd. (2015), Einl. Rn. 78.

⁸⁶¹ *W. Kerber/U. Schwalbe*, ebd. Rn. 78.

⁸⁶² *T. Heidrich*, a.a.O. (2009), S. 83, Fn. 327.

⁸⁶³ *W. Kerber / U. Schwalbe*, a.a.O. (2015), Einl., Rn. 81/82.

⁸⁶⁴ Siehe hierzu *G. Knieps*, Wettbewerbsökonomie (2005), 3.3.3 Marktzutrittsschranken nach Bain, S. 52 sowie ausführlich zu dem Prinzip offener Märkte und Marktzutrittsschranken, 1.4 Marktzutritt, S. 13 ff.

⁸⁶⁵ Die Analyse interner Unternehmensvariablen und deren Bedeutung für die Position im Wettbewerb erfolgt mit anderen Methoden, wie etwa der *SWOT-Analyse* (Strengths, Weakness, Opportunities, Threats), also der Betrachtung relativer Stärken, Schwächen, Möglichkeiten und Risiken. Siehe zur Analyse der unternehmensinternen Situation *H. Hungenberg*, Strategisches Management in Unternehmen (2011), S. 88 ff. (SWOT-Analyse), S. 195 ff. (Formulierung und Auswahl von Strategien auf Geschäftsfeldebene).

die Struktur (die Organisation) des Marktes bzw. der Branche – von *Joe S. Bain*⁸⁶⁶ als „Industrie“ bezeichnet – auf das Verhalten und damit den wirtschaftlichen Erfolg der Akteure hat. Während die *Marktstruktur* unter anderem beschreibt, wie der Markt vom Konzentrationsgrad her beschaffen ist (Monopol, Dyopol, Oligopol etc.) und sich die Branche - bzw. der untersuchte Teilmarkt des Binnenmarktes - darstellt bzgl. Eintrittsbarrieren, Differenzierung der angebotenen Leistung (Produkte), vertikale Integration etc., erfasst das *Marktverhalten* die möglichen Aktionsparameter (z.B. Preis, Menge, Marketing, Innovation). Das *Marktergebnis* ist im Sinne der Gewinnmaximierung aus der Sicht des einzelnen Wirtschaftssubjektes (Unternehmen oder natürliche Person) zu betrachten. Aus der Perspektive der Marktgegenseite ist dies der Nutzen (Nutzenmaximierung).⁸⁶⁷ Das Konzept basiert auf dem Gedanken, dass Marktunvollkommenheiten unabdingbar sind, da einerseits vollkommene Konkurrenz nicht der Marktrealität entspricht und andererseits Unvollkommenheiten sogar nützlich sein können – z.B. im Innovationswettbewerb –, da hier nur bei einem Abweichen von der vollständigen Konkurrenz (Nullgewinnannahme) ein Anreiz für Innovation besteht.

Die industrieökonomischen Ansätze, insbesondere das SVE-Paradigma, stehen in engem Zusammenhang mit der Prüfung des Marktzugangskriteriums, wie es in der jüngeren EuGH-Rechtsprechung der *Kommission/Italien (Anhänger)*⁸⁶⁸ bis *Mickelsson & Roos*-Rechtsprechungslinie⁸⁶⁹ angedeutet wird. Auch zeigen sich Ähnlichkeiten bzw. sogar Entsprechungen zu den Annahmen des Ordoliberalismus, denn das Abstellen auf die Marktstruktur korreliert durchaus mit der Bedeutung des (Ordnungs-)Rahmens für den Markt im Sinne einer „Funktionsbedingung“ für den Tauschprozess von Angebot und Annahme. Das Marktverhalten wiederum korreliert mit der vom Ordoliberalismus betonten individuellen Freiheit bzw. Entscheidungsfreiheit, insbesondere als Bedingung für die Freiheit im Parallelprozess, d.h. den freien Einsatz von Aktionsparametern.

Für die Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs auf der Ebene der Prinzipienbildung ist maßgeblich, dass sich Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit sowohl auf den Schutz des Marktverhaltens respektive die individuelle Freiheit (Aktionsparameter) als auch auf den Schutz der Marktstruktur (Funktionsbedingungen) erstrecken. Das Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens muss folglich auch diese Gehalte umfassen, welche sodann auch auf die Anwendungsebene zu transformieren sind.

⁸⁶⁶ *J. S. Bain*, *Barriers to New Competition* (1956/1965), S. 1 “The Importance of the condition of entry [...] Actual competition versus the threat of entry: When competition is named as a regulator of enterprise outputs and prices, it is usually the competition among the firms already established in this or that *industry* which is emphasized.” (Hervorhebung durch den Verf.).

⁸⁶⁷ Zu den mikroökonomischen Paradigmen der Gewinn- und Nutzenmaximierung siehe mit praktischen Beispielen *P. Bofinger*, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Eine Einführung in die Wissenschaft von Märkten* (2003), S. 96 ff. (Nutzenmaximierung der Nachfrageseite) und S. 120 ff. (Gewinnmaximierung der Angebotsseite).

⁸⁶⁸ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

⁸⁶⁹ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

ee) More economic approach (Effizienz- und Wohlfahrtsparadigma)

Unter dem Oberbegriff des so genannten „stärker wirtschaftlichen Ansatzes“ bzw. im englisch sprachigen Gebrauch „more economic approach“ oder „effects-based approach“, wird von der Kommission seit Ende der 1990er Jahre eine „verstärkt wirtschaftliche Betrachtungsweise“ bei der Auslegung der Kartellvorschriften verfolgt, welche in erster Linie Art. 101, 102 AEUV und die Fusionskontrolle betrifft⁸⁷⁰, aber ebenso die Beihilfenkontrolle tangiert.⁸⁷¹ Dieser Ansatz umfasst die stärkere Einbeziehung einer „modifizierten“ *rule of reason*, d.h. einer qualifizierten Einzelfallabwägung, in welcher die ökonomischen Wirkungen der unternehmerischen Verhaltensweisen auf die *Wohlfahrt* – und hier primär auf die Konsumentenwohlfahrt – analysiert und berücksichtigt werden.⁸⁷² Diese Ausrichtung wird deutlich in der Mitteilung der Kommission vom 9. Februar 2009 - *Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen*⁸⁷³, wonach der „formaljuristische Ansatz“ durch einen „wirkungsorientierten Ansatz“ ersetzt werden soll. Die Wirkungen eines Verhaltes (einer „Maßnahme“ von Unternehmen) sind danach zu beurteilen, ob ein „competitive harm“ eingetreten ist oder eintreten kann. Dies ist der Fall, wenn Verbraucher geschädigt werden.⁸⁷⁴ Ein weiterer Aspekt ist die Betonung der *Strukturkontrolle* zum Schutz des Wettbewerbsprozesses, welche durchaus Bezüge zu dem SVE-Paradigma aufweist. Hierbei geht es um den Schutz des Wettbewerbs statt der Wettbewerber. Eine zusammenfassende Beschreibung dieses Aspekts der Konzeption findet sich wiederum in den *Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG*⁸⁷⁵ und in der o.g. Mitteilung der Kommission vom 9. Februar 2009, in der es heißt:

Mit ihrem Vorgehen [...] will die Kommission in erster Linie den *Wettbewerbsprozess* im Binnenmarkt schützen und sicherstellen, das Unternehmen in marktbeherrschender Stellung ihre Wettbewerber nicht durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ih-

⁸⁷⁰ Ulrich Immenga und Ernst-Joachim Mestmäcker stellen heraus, dass der Bericht der European Advisory Group on Competition Policy vom July 2005 (Report by the EAGCP „An economic Approach to Article 82“) zwar im Schwerpunkt die Auslegung von ex Art. 82 EG (nunmehr Art. 102 AEUV) betreffe, er in seiner einleitenden Bemerkung aber die „Parallelität und die Relevanz für Art. 101 AEUV und die Fusionskontrolle“ voraussetze, U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Einl EU D, Rn. 12.

⁸⁷¹ U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 3 Beihilfenrecht/Sonderbereiche (2016), Art. 107 Abs. 3, Rn. 43-53, hier zu dem Aspekt des „more economic approach“ oder „refined economic approach“ zu dem Konzept des „gemeinsamen Interesses“ (bzw. des Begriffs „Marktversagen“), welches eine staatliche Intervention in den Wettbewerb toleriert, wo diese „wünschenswert erscheint, um ein Politikergebnis zu erzielen, welches Marktkräfte für sich allein nicht erreicht hätten“.

⁸⁷² U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Einl EU D, Rn. 8 ff. mit einer zusammenfassenden wirtschaftstheoretischen Grundlegung in Rn. 12-14.

⁸⁷³ KOM (2009) 864 endg. vom 09.02.2009.

⁸⁷⁴ U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Einl EU D, Rn. 12.

⁸⁷⁵ Kommission Bekanntmachung vom 27.04.2004, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. C 101/97 (2004).

rer Produkte bzw. Dienstleistungen vom Markt ausschließen. Dabei geht es der Kommission vor allem darum, den *Wettbewerbsprozess* und nicht einfach die Wettbewerber zu schützen.⁸⁷⁶ (Hervorhebung durch den Verf.).

Für diese Strukturkontrolle wird ein Test zum Nachweis einer durch Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung bedingten wettbewerbswidrigen Marktverschließung definiert – sog. Rn. 20 Test⁸⁷⁷ – sowie eine *Effizienzeinrede* als „Gegenrecht“ formuliert.⁸⁷⁸ Bei der Effizienzeinrede wird geprüft, ob das Verhalten objektiv notwendig ist oder ob durch die Maßnahme erhebliche Effizienzvorteile erzielt werden, die etwaige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zu Lasten der Verbraucher aufwiegen. In diesem Zusammenhang prüft die Kommission, ob das Verhalten für das Erreichen des von dem marktbeherrschenden Unternehmen verfolgten Ziels unverzichtbar und verhältnismäßig ist. Hierzu werden moderne industrieökonomische Erkenntnisse und spieltheoretischer Methoden zur Beschreibung *strategischer Gesichtspunkte* in die Wettbewerbsanalyse einbezogen.⁸⁷⁹ In diesem Zusammenhang sind ebenso außerwettbewerbliche Ziele zu berücksichtigen, welche marktverschließende Maßnahmen als rechtmäßig erscheinen lassen, wenn diese in Anbetracht von Produktmerkmalen aus Gründen der Gesundheit und Sicherheit als objektiv notwendig erachtet werden⁸⁸⁰. Letztere „*außerwettbewerblichen*“ *Gesichtspunkte* zeigen eine deutliche dogmatische Parallele zu dem Konzept von „*zwingenden Allgemeininteressen*“ der *Cassis-Doktrin* bei den Grundfreiheiten.

Wettbewerbstheoretisch betrachtet ist festzustellen, dass der „*more economic approach*“ kein eigenständiges Paradigma darstellt, sondern eher eine „*pragmatisch-induktive*“ Methode⁸⁸¹, da die Prüfung in erster Linie auf eine empirische Analyse im Einzelfall ausgerichtet ist. Die theoretische Grundlage für diesen Ansatz bieten die sog. *Chicago School* bzw. die *Post Chicago School* und industrieökonomische Ansätze einer i.w.S. verstandenen „*Rule of Reason*“. Hiernach stellen Wettbewerbsfunktionen ein umfangreiches Bündel an mit dem Wettbewerb zu erreichenden – nicht normativen, d.h. freiheits- und gleichheitsrechtlich „*unbewerteten*“ - *Zielen* dar, wie alloкатive Effizienz, Konsumentenwohlfahrt und/oder Gesamtwohlfahrt, Innovationsdynamik, Flexibilität

⁸⁷⁶ *Mitteilung der Kommission K(2009) 864* a.a.O. Einl., Rn. 6.

⁸⁷⁷ Näher erläutert ebd. in Rn. 21 ff.

⁸⁷⁸ Ebd. Rn. 28 ff.

⁸⁷⁹ Dieser Aspekt der Konzeption der Kommission wird im Zweiten Teil der Untersuchung in Kapitel 6 bei der Revision und wettbewerbsökonomischen Konkretisierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot nutzbar gemacht. Im Rahmen des vorliegend vertretenen „*functional economic approach*“ wird bei der „*Mobilitätswirkungsanalyse*“ und der dabei zu prüfenden „*Strategierelevanz*“ der streitgegenständlichen Maßnahme (siehe Kapitel 6 III. 1.) im Wege einer ökonomischen Analyse untersucht, ob die staatliche unterschiedslose Maßnahme im Hinblick auf transnational wirksame Wettbewerbsstrategien für den Marktzutritt strategisch-protektionistische Wirkungen zeigt. Dies entspricht konzeptionell dem „*effects based approach*“, jedoch wird die Wirkung (der „*effect*“) auf die Entscheidungsfreiheit des Wirtschaftssubjektes zum Beurteilungsmaßstab erhoben, nicht die Verbraucherwohlfahrt/Gesamtwohlfahrt im Sinne der „*ökonomischen Effizienz*“.

⁸⁸⁰ Ebd. Rn. 29.

⁸⁸¹ Nämlich hier von dem Einzelfall der Beurteilung einer unternehmerischen Maßnahme auf allgemeine Gesetzmäßigkeiten betreffend die Marktstruktur/Wohlfahrt schließend.

und Elastizität der Wirtschaft, faire Einkommensverteilung, Sicherung der individuellen Freiheit, Förderung des Mittelstandes, Schutz vor Marktmacht, Schutz vor unfairem Wettbewerb, internationale Wettbewerbsfähigkeit u.ä.⁸⁸² Auch *dynamische Aspekte* der industrieökonomischen Betrachtung (Zusammenwirken von Marktstruktur/-verhalten/-ergebnis, siehe zuvor dd)) liegen dem Ansatz der Kommissionspolitik zugrunde.⁸⁸³ Insbesondere die *Chicago School* verwendet als zentralen Maßstab das Kriterium der Gesamtwohlfahrt auf der Basis der Preistheorie. Demnach besteht im Markt (freier) Wettbewerb dann, wenn die Gesamtwohlfahrt durch eine politische oder juristische Entscheidung nicht weiter erhöht werden kann.⁸⁸⁴ Dieser „ökonomischen Abwägungslösung“ bzw. dem „modifizierten Rule of Reason“-Ansatz liegt die Wertung zugrunde, dass die ökonomische Analyse gegenüber einer primär an universellen Regeln (Normen) orientierten Entscheidung - „per se Regel“ - zu „gerechteren“ bzw. „effizienteren“ Ergebnissen führt, sowohl für den betroffenen Normadressaten als auch für die Allgemeinheit. Insbesondere dieser Aspekt steht dem Konzept der individuellen Freiheit und der Entscheidungsfreiheit des Ordoliberalismus (*Walter Eucken, Erich Hoppmann*) und der Konzeption der sozialen Marktwirtschaft (*Walter Eucken, Alfred Müller-Armack*), wie zuvor bei aa) dargestellt, diametral entgegen.

Die primär an der „Effizienz“ orientierte Sichtweise der Konzeption steht im Kontext einer Diskussion zu dem eigentlichen Sinn und Zweck von Wettbewerbspolitik. Im Kern geht es hierbei um die Frage, ob bei der Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung bzw. der Verfälschung des Wettbewerbs die normativ-freiheitsrechtliche Ausrichtung ersetzt bzw. ergänzt werden muss zugunsten einer stärker am Einzelfall ausgerichteten ökonomischen Analyse unter vornehmlicher Berücksichtigung von Effizienzvorteilen und konkreten Marktwirkungen anhand verschiedener i.w.S. industrieökonomisch basierter Methoden.⁸⁸⁵ Dem Grunde nach lebt hiermit der bereits in den 1960er Jahren in Deutschland zwischen *Erhard Kantzenbach* und *Erich Hoppmann* streitig geführte Diskurs⁸⁸⁶ wieder auf, ob die Wettbewerbspolitik primär zur Realisierung ökonomischer Zielsetzungen der Konsumentenwohlfahrt und der Effizienz berufen ist oder vorrangig normativen Gesichtspunkten, wie der Sicherung der individuellen Freiheit, folgen muss.

Für und wider den „more economic approach“ bzw. den „effects based approach“ lassen sich zahlreiche Argumente anführen. Für den Ansatz wird vorgebracht, dass eine höhere Entscheidungsqualität besteht, welche zu einer Reduktion von Fehlerkosten führt. Denn eine Reduktion von Fehlentscheidungen bei der Freigabe (Typ-I Fehler, d.h. over-enforcement) bzw. umgekehrt bei der Untersagung (Typ-II Fehler, d.h. under-enforcement) bedeutet in der globalen Wohlfahrtsperspektive eine Erhöhung der allgemeinen Wohlfahrt, da direkte Wohlfahrtsverluste, eben verursacht durch wettbewerbschädliche Verhaltensweisen, vermieden und zugleich potenzielle Effizienzgewinne rea-

⁸⁸² T. Heidrich, a.a.O. (2009), S. 83 mit Fn. 328.

⁸⁸³ Beginnend mit *Karel Van Miert* und ihm folgend *Mario Monti* und sodann *Neelie Kroes* findet sich der Ansatz heute in der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen von 1999 sowie in der Fusionskontrollverordnung.

⁸⁸⁴ T. Heidrich, a.a.O. (2009), S. 86, Fn. 341.

⁸⁸⁵ Vgl. T. Heidrich, a.a.O. (2009), S. 22-24.

⁸⁸⁶ Hierzu I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2012), S. 14 ff., 17.

lisiert werden können. Richtigerweise wurde im Schrifttum aber darauf hingewiesen, dass sich das Problem von Fehlentscheidungen nicht auf das Verhältnis von per se-Verbot und Einzelfallanalyse reduzieren lässt, da diese keine strengen Gegensätze darstellen.⁸⁸⁷

Aus rechtlicher Perspektive wirft der „more economic approach“ ohnehin zentrale Fragen auf:⁸⁸⁸ Dürfen Effizienz- und Wohlfahrtsgesichtspunkte zum primären Schutzgegenstand des unionsrechtlich zu qualifizierenden Wettbewerbsbegriffs erhoben werden oder muss das freiheitsrechtliche Paradigma im Vordergrund bleiben? Sind die Begriffe „Effizienz“ und „Wohlfahrt“ als Rechtsbegriffe auf der Ebene des Individualrechtsschutzes überhaupt fassbar? Mit guten Gründen war *Peter Behrens* bereits vor dem „Trend“ zu einem more economic approach, dazu kritisch eingestellt:

Der empirische Nachweis von Zusammenhängen zwischen Marktform bzw. Marktverhalten und wohlfahrtsfördernden bzw. -mindernden Marktergebnissen ist nicht nur generell (statistisch), sondern auch im einzelnen Fall nicht mit der erwünschten Eindeutigkeit zu führen und er wirft zudem schwierige Bewertungsprobleme auf.⁸⁸⁹

Insgesamt sind solche Begriffe hinsichtlich ihrer materiell rechtlichen Aussagekraft äußerst vage. So betont beispielsweise *Karl M. Meessen*, dass der Wohlfahrtsbegriff jener Bestimmtheit entbehre, welche für materiell-rechtliche Tatbestandsmerkmale von Ermächtigungsnormen für Eingriffe in die unternehmerische Freiheit vorausgesetzt werden muss.⁸⁹⁰ Insbesondere die weite Spannweite zwischen Effizienzgewinnen und Konsumentenwohlfahrt bedinge eine rechtlich nicht tragbare Beliebigkeit wirtschaftswissenschaftlicher Deutungen.⁸⁹¹

Für die Prinzipienbildung und hier die Inhaltbestimmung des Wettbewerbsbegriffs in seiner Funktion als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens ist festzuhalten, dass angesichts der zuvor herausgearbeiteten Stellung von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit in ihren wettbewerbsökonomischen Facetten⁸⁹², ein rein ökonomischer „Effizienzmaßstab“, d.h. ein einseitig auf Effizienzerwägungen abstellender „more economic approach“ bzw. „effects based approach“ mit der Werte fundierten Teleologie des Unionsrechts⁸⁹³ nicht zu vereinbaren ist. Indessen ermöglicht die *Methode einer wettbewerbsökonomischen Wirkungsanalyse*, mit einer Betrachtung auch der *strategischen Effekte* einer Maßnahme, das Freiheitsparadigma (siehe zuvor aa)), das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (zuvor bb)), das Konzept der Contestable Markets (zuvor cc)) und das SVE-Paradigma (zuvor dd)) mindestens auf der

⁸⁸⁷ *W. Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch* (2010), S. 270.

⁸⁸⁸ *W. Wurmnest*, ebd. (2010), S. 232 ff.

⁸⁸⁹ *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 137 f.

⁸⁹⁰ *K. M. Meessen* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Hrsg.), *Kartellrecht* (2009), Einf., Rn. 61 unter Bezugnahme in Fn. 31 auf *ders.* in: *Ultra vires Making of Competition Law by the Commission*, in: *Pasquucci/Preda* (Hrsg.), *The Road Europe Travelled Along, The Evolution of the EEC/EU Institutions and Policies* (2009).

⁸⁹¹ *K. M. Meessen*, ebd. (2009), Rn. 61 a.E.

⁸⁹² Siehe zuvor C. III. und IV.

⁸⁹³ Siehe zuvor B.

operativen Ebene inhaltlich zu ergänzen. Für die Ebene des Prinzips lässt sich insoweit formulieren, dass der Wettbewerb als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens den Gehalt einer *Strategiewahlfreiheit und -gleichheit* umfassen muss, welcher auf der Anwendungsebene in den Kontrollmaßstab der subjektiv-rechtlichen internen Politiken zu implementieren ist.

d) *Fazit: Vertragsautonomer Wettbewerbsbegriff*

Für das Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens und für die Konkretisierung des Wettbewerbs als Interaktionssystem des Binnenmarktes ist zusammenfassend festzustellen, dass im Hinblick auf die Frage nach den gleichheits- und/oder freiheitsrechtlichen Gehalten nahezu allen wettbewerbstheoretischen Paradigmen dem Wettbewerb, wie immer er im Detail definiert sein mag, ausdrücklich oder implizit sowohl eine freiheitsrechtliche als auch eine gleichheitsrechtliche Komponente zu eigen ist.

Für den weiteren Gang der Untersuchung ist daher nicht zu entscheiden, welchem Paradigma der Vorzug zu geben ist. Maßgeblich ist vielmehr eine *polyparadigmatisch*⁸⁹⁴ begründete *Definition von Gleichheit, Freiheit und Gerechtigkeit* in Bezug auf den Schutzgegenstand Binnenmarkt, zwecks Garantie transnationaler Mobilität („Free Movement“-Konzept), im Sinne eines vertragsautonomen, operativen Wettbewerbsbegriffs, welcher dem Kontext der Werte- und Wirtschaftsverfassung verpflichtet ist.

Betreffend den „more economic approach“ ist für das Prinzip maßgeblich, dass die Maßstäbe von Freiheit und Gleichheit sich auch auf wettbewerbsstrategische Aspekte beziehen. Mit dem Blick auf die Anwendungsebene (Zweiter Teil der Untersuchung) ist festzuhalten, dass die Einzelfallanalyse mittels ökonomischer Parameter unter Einbeziehung moderner wettbewerbsökonomischer Theoreme und Strategiebetrachtungen im Sinne des „more economic approach“ den Vorteil einer Quantifizierung von wettbewerblich relevanten Variablen bietet, welche dem Beweis zugänglich ist und so eine Ergänzung zu dem gleichfalls notwendigen richterlichen Ermessen darstellen kann.⁸⁹⁵ Betont werden muss aber auch, dass durch eine verstärkt ökonomische Betrachtungsweise die juristische Erwägung – d.h. „wertendes Denken“ – in keinem Fall ersetzt werden kann.⁸⁹⁶ Denn bei der Beurteilung, ob eine *Wettbewerbsverfälschung* vorliegt, geht es nicht um ein „entweder oder“, sondern um die Aufgabe, wie ökonomische Modelle und spieltheoretische (mathematische) bzw. empirische Methoden mit den Maßstäben von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit, d.h. mit auf normativ-wertender Erkenntnis beruhenden Argumenten sinnvoll verbunden werden können. „Ratio“ und „Wertung“ schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern sie bedingen sich gegenseitig. Insbesondere industrieökonomische Methoden, welche ohne Zweifel nicht überschätzt, aber deren Potenzial auch nicht unterschätzt werden sollte, ermöglichen mit der Modellierung stra-

⁸⁹⁴ *W. Wurmnest*, a.a.O. (2010), S. 115 ff.

⁸⁹⁵ *E. Gonzales Diaz*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), *Kartellrecht* (2009), Art. 81 Abs. 1 Rn. 135 ff.

⁸⁹⁶ So explizit auch *W. Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch* (2012), S. 277 f.

tegischer und dynamischer Aspekte von transnationalen Marktprozessen eine differenzierte Betrachtung auch der Wettbewerbsprozesse.

Wiederum mit dem Blick auf die Anwendungsebene ist zu bedenken, dass sich neben dem in der Praxis nicht unbeträchtlichen Aufwand für wettbewerbsökonomische Analysen bei der Rechtsanwendung – quantifizierbar im Sinne von Informationsbeschaffungskosten bzw. Rechtsdurchsetzungskosten – die Frage stellt, inwieweit Richter die notwendige Qualifikation für die Bewertung wettbewerbsökonomischer Gesichtspunkte erlangen können.⁸⁹⁷ Angesichts der Vorteile, welche insbesondere die modernen industrieökonomischen Analysemethoden bieten (z.B. sequentielle Betrachtungen und strategische Analysen mittels spieltheoretischer Methodik), sollte indessen nicht mehr das „Ob“ sondern nur noch das „Wie“ einer Integration der Ökonomik in die juristische Prüfung betrachtet werden. Mittels einer ausgewogenen Kombination von Regelanwendung und wettbewerbsökonomischer Analyse im Sinne des „more economic approach“⁸⁹⁸ können die Wirkungen von Maßnahmen auf den Markt – insbesondere betreffend den Marktzugang i.S.d. EuGH-Rechtsprechung - empirisch hinreichend genau erfasst und juristisch bewertet werden. Selbstverständlich sind mit einer wettbewerbsökonomischen Analyse weder hundertprozentig richtige Prognosen zu erwarten – d.h. Fehler im Sinne von over- oder under-enforcement sind nicht auszuschließen - noch können ökonomische Analysen von der juristischen Bewertung des Sachverhaltes entbinden. Insoweit wird im Schrifttum zu Recht an die rechtlichen Grenzen einer Ökonomisierung europäischen Wettbewerbsrechts erinnert. Doch dürften von einer normativ-wettbewerbsökonomischen Methode deutlich bessere Näherungswerte und weniger Fehler bei der Prüfung des Marktzugangskriteriums i.S.d. EuGH *Mickelsson & Roos*-Rechtsprechungslinie⁸⁹⁹ zu erwarten sein als etwa mittels einer pauschalen Abgrenzung zwischen produktbezogenen Regelungen und Verkaufsmodalitäten im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung.⁹⁰⁰

Angesichts der Vielfalt der sich wechselseitig aufeinander beziehenden und ergänzenden wettbewerbstheoretischen Ansätze wäre es vermessen, die unionsrechtliche Qualifikation des Wettbewerbs ausschließlich auf ein Paradigma zu stützen. Wenngleich die Handlungsfreiheit bzw. die Wettbewerbsgleichheit und -freiheit gemäß der „per se –Regel“ im Unionsrecht weiterhin Geltung beansprucht haben namhafte Vertreter des ordnungspolitischen Ansatzes, wie etwa *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Relativierungen bzw. Modifikationen dieser „reinen“ Ansicht vertreten.⁹⁰¹ Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie Markt- und Wettbewerbsgleichheit müssen daher – im Sinne der dynamischen Auslegung - offen sein für Aspekte neuerer wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse⁹⁰², wie etwa für spieltheoretische Erkenntnisse in der Industrieökonomie.

⁸⁹⁷ Siehe hierzu *W. Wurmnest*, ebd. (2010), S. 260 ff.

⁸⁹⁸ So im Ergebnis auch *T. Heidrich*, a.a.O. (2009), S. 361.

⁸⁹⁹ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

⁹⁰⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

⁹⁰¹ E.-J. Mestmäcker, dargestellt bei *T. Heidrich*, a.a.O. (2009), S. 113, Fn. 483, zumindest in Bezug auf die Monopolkontrolle.

⁹⁰² Ähnlich in Bezug auf die Wettbewerbsregeln für Unternehmen auch *W. Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch* (2010), S. 231.

Dennoch darf auch die berechtigte Kritik an dem *more economic approach* nicht unberücksichtigt bleiben.⁹⁰³ Vor allem muss der Fokus der rechtlichen Kontrolle weiterhin auf die Gewährleistung *individueller Handlungsfreiheit* in der Sicherung normativ determinierter Wettbewerbsgleichheit und -freiheit gerichtet sein, da diese marktbezogenen Maßstäbe von Freiheit und Gleichheit gemäß der Vertragsarchitektur nach Lissabon vorgegeben sind. Dies folgt aus den Verknüpfungen von Werten, Zielen und operativem Binnenmarktprozess (vgl. Art. 26 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 2 EUV). Für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist daher nicht zu entscheiden, ob sich die Waage mehr in die traditionelle Richtung des freiheitlich-strukturellen Ansatzes (im Sinne der ursprünglich ordoliberalen Wettbewerbskonzeption) oder mehr in die Richtung der Effizienz- und Gesamtwohlfahrtsbetrachtung („*more economic approach*“) bewegt. Vieles spricht dafür, ein Entweder-oder zu vermeiden und stattdessen das Beste aus den Strömungen der Wettbewerbstheorie und -politik mit der deutlicheren Wertebindung des Unionsrechts (Art. 2 EUV) zu einem „neuen europäischen Ansatz“ zu verbinden. Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass, auch wenn es sich bei dem „*more economic approach*“ im Wesentlichen um Grundsätze für die Entscheidungsfindung handelt⁹⁰⁴, wie bei dem *self enforcement* (VO 1/2003), Wirtschaftsteilnehmer Planungs- und Rechtssicherheit benötigen, d.h. einschätzen können müssen, ob ihr Verhalten mit dem Unionsrecht vereinbar ist oder nicht. Diesbezüglich sollte nicht vernachlässigt werden, dass eine Ökonomisierung der Konzeption Beschränkungsverbot und eine entsprechende Ausgestaltung des Kontrollmaßstabes der subjektiv-rechtlichen internen Politiken als subjektiv-rechtliche Beschränkungsverbote den Vorteil hat, dass die wettbewerblichen Wirkungen von Maßnahmen darstellbar und im weitesten Sinne für den konkreten Rechtsstreit „quantifizierbar“ werden und damit, etwa im Rahmen der Abwägung bei der Verhältnismäßigkeit, unter „Freiheitsgesichtspunkten“ beschränkende und fördernde Effekte zielgerichteter miteinander in Beziehung gesetzt werden können.⁹⁰⁵ Angesichts einer in der Praxis oftmals eher oberflächlichen bzw. eher variablen Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit⁹⁰⁶ kann eine „Ökonomisierung“ der selbigen gerade dazu nutzen, die Abwägung bei der „Erforderlichkeit“ und der „Angemessenheit“ zu präzisieren.

⁹⁰³ Grundlegend zur „Ökonomisierung“ des freiheitsrechtlichen Verständnisses bereits vor der Zeit des „*more economic approach*“ P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 137 f.

⁹⁰⁴ Vgl. A. Schmidt, Wie ökonomisch ist der „*more economic approach*“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht (2010), S. 2/3.

⁹⁰⁵ Dazu im Detail Kapitel 6 C. mit dem Vorschlag einer Werte fundierten Kosten-Nutzen-Analyse im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Auch A. Schmidt, ebd. (2010), S. 3 formuliert: „Die Berücksichtigung industrieökonomischer Erkenntnisse in der Form theoretischer Modelle oder empirischer Ergebnisse stellt für sich allein kein Problem dar. Im Gegenteil, die Berücksichtigung ökonomischer Realitäten und Erkenntnisse sollten in der Wettbewerbspolitik selbstverständlich sein. Die Frage ist nur, in welcher Form industrieökonomische Erkenntnisse in die Wettbewerbspolitik einfließen sollen.“

⁹⁰⁶ Umfassend zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit O. Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (2003) passim, zur „Variabilität“ und Kontrolldichte im Gemeinschaftsrecht siehe die zusammenfassenden Thesen 74-86, S. 586-588.

Im Ergebnis ist im Hinblick auf die Inhaltsbestimmung des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot festzuhalten, dass ausdrücklich oder implizit nach nahezu allen wettbewerbstheoretischen Paradigmen der Schutz des Wettbewerbs, wie immer er im Detail definiert sein mag, sowohl einer *freiheitsrechtlichen* als auch einer *gleichheitsrechtlichen* Komponente bedarf.⁹⁰⁷ Denn für die Beurteilung, ob eine Gleichbehandlung von Wirtschaftssubjekten im Hinblick auf transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen in der Organisation durch das Interaktionssystem Wettbewerb betreffend den Marktzutritt/Marktaustritt vorliegt ist es erforderlich, die Aktionsradien zur Nutzung von Aktionsparametern von Wirtschaftssubjekten (Aspekt der Freiheit) miteinander in Relation zu setzen (Aspekt der Gleichheit). Wettbewerbsfreiheit und -gleichheit stehen daher unter Einbeziehung der Gerechtigkeit in einem sich wechselseitig ergänzenden Verhältnis zueinander.

5. Implikationen für das Beschränkungsverbot

Bestimmend für das Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot sind diejenigen Gehalte des Wettbewerbs, welche sich erstens aus dessen Funktion als immanentes Strukturmerkmal des Binnenmarktes (siehe 1.) sowie zweitens aus dessen Systemfunktion (siehe 2.) ergeben. Ausgehend von der Prinzipienfunktion des Wettbewerbs (siehe 3.) bestimmt sich dessen Inhalt vertragsautonom und polyparadigmatisch (siehe 4.). Wegen der grundlegenden sog. integrationspolitischen Funktion des Wettbewerbs fungiert der Wettbewerb „operativ“ in Bezug auf die Sicherung des Marktes (Tauschsystem) als *Interaktionssystem* und ist insoweit ein Strukturmerkmal des objektiv-rechtlichen Prinzips Beschränkungsverbot. Das Wettbewerbsprinzip ist überdies ein immanentes Strukturmerkmal des Binnenmarktes und somit das notwendige Schutzobjekt für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot. Für die *Struktur* des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot folgt aus der Qualifikation des Wettbewerbs als dessen Schutzobjekt, dass die Gehalte des Binnenmarktprinzips (Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot), also die Maßstäbe der „Verwirklichung“ (Maßstab-1) und des „Funktionierens“ (Maßstab-2), mit der Funktion des Wettbewerbsprinzips (Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot), also dem freiheitsrechtlich und gleichheitsrechtlich organisierten Tausch von Angebot und Nachfrage (Interaktionssystem), systemisch verknüpft sind.

Da die Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln über die Teleologie der Werte, Ziele und internen Politiken (zuvor B.) gleichermaßen mit den unionsrechtlichen Werten, Art. 2 EUV, dem Binnenmarktziel und dem Leitbild einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“, Art. 3 Abs. 3 EUV, sowie auch mit dem *Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb* über die „Brückenfunktion“ von Art. 26 AEUV verknüpft sind, ist das Wettbewerbsprinzip als dem Binnenmarkt immanentes Strukturmerkmal und Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot auf der Anwendungsebene über die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV zu

⁹⁰⁷ So ausdrücklich H. Schröter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 101-109 AEUV, Rn. 15-17.

konkretisieren und operativ in „Funktion“ zu setzen. Für die *subjektiv-rechtliche Ebene* des Beschränkungsverbot hat dies zur Konsequenz, dass die Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln ein unter der Maxime der Gerechtigkeit stehendes Markt- und Wettbewerbsgleichheitsrecht und -freiheitsrecht (Art. 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV und Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb) funktional-transnational umsetzen müssen. Ausgehend von diesem gemeinsamen Kern aller Art. 26 AEUV umsetzenden subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, sind diese in Transformation des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot selbst als Beschränkungsverbote zu qualifizieren und dementsprechend zu konzipieren und anzuwenden.

III. Ergebnis: Schutzgegenstand und Schutzobjekt des Prinzips

Das Binnenmarktziel, welches dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft verpflichtet ist, Art. 3 Abs. 3 EUV, konkretisiert sich auf der Ebene der Regelbildung in dem Binnenmarktprinzip als *Schutzgegenstand* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (D. I.). Das Binnenmarktprinzip umfasst zwei Maßstäbe: die „Verwirklichung“ und das „Funktionieren“ des Binnenmarktes. Das Wettbewerbsprinzip bildet gemäß seiner integrativen und operativen Funktion (Interaktionssystem für den transnationalen Tausch von Angebot und Nachfrage) das *Schutzobjekt* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (D. II.). Zur weiteren inhaltlichen Konkretisierung des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot ist nunmehr auf die Rechtsprechung des EuGH zu der Auslegung der Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln als Beschränkungsverbote einzugehen (hierzu nachfolgend E.). Die sich aus dieser Rechtsprechung zum subjektiven Recht ergebenden prinzipiellen Gehalte bilden einerseits den Bezugspunkt für die Konzeption des Verbotstypus Beschränkungsverbot und konkretisieren andererseits den Schutzgegenstand und das Schutzobjekt im Hinblick auf diese Funktion.

E. Maßstäbe aus der EuGH-Rechtsprechung zum subjektiven Recht

Die EuGH-Rechtsprechung zu den Wettbewerbsregeln (I.), zu den Grundfreiheiten (II.) sowie zu den hier so benannten Warenmarktregeln (III.) als Beschränkungsverbote (wettbewerbliches Beschränkungsverbot, grundfreiheitliches Beschränkungsverbot und warenmarktliches Beschränkungsverbot)⁹⁰⁸ betrifft im Kontext der Vertragsarchitektur der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach Lissabon, also unabhängig von dem Zeitpunkt der jeweiligen EuGH-Entscheidung (im Sinne einer Fortwirkung des Richterrechts als Case Law), heute deren *Qualität als vertragsautonome subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV*. Die Kasuistik des EuGH zur Auslegung der vorgenannten Normen als Beschränkungsverbote bildet damit sowohl den *normativ-begrifflichen Bezugspunkt* („Beschränkungsverbot“) als auch mit den richterrechtlichen „Formeln“ (wie z.B. „geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“, sog. *Dassonville*-Formel) einen zentralen *normativ-inhaltlichen Bezugspunkt* für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot.

Nachfolgend wird mit der Analyse zu den Wettbewerbsregeln begonnen, da der EuGH diese *zeitlich vor* den Grundfreiheiten im Sinne von Beschränkungsverböten ausgelegt hat (siehe sogleich bei I. 1.). Die Rechtsprechungsanalyse konzentriert sich für den Zweck der Prinzipienbildung auf die textbausteinartigen „Formeln“ zur inhaltlichen Definition der Verbotstatbestände und deren prinzipiellen sowie funktionalen Gehalte. Im Ergebnis (IV.) lassen sich daraus die Implikationen für die prinzipiengeleitete Konkretisierung der Marktstruktur- und Marktverhaltenskontrolle für den Verbotstypus Beschränkungsverbot ableiten.

I. Die Wettbewerbsregeln als Beschränkungsverbote

Die *Wettbewerbsregeln* in Titel VII, Kapitel 1 AEUV, namentlich die Wettbewerbsvorschriften für Unternehmen, Art. 101, 102 AEUV, Art. 106 AEUV, sowie das Beihilfenverbot, Art. 107 AEUV, beziehen sich gemäß der Teleologie der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung, wie zuvor bei B. dargelegt, ebenso wie die Warenmarktregeln und die Grundfreiheiten auf das Binnenmarktziel gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft.⁹⁰⁹ Im Verhältnis zu den nationalen Wettbewerbsvorschriften differenzieren sich die Wettbewerbsregeln des AEUV über ihre sog. *integrationsrechtliche Zusatzfunktion*.⁹¹⁰

Nachfolgend geht es darum, die Maßstäbe der EuGH-Rechtsprechung, welche sich aus der Auslegung der Wettbewerbsregeln als Beschränkungsverbote ergeben, in ihren

⁹⁰⁸ Siehe zur Begriffsbildung die Ausführungen in der Einleitung.

⁹⁰⁹ Zum interdependenten bzw. komplementären Verhältnis von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln für Unternehmen siehe *J. Baquero Cruz*, *Between Competition and Free Movement* (2002), S. 85-104.

⁹¹⁰ Wenngleich sich diese angesichts jüngster Entwicklungen etwas zu relativieren scheint. Insbesondere der an ökonomischen Effizienzkriterien basierte Interpretationsansatz bei den Wettbewerbsregeln für Unternehmen ist im Fluss und umstritten. Siehe hierzu im Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Wettbewerbsregeln bereits *J. Baquero Cruz*, ebd. (2002), S. 102 f.

Implikationen für die Prinzipienbildung zu betrachten. Dabei zeigt die Analyse, dass das *wettbewerbliche Beschränkungsverbot* freiheits- und gleichheitsrechtliche Maßstäbe umfasst, welche die zuvor herausgearbeiteten Maßstäbe der Werte- und Wirtschaftsverfassung in ihren Bezügen zu wettbewerbstheoretischen Paradigmen konkretisieren.

1. Freiheit und Gleichheit als Maßstab für das Verbot

Der Gerichtshof hat für die Wettbewerbsregeln bereits 1966, also acht Jahre vor dem *Dassonville*-Urteil⁹¹¹ zu den Grundfreiheiten, in der Rechtssache *Consten & Grundig*⁹¹² die Wettbewerbsregeln ausdrücklich unter Bezugnahme auf die „Freiheit des Handels“ im Sinne eines Beschränkungsverbotes ausgelegt. Nach der Formulierung in Randnummer 24 der Entscheidungsgründe handelt es sich um eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme, respektive die wettbewerbsbeschränkende Handlung eines Unternehmens⁹¹³, wenn diese

„unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die *Freiheit des Handels* zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise *zu gefährden*, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes *nachteilig* sein kann.“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Diese Definition prägt bis heute das Verständnis der Art. 101, 102 AEUV. Sie wird, ähnlich wie die *Dassonville*-Formel in der Spruchpraxis zu den Grundfreiheiten, regelhaft in textbausteinartiger Weise verwendet, wenngleich die *Consten & Grundig*-Formel für die Praxis heute nur noch einen konkretisierungsbedürftigen Ausgangspunkt bietet. Der Vergleich von *Dassonville*-Formel (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot),

„[...] geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, [...]“⁹¹⁴

und *Consten & Grundig*-Formel (wettbewerbliches Beschränkungsverbot),

„[...] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise *zu gefährden*, [...]“⁹¹⁵

zeigt, dass der textliche Unterschied nur marginal ist. Dies legt die Vermutung nahe, dass die Rechtsprechung zur Auslegung der Wettbewerbsregeln für Unternehmen (1966) als Vorlage für die Definition der Maßnahmen gleicher Wirkung bei der Warenverkehrsfreiheit (1974) diente. Explizit stellte der Gerichtshof dies bis heute, soweit ersichtlich, aber nicht klar.

⁹¹¹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

⁹¹² EuGH *Consten & Grundig* (C-56 und 58/64, EU:C:1966:41).

⁹¹³ EuGH *Consten & Grundig* (C-56 und 58/64, EU:C:1966:41).

⁹¹⁴ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

⁹¹⁵ EuGH *Consten & Grundig* (C-56 und 58/64, EU:C:1966:41).

In der Folgerechtsprechung zu *Consten & Grundig* kommt die zentrale Funktion des freiheitsrechtlichen Gehaltes noch deutlicher zum Ausdruck, insbesondere wenn sich der EuGH auf die *Handlungsfreiheit im Wettbewerb* bezieht⁹¹⁶, wenngleich nicht alle Beschränkungen der Handlungsfreiheit per se eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen.⁹¹⁷ Vielmehr ist hier eine umfassende *Wirkungsanalyse* im Wege einer Gesamtbetrachtung erforderlich. Hierbei müssen die von der Freiheit erfassten Gegenstände, wie die wettbewerbsökonomischen Funktionsmechanismen und Funktionsbedingungen des jeweils relevanten Marktes, im konkreten Einzelfall bestimmt werden. Das wettbewerbliche Beschränkungsverbot ist in der Ausformung durch die Rechtsprechung von EuGH, EuG und die Spruchpraxis der Kommission damit kein konturloses allgemeines Wirtschaftsfreiheitsrecht für Unternehmen, sondern ein sich auf die Funktionsmechanismen des Wettbewerbs beziehendes *funktionales Freiheitsrecht*, wobei sich die Freiheit im Wesentlichen auf die Entscheidung des hinter einer wirtschaftlichen Aktivität im Markt stehenden Wirtschaftssubjektes bezieht, nämlich zu der uneingeschränkten Nutzung von *Aktionsparametern*, wie den Preis, die Qualität, die Kompatibilität usw. Dabei geht es auch um den Schutz des Wettbewerbs als „Institution“.⁹¹⁸

Die Wettbewerbsregeln umfassen aber ebenso ein *Gleichheitsrecht*⁹¹⁹, d.h. gleichheitsrechtliche Positionen in Wettbewerbsverhältnissen. Dies kommt etwa bei der Fallgruppe nach Art.102 Abs. 2 Ziff. c) AEUV betreffend die Diskriminierung von Handelspartnern („secondary-line discrimination“)⁹²⁰ oder bei der Auslegung von Art. 102 AEUV in der Gleichbehandlungspflicht marktmächtiger Unternehmen betreffend den Marktzugang anderer Unternehmen zum Ausdruck, explizit u.a. in der sog. *essential facilities-Doktrin*.⁹²¹ Eine Beschränkung liegt dort bereits dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen den Zugang nur unter Bedingungen gewährt, die „ungünstiger“ sind als für seine eigenen Dienste. Die hier maßgebliche Gleichbehandlungspflicht reicht sogar so weit, wie dies für die Sicherstellung *wirksamen Wettbewerbs* (workable competition) erforderlich ist.⁹²² Dies lässt das wettbewerbliche Beschränkungsverbot als *funktionales Gleichheitsrecht* erkennen, denn die Gleichheit bezieht sich auf die Prozesse von Markt (Tauschsystem) und Wettbewerb (Interaktionssystem) in ihren Beziehungen zu den agierenden Wirtschaftssubjekten (Unternehmen) im Markt.

⁹¹⁶ T. Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 8, Rn. 20/21. Ein Beispielskatalog findet sich in den Rn. 22 ff.

⁹¹⁷ EuGH *David Meca-Medina und Igor Majcen gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Meca-Medina)* (C-519/04 P, EU:C:2006:492) Rn. 42.

⁹¹⁸ H. Schröter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Vor Art. 101-109 AEUV, Rn. 16.

⁹¹⁹ H. Schröter, ebd. (2015), Rn. 17.

⁹²⁰ Hierzu T. Eilmansberger/F. Bien, in: MüKo EuWettbR (2015), Art. 102 AEUV, Rn. 273. Der Verbotsmaßstab entspricht hier der Konzeption bei den Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote, da auch bei Art. 102 AEUV für diese Fallgruppe entsprechend dem allgemeinen unionsrechtlichen Verständnis von Diskriminierungsverbot „gleiche Sachverhalte nicht ungleich“ und „ungleiche Sachverhalte nicht gleich“ behandelt werden dürfen, jedenfalls nicht ohne wirtschaftlich vernünftigen Grund, siehe ebd. Rn. 277.

⁹²¹ A. Fuchs/W. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Art. 102 AEUV, Rn. 331 ff.

⁹²² A. Fuchs/W. Möschel; ebd. (2012), Art. 102 AEUV, Rn. 335.

2. Interaktionssystem Wettbewerb als Bezugspunkt der Kontrolle

Die Wettbewerbsregeln (Art. 101, 102 AEUV, Art. 106 AEUV, Art. 107 AEUV, Fusionskontrollverordnung FKVO) beziehen sich bereits mit ihrem Wortlaut offensichtlicher als die Grundfreiheiten auf den zu sichernden Wettbewerb. Dogmatisch ist markant, dass die *Steuerungsfunktion des Wettbewerbs als Interaktionssystem*⁹²³ für die notwendigen Tauschprozesse transnationaler wirtschaftlicher Leistungen und Gegenleistungen im Binnenmarkt, den zentralen *Bezugspunkt* für das wettbewerbliche Beschränkungsverbot am Maßstab von Freiheit und Gleichheit bildet. Das Wettbewerbsprinzip ist somit in exakter Korrelation und Umsetzung seiner Funktion als *Schutzobjekt* des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot⁹²⁴ als Interaktionssystem mit den Gehalten von Freiheit und Gleichheit unmittelbar verknüpft. Eben diese inhaltliche Konkretisierung des Kontrollmaßstabes ergibt sich nicht aus der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten (hierzu sogleich II.), jedenfalls nicht aus der rein rechtlichen Interpretation. Vielmehr ist die Koppelung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsfunktionen auf Grundlage der Teleologie der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung noch konkret herzuleiten.⁹²⁵

3. Dynamische Definition von Freiheit/Gleichheit im Wettbewerb

Der zentralen Bedeutung des Wettbewerbsbegriffs entsprechend wird dieser durch die Wettbewerbspolitik der Union, also von der Kommission und dem Gerichtshof konturiert. Die exakte Definition von Wettbewerb steuert damit Inhalt und Reichweite des wettbewerblichen Beschränkungsverbot und damit von Freiheit und Gleichheit im Binnenmarkt. Da der Wettbewerbsbegriff naturgemäß im Unionsrecht nicht definiert sein kann, muss dieser als ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff fortwährend durch die Entscheidungspraxis von Kommission, EuG- und EuGH-Rechtsprechung geformt und konkretisiert werden (siehe bereits zuvor D. II. 4.). Auf unterschiedlichen wettbewerbstheoretischen Ansätzen basierend repräsentieren so die Spruchpraxis von Kommission und Gerichtshof die sog. Wettbewerbspolitik bzw. das wettbewerbspolitische Leitbild der Union. Insoweit sind die Wettbewerbsregeln politisch „aufgeladen“ und unterliegen einer Dynamik, welche durch die Fortentwicklung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften geprägt ist.

Die Rechtsprechung der 1970er Jahre geht ersichtlich von dem Konzept autonomer unternehmerischer Entscheidungen aus. Dies entspricht im Grundsatz der ordoliberalen Wertung einer vornehmlich zu schützenden individuellen bzw. unternehmerischen Freiheitssphäre.⁹²⁶ So bewertet auch ein Teil der Kommentarliteratur die Entscheidungspraxis des Gerichtshofs dahingehend, dass diese von der Vorstellung geprägt sei, Unternehmen würden unter normalen Umständen ihr Verhalten auf dem Markt unabhängig, d.h. ohne Zusammenwirken mit ihren Wettbewerbern, bestimmen müssen, und dass

⁹²³ P. Behrens, *Ökonomische Grundlagen des Rechts* (1986), S. 130.

⁹²⁴ Siehe zuvor D. II. und Kapitel 1 B. III. 2 b).

⁹²⁵ Kapitel 6 A. II. 1. zur wettbewerbsökonomische „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung.

⁹²⁶ Siehe zuvor D. II. 4. c) aa).

dies die hinter Art. 101 AEUV stehende Wertung sei.⁹²⁷ Das Hauptziel des Art. 101 AEUV bestehe darin, eine Abfolge *autonomer unternehmerischer Entscheidungen* zu erlauben, die als Wesen des Wettbewerbsprozesses anzusehen sind.⁹²⁸ Einer weiteren Auffassung zufolge sei entsprechend des in der Präambel⁹²⁹ zum Ausdruck kommenden Leitbildes und der Tatsache, dass unbestimmte Rechtsbegriffe anhand der allgemeinen Grundsätze und Ziele des Vertrages auszulegen seien⁹³⁰, ebenso der redliche Wettbewerb einzubeziehen.⁹³¹ In dem vierten Satz der Präambel des AEUV ist formuliert, dass ein „ausgewogener Handelsverkehr und ein *redlicher* Wettbewerb“ gewährleistet sein soll.

Insoweit besteht ein unionsrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung von Gesichtspunkten der „Fairness“ i.w.S.⁹³², welche überdies auch durch den Aspekt der Chancengleichheit⁹³³ abgedeckt sein dürfte. Neben der Betonung von Handlungsfreiheit wird ebenso das Konzept des wirksamen Wettbewerbs (*workable competition*) in Bezug genommen.⁹³⁴ Danach resultierte die Dynamik des Wettbewerbs aus gewissen Marktunvollkommenheiten, da bestimmte Unternehmen durch Innovation bzw. bessere Leistungen einen zeitweiligen Vorsprung erreichen (sog. Vorstoßphase), welche andere Unternehmen aufholen wollen, um dem etablierten Unternehmen Marktanteile abzurufen

⁹²⁷ E. Gippini-Fournier/K. Mojzesowicz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), *Kartellrecht* (2009), Art. 81 EG, Rn. 3, unter Bezugnahme auf EuGH *John Deere Ltd. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Deere)* (C-7/95, EU:C:1998:256) Rn. 86.

⁹²⁸ T. Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 8, Rn. 15/16 und 21.

⁹²⁹ Hier in Bezug auf die Präambel des EG-Vertrages i.d.F. des Vertrages von Nizza.

⁹³⁰ Mit dem Hinweis darauf, dass der EuGH nicht nur hinsichtlich des Begriffs der „Handelsbeeinträchtigung“, sondern auch für die übrigen Tatbestandsmerkmale der Art. 81, 82 EG [jetzt Art. 101, 102 AEUV] in ständiger Rechtsprechung diese Auslegungsprämisse gebilligt habe, H. Schröter, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *EU/EG-Kommentar* (2003), Art. 81 Absatz 1, Rn. 84, unter Verweis auf zahlreiche Nachweise in der Rechtsprechung in Fn. 378.

⁹³¹ H. Schröter, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *EU/EG-Kommentar* (2003), Art. 81 Absatz 1, Rn. 84, unter Bezugnahme auf EuGH *Italienische Republik gegen Rat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* (C-32/65, EU:C:1966:42).

⁹³² Doch müssen etwaige Kollisionslagen mit dem nationalen Recht – etwa in Deutschland dem UWG – bei der Anwendung beachtet werden. Hierzu T. Mäger, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), *Europarecht, Handbuch* (2006), § 16, S. 503, Rn. 4, der zu Recht darauf hinweist, dass das mitgliedstaatliche Lauterkeitsrecht keinen Vorrang vor dem europäischen Wettbewerbsrecht hat, sondern seinerseits den Grundfreiheiten widersprechen kann, unter Hinweis auf Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (2004), § 10, Rn. 34.

⁹³³ R. Dohms. In: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 35, Rn. 114/115, dort im Zusammenhang von Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV zur Chancengleichheit im Interesse der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs und zur Gewährung von Transparenz (Rn. 115) und Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (2014), § 36, Rn. 15.

⁹³⁴ Siehe hierzu bereits zuvor D. II. 4. c) bb) und H. Schröter, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *EU/EG-Kommentar* (2003), Artikel 81 Absatz 1 EG, Rn. 84 und Vorbem. zu Art. 81 bis 89 EG, Rn. 12 ff. mit überzeugender Begründung, dass Art. 81 Absatz 3 EG [jetzt Art. 101 Abs. 3 AEUV] Unvollkommenheiten entsprechend der Theorie des wirksamen Wettbewerbs betreffe (vgl. dazu auch die Kommentierung zu Art. 81 Absatz 3 EG, Rn. 304 a.E.).

(sog. Verfolgungsphase).⁹³⁵ Zugleich war und ist das *Marktzutrittskriterium* in der Praxis zentral.⁹³⁶

In jüngerer Zeit besteht eine Tendenz, präzisere Vorgaben in formalisierter Weise für eine „Feinkontrolle“ der Beschränkungswirkung zu etablieren. Dies scheint eine flankierende Taktik zu der dezentralen Anwendung des Kartellrechts nach der VO 1/2003 zu sein und der damit auch verbundenen Notwendigkeit einer „Selbsteinschätzung“ seitens der Unternehmen im Hinblick auf die Vereinbarkeit ihrer Unternehmensstrategien und konkreten Verhaltensweisen mit dem Kartellrecht. Hier besteht in der Praxis die offene und weiterhin zu diskutierende Problematik des Verhältnisses von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu Art. 101 Abs. 3 AEUV (Freistellung), insbesondere angesichts der Entwicklungen hin zu einem „more economic approach“. Denn der Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV beruht auf einem per se Verbot, welches durch die Freistellungsmöglichkeiten gemäß Art. 101 Absatz 3 AEUV relativiert wird, bei denen in wertender Betrachtung zwei positive und zwei negative Kriterien zu prüfen sind. Je mehr aber bereits das per se Verbot (Art. 101 Absatz 1 AEUV) durch die Berücksichtigung ökonomischer Effizienzgesichtspunkte auf der Ebene des Kontrollmaßstabes relativiert wird, desto mehr verwischen die Grenzen zwischen dem Verbotstatbestand und der Ausnahme, was hinsichtlich der unterschiedlichen Beweislastverteilung problematisch ist.⁹³⁷ Zumindest dürfte die seit Ende 1990er Jahre in stärkerem Maße verfolgte Ökonomisierung der kartellrechtlichen Praxis („more economic approach“)⁹³⁸ dazu führen, dass sich der Kontrollmaßstab „Wettbewerbsbeschränkung“ sowohl auf der Tatbestandsseite (Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 102 AEUV) als auch auf der Ausnahmenseite (für Art. 101 Abs. 1 AEUV⁹³⁹ via Art. 101 Abs. 3 AEUV sowie GVO) weiter ausdifferenzieren und verfeinern wird. Wieweit sich dadurch die Definition des Kontrollmaßstabes und in der Summe die Kontrolldichte des wettbewerblichen Beschränkungsverbotes verändert, bleibt abzuwarten und ist von den betroffenen Unternehmen im Rahmen der Selbsteinschätzung (VO 1/2003) künftig genauestens zu beobachten.⁹⁴⁰

⁹³⁵ Ähnlich zusammenfassend *H. Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 81 Abs. 1, Rn. 84, unter Bezugnahmen auf EuGH *Metro I* (C- 26/76, EU:C:1987:167) Rn. 20. und Kommission, XV Wettbewerbsbericht (1985), Einl. S. 11.

⁹³⁶ Siehe nur *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie (2011), S. 191 ff.; *M. Wagemann*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 16, Rn. 71 ff. mit Fußnote 274 „kartellrechtliche Allzweckwaffe“.

⁹³⁷ Ähnlich auch *T. Heidrich*, a.a.O. (2009), S. 29 mit Bezugnahme auf S. Bishop/M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (2002), S. 178, der darauf hinweist, dass es sich zukünftig anbieten könnte, die Absätze 1 und 3 als „Einheit“ zu betrachten bzw. Absatz 3 ganz zu streichen mit der Folge, dass der Verbotstatbestand sodann über eine echte Rule of Reason verfügen würde.

⁹³⁸ Siehe zuvor D. II. 4. c) ee).

⁹³⁹ Für gegen Art. 102 AEUV verstoßenden Verhaltensweisen kann im Einzelfall eine objektive Rechtfertigung gegeben sein, siehe hierzu zuletzt *G.-K. de Bronett*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 22, Rn. 53

⁹⁴⁰ Der umstrittene Ansatz einer zunehmenden Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten bei der Beurteilung wettbewerbsrelevanter Maßnahmen im Sinne des „more economic approach“, bei dem auch die Frage besteht, ob es bei der Bewertung von Effizienz auf die Gesamtwohlfahrt (total welfare standard) oder auf die Konsumentenwohlfahrt (consumer welfare, consumer surplus standard)

Für die Bestimmung der hieraus folgenden prinzipiellen Maßstäbe für das unionsrechtliche Beschränkungsverbot ist an dieser Stelle festzuhalten, dass der beim wettbewerblichen Beschränkungsverbot direkt als Schutzobjekt in Bezug genommene „Wettbewerb“ aufgrund der dynamischen Entwicklung der Wettbewerbspolitik einer statischen Legaldefinition nicht zugänglich ist. Es besteht eine stetige Rückkoppelung der Kontrolldichte des wettbewerblichen Beschränkungsverbot zu der aktuellen Wettbewerbspolitik, welche maßgeblich dessen Konzeption und praktische Anwendung beeinflusst. Hier zeigt sich, wie auch bei den Grundfreiheiten, dass von dem Begriff der Beschränkung nicht per se auf einen bestimmten Inhalt des Beschränkungsverbot oder auf eine bestimmte Kontrolldichte geschlossen werden kann. Entscheidend ist, dass sich der Kerngehalt der Auslegung, nämlich das grundlegende *freiheits- und gleichheitsrechtliche funktionale Konzept des wettbewerblichen Beschränkungsverbot*, seit den 1970er Jahren nicht wesentlich verändert hat. Auch heute noch beruht die Spruchpraxis von Gerichtshof und Kommission zu Art. 101, 102 AEUV in weiten Teilen auf sog. *verhaltensorientierten Wettbewerbstheorien*⁹⁴¹, mit einer Fokussierung auf *die individuelle wirtschaftliche Entscheidungs- bzw. Handlungsfreiheit von Wirtschaftssubjekten* (Unternehmen), d.h. deren Handlungsautonomie⁹⁴², womit i.w.S. auch Einschränkungen der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit eines oder mehrerer Unternehmens mittels wettbewerbsfremder, also leistungsunabhängiger Parameter erfasst sind.

Zuletzt zeigt die Spruchpraxis von Kommission und Gericht in dem Aufsehen erregenden Verfahren *Intel Corp./Kommission*⁹⁴³ (Geldbuße in Höhe von 1,06 Milliarden Euro⁹⁴⁴), unter Bezugnahme auf die „klassische“ Rechtsprechung des EuGH zu den Wettbewerbsregeln, dass die Funktionsbedingungen des Marktes *und* der Schutz der Wahlfreiheit wesentliche Aspekte der Prüfung eines *freien Marktzugangs* sind⁹⁴⁵:

[88] In that context, it should be observed that a *foreclosure effect* occurs not only where *access to the market* is made impossible for competitors, but also where that access is made more difficult (see, to that effect, *Michelin I*, paragraph 74 above, paragraph 85; *Case C-52/09 TeliaSonera Sverige* [2011] ECR I-527 (“*TeliaSonera*”), paragraph 63, and *Michelin II*, paragraph 75 above, paragraph 244). A financial incentive granted by an undertaking in a dominant position in order to induce a customer not to obtain, in respect of the part of its requirements concerned by the exclusivity condition, supplies from its competitors is by its very nature capable of making access to the market more difficult for those competitors.

ankommt, ist an dieser Stelle für die Prinzipienbildung nicht weiter zu bewerten, siehe hierzu *W. Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch* (2010), S. 138 ff. u. S. 226.

⁹⁴¹ *I. Brinker*, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar* (2012), Art. 101 AEUV, Rn. 40.

⁹⁴² *G. Grill*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), *EU-Kommentar* (2010), Art. 101 AEUV, Rn. 11. *T. Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2012), Art. 101, Rn. 49. *T. Lübbig*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 8 Rn. 15, 20/21.

⁹⁴³ EuGH *Intel Corp./Kommission* (T-286/09, EU:T:2014:547).

⁹⁴⁴ Gericht der Europäischen Union, Pressemitteilung Nr. 82/14 v. 12.06.2014, Urteil in der Rechtssache T-286/09, *Intel Corp./Kommission*.

⁹⁴⁵ EuGH *Intel Corp./Kommission* (T-286/09, EU:T:2014:547) Rn. 88-92.

[89] Although exclusivity conditions may, in principle, have beneficial effects for competition, so that in a normal situation on a competitive market, it is necessary to assess their effects on the market in their specific context (see, to that effect, Case C-234/89 *Delimitis* [1991] ECR I-935, paragraphs 14 to 27), those considerations cannot be accepted in the case of a market where, precisely because of the dominant position of one of the economic operators, competition is already restricted (see, to that effect, Case C-310/93 P *BPB Industries and British Gypsum v Commission* [1995] ECR I-865 ('Case C-310/93 P *BPB Industries and British Gypsum*'), paragraph 11, and the Opinion of Advocate General Léger in that case, points 42 to 45).

[90] That approach is justified by the special responsibility that an undertaking in a dominant position has not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition in the common market and by the fact that, where an economic operator holds a strong position in the market, exclusive supply conditions in respect of a substantial proportion of purchases by a customer *constitute an unacceptable obstacle to access to the market* (see, to that effect, Case T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum v Commission* [1993] ECR II-389 ('Case T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum*'), paragraphs 65 to 68). In that case, the exclusivity of supply causes additional interference with the structure of competition on the market. Thus, the concept of abuse in principle includes any obligation to obtain supplies exclusively from an undertaking in a dominant position which benefits that undertaking (see, to that effect, *Hoffmann-La Roche*, paragraph 71 above, paragraphs 120, 121 and 123, Case C-310/93 P *BPB Industries and British Gypsum*, paragraph 89 above, paragraph 11, and the Opinion of Advocate General Léger in that case, paragraph 89 above, points 46 and 47).

[91] Furthermore, it must also be stated that it is inherent in a strong dominant position, such as that occupied by the applicant, that, for a substantial part of the demand, there are no proper substitutes for the product supplied by the dominant undertaking. The supplier in a dominant position is thus, to a large extent, an unavoidable trading partner (see, to that effect, *Hoffmann-La Roche*, paragraph 71 above, paragraph 41; Case C-95/04 P *British Airways*, paragraph 74 above, paragraph 75; and Case T-155/06 *Tomra*, paragraph 72 above, paragraph 269). In the present case, the applicant does not contest the findings made in the contested decision that its position on the market during the period of the infringement found in this case was that of an unavoidable trading partner.

[92] It follows from the position of unavoidable trading partner that customers will in any event obtain part of their requirements from the undertaking in a dominant position ('the non-contestable share'). The competitor of an undertaking in a dominant position is not therefore in a position to compete for the full supply of a customer, but only for the portion of the demand exceeding the non-contestable share ('the contestable share'). The contestable share is thus the portion of a customer's requirements which can realistically be switched to a competitor of the undertaking in a dominant position in any given period, as the Commission states at recital 1009 of the contested decision. The grant of exclusivity rebates by an undertaking in a dominant position makes it more difficult for a competitor to supply its own goods to customers of that dominant

undertaking. If a customer of the undertaking in a dominant position obtains supplies from a competitor by failing to comply with the exclusivity or quasi-exclusivity condition, it risks losing not only the rebates for the units that it switched to that competitor, but the entire exclusivity rebate.

Die hier zitierten Ausführungen zeigen für die Bestimmung des Maßstabs der Kontrolle, dass eine umfassende Betrachtung der Effekte des Verhaltens von marktbeherrschenden Unternehmen (Marktmachtkonzept) *auf* den Markt (vertikale Dimension) und auf die Angebotskonkurrenz sowie auf die Marktgegenseite (horizontale Dimension) erfolgen muss.

4. Implikationen für das Prinzip

Die Rechtsprechung des EuGH zu dem *wettbewerblichen Beschränkungsverbot* der Wettbewerbsregeln zeigt eine freiheits- und gleichheitsrechtliche Konzeption des Kontrollmaßstabes. Diese Konzeption ist verknüpft mit der Funktion des Wettbewerbs als Interaktionssystem für den transnationalen Tauschprozess im Binnenmarkt. Die funktionale, nämlich markt- und wettbewerbsbezogene Konkretisierung von Freiheit und Gleichheit bei den Wettbewerbsregeln korreliert mit dem Free Movement-Konzept⁹⁴⁶ und dem Erfordernis einer ebenso funktionalen, nämlich unabhängig von physischen Staatsgrenzen geltenden Mobilität wirtschaftlicher Leistungen als Inputs (Wirtschaftssubjekte) und Outputs (Produkte), welche vorliegend als funktionale Transnationalität bezeichnet wird. Im Ergebnis lässt sich aus den Maßstäben der EuGH-Rechtsprechung zu den Wettbewerbsregeln für die Ebene der Regelbildung und das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot eine *Koppelung von Freiheit und Gleichheit in Bezug auf die Funktion des Wettbewerbs* für die funktionale Transnationalität der Tauschprozesse im Binnenmarkt feststellen und zu einem prinzipiellen Maßstab erheben.

II. Die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote

Die bei der Grundlegung auf der Anwendungsebene (Zweiter Teil) im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehenden *Grundfreiheiten*, namentlich die Art. 34, 35, 45, 49, 56, 63 AEUV, sind systemfunktional betrachtet supranationale Verbotsnormen, welche transnational per se über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus gelten und damit primärrechtliche Maßstäbe für die europarechtliche Konformität des Verhaltens von Mitgliedstaaten und deren Untergliederungen darstellen. Ebenso begrenzend wirken die Grundfreiheiten gegenüber dem Verhalten von Unionsorganen. Noch nicht vollends geklärt ist die Kontrolle von Handlungen privat-rechtlich organisierter Rechtssubjekte (horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten⁹⁴⁷).

⁹⁴⁶ Zuvor A. I.

⁹⁴⁷ Hierzu näher in Kapitel 4 B. III. sowie in Kapitel 5 C. I. 3.

Wie einleitend und in Kapitel 1 ausgeführt, wurden die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote⁹⁴⁸ zuletzt auf eine *Marktzugangsfunktion* fokussiert⁹⁴⁹, welche diskriminierende („unterschiedliche“) als auch nicht diskriminierende („unterschiedslose“) Maßnahmen unter dem Oberbegriff der „Beschränkung“ („entrave“⁹⁵⁰) erfasst, und zwar in den *Wirkungen* der Maßnahme auf den Marktzutritt.⁹⁵¹ Die Grundfreiheiten garantieren nach allgemeiner Auffassung eine von nationalstaatlicher Territorialität unabhängige Zirkulation von Produkten und Produktionsfaktoren, die sog. *Faktormobilität*. Diese *Mobilitätsgarantie*, welche dem hier so benannten *Free Movement-Konzept* (Kapitel 3 A. I.) folgt, ist der Kernbestandteil der Grundfreiheiten in ihrer auf die wirtschaftliche Mobilität bezogenen Ausprägung als Individualrechte.⁹⁵² Da die Grundfreiheiten das objektiv-rechtlich verankerte Binnenmarktziel gleichermaßen im übergeordneten integrationspolitischen Interesse der Union wie im Interesse der einzelnen Normadressaten subjektiv-rechtlich transnational umsetzen, sind die Grundfreiheiten eine Besonderheit des *supranationalen Wirtschaftsintegrationsrechts*⁹⁵³, das auf einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik)⁹⁵⁴ basiert. Qualitativ vergleichbare subjektiv-rechtliche Regelungen existieren weder in anderen völkerrechtlichen Verträgen noch in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.

Sofern die wirtschaftliche Mobilität eines *Wirtschaftssubjektes*, d.h. eines Unternehmers, eines Unternehmens bzw. einer Gesellschaft oder Arbeitnehmers (Input-Ebene), oder eines *Wirtschaftsobjektes*, d.h. einer Ware oder Dienstleistung (Output-Ebene)⁹⁵⁵, im Binnenmarkt durch eine mitgliedstaatliche *Maßnahme* (wie z.B. ein Gesetz, eine Verordnung bzw. jedwedes andere Verwaltungshandeln) „behindert“, „erschwert“ oder auch nur „weniger attraktiv“ gemacht wird, d.h. im weitesten Sinne einer „Beschränkung“ unterliegt, können *wirtschaftlich* agierende natürliche oder juristische Personen vor nationalen Rechtsstellen (wie Behörden und Gerichten) die Verletzung einer Grundfreiheit geltend machen. Bei der Verletzung einer Grundfreiheit besteht die Rechtsfolge darin, dass die beschränkende Regelung (etwa ein Gesetz, eine Verordnung oder ein Verwaltungsakt) für den transnationalen, grenzüberschreitenden Sachverhalt nach dem Prinzip des Anwendungsvorrangs⁹⁵⁶ unangewendet bleiben muss und nicht vollzogen werden darf. Dies hat zur Konsequenz, dass eine gesetzliche Regelung oder

⁹⁴⁸ Siehe die Nachweise in den Fußnoten 56, 58 und 64.

⁹⁴⁹ Siehe Nachweise in Fußnote 59.

⁹⁵⁰ *W. Hakenberg*, Europarecht (2015), Rn. 357.

⁹⁵¹ *W. Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht (2010), S. 85, Rn. 228 und S. 87, Rn. 234.

⁹⁵² Gemäß der Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit. Zur Qualifikation der Grundfreiheiten als subjektiv-öffentliche Rechte siehe die komprimierte Darstellung bei *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 23-37 m.w.N.

⁹⁵³ Der in vorliegender Untersuchung verwendete Begriff des *supranationalen Wirtschaftsintegrationsrechts* bezeichnet die Gesamtheit der primärrechtlichen Normen von EUV und AEUV, welche sich ihrem Gegenstand nach auf das Binnenmarktziel gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft beziehen. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass das Wirtschaftsrecht der Union eine eigenständige Qualität aufweist. Ähnlich, aber mit anderen Begriffsbildungen *W. Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht (2010), S. 16, Rn. 26 ff.

⁹⁵⁴ Kapitel 1 B. III. 1.

⁹⁵⁵ Zur Differenzierung von Input- und Output-Ebene siehe *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 31.

⁹⁵⁶ EuGH *Costa/E.N.E.L.* (C-6/64, EU:C:1964:66) S. 1269 ff.

ein Verwaltungsakt zwar nicht nichtig, aber relativ⁹⁵⁷, d.h. in Bezug auf den transnationalen Sachverhalt, unwirksam ist. Der die Grundfreiheit verletzende Mitgliedstaat ist darüber hinaus nach den Voraussetzungen der Staatshaftung zum Schadenersatz verpflichtet. Die Haftungsfolge unterstreicht neben der Verbotsfolge der „Unanwendbarkeit“ die Verantwortung der Mitgliedstaaten und aller ihrer Untergliederungen gegenüber dem einzelnen Wirtschaftssubjekt für die Gewährleistung wirtschaftlicher Mobilität im Binnenmarkt.

Da sich Inhalt und Kontur der grundfreiheitlichen Verbotsmaßstäbe allenfalls rudimentär aus dem Wortlaut des Vertrages ablesen lassen war und ist es die Aufgabe des EuGH, den Verbotsmaßstab der Grundfreiheiten (vorliegend Kontrollmaßstab benannt⁹⁵⁸) entsprechend der Zielsetzungen des Vertrages zu konkretisieren sowie unter Berücksichtigung der jeweiligen integrationspolitischen Rahmenbedingungen fortzuentwickeln. Zunächst stand dabei das Diskriminierungskonzept im Vordergrund⁹⁵⁹, nach dem die Grundfreiheiten im Sinne spezifischer Ausformungen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes aufgrund der Staatsangehörigkeit, Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EG) bzw. des allgemeinen Gleichheitssatzes aufgefasst wurden.⁹⁶⁰ Der Verbotsmaßstab wurde darüber hinaus, ebenso wie bei Art. 18 AEUV⁹⁶¹, sodann um die Kategorie der sog. mittelbaren Diskriminierung erweitert, nach der sämtliche Formen faktischer Ungleichbehandlungen ebenso verboten sind.

Beginnend mit der *Dassonville*-Rechtsprechung⁹⁶² 1974 öffnete sich schließlich mit dem Kriterium der „Geeignetheit“ den innergemeinschaftlichen Handel zu „behindern“ ein über gleichheitsrechtliche Facetten hinausgehender Korridor, welcher mit dem Kriterium der „Attraktivität“ nach der Rechtsprechung EuGH *Kraus/Gebhard*⁹⁶³ noch weiter geöffnet wurde (Erhöhung der Kontrolldichte). Dieser Korridor wurde jedoch im weiteren zeitlichen Verlauf der Rechtsprechung in einer Gegenbewegung wieder eingengt (Reduktion der Kontrolldichte) über „zwingende Erfordernisse“ des Allgemeininteresses nach EuGH *Cassis*⁹⁶⁴ und „bestimmte Verkaufsmodalität“ nach EuGH *Keck*⁹⁶⁵ sowie weitere Formen von „Modalitäten“ in der *Keck*-Folgerechtsprechung. Zuletzt erfolgte, wie gesagt, eine Konsolidierung und Präzisierung der Rechtsprechung über eine Konzentration auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten in der Rechtsprechung seit EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*⁹⁶⁶ bis *Mickelsson & Roos*.⁹⁶⁷

⁹⁵⁷ Relativ, da nur auf den transnationalen Sachverhalt bezogen. Für den rein nationalen Sachverhalt kann der Verwaltungsakt uneingeschränkt gelten.

⁹⁵⁸ Kapitel I B. III. 2. b).

⁹⁵⁹ Dazu umfassend S. *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2003) passim, insb. S. 26 ff. zum Begriff und zur Begriffsbildung.

⁹⁶⁰ Hierzu D. *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009), § 7, S. 219, Rn. 22 und S. 215, Rn. 13 ff.

⁹⁶¹ A. von *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 42 Sept. 2010, Art. 18 AEUV, Rn. 10 ff.

⁹⁶² EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

⁹⁶³ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

⁹⁶⁴ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

⁹⁶⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

⁹⁶⁶ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

⁹⁶⁷ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

Im Schrifttum wird diese Rechtsprechungslinie mit der Auslegung der Grundfreiheiten im Sinne sog. „Beschränkungsverbote“ für „unterschiedslose Maßnahmen“ („indistinctly applicable measures“⁹⁶⁸) verknüpft.⁹⁶⁹ Bis heute ist im Schrifttum umstritten, ob und wenn ja in welcher Ausprägung das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten bei der Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ betreffend das Marktzutrittskriterium freiheitsrechtliche Facetten umfasst.⁹⁷⁰ Denn der EuGH hat mit der Rechtsprechungslinie zur Konzentration auf das Marktzugangskriterium ebenso wenig wie zuvor in *Dassonville*, *Kraus/Gebhard* oder *Keck* bestimmt, ob das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten die Marktzugangsgleichheit und Marktzugangsfreiheit gleichermaßen umfasst. Da sich der Marktzugang zudem nicht als statischer Vorgang darstellt, besteht hierzu überdies die Frage, inwieweit sequenzielle Aspekte der Mobilität über die „Formeln“ des EuGH erfasst werden.

Dem Zweck in diesem Abschnitt der Untersuchung auf der Ebene der Regelbildung entsprechend, konzentriert sich die nachfolgende Darstellung zur Rechtsprechung des EuGH auf die Exegese übergeordneter sowie dogmatisch-konzeptioneller Gesichtspunkte, welche im Hinblick auf den Maßstab und den Inhalt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes prinzipiellen Charakter aufweisen.

1. Ausgangspunkt: Das *Dassonville*-Urteil zur Warenverkehrsfreiheit

Nachdem sich der EuGH in den Rechtssachen *Int. Fruit Company*⁹⁷¹ und *Geddo*⁹⁷² zunächst stark einzelfallbezogen mit dem für die Warenverkehrseinfuhrfreiheit zentralen Begriff der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ auseinander setzte, wurde mit der Entscheidung in der Rechtssache *Dassonville* (Juli 1974)⁹⁷³ erstmals die zweite und für die Praxis bedeutsamere Alternative des Verbotstatbestandes der Warenverkehrsfreiheit formelhaft konkretisiert und damit der Weg für die Auslegung der Grundfreiheiten im Sinne sog. Beschränkungsverbote eröffnet.⁹⁷⁴

⁹⁶⁸ Ausführlich *P. Oliver*, in: *Oliver* (Hrsg.), *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union* (2010), S. 104 ff.

⁹⁶⁹ Siehe die Nachweise in Fußnote 56 bis 58 und 64.

⁹⁷⁰ *W. Frenz*, *Europäische Grundfreiheiten* (2004), § 4, Rn. 141 ff. m.w.N.

⁹⁷¹ EuGH *International Fruit Company NV und andere gegen Produktschap voor groenten en fruit* (C-51 bis 54/71, EU:C:1971:128) Rn. 8/9.

⁹⁷² EuGH *Riseria Luigi Geddo gegen Ente Nazionale Risi* (C-2/73, EU:C:1973:89) Rn. 7.

⁹⁷³ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82). Obwohl dem Sachverhalt nicht ohne Zweifel eine unterschiedslose Maßnahme zugrunde lag, hat der Gerichtshof hier erstmals eine umfassende Definition des Begriffs „Maßnahmen gleicher Wirkung“ vorgenommen und damit den Grundstein für die spätere Anwendung des Art. 28 EG als Beschränkungsverbot in der „Cassis“-Entscheidung (EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42)) gelegt.

⁹⁷⁴ Vgl. etwa *U. Becker*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar* (2000), Art. 28 EGV, Rn. 44; *A. Epiney*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV-Kommentar* (1999), Rn. 15; *S. Leible*, in: *Grabitz/Hilf*, *EUV/EGV-Kommentar*, EL 15 Jan. 2000, Art. 28 EGV, Rn. 9/12 ff.; *W. Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV-Kommentar* (2003), Art. 28 EGV, Rn. 40.

a) Die „Dassonville-Formel“, Art. 34 AEUV

Das EuGH Urteil zur Rechtssache *Dassonville* beinhaltet eine formelhafte Definition, daher im Schrifttum auch als *Dassonville-Formel* bezeichnet, für das Tatbestandsmerkmal „Maßnahmen gleicher Wirkung“ bei Art. 34 AEUV, welche sich aus Randnummer 5 der Urteilsbegründungen ergibt:

[5] „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die *geeignet* ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu *behindern*.“⁹⁷⁵ (Hervorhebung durch den Verf.).

Die *Dassonville*-Formel umfasst vier zueinander in Beziehung stehende Kriterien (unmittelbar/mittelbar, tatsächlich/potentiell), welche die „Geeignetheit“ einer Handelsregelung zur „Behinderung“ des innergemeinschaftlichen Handels umschreiben.⁹⁷⁶ Der Terminus „Handelsregelung“ der *Dassonville*-Formel, welcher sich ebenso im Wortlaut von Art. 36 Satz 2 AEUV findet, stellt dabei kein zusätzliches Erfordernis dar.

Die vier Kriterien der *Dassonville*-Formel zeigen, insbesondere gegenüber dem in Art. 18 AEUV niedergelegten Prinzip der Inländerbehandlung bzw. des Verbots einer Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, eine neue konzeptionelle Richtung auf, nämlich dass es bei der Prüfung einer Maßnahme nicht mehr auf einen Vergleich der „Geeignetheit“ in Bezug auf den Inlands- und Auslandssachverhalt ankommt (hier zur Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels mit Waren in Bezug auf nationale und ausländische Waren), sondern auf die *Wirkung* einer Maßnahme betreffend die Mobilität an sich. Diese Konzeption einer auf die Mobilität (hier der Ware) bezogenen Wirkungsprüfung kann in dogmatischer Perspektive als *erstes Beschränkungsparadigma* bezeichnet werden. Für den Verbotsmaßstab der Warenverkehrsfreiheit kommt damit zum Ausdruck, dass diesem eine freiheitsrechtliche Konzeption von Warenhandel zugrunde liegt, da sich aus der *Dassonville*-Formel gerade nicht (mehr) ergibt, dass ein Belastungsvergleich von Ware X aus Land A und Ware Y aus Land B den Bezugspunkt für das Verbot bildet. Maßgeblich ist vielmehr eine „Erschwerung“ der wirtschaftlichen Mobilität.

Konzeptionell sowie funktional betrachtet wurde mit der *Dassonville*-Rechtsprechung, analog zu dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot, der *Bezugspunkt* des Verbotes von einer rechtlich geprägten Gleichheitsbetrachtung klassischer Prägung verlagert, hin zu einer funktional-wettbewerbsökonomischen Bewertung von „geeignet zu behindern“. Letztere kann denklogisch nur über eine Betrachtung transnationaler Markt- und Wettbewerbsprozesse bewertet werden, wie bei Art. 101,102 AEUV (siehe zuvor I. 4.). Integrationspolitisch betrachtet geht die *Dassonville*-Formel des Gerichtshofs damit deutlich über das zuvor von der Kommission in der Richtlinie 70/50/EWG⁹⁷⁷ verfolgte

⁹⁷⁵ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

⁹⁷⁶ Hierzu ausführlich und zum Teil mit eigenen Deutungsnuancen S. *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht (2005), § 10 II 3, S. 64, Rn. 34 ff.

⁹⁷⁷ Richtlinie 70/50/EWG v. 22.12.1969 (5. Richtlinie zu Art. 33 Abs. 7 EWG-Vertrag) Abl. 1970 Nr. L 13, S. 29

Konzept hinaus, wenngleich die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis auch die Formel des EuGH zugrunde legte und sie sich bisweilen ebenso auf ihre zwischen 1964 und 1969 auf der Grundlage des damaligen Art. 33 Abs. 7 EWG-Vertrag erlassenen Richtlinien enthaltenen Sachverhalte als Beispiele bezog und ggf. weiter bezieht.⁹⁷⁸ Letztlich wurde mit der *Dassonville*-Rechtsprechung ein „Gleichklang“ von EuGH-Spruchpraxis und Kommissionspolitik erreicht. Indessen wurde die Reichweite der Kontrolle für Maßnahmen, die „potenziell geeignet sind den Handelsverkehr zu behindern“, nicht näher definiert. Anders als bei den Wettbewerbsregeln, sind die Zusammenhänge von Maßstab (Freiheit und/oder Gleichheitsrecht), Gegenstand (Mobilität) und Bezugspunkt (Wettbewerb) des Beschränkungsverbotens somit nicht hinreichend genau definiert.

Für die Prinzipienbildung kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass die *Dassonville*-Formel (analog zu der *Consten & Grundig*-Rechtsprechung, siehe zuvor I. 1.) klarstellt, dass das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten einen Maßstab umfasst, der über eine formal gleichheitsrechtliche Kontrolle hinausgeht und die „behindernde“ Wirkung einer Maßnahme auf die Mobilität der wirtschaftlichen Leistung maßgeblich ist. Dies entspricht dem Grunde nach dem sog. *effects based approach* im Kartellrecht, womit aber nicht geklärt ist, anhand welcher Maßstäbe der Effekt auf die Mobilität der wirtschaftlichen Leistung zu bewerten ist. Soweit die *Intensität* der Mobilitätsbeschränkung einer Maßnahme in die grundfreiheitliche Kontrolle einbezogen sein soll, und genau diese Frage lässt sich mit den unbestimmten Rechtsbegriffen von *Dassonville* nicht eindeutig beantworten, ist zwingend ein freiheitsrechtlicher Maßstab erforderlich, da das Konzept von Gleichheit (A versus B) die Intensität einer Beeinträchtigung des Handels nicht „messen“ kann.

b) *Sukzessive Übertragung des Beschränkungsparadigmas*

Ausgehend von der *Dassonville*-Formel sind heute nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der überwiegenden Auffassung im Schrifttum sämtliche Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote auszulegen.⁹⁷⁹ Das damit zusammenhängende Verständnis einer Kontrolle sog. „unterschiedsloser Maßnahmen“ (hierzu im Detail sogleich noch 3.) wird dabei von einem Großteil des Schrifttums bemerkenswerter Weise für alle Grundfreiheiten und weitgehend unabhängig vom Konvergenzargument in der *Dassonville*- bzw. auch in der *Gebhard*-Formel gesehen.⁹⁸⁰ In der Rechtsprechung zu den weiteren Grundfreiheiten greift der Gerichtshof stets auf die Definition, welche er im *Dassonville*-Urteil⁹⁸¹ zur Auslegung der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ formulierte, zu-

⁹⁷⁸ Siehe hierzu *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 28 EG, Rn. 44, 45.

⁹⁷⁹ Hierzu die Nachweise in der Einleitung Fußnote 56, 58 und 64.

⁹⁸⁰ Siehe nur *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009), § 7 II 2, Rn. 28, S. 224: „Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Beschränkung der Grundfreiheiten anzunehmen ist, wenn nationale Maßnahmen die Ausübung dieser Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können“, unter Bezugnahme in Fn. 118 u.a. auf EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

⁹⁸¹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

rück, wenn er diese ebenso im Sinne eines Beschränkungsverbotes anwendet, d.h. für sog. „unterschiedslose Maßnahmen“. Die Problematik eines fehlenden „Schwellenwertes“, d.h. die Unbestimmtheit der Subsumtionskriterien „geeignet“ zu „behindern“ wurde damit für alle Grundfreiheiten perpetuiert.

Nachfolgend wird die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten jenseits von Art. 34 AEUV in komprimierter Form sowie in der zeitlichen Reihenfolge deren Interpretation als Beschränkungsverbote dargestellt, zumindest soweit sich hieraus weitere Aspekte zum Inhalt und zur Kontur des Kontrollmaßstabes „Beschränkungsverbot“ für die Prinzipienbildung ergeben.

aa) Dienstleistungsfreiheit, Art. 56, 57 AEUV

Bereits im Dezember 1974, also schon wenige Monate nach der *Dassonville*-Entscheidung, hat der EuGH in der Rechtssache *van Binsbergen* die Dienstleistungsfreiheit, zumindest für den Bereich der natürlichen Personen, ebenso wie die Warenverkehrsfreiheit weit ausgelegt ohne jedoch eine identische Umschreibung wie im *Dassonville*-Urteil zu formulieren:

„Unter Beschränkungen [...] fallen alle Anforderungen, die an den Leistenden namentlich aus Gründen seiner Staatsangehörigkeit oder wegen des Fehlens eines ständigen Aufenthaltes in dem Staate, in dem die Leistung erbracht wird, gestellt werden und nicht für im Staatsgebiete ansässige Personen gelten oder *in anderer Weise geeignet sind*, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu *behindern*“.⁹⁸² (Hervorhebung durch den Verf.).

Deutlicher wurde der EuGH sodann Anfang der 1980er Jahre in den Rechtsachen *van Wesemael*⁹⁸³, *Debauxe*⁹⁸⁴ und *Webb*⁹⁸⁵, um schließlich in der Entscheidung zur Rechtssache *Säger* die Dienstleistungsfreiheit expressis verbis als Beschränkungsverbot zu qualifizieren und mit dem Begriff „unterschiedslos“ zu verbinden:

„Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß Artikel 59 EWG-Vertrag nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen [...], sondern auch die Aufhebung aller *Beschränkungen*, selbst wenn sie *unterschiedslos* für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten – verlangt, wenn sie *geeignet* sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden [...], zu unterbinden oder zu *behindern*“.⁹⁸⁶

In den Schlussanträgen zur Rechtssache *Säger* zeichnete sodann Generalanwalt *Francis G. Jacobs* die Entwicklung des Art. 59 EWG-Vertrages zum Beschränkungs-

⁹⁸² EuGH *Johannes Henricus Maria van Binsbergen gegen Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (van Binsbergen)* (C- 33/74, EU:C:1974:131) Rn. 10/12.

⁹⁸³ EuGH *Ministère public und „Chambre syndicale des agents artistiques et Impresarii de Belgique“ ASBL gegen Willy van Wesemael und andere* (C-110 und 111/78, EU:C:1979:8) Rn. 27, 28.

⁹⁸⁴ EuGH *Procureur du Roi gegen Marc J.V.C. Debauxe und andere* (C-52/79, EU:C:1980:83) Rn. 11.

⁹⁸⁵ EuGH *Strafverfahren gegen Alfred John Webb* (C-279/80, EU:C:1981:314) Rn. 14.

⁹⁸⁶ EuGH *Manfred Säger gegen Dennemeyer & Co. Ltd. (Säger)* (C-76/90, EU:C:1991:331) Rn. 12.

verbot nach.⁹⁸⁷ Im Schrifttum ist die Entwicklung der Dienstleistungsfreiheit vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot umfänglich dokumentiert und anerkannt.⁹⁸⁸

bb) Niederlassungsfreiheit, Art. 49, 54 AEUV

Nachdem der EuGH zunächst die Auslegung der Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot bis Ende der 1980er eher vage anklingen ließ, insbesondere in den Rechtssachen *Klopp*, *Stanton* und *Kommission/Frankreich (Berufsausübung)*⁹⁸⁹, wurden die Ausführungen deutlicher in der Entscheidung zur Rechtssache *Vlassopoulou*, in der es zu Anforderungen an die Berufsqualifikation heißt:

„[...] selbst wenn sie ohne Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit angewandt werden, können sie sich dahin auswirken, dass sie [...] in der Ausübung des ihnen [...] gewährleisteten Niederlassungsrechts *beeinträchtigen*.“⁹⁹⁰ (Hervorhebung durch den Verf.).

Eine noch weitgehendere Umschreibung fand der Gerichtshof dann Anfang der 1990er Jahre in der Urteilsbegründung zur Rechtssache *Kraus*⁹⁹¹:

„[...] die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber *geeignet* ist, die Ausübung der [...] Freiheiten [...] zu *behindern* oder *weniger attraktiv* zu machen“.

Soweit ersichtlich wurde mit der Rechtssache *Kraus* erstmals explizit die Formel „weniger attraktiv“ in Verbindung mit dem Kriterium „geeignet“ formuliert. Der Maßstab einer „Attraktivität“ der Mobilität, hier formuliert als „Ausübung der Freiheiten“, setzt sich noch deutlicher von einer gleichheitsrechtlichen Konzeption ab, als die Formulierung „geeignet zu behindern“. Denn das Überschreiten der Schwelle eines „weniger attraktiv“ ist deutlich eher erreicht als ein „behindern“. Freilich lässt auch hier, wie zuvor bei *Dassonville*, die Urteilsbegründung eine nähere Umschreibung vermissen.

Letztlich wurde mit der Entscheidung in der Rechtssache *Gebhard*⁹⁹² der Verbotmaßstab der Niederlassungsfreiheit eindeutig im Sinne eines Beschränkungsverbotes ausgelegt. Dennoch bleibt teilweise nebulös, ob ein weiter Verbotmaßstab im Sinne des Beschränkungsverbotes in allen Bereichen der Niederlassungsfreiheit gilt.⁹⁹³ Dies

⁹⁸⁷ Schlussanträge des Generalanwaltes *Francis G. Jacobs* EuGH *Säger* (C-76/90, EU:C:1991:72).

⁹⁸⁸ Siehe nur *M. Rolshoven*, „Beschränkungen“ des freien Dienstleistungsverkehrs (2002) m.w.N.

⁹⁸⁹ EuGH *Ordre des avocats au barreau de Paris gegen Onno Klopp (Klopp)* (C-107/83, EU:C:1984:270) Rn. 19; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik (Berufsausübung)* (C-96/85, EU:C:1986:189) Rn. 11; EuGH *Christopher Stanton und SA belge d'assurance „L'Etoile 1905“ gegen Institut national d'assurance sociales pour travailleur (Stanton)* (C-143/87, EU:C:1988:378) Rn. 10 ff.

⁹⁹⁰ EuGH *Irène Vlassopoulou gegen Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden Württemberg (Vlassopoulou)* (C-340/89, EU:C:1991:193) Rn. 15.

⁹⁹¹ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32.

⁹⁹² EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37. Ausführlich *K. Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit (2000), S. 250 ff.

⁹⁹³ Ebenso *U. Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Art. 49 AEUV, EL 43, März 2011, Rn. 95.

zeigt beispielsweise die (kompetenziell) diffizile Lage im Bereich des Steuerrechts⁹⁹⁴, wenngleich auch hier die Grundfreiheiten nach wohl überwiegender Auffassung mindestens dem Grundsatz nach als Beschränkungsverbote gelten.⁹⁹⁵

Bei der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften, Art. 49, 54 AEUV, ergibt sich die Ausprägung als Beschränkungsverbot deutlich aus den Entscheidungen in den Rechts-sachen *Centros*⁹⁹⁶, *Überseering*⁹⁹⁷ und *Inspire Art*⁹⁹⁸ (Zuzugsbeschränkungen) sowie zu den Rechtssachen *DailyMail*⁹⁹⁹ und *Cartesio*¹⁰⁰⁰ (Wegzugsbeschränkung). Im Schrifttum ist die Auslegung der Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot bei den Gesell-schaften bzw. bezogen auf das Gesellschaftsrecht umfänglich rezipiert und erörtert.¹⁰⁰¹

cc) Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV

Im Vergleich zu der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für natürliche Per-sonen hat der Gerichtshof erst relativ spät in den 1990er Jahren eine weite Auslegung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne eines Beschränkungsverbotet etabliert und da-mit eine einheitlich weite Auslegung der grundfreiheitlichen Verbotsmaßstäbe in Bezug auf natürliche Personen als Wirtschaftssubjekte gefunden. In der Rechtssache *Bos-man*¹⁰⁰² sowie nachfolgend in den Rechtssachen *Lehtonen*¹⁰⁰³, *Graf*¹⁰⁰⁴, *Kranemann*¹⁰⁰⁵ und *ITC*¹⁰⁰⁶ hat der Gerichtshof für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, ähnlich wie zuvor

⁹⁹⁴ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht (2009), S. 526, Rn. 34 a.E.

⁹⁹⁵ M. Lehner, Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten (2000), hier insbesondere die Beiträge von J. Kokott, Die Bedeutung der europarechtlichen Diskriminierungsverbote und Grundfreiheiten für das Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten, S. 1-24: „Die weitgehend auch als Beschränkungsverbo-te verstandenen Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts gelten auch im Bereich des Steuerrechts“ (S. 23) sowie E. Reimer, Die Auswirkungen der Grundfreiheiten auf das Ertragssteuerrecht der Bun-desrepublik Deutschland – Eine Bestandsaufnahme, S. 39-101: „Man muss daher heute auch die Niederlassungsfreiheit als umfassendes Beschränkungsverbot ansehen“. Dies gilt auch für das Steu-errecht“ (S. 71 m.w.N. in Fn. 153).

⁹⁹⁶ EuGH *Centros Ltd. gegen Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (Centros)* (C-212/97, EU:C:199:126) Rn. 34.

⁹⁹⁷ EuGH *Überseering BV gegen Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) Über-seering)* (C-208/00, EU:C:2002:632) Rn. 56 ff.

⁹⁹⁸ EuGH *Kamer van Koophandel en Fabrieken vor Amsterdam gegen Inspire Art (Inspire Art)* (C-167/01, EU:C:2003:512) Rn. 95 ff.

⁹⁹⁹ EuGH *The Queen gegen H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust plc (Daily Mail)* (C-81/87, EU:C:1988:456) Rn. 16.

¹⁰⁰⁰ EuGH *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. (Cartesio)* (C-210/06, EU:C:2008:723) Rn. 109 u. 113.

¹⁰⁰¹ Siehe nur F. Kainer, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEuR Band 4 (2015), § 4 Die binnenmarktli-che Niederlassungsfreiheit der Unternehmen, S. 209 ff. und M. Habersack/D. A. Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht (2011), § 3, S. 7-42 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹⁰⁰² EuGH *Union royale belge des sociétés de football association ASBL u.a. gegen Jean-Marc Bosman (Bosman)* (C-415/93, EU:C:1995:463) Rn. 96.

¹⁰⁰³ EuGH *Jyri Lehtonen und Castors DryNamur-Braine ASBL gegen Fédération royale belge des socié-tés de basket-ball ASBL (FRBSB) (Lehtonen)* (C-176/96, EU:C:2000:201) Rn. 47 ff.

¹⁰⁰⁴ EuGH *Volker Graf gegen Filzmoser Maschinenbau GmbH (Graf)* (C-190/98, EU:C:2000:49) Rn. 18 ff.

¹⁰⁰⁵ EuGH *Karl Robert Kranemann gegen Land Nordrhein-Westfalen (Kranemann)* (C-109/04, EU:C:2005:187) Rn. 25.

¹⁰⁰⁶ EuGH *ITC Innovative Technology Center GmbH gegen Bundesagentur für Arbeit (ITC)* (C-208/05, EU:C:2007:16) Rn. 31.

bereits in der Entscheidung *Masgio*¹⁰⁰⁷, formuliert, dass Bestimmungen (Maßnahmen), die den Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates „daran hindern oder davon abhalten“, seinen Herkunftsstaat zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, eine Beeinträchtigung dieser Freiheit darstellen, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit Anwendung finden. In jüngerer Zeit hat der Gerichtshof in der Entscheidung *Olympique Lyonnais SASP*¹⁰⁰⁸ diese Auslegung bestätigt, womit heute in ständiger Rechtsprechung von einer Auslegung der Arbeitnehmerfreizügigkeit als Beschränkungsverbot ausgegangen werden kann.¹⁰⁰⁹ Wenngleich auf die Sonderrolle der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Kanon der Grundfreiheiten hingewiesen werden sollte sowie auf deren besondere Beziehung zum allgemeinen Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV, und zur Unionsbürgerfreizügigkeit (Art. 20, 21 AEUV), so ist doch die auf dem Beschränkungsparadigma der *Dassonville*-Formel beruhende Auslegung der Arbeitnehmerfreizügigkeit als Beschränkungsverbote überwiegend anerkannt.¹⁰¹⁰

dd) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV

In deutlicher Anlehnung an die *Dassonville*-Rechtsprechung sind bei der Kapitalverkehrsfreiheit alle unmittelbaren oder mittelbaren sowie aktuellen oder potentiellen Behinderungen, Begrenzungen oder Untersagungen für den Zufluss, Abfluss oder Durchfluss von Kapital als Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 Abs. 1 AEUV, zu bewerten.¹⁰¹¹ Dies hat der Gerichtshof zuletzt in der Entscheidungsreihe zu den sog. *golden shares*¹⁰¹² deutlich hervorgehoben. Die betreffenden Regelungen zu *golden shares* führten nicht zu einer Ungleichbehandlung, aber sie waren „geeignet zu behindern“, und zwar geeignet, den Erwerb von Anteilen an Unternehmen zu verhindern und Anleger aus anderen Mitgliedstaaten davon abzuhalten, in das Kapital von Un-

¹⁰⁰⁷ EuGH *Maria Masgio gegen Bundesknappschaft (Masgio)* (C-10/90, EU:C:1991:107) Rn. 18 ff.

¹⁰⁰⁸ EuGH *Olympique Lyonnaise SASP gegen Oliver Bernard und Newcastle UFC (Olympique Lyonnaise)* (C-325/08, EU:C:2010:143) Rn. 27 ff.

¹⁰⁰⁹ So explizit *H. Schneider/N. Wunderlich*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 45 AEUV, Rn. 43 und *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten (2012), S. 613, Rn. 1910.

¹⁰¹⁰ Siehe bereits die Nachweise in der Einleitung Fußnote 56. Ausführlich zur Arbeitnehmerfreizügigkeit *S. Krebber*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEuR Band 4 (2015), § 2 Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 121 ff.

¹⁰¹¹ Siehe hierzu *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten (2012), S. 1160, Rn. 3707-3709 sowie die Nachweise bei *G. Ress/J. Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 52 Jan 2014, Art. 63 AEUV, Rn. 134.

¹⁰¹² EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik (golden shares I)* (C-367/98, EU:C:2002:326) Rn. 44 f.; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik (golden shares II)* (C-483/99, EU:C:2002:327) Rn. 40 f.; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien (golden shares IV)* (C-463/00, EU:C:2003:272) Rn. 56 f.; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland (golden shares V)* (C-98/01, EU:C:2003:273) Rn. 43f.

ternehmen zu investieren.¹⁰¹³ Im Schrifttum wird die Ausprägung der Kapitalverkehrsfreiheit als Beschränkungsverbot umfänglich bestätigt.¹⁰¹⁴

Ähnlich sind auch hinsichtlich des Zahlungsverkehrs, Art. 63 Abs. 2 AEUV, unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder potenzielle Beschränkungen des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs verboten. Die auch als sog. Annexfreiheit bezeichnete Zahlungsverkehrsfreiheit bezieht sich als Beschränkungsverbot auf die Mobilität der Gegenleistungsebene und sichert diese für sämtliche Marktbereiche der Grundfreiheiten.¹⁰¹⁵

2. Ergänzung: Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung seit EuGH Cassis

Mit dem EuGH-Urteil zur Rechtssache *Cassis de Dijon*¹⁰¹⁶ hat der Gerichtshof eine weitreichende inhaltliche Ergänzung des Beschränkungsverbotest installiert, in dem er den von einem Mitgliedstaat gesetzten Produktstandard (gesetzliche Vorschrift zu einem Mindestalkoholgehalt für bestimmte Getränke¹⁰¹⁷) als nicht anwendbar erklärte für Produkte aus einem anderen Mitgliedstaat, welche den gesetzlichen Vorschriften des Heimatmarktes entsprechen. Hierzu führte der EuGH wie folgt aus:

[Rn. 14]: Es gibt somit keinen stichhaltigen Grund dafür, zu verhindern, daß in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte alkoholische Getränke in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden; dem Absatz dieser Erzeugnisse kann kein gesetzliches Verbot des Vertriebs von Getränken entgegeng gehalten werden [...]“.

Diese sog Entwicklung vom Bestimmungslandprinzip zum Ursprungslandprinzip¹⁰¹⁸ wurde später im Weißbuch „Zur Vollendung des Binnenmarktes“ (1985)¹⁰¹⁹ als sog. *Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*¹⁰²⁰ (mutual recognition) verankert. In dem Weißbuch ist im zweiten Teil „Beseitigung der technischen Schranken“ dieses Prinzip wie folgt umschrieben:

[Rn. 57] Der Abbau der Grenzkontrollen ist zwar wichtig, führt für sich allein aber noch nicht zur Schaffung eines echten gemeinsamen Marktes. Der Waren- und Personenverkehr innerhalb der Gemeinschaft sollte nicht im Binnenland der einzelnen Mit-

¹⁰¹³ EuGH *Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik (golden shares VI)* (C-543/08, EU:C:2010:669) Rn. 47.

¹⁰¹⁴ Siehe bereits die Nachweise in der Einleitung Fußnote 56 sowie *P. von Wilmsky*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte* (2014), § 12, Rn. 6.

¹⁰¹⁵ *M. Sedlaczek/M. Züger*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2012), Art. 63 AEUV, Rn. 25. *N. Schreiner*, *Die Zahlungsverkehrsfreiheit des EG-Vertrages* (2010) passim., S. 81/82 zur Abgrenzung über die Gegenleistungsebene und S. 97 ff. zur Auslegung als Beschränkungsverbot.

¹⁰¹⁶ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁰¹⁷ Streitgegenständlich war § 100 Abs. 2 Branntweinmonopolgesetz betr. einen Mindestweingeistgehalt, BGBl 1976 I, S. 1145.

¹⁰¹⁸ *K.-D. Borchardt*, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union* (2015), S. 402, Rn. 913.

¹⁰¹⁹ *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Kom(85) 310 endg. vom 14.06.1985, *Vollendung des Binnenmarktes*, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat.

¹⁰²⁰ *K.-D. Borchardt*, ebd. (2015), S. 359, Rn. 800.

gliedstaaten auf Schranken stoßen, wenn diese gerade an der Grenze abgeschafft worden sind.

[Rn. 58]: Dies bedeutet nicht, daß überall die gleichen Regeln gelten müssen, sondern daß sich Waren, Personen und Gesellschaften innerhalb der Gemeinschaft *frei bewegen können sollten*. Abgesehen von gewissen zwingenden Ausnahmen [...] sollte allgemein *folgender Grundsatz Geltung erhalten: Wenn ein Erzeugnis in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden ist, ist nicht einzusehen warum es nicht überall in der Gemeinschaft verkauft werden sollte*. Die Ziele nationaler Rechtsvorschriften - wie der Schutz der menschlichen Gesundheit, des menschlichen Lebens und der Umwelt – decken sich in den meisten Fällen. Hieraus folgt, daß die Vorschriften und Kontrollen, mit denen diese Ziele erreicht werden sollen, zwar verschiedene Formen annehmen können, im Kern aber auf das gleiche hinauslaufen und daher normalerweise in allen Mitgliedstaaten anerkannt werden sollten [...]“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Eben dieses Prinzip hatte der EuGH mit dem *Cassis*-Urteil¹⁰²¹ in die Dogmatik der Grundfreiheiten bereits 1979 implementiert und damit den Kontrollmaßstab um eine Facette ergänzt, welche über ein Gleichheitsrecht weit hinausgeht. Denn nunmehr sollen, unionsrechtlich legitimiert, unterschiedliche Produkthanforderungen (das Recht in Mitgliedstaat A entspricht nicht dem Recht des Mitgliedstaates B) in einem relevanten Markt (dem Zielmarkt in einem anderen Mitgliedstaat als den Herkunftsstaat) auf der Basis ungleicher rechtlicher Bedingungen miteinander konkurrieren¹⁰²², mit der Begründung, dass sich hierdurch „Waren, Personen und Gesellschaften innerhalb der Gemeinschaft *frei bewegen können*.“ In dieser Formulierung des Weißbuchs klingt deutlich das hier so benannte Free Movement-Konzept an.¹⁰²³ Relevant wird das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung insbesondere bei der Frage der unionsrechtlichen Erfassung von Sachverhalten der sog. umgekehrten Diskriminierung bzw. Inländerdiskriminierung.¹⁰²⁴

Die ebenso mit dem Urteil in der Rechtssache *Cassis* eingeführten „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses¹⁰²⁵ als sog. tatbestandsimmanente Einschränkung bzw. ungeschriebene Rechtfertigung (streitig¹⁰²⁶) wird ausführlich im Rahmen der Rechtfertigung erörtert.¹⁰²⁷

¹⁰²¹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁰²² Insoweit besteht gerade keine „Rechtsgleichheit“ (so aber K.-D. Borchardt a.a.O. (2015), S. 359) sondern Rechtsungleichheit, da sich Konkurrenten mit ihren Produkten in einem relevanten Markt auf der Grundlage divergierender rechtlicher Regelungen gegenüberstehen, welche die Beschaffenheit (Qualität) des Produktes bestimmen, wobei sich aber der Inländer nicht seiner „strengerer“ gesetzlichen Regelung entziehen kann. Hierzu Kapitel 5 C. I. 4. c) und Kapitel 6 A. I. 1. b) cc).

¹⁰²³ Zuvor A. I.

¹⁰²⁴ Kapitel 1 A. II. 1. f) Problembereich 6, Kapitel 5 C. I. 4. und Kapitel 6 A. I. 1. b) cc).

¹⁰²⁵ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁰²⁶ *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten (2012), Rn. 1156/1157 m.w.N.

¹⁰²⁷ Kapitel 1 A. II. 1. i) Problembereich 9 und Kapitel 5 C. III. 1.

3. Klarstellung: „unterschiedslose“ Maßnahme, *Cassis*-Folgerechtsprechung

In der Folgerechtsprechung zu der *Cassis*-Rechtsprechung wurde sodann zur Kennzeichnung von staatlichen Maßnahmen, welche weder ihrem Wortlaut nach noch faktisch an die Herkunft von Produkten oder Dienstleistungen, die Belegenheit von Immobilien oder Mobilien, die Staatsangehörigkeit oder den Sitz usw. anknüpfen, als sog. „unterschiedslose Maßnahmen“ bezeichnet.¹⁰²⁸ Soweit ersichtlich erfolgte dies ausdrücklich erstmals in der Rechtssache EuGH *Irish Souvenirs*¹⁰²⁹:

„[...] eine nationale Regelung, die *unterschiedslos* für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gilt, könnte nur dann von den Anforderungen des Artikels 30 abweichen, wenn sie dadurch gerechtfertigt werden kann, daß sie notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen, insbesondere in bezug auf die Lauterkeit des Handelsverkehrs und den Verbraucherschutz, gerecht zu werden.“¹⁰³⁰ (Hervorhebung durch den Verf.).

Diese Terminologie („unterschiedslos“) stellt sich heute als ständige Rechtsprechung dar. „Unterschiedslose Maßnahmen werden dabei auch als „Beschränkungen“ bezeichnet.“¹⁰³¹

4. Erweiterung: Die „Attraktivitätsformel“ seit EuGH Kraus/Gebhard

Eine bedeutsame Modifikation bzw. Erweiterung der *Dassonville*-Rechtsprechung erfolgte beginnend mit den EuGH-Urteilen in den Rechtssachen *Kraus*¹⁰³² und *Gebhard*¹⁰³³ zur Auslegung der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, als Beschränkungsverbot. In dem Urteil zur Rechtssache *Kraus* hat der EuGH erstmals, soweit ersichtlich, das Kriterium der sog. „Attraktivität“ eingeführt¹⁰³⁴ und damit die *Dassonville*-Rechtsprechung ergänzt (siehe bereits oben zur Niederlassungsfreiheit 1. b) bb)). In der *Gebhard*-Entscheidung hat der Gerichtshof überdies vier Voraussetzungen definiert, anhand derer Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zu prüfen sind:

„Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich jedoch, dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder *weniger attraktiv* machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: (1) Sie müssen in *nichtdiskriminierender* Weise angewandt werden, (2) sie müs-

¹⁰²⁸ P.-C. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 34 AEUV, Rn. 194 ff.

¹⁰²⁹ So explizit U. Haltern, *Europarecht - Dogmatik im Kontext* (2007), S. 746 ff.

¹⁰³⁰ EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Irland (Irish Souvenirs)* (C-113/80, EU:C:1981:139) Rn. 10.

¹⁰³¹ Zu den damit verbundenen dogmatisch-konzeptionellen Problemen und Friktionen betreffend den Kontrollgegenstand des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes siehe Kapitel 1 A. II. 1. a) bis c) Problembereiche 1, 2 und 3 sowie Kapitel 5 C. I. 1. Zu den Abgrenzungsfragen siehe auch P.-C. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 34 AEUV, Rn. 195.

¹⁰³² EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125).

¹⁰³³ EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁰³⁴ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32.

sen aus *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses* gerechtfertigt sein, (3) sie müssen *geeignet* sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten und (4) sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels *erforderlich* ist¹⁰³⁵ (Hervorhebungen und Nummerierung durch den Verf.).

Die besondere Bedeutung der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Gebhard*¹⁰³⁶ liegt neben der klar herausgestellten Ergänzung der *Dassonville*-Formel um den Aspekt der „Attraktivität“, hier durchaus in Fortführung von EuGH *Kraus*, darin, dass durch eine Umschreibung der Voraussetzungen, nach denen unterschiedslose Maßnahmen von dem Verbot der Grundfreiheiten erfasst sind, eine für alle Grundfreiheiten gleichermaßen verbindliche Struktur etabliert wurde, wobei die Aspekte der Zielerreichung und der Erforderlichkeit lediglich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Bezug nehmen, der bereits zuvor bei allen Grundfreiheiten galt. Entscheidend für die dogmatische Konzeption des Beschränkungsverbot, und somit für die Prinzipienbildung, ist die Voraussetzung „in nicht diskriminierender Weise“, da über diese in ihrer Verbindung mit den „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ klargestellt wird, dass auch Regelungen, welche nicht eine Ungleichbehandlung zur Folge haben, seitens der Mitgliedstaaten über Allgemeininteressen legitimiert sein müssen. Gelingt dieser Nachweis nicht, unterfällt die Regelung als „unterschiedslose Maßnahme“ dem grundfreiheitlichen Verbot. Im Schrifttum wird das *Gebhard*-Urteil in diesem Sinne maßgeblich zur Begründung einer *Konvergenz und Strukturidentität der Grundfreiheiten* in Bezug genommen.¹⁰³⁷

Der Aspekt der „Attraktivität“ findet sich in den Urteilsgründen von Entscheidungen zu der Niederlassungsfreiheit¹⁰³⁸ sowie zur Dienstleistungsfreiheit¹⁰³⁹ in unwesentlich nuancierter Weise in der Folgerechtsprechung wiederkehrend als Textbaustein, welcher die „Attraktivität“ stets auf die „grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung“ bezieht:

„welche die grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung behindern oder *weniger attraktiv machen*“.¹⁰⁴⁰ (Hervorhebung durch den Verf.).

¹⁰³⁵ EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

¹⁰³⁶ EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁰³⁷ *Schütz/Bruha/König*, Europarecht (2004), § 11, S. 711.

¹⁰³⁸ EuGH *José Manuel Blanco Pérez und María del Pilar Chao Gómez gegen Consejería de Salud y Servicios Sanitarios und Principado de Asturias (Pérez und Gómez)* (C-570 und 571/07, EU:C:2010:300) Rn. 53.

¹⁰³⁹ EuGH *Strafverfahren gegen Vítor Manuel dos Santos Palhota u.a.* (C-515/08, EU:C:2010:589) Rn. 29; EuGH *Gerhard Dijkman und Maria Dijkman-Lavaleije gegen Belgischer Staat (Gerhard Dijkman)* (C-233/09, EU:C:2010:397) Rn. 23; EuGH *Strafverfahren gegen Otto Sjöberg und Anders Gerdin* (C-447/08 und C-448/08, EU:C:2010:415) Rn. 32; –EuGH *Sporting Exchange Ltd gegen Minister van Justitie (Sporting Exchange Ltd.)* (C-203/08, EU:C:2010:307) Rn.23.

¹⁰⁴⁰ Exemplarisch etwa EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32; EuGH *Reisebüro Broede gegen Gerd Sandker* (C-3/95, EU:C:1996:487) Rn. 25; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37; EuGH *Strafverfahren gegen Michel Guiot und Climatec SA (Guiot)* (C-272/94, EU:C:1996:147), Rn. 10; EuGH *Société civile immobilière Parodi gegen Banque H. Albert de Bary et Cie (Parodi)* (C-222/95, EU:C:1997:345) Rn. 18; *EuGH Portugaia Construções Lda* (C-164/99, EU:C:2002:40) Rn.

Auch in der jüngeren Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit wird nunmehr neben der dort üblichen textbausteinartigen Beschränkungsformel

„[...] daran hindern oder davon abhalten [...], um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher eine Beeinträchtigung dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit [...] angewandt werden“¹⁰⁴¹,

auf die „Attraktivität“ bzw. „weniger attraktive Ausübung des Rechts“ abgestellt:

„Auch wenn [...] eine solche Regelung [...] nicht daran hindert, mit einem Verein eines anderen Mitgliedstaats einen Vertrag als Berufsspieler zu schließen, macht sie dennoch die Ausübung dieses Rechts weniger attraktiv.“¹⁰⁴²

In der Rechtsprechung zur Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 Abs. 1 AEUV, stellt der EuGH in jüngerer Zeit in etwas anderer Nuancierung darauf ab, und zwar anknüpfend an die Definition der *Dassonville*-Formel, ob Wirtschaftsteilnehmer „davon abgehalten“ werden, Kapital zu transferieren.¹⁰⁴³ Dabei werden auch die Auswirkungen auf die „Attraktivität“ in Bezug genommen.¹⁰⁴⁴ In der Literatur wurde in dogmatischer Perspektive auf diese Nuancierung der *Dassonville*-Formel, soweit ersichtlich, noch nicht umfassend eingegangen, wenngleich diese vereinzelt als Teil des Marktzugangskriteriums beschrieben wird.¹⁰⁴⁵

Unzweifelhaft dürfte sein, dass durch den Zusatz „weniger attraktiv machen“, auf einen die „Geeignetheit“ betreffenden Aspekt bzw. eine spezifische Form der Wirkung einer Maßnahme in subjektiver Perspektive der von einer Maßnahme betroffenen Wirtschaftssubjekte abgestellt wird. In einigen Urteilsgründen wird die „Attraktivität“ darüber hinaus mit dem Kriterium der „Ausübung“ verbunden, mit einer an die konkret einschlägige Grundfreiheit angepassten Formulierung. So etwa in der Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit¹⁰⁴⁶:

„Nach ständiger Rechtsprechung steht Art. 43 EG (jetzt Art. 49 AEUV) jeder nationalen Regelung entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die *Ausübung* der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit durch die Gemeinschaftsangehörigen zu behindern oder *weniger attraktiv* zu machen“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Nach dieser Formulierung wird durch das Abstellen auf die „Ausübung“ der Grundfreiheit offenbar die tatsächliche *Mobilitätswirkung* der beschränkenden bzw. unter-

16; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik* (C-131/01, EU:C:2003:96) Rn. 26.

¹⁰⁴¹ EuGH *Olympique Lyonnaise* (C-325/08, EU:C:2010:143) Rn. 34.

¹⁰⁴² EuGH *Olympique Lyonnaise* (C-325/08, EU:C:2010:143) Rn. 36.

¹⁰⁴³ EuGH *Gerhard Dijkman* (C-233/09, EU:C:2010:397) Rn. 23 und 25.

¹⁰⁴⁴ Ähnlich *T. Schürmann*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 63 AEUV, Rn. 22, 23.

¹⁰⁴⁵ *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2010), S. 253, 256 f.: „The restriction/obstacle approach“.

¹⁰⁴⁶ EuGH *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH gegen Wiener Landesregierung und Oberösterreichische Landesregierung* (C-169/07, EU:C:2009:141) Rn. 33 m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH.

schiedslosen Maßnahme („ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“) bzgl. der wirtschaftlichen Betätigung des hinter der Leistung stehenden Wirtschaftssubjektes zum Maßstab erhoben, da ein „Ausüben“ nur durch einen tatsächlichen transnationalen Leistungsaustausch erfolgen kann. Offen bleibt hierbei, ob im Falle einer „unterschiedlichen“ Maßnahme, d.h. einer Diskriminierung im Sinne des klassischen grundfreiheitlichen Verbotsmaßstabs, die Prüfung der *Mobilitätswirkung* der Maßnahme unterbleiben kann, da eine Diskriminierung per se als gemeinschaftsrechtswidrig einzustufen ist, da eben diese eine ausdrückliche Bezugnahme auf die in- und/oder ausländische Eigenschaft und eine damit verbundene Rechtsfolge beinhaltet. Damit würde sich der Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten betreffend natürliche Personen nicht wesentlich von dem allgemeinen Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV, unterscheiden.

Diffus bleiben die dogmatischen Konsequenzen der Formulierung „weniger attraktiv zu machen“. Fraglich ist vor allem, anhand welcher Kriterien die Attraktivitätsprüfung im Einzelfall durch die nationalen Gerichte, denen die konkrete Subsumtion im Einzelfall und damit die Prüfung der Grundfreiheiten obliegen, erfolgen soll. Hier wäre denkbar, dass der Gerichtshof im Sinne einer „erweiterten“ Beschränkungsformel über den ursprünglichen *Dassonville*-Ansatz insoweit hinausgehen wollte, als nunmehr bei unterschiedslosen Maßnahmen eine wirtschaftliche *Attraktivitätsanalyse* vorzunehmen ist (im Sinn einer *Attraktivitätsformel*), welche auch wettbewerbliche Elemente berücksichtigt, wie etwa Aspekte des relevanten Marktes, und sich damit der Prüfung bei den Wettbewerbsregeln für Unternehmen annähert. So hat der EuGH beispielsweise in der Rechtssache *DocMorris* differenziert hinsichtlich des Marktes für verschreibungspflichtige/nicht verschreibungspflichtige Medikamente einerseits und dem Online-Handel und dem Verkauf im Ladengeschäft andererseits.¹⁰⁴⁷ Diese Sichtweise wird durch jüngere Entscheidungen des EuGH und einige Schlussanträge bestätigt, in denen wettbewerbliche Wirkungen bzw. Auswirkungen auf die Marktstruktur ausdrücklich in Bezug genommen werden. So etwa in der *Santos Palhota*-Entscheidung des EuGH:

„[...]“, dass diese Verpflichtungen zusätzliche Kosten und verwaltungsmäßige sowie wirtschaftliche Belastungen für in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen nach sich ziehen, so dass diese Unternehmen unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs nicht mit Unternehmen gleichbehandelt werden, die [...].“¹⁰⁴⁸

Gemeinsam ist den Modifikationen bzw. Ergänzungen der *Dassonville*-Formel in der Rechtsprechung zu der Niederlassungs-, Dienstleistungs-, Arbeitnehmer- und Kapitalverkehrsfreiheit, dass maßgeblich darauf abgestellt wird, ob die grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung nicht so „reizvoll“ bzw. „lohnend“ erscheint, wie die rein innerstaatliche. Damit scheint der EuGH einerseits zu versuchen, den Begriff der potentiellen Behinderung im Sinne der „Geeignetheit“ weiter zu konkretisieren bzw. das freiheitsrechtliche Element des Beschränkungsverbotes zu konturieren. Andererseits wird

¹⁰⁴⁷ EuGH *Deutscher Apothekerverband eV gegen 0800 DocMorris NV und Jacques Waterval (DocMorris)* (C-322/01, EU:C:2003:664), Rn. 71 ff. und Rn. 122.

¹⁰⁴⁸ EuGH *Santos Palhota* (C-515/08, EU:C:2010:589) Rn. 42.

damit eine *subjektive Komponente* sichtbar¹⁰⁴⁹, da sich eine „Attraktivität zur grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Betätigung“ kaum objektiv beurteilen lässt. Vielmehr wird hier eine Einschätzung des möglichen Marktverhaltens anhand der objektiven Umstände bzw. der realisierbaren Chancen im transnationalen Wettbewerb bei dem ersten Marktzutritt (potenzieller Wettbewerb) oder auch in der Phase danach (aktueller Wettbewerb) notwendig.¹⁰⁵⁰ Erkennbar ist in jedem Fall, dass die Kontur des Beschränkungsverbotens nur im Wege einer teleologischen Zusammenschau mit der Folgerechtsprechung zu EuGH *Dassonville* zu verstehen ist.

5. Konkretisierung: Marktzugangsprüfung seit EuGH Keck

Spätestens mit der *Keck*-Entscheidung¹⁰⁵¹ hat der EuGH den *Marktzugang* als weiteren Maßstab für die Beschränkungsprüfung etabliert, allerdings zunächst (nach umstrittener Auffassung) nur für die Kategorie von „bestimmten Verkaufsmodalitäten“, d.h. für „unterschiedslose“ bzw. nicht-diskriminierende Maßnahmen. Zunächst wurde damit (nach wiederum umstrittener Auffassung) die „Geeignetheit“ im Sinne der *Dassonville*-Formel in Hinblick auf die Voraussetzungen des Zugangs im Zielstaat konkretisiert.¹⁰⁵² In Rn. 17 der Entscheidungsgründe ist dazu formuliert:

[17] „Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den für diesen Staat aufgestellten Bedingungen entsprechen, nicht *geeignet*, den *Zugang* für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker *zu behindern*, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun [...]“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Mit dieser Formulierung ist indessen nicht klargestellt, welcher inhaltliche Maßstab (Freiheit und/oder Gleichheit des Marktzugangs) und welche Kriterien für die Beurteilung einer Beschränkung des Marktzugangs anzulegen sind. Offen ist daher, welche Wirkungen konkret dargelegt werden müssen, um ein „stärker zu behindern“ zu beweisen, im Sinne einer „Geeignetheit“ gemäß der *Dassonville*-Formel. Die Frage nach dem Verständnis der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ ist hier auf der Ebene des Kontrollmaßstabes und für die Prinzipienbildung nicht (mehr) relevant, da allein maßgeblich ist, in welcher Weise durch ein Marktzutrittskriterium Inhalt und Kontur des Verbotsmaßstabes dogmatisch zu bestimmen sind. Diesbezüglich zeigt die in Randnummer 16 der *Keck*-Entscheidung formulierte Voraussetzung,

¹⁰⁴⁹ Hierauf wird ausführlich eingegangen in Kapitel 6 A. II. 1. a) bb) und III. 1.

¹⁰⁵⁰ Kapitel 1 A. II. 1. g) und h) Problembereich 7 und 8. Kapitel 5 C. II. und Kapitel 6. A. II. und III.

¹⁰⁵¹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁰⁵² In welcher Weise die *Keck*-Rechtsprechung (EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16) die *Dassonville*-Formel ergänzt, modifiziert oder begrenzt ist im Einzelnen umstritten, vgl. *K. Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr (1998), S. 108 ff. Hierauf braucht für den Zweck der Prinzipienbildung nicht weiter eingegangen zu werden, da es für die Kontur des Beschränkungsverbotens als Kontrollmaßstab unwesentlich ist, welcher Bestandteil der *Dassonville*-Formel tangiert ist. Maßgeblich ist allein das Marktzugangskriterium, welches nach heute überwiegender Auffassung eine eigene Bedeutung aufweist.

„[...] nicht geeignet [...] sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten *rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren*“¹⁰⁵³ (Hervorhebung durch den Verf.),

dass in der gleichheitsrechtlichen Perspektive die *Rückwirkungen* einer Maßnahme betreffend den Zeitraum nach dem Marktzutritt auf den ersten Marktzutritt in die Prüfung einzubeziehen sind. Damit verdeutlicht der EuGH, dass der grundfreiheitliche Kontrollmaßstab zwei Maßstäbe in einer *sequenziellen wettbewerblichen Betrachtung* beinhaltet, nämlich den potenziellen Wettbewerb (Zeitpunkt des ersten Marktzutritts) sowie den aktuellen Wettbewerb (Zeitpunkt nach dem ersten Marktzutritt), also ein Recht auf den (ersten) Zugang zum Markt (Zielmarkt), *potenzieller Wettbewerb* (Rn. 17), sowie ein Recht auf Gleichbehandlung – im Sinne gleicher Auswirkungen einer Maßnahme – im *aktuellen Wettbewerb* (Rn. 16) des Zielmarktes. Da letztere Bedingungen ohne ökonomische Wirkungsanalyse kaum beurteilt werden können, verlangt eine konsequente Anwendung der *Keck*-Formel ebenso viel Aufwand, wie eine von vornherein ausführliche angelegte Prüfung der wettbewerbsökonomischen Auswirkungen einer Maßnahme auf den Markt, die in der praktischen Anwendung der *Keck*-Rechtsprechung¹⁰⁵⁴ bis dato aber nicht erfolgt.

Im Ergebnis führt die in der Praxis oft bewusst oder unbewusst falsch verstandene *Keck*-Rechtsprechung daher dazu, dass formal typisierte „Modalitäten“ ohne Wirkungsprüfung außerhalb der grundfreiheitlichen Kontrolle bleiben und damit faktisch wie Bereichsausnahmen wirken, oder eben funktional betrachtet, wie eine „umgekehrte“ Per se Regel im Sinne einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt. Wenngleich der EuGH andeutungsweise Konkretisierungen in der post *Keck*-Rechtsprechung unternahm, etwa indem er den Begriff der „Verkaufsmodalitäten“ sowie dessen Reichweite genauer zu umreißen versuchte und damit zumindest mittelbar für einige Regelungsbereiche andeutete, welche Fallgruppen der Rechtsprechung vor dem *Keck*-Urteil in den Anwendungsbereich der „Verkaufsmodalitäten“ fallen und welche staatlichen Maßnahmen demgegenüber zu den produktbezogenen Regelungen zu zählen sind, ist sowohl die fehlende dogmatische-Konzeption als auch die schwierige praktische Handhabung bis heute unbefriedigend. Die Kommentarliteratur bemühte und bemüht sich mit der Bildung von Fallgruppen um eine Systematisierung anhand derer typisierend sichtbar wird, welche Maßnahmen eine Marktzutrittsbeschränkung darstellen und welche nicht vom Tatbestand des Art. 34 AEUV erfasst werden.¹⁰⁵⁵ Die Praxis behilft sich ebenso mit Fallgruppen zu einer Abstufung unterschiedlicher Formen von Modalitäten.¹⁰⁵⁶ Insgesamt hat sich aber eine in hohem Maße inkongruente und mittlerweile schwer überschaubare Kasuistik entwickelt, welche gemessen an dem Wertemaßstab der Individualgerechtigkeit, der Rechtssicherheit und einer gleichen Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten, zweifelhaft erscheint.

¹⁰⁵³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁰⁵⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁰⁵⁵ U. Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2009), Artikel 28 EGV, Rn. 47-82.

¹⁰⁵⁶ Siehe zuletzt etwa die Kommentierung bei W. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 34 AEUV, Rn. 45 ff. (Verkaufsmodalitäten) und Rn. 55 ff. (Fallgruppen).

6. Änderung: Marktausgangsprüfung, EuGH Gysbrechts, Art. 35 AEUV

Der Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH für alle Grundfreiheiten, jenseits der nur bei der Warenverkehrsfreiheit bestehenden ausdrücklichen Kodifikation eines Verbotes von Einfuhrbeschränkungen, Art. 34 AEUV, und eines Verbots von Ausfuhrbeschränkungen, Art. 35 AEUV, vom Grundsatz her sowohl Beschränkungen des Marktzugangs als auch *Beschränkungen des Marktausgangs*¹⁰⁵⁷, insbesondere zuletzt bei der Niederlassungsfreiheit betreffend Gesellschaften mit den Fällen der sog. Zuzugsbeschränkung und der sog. Wegzugsbeschränkung. Auch die Kapitalverkehrsfreiheit umfasst unter Zugrundelegung der *Dassonville*-Formel sowie ihrer Ergänzung durch die „Attraktivitätsformel“ ohne Zweifel Beschränkungen durch den Herkunfts- und Zielstaat und fungiert daher auch als Marktaustrittsfreiheit.¹⁰⁵⁸

Einen Sonderweg beschritt bzw. beschreitet der EuGH indessen bei der Warenverkehrausfuhrfreiheit mit der *Groenveld*-Rechtsprechung.¹⁰⁵⁹ Im Sinne einer einheitlichen und damit rechtsicheren Handhabung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes ist mittlerweile aber von einer konvergenten Auslegung als Marktaustrittsbeschränkungsverbot seit der EuGH-Entscheidung zu der Rechtssache Gysbrechts auszugehen. Dies soll unter dem dogmatischen Aspekt der Relevanz von „Beschränkungsrichtungen“ etwas näher betrachtet werden.¹⁰⁶⁰

In den Sachverhalten einer Beschränkung durch den Herkunftsstaat sind Maßnahmen streitgegenständlich, welche in ihrem Anknüpfungsgegenstand aus der Perspektive eines Wirtschaftssubjektes, das aus dem aktuellen Wettbewerb (in der Regel im Heimatstaat) in den potenziellen Wettbewerb eines Zielmarktes (in der Regel eines anderen Mitgliedstaates) eintreten möchte, an die Mobilität in Richtung Zielmarkt anknüpft. Bei der Bewertung dessen, ob es sich um einen Zutritts- oder Austrittsfall handelt, wird auf die Perspektive des mobilen Wirtschaftssubjektes abgestellt.

Insoweit ist die *Groenveld*-Rechtsprechung ein zweifelhafter Sonderweg, als dass der EuGH die Warenausfuhrbeschränkung, Art. 35 AEUV, (noch) nicht in derselben Weise als Beschränkungsverbot auslegt wie die Wareneinfuhrbeschränkung Art. 34 AEUV. Gemäß der *Groenveld*-Rechtsprechung, welche rund vier Jahre (1979) nach dem Urteil in der Rechtssache *Dassonville* ergangen ist, sind nur solche Maßnahmen von dem Verbot erfasst, die

¹⁰⁵⁷ Hierzu ausführlich *M. Szydło*, Export restrictions within the structure of Free Movement of goods, CMLR 2010, S. 753 ff., der eine einheitliche Anwendung des “market access approach” für den Marktzutritt und -austritt begründet, insb. S. 779 ff. „Coherent interpretation“ und in der Schlussfolgerung, S. 788/789.

¹⁰⁵⁸ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 65, Rn. 11 u. 24 m.w.N. in Fn. 60; *K. Mojszowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten (2001), S. 118.

¹⁰⁵⁹ EuGH *P.B. Groenveld BV gegen Produktschap voor Vee en Vlees (Groenveld)* (C-15/79, EU:C:1979:253).

¹⁰⁶⁰ Dies wird an späterer Stelle im Zusammenhang der sog. Inländerdiskriminierung u.a. dogmatisch-konzeptionell relevant bzgl. der Beschränkungen durch den „Heimatstaat“.

„spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit *unterschiedliche Bedingungen* für den Binnenhandel eines Mitgliedstaates und seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates *einen besonderen Vorteil* erlangt“.¹⁰⁶¹ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Im Gegensatz zu der *Dassonville*-Formel ist hier der Maßstab einer „spezifischen“ Beschränkung maßgeblich. Wenngleich auch ein „bewirken“, also eine nicht zielgerichtete Differenzierung ausreicht, ist der Nachweis unterschiedlicher Bedingungen für den Binnen- und Außenhandel zu führen, welche dazu führen müssen, dass in „selektiver“ Weise ein „besonderer“ Vorteil besteht, entweder für die nationale Produktion (erste Alternative) oder den gesamten nationalen Markt des Mitgliedstaates.

Dieser Sonderweg, der im Schrifttum zunehmend kritisch beurteilt wird¹⁰⁶², hat zuletzt in der Entscheidung des Gerichtshofs zur Rechtssache *Gysbrechts* (Vorauszahlung beim Fernabsatz)¹⁰⁶³ eine erste Relativierung erfahren.¹⁰⁶⁴ Nunmehr soll genügen, dass die Ausfuhr „tatsächlich stärker“ betroffen ist als der Absatz im Inland.¹⁰⁶⁵ Ob dieser Maßstab den Besonderheiten des konkreten Sachverhaltes geschuldet war, ist nicht eindeutig zu erkennen. Zumindest macht diese Entscheidung deutlich, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Ausfuhrbeschränkung nach Art. 35 AEUV in Bewegung gerät.

Vieles spricht für eine konvergente Auslegung von Marktzutritt und Marktaustritt. Erstens muss die Dimension der Grundfreiheiten als Ausfuhr- bzw. Wegzugsfreiheiten im systematisch-teleologischen Zusammenhang des Binnenmarktziels betrachtet werden. Eine ausführliche Darstellung zur Entwicklung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot bei den Einfuhr- und Ausfuhrfreiheiten findet sich bei *Karolina Mojzesowicz*, die zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Konvergenz der Grundfreiheiten bei der Ausfuhrfreiheit (noch) nicht besteht, da die Warenverkehrsfreiheit, die Kapitalverkehrsfreiheit und die Freiheit des Zahlungsverkehrs nur als Diskriminierungsverbote verstanden werden.¹⁰⁶⁶ Im Vergleich zu den Wettbewerbsregeln für Unternehmen bleibt damit unklar, warum bei dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot, anders als bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot, die „Richtung“ der Beschränkung (von dem eigenen Staat oder dem Zielstaat herrührend) maßgeblich für den Inhalt des Kontrollmaßstabes bzw. die Prüfdichte sein soll.

¹⁰⁶¹ EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253) Rn. 7.

¹⁰⁶² *S. Enchelmaier*, The ECJ's Recent Case Law on the Free Movement of Goods: Movement in All Sorts of Directions?, *YEL* 2007, S. 115 ff., zu Art. 29 AEUV 137 ff. und S. 156 (Conclusion) *A. Brigola*, Die Figur der Marktaustrittsbeschränkungen als Korrelat der Figur der Marktzugangsbeschränkungen, *EuZW* 2009, S. 480 ff.

¹⁰⁶³ EuGH *Lodewijk Gysbrechts und Santurel Inter BVBA (Gysbrechts)* (C-205/07, EU:C:2008:730), Rn. 40 bis 44.

¹⁰⁶⁴ So auch *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 56/57 AEUV, Rn. 161.

¹⁰⁶⁵ EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730) Rn. 40 bis 44.

¹⁰⁶⁶ *K. Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten (2001), S. 135.

7. Klarstellung: Marktzugangsfunktion: EuGH Italien/Kommission (Anhänger)

Der Gerichtshof hat mit den Entscheidungen zu den Rechtssachen *Kommission/Portugal (Farbfolien)*¹⁰⁶⁷; *Italien/Kommission (Anhänger)*¹⁰⁶⁸ und *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*¹⁰⁶⁹ jenseits der in *Keck* formulierten „bestimmten Verkaufsmodalitäten“¹⁰⁷⁰ über Maßnahmen entschieden, welche die Verwendung bzw. die Nutzung von Produkten bzw. das Verbot einer Verwendung/Nutzung betrafen.

In *Kommission/Italien (Anhänger)* wird zunächst in den Randnummern 36 und 37 die *Keck*-Formel (in Rn. 16/17 des *Keck*-Urteils¹⁰⁷¹) zitiert und den Erwägungsgründen zu dem Verbot einer Verwendung von Anhängern mit Kleinkraftträdern (Streitgegenstand des Verfahrens) vorangestellt, sodann führt der Gerichtshof aus:

[Rn. 56] Hierzu ist festzustellen, dass ein Verbot der Verwendung eines Erzeugnisses im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erheblichen *Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher* hat, das sich wiederum auf den Zugang der Erzeugnisse zum Markt des Mitgliedstaates auswirkt (Hervorhebung durch den Verf.).

[Rn. 57] Denn die Verbraucher, die wissen, dass sie ihr Kraftfahrzeug nicht mit einem eigens dafür konzipierten Anhänger verwenden dürfen, haben praktisch kein Interesse daran, einen solchen Anhänger zu kaufen [...]. Damit *verhindert [...]* die Nachfrage nach derartigen Anhängern auf dem betreffenden Markt *und behindert somit deren Einfuhr* (Hervorhebung durch den Verf.).¹⁰⁷²

Bemerkenswert ist an diesen Erwägungen, dass diese im Vergleich zu den Ausführungen in den Randnummern 16 und 17 des *Keck*-Urteils, auf die *konkret* möglichen Wirkungen betreffend die *Marktgegenseite*, d.h. auf die Auswirkungen der Maßnahme betreffend die Kaufentscheidung der Verbraucher/potentiellen Käufer, abstellen, während bei *Keck* die Wirkung von Verkaufsmodalitäten *objektiv-abstrakt auf den Markt* hypothetisch fingiert wurde:

[Rn. 17] Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, *so ist* die Anwendung derartiger Regelungen [...] nicht geeignet, *den* Marktzugang [...] zu versperren (Hervorhebung durch den Verf.).¹⁰⁷³

Überdies wird hier mit den „Interessen der Verbraucher“ die subjektive Seite, nämlich die Entscheidungsbildung der Verbraucher einbezogen, während bei *Keck* „objektiv“ die Wirkung auf „den Markt“ in Bezug genommen wurde. Ähnlich, wenn auch in

¹⁰⁶⁷ EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* (C-265/06, EU:C:2008:210).

¹⁰⁶⁸ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁰⁶⁹ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26-28.

¹⁰⁷⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁰⁷¹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16, 17.

¹⁰⁷² EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 56, 57.

¹⁰⁷³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 17.

den Ausführungen deutlich knapper, verfährt der EuGH in *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*¹⁰⁷⁴:

[Rn. 26] Auch wenn die fragliche nationale Regelung weder *bezwecken noch bewirken* sollte, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten *weniger günstig* zu behandeln [...], kann die *Beschränkung* der Verwendung eines Erzeugnisses, die sie im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates auferlegt, je nach ihrer Tragweite erheblichen *Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher* haben, das sich wiederum auf den Zugang des Erzeugnisses zum Markt des Mitgliedstaates auswirken kann [...] (Hervorhebung durch den Verf.).

[Rn. 27] Verbraucher, die wissen, dass die von einer derartigen Regelung gestattete Benutzung sehr begrenzt ist, haben nämlich nur ein *geringes Interesse* daran, das fragliche Erzeugnis zu kaufen [...] (Hervorhebung durch den Verf.).

Dieser Paradigmenwechsel, der zudem in EuGH *Mickelsson & Roos* bezogen auf die „Beschränkung“ mit dem „bezwecken“ und „bewirken“ begründet wird und damit ausdrücklich einer Begrifflichkeit analog zu der Beschränkungsprüfung im Kartellrecht folgt, hat erhebliche Implikationen. Einerseits wird, ergänzend zu der „Attraktivitätsformel“ (EuGH *Kraus/Gebhard*), ein subjektiver Tatbestand in Bezug genommen. Andererseits wird die Wirkungsprüfung derjenigen bei den Art. 101, 102 AEUV angeglichen. Hierauf wird im Rahmen der Konzeptionierung des Mobilitätsbeschränkungstatbestandes ausführlich eingegangen (Kapitel 6 A. II. 1. und III.).

Zu berücksichtigen ist überdies, und hier zurückkommend auf das in Kapitel 3 A. I. dargelegte Free Movement-Konzept, dass zur Gewährleistung von wirtschaftlicher Mobilität im Sinne von „Free Movement“ *Marktzutritt und Marktaustritt* umfassend gesichert werden müssen. Diesen Aspekt scheint der Gerichtshof zuletzt verstärkt zu berücksichtigen, indem er ausdrücklich, und insoweit über die Ausführungen in EuGH *Keck* (1993), EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* und EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* bis EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* hinausgehend, in seinem Urteil zu dem Verfahren *AGET Iraklis*¹⁰⁷⁵, den Schlussanträgen von Generalanwalt *Nils Wahl* folgend, den Begriff der „Beschränkung“ mit der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten verknüpft:

„Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs steht Art. 49 AEUV Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit entgegen, d.h. jeder staatlichen Maßnahme, die die Ausübung der vom AEU-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit durch die Unionsbürger behindern oder weniger attraktiv machen kann. Der *Begriff der Beschränkung umfasst* die von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen, die, obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind, *den Marktzugang* von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten beeinträchtigen und somit den Handel innerhalb der Europäischen

¹⁰⁷⁴ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26/27.

¹⁰⁷⁵ EuGH *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) gegen Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis* (C-201/15, EU:C:2016:972).

Union behindern.“ (Schlussanträge Generalanwalt Nils Wahl).¹⁰⁷⁶ (Hervorhebungen durch den Verf.).

„Nach ständiger Rechtsprechung betrifft der Begriff „Beschränkung“ im Sinne von Art. 49 AEUV u.a. die Maßnahmen, die, selbst wenn sie hinsichtlich der Staatsangehörigkeit unterschiedslos angewandt werden, *geeignet sind*, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit *zu behindern oder weniger attraktiv zu machen*.

„Dieser Begriff umfasst daher u.a. die von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen, die, obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind, *den Marktzugang* von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten *betreffen* und somit den innergemeinschaftlichen Handel behindern.“¹⁰⁷⁷ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Diese Rechtsprechungslinie des EuGH zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten, welche im Schrifttum auch als „market access approach“ bzw. „single test“ bezeichnet wird¹⁰⁷⁸ (siehe hierzu Kapitel 5 A. II. 6.) und im europarechtlichen Schrifttum zum Teil bereits unter ökonomischen Gesichtspunkten analysiert wurde¹⁰⁷⁹, befindet sich noch im Fluss. Dogmatisch-konzeptionell ungeklärt ist vor allem, ob die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsrechte lediglich die Marktzugangsgleichheit oder umfassend auch die Marktzugangsfreiheit umfassen.

8. Implikationen für das Prinzip

Sämtliche Grundfreiheiten werden heute durch den EuGH als Beschränkungsverbote entsprechend einer Marktzugangsfunktion ausgelegt. Grundfreiheiten übergreifend kann daher von einem einheitlichen (konvergenten) *grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot* gesprochen werden. Damit ist indessen noch keine Aussage darüber getroffen, welchen Inhalt der *Kontrollmaßstab* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot umfasst, und wie der *Kontrollgegenstand* der Grundfreiheiten von dem Kontrollgegenstand der Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot) und von dem der Warenmarktregeln (warenmarktliches Beschränkungsverbot) abzugrenzen ist. Hierfür ist auf der Regelbildungsebene die spezifische Beziehung der „Funktion Grundfreiheit“ zu dem Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Wettbewerbsprinzip) noch zu klären (siehe Kapitel 4). Auf der Anwendungsebene bedürfen die unbestimmten Rechtsbegriffe bzw. „Formeln“ des EuGH (wie „geeignet“ zu „behin-

¹⁰⁷⁶ Schlussanträge des Generalanwaltes Nils Wahl EuGH *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) gegen Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis* (C-201/15, EU:C:2016:429) Rn. 46, dort unter Verweis auf EuGH *Grupo Itevelesa u.a.* (C-168/14, EU:C:2015:685) Rn. 67 und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹⁰⁷⁷ EuGH *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) gegen Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis* (C-201/15, EU:C:2016:972) Rn. 48/49.

¹⁰⁷⁸ Siehe hierzu C. Barnard, *The Four Freedoms* (2010), S. 19-23.

¹⁰⁷⁹ G. Davies, *Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law*, *German Law Journal* Voll 11 No. 8, S. 671 ff., J. Snell, *The Notion of market access: A concept or a slogan?*, *CMLR* 2010, S. 437 ff.

dern“, „weniger attraktiv“, Marktzutritt“ usw.) einer Konzeptionierung und Konkretisierung (Kapitel 6 A. II. und III.).

Entscheidend ist an dieser Stelle der Untersuchung (Grundlegung auf der Regelbildungsebene), dass die Grundfreiheiten unabhängig von noch fehlenden Konkretisierungen im Detail, konzeptionell ebenso ausgelegt werden (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) wie die Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot). Jenseits des Arguments der Konvergenz besteht damit eine prinzipielle, dogmatisch-konzeptionelle Grundlage für ein die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV fundierendes unionsrechtliches Beschränkungsverbot. Nachfolgend (III.) ist daher zur Komplettierung noch die Auslegung der hier so benannten Warenmarktregeln als Beschränkungsverbote durch den EuGH in die Betrachtung auf der prinzipiellen Ebene einzubeziehen.

III. Die Warenmarktregeln als Beschränkungsverbote

Das Zollverbot, Art. 30 AEUV, die Verpflichtung zur Umformung staatlicher Handelsmonopole, Art. 37 AEUV, sowie die Regelungen zur Warenbesteuerung, Art. 110-112 AEUV, bilden zusammen mit dem durch die Grundfreiheiten geschützten Marktzugang und -ausgang für Waren, Art. 34, 35 AEUV, ein besonders umfassendes Kontrollinstrumentarium für den Schutz der *Mobilität von Produkten* in der Union. Die Struktur des AEUV spiegelt damit die zentrale Bedeutung des Warenhandels für die Wirtschaftsintegration wider.

Angesichts der ausschließlich produktbezogenen Zielrichtung und der Ergänzungsfunktion der vorgenannten Normen zu der Warenverkehrsfreiheit der Grundfreiheiten, werden die Art. 30, Art. 37 und Art. 110-112 AEUV vorliegend als eigener *Funktionskreis* der Beschränkungsverbote in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV behandelt¹⁰⁸⁰ und dementsprechend zusammenfassend als *Warenmarktregeln* bezeichnet.¹⁰⁸¹ Dieses Verständnis ergibt sich daraus, dass der Gegenstand der Warenmarktregeln in wettbewerbsökonomisch funktionaler Betrachtungsweise ebenso den Schutz der Mobilität, d.h. die „Offenheit des Marktes“ im Sinne einer Garantie des Marktzugangs gemäß dem Free Movement-Konzept für Waren im transnationalen Koordinationsmechanismus des Binnenmarktes betrifft, wie bei den Grundfreiheiten.¹⁰⁸² Daher wäre es auch denkbar, die Warenverkehrsfreiheit der Grundfreiheiten, Art. 34, 35 AEUV, sowie die Art. 37 AEUV und Art. 110-112 AEUV als *einen* Funktionskreis zu betrachten, und damit die Warenverkehrsfreiheit von den anderen Grund-

¹⁰⁸⁰ Siehe Kapitel 4 B. IV. und C.

¹⁰⁸¹ Siehe die Ausführungen in der Einleitung auf Seite 3 zu der vorliegend verwendeten Terminologie.

¹⁰⁸² In der Perspektive einer wettbewerbsökonomischen Auslegung sind insbesondere Zölle bzw. die Abgaben gleicher Wirkung nach Art. 30 AEUV stets eine finanzielle Belastung anlässlich des Grenzübertritts, vgl. nur *J. P. Terhechte*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 30 AEUV, Rn. 2 u. Rn. 7 ff. welche sich regelhaft auf die Kostenseite einer Unternehmung auswirken. Dies kann im Verhältnis des Betroffenen zu seinen Konkurrenten sowohl in gleichheits- als auch in freiheitsrechtlicher Hinsicht relevant sein. Daher ist eine Einordnung des Zollverbotes in die bisher definierten Kategorien von Diskriminierungs- versus Beschränkungsverbot ohnehin unpassend.

freiheiten aus systematisch-teleologischer Sicht gesondert zu behandeln. Indessen soll vorliegend betreffend den Warenmarkt der üblichen Differenzierung von tarifären und nicht-tarifären Handelshemmnissen gefolgt werden, womit die Art. 34, 35 AEUV zu dem Funktionskreis der grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote zählen. Die hier vertretene Auffassung einer Systematisierung von Warenmarktregeln als speziell auf den Warenmarkt bezogener Beschränkungsverbote¹⁰⁸³, wird im Zusammenhang der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken weiter aufgefächert (vgl. Kapitel 4 B.). Die hier gewählte Systematik berücksichtigt, dass Art. 37 AEUV sich nicht auf tarifäre Beschränkungen bezieht, sondern funktional betrachtet in Konvergenz zu Art. 102 AEUV i.V.m. Art. 106 AEUV bzw. zu der Fusionskontrolle steht.

Für die Prinzipienbildung ist hieraus ersichtlich, dass die vorliegend so benannten Warenmarktregeln im Lichte ihres funktionalen Kontextes mit Art. 34, 35 AEUV dogmatisch-konzeptionell ebenso als Beschränkungsverbote zu qualifizieren sind und damit in einer Reihe mit dem grundfreiheitlichen und dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot stehen.

IV. Ergebnis: Marktstruktur- und Marktverhaltenskontrolle

Die Analyse der zuvor in Bezug genommenen EuGH-Rechtsprechung zu den Wettbewerbsregeln (I.), den Grundfreiheiten (II.) und zu den Warenmarktregeln (III.), welche sich hier mittels einer funktional-konzeptionellen Gesamtschau auf die textbausteinartigen „Formeln“ des EuGH zur Definition deren Kontrollmaßstäbe im Sinne von „Beschränkungsverboten“ mit deren prinzipiellen Implikationen konzentriert hat, offenbart, dass sich die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV sämtlich in der einen oder anderen Weise auf den Schutz der Marktstruktur und/oder des Marktverhaltens und damit zugleich auf die „Offenheit“ der Märkte beziehen, also auf einen ungehinderten transnationalen Marktzutritt und/oder Marktaustritt. Damit werden *normativ-ökonomische Verbindungslinien* von EuGH-Rechtsprechung und wettbewerbstheoretischen Konzepten deutlich sichtbar.

Zu erkennen sind insbesondere Bezüge zu der Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs (Harvard School)¹⁰⁸⁴ / Workable Competition, welche auf der normativen Ebene durch einen polyparadigmatischen, auch sog. „Multi Goal Approach“, gekennzeichnet

¹⁰⁸³ Siehe aus dem Schrifttum zur Auslegung von Art. 37 AEUV in der Marktzugangsfunktion mit der Erfassung auch unterschiedsloser Maßnahmen *W. Berg*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 37 AEUV, Rn. 12, mit Bezugnahme auf Generalanwalt Léger EuGH *Hanner* (C-438/02, EU:C:2005:332) Rn. 40; *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan 2015, Art. 37, Rn. 29 ff. Zum Verständnis von Art. 110 AEUV als Beschränkungsverbot vgl. *C. Stumpf*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 110 AEUV, Rn. 20 ff. unter Bezugnahme auf EuGH *Essent* (C-206/06, EU:C:2008:413) Rn. 40.

¹⁰⁸⁴ Auegehend von den Ansätzen der 1930er Jahre bei Mason (1939) und später bei Bain (1956) und (1968), welche in einer Abkehr von dem Modell des vollkommenen Wettbewerbs auf eines systematische Erfassung der Funktionsweise von Märkten abstellen, siehe *W. Kerber/U. Schwalbe*, in MüKo EuWettbR (2015), Einl. Rn. 78 ff.

net ist.¹⁰⁸⁵ Ebenso zeigen sich Verbindungen mit der Theorie der Contestable Markets, welche auf den potenziellen Wettbewerb und die Bedingungen ungehinderten Marktzutritts und Marktaustritts im Sinne „angreifbarer“ Märkte abstellt.¹⁰⁸⁶ Über letztere Ausrichtung besteht wiederum eine enge Verbindung mit der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zum strategischen Management, etwa zu *Michael E. Porter* und den sog. „Five forces“¹⁰⁸⁷, sowie zu neueren spieltheoretischen Ansätzen, welche dynamisch und sequenziell Wettbewerbsstrategien betrachten, wie *Wilhelm Pfähler* und *Harald Wiese*,¹⁰⁸⁸ und Bedingungen von Wettbewerbsvorteilen und Marktzugang definieren. Die Analyse von „Marktattraktivität“, wie etwa bei *Harald Hungenberg* dargestellt¹⁰⁸⁹, ist dabei sogar terminologisch deckungsgleich mit der „Attraktivitätsformel“ der EuGH *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung.¹⁰⁹⁰ Normativ klingt insbesondere in dieser Rechtsprechung ein subjektives Element an, d.h. i.w.S. das Konzept der Wettbewerbsfreiheit nach *Erich Hoppmann*, nach dem für einen funktionierenden, wettbewerblichen Markt ein freier Einsatz von Aktionsparametern bestehen muss (Freiheit im Parallelprozess) sowie die Wahlfreiheit in den Vertragsbeziehungen von Angebot und Nachfrage (Freiheit im Austauschprozess).¹⁰⁹¹

Im Vergleich der Konzeption von wettbewerblichem Beschränkungsverbot (I.) und grundfreiheitlichem Beschränkungsverbot (II.) ist festzustellen, dass für die Wettbewerbsregeln durch den EuGH klar herausgestellt wurde, dass die *individuelle Freiheit und Gleichheit* im Kontext der Markt- und Wettbewerbsprozesse zu schützen ist. Dieses Konzept umfasst insbesondere eine Garantie der Freiheit zum Marktzutritt bzw. Beschränkungen der selbigen zu verbieten.¹⁰⁹² Im Lichte der Teleologie der Werte, Ziele und internen Politiken (siehe zuvor Abschnitt B.) ist insoweit der Auffassung von *Helmut Schröter*¹⁰⁹³ zuzustimmen, dass die wirtschaftliche Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Unternehmen gegenüber privaten unternehmerischen Eingriffen, im Wesentlichen geschützt durch Art. 101, 102 AEUV, ein *Korrelat* zu den im Vertrag garantierten Grundfreiheiten darstellt. Neben der hieraus folgenden Implikation für die Prinzipienbildung, nämlich dass das unionsrechtliche Beschränkungsverbot umfassend sowohl die *Markt- und Wettbewerbsfreiheit* als auch die *Markt- und Wettbewerbsgleichheit* auf der konzeptionellen Grundlage der EuGH-Rechtsprechung zu den subjektivrechtlichen Beschränkungsverboten beinhalten muss, lässt sich im Vorgriff zu dem weiteren Gang der Untersuchung daraus schließen, dass die Inkongruenz der Kontrollmaßstäbe von wettbewerblichem und grundfreiheitlichem Beschränkungsverbot bereits unter diesem systematisch-teleologischen Aspekt aufzulösen ist.

¹⁰⁸⁵ Vgl. den definitorischen Überblick bei *W. Kerber/U. Schwalbe*, ebd. (2015), Rn. 83/84.

¹⁰⁸⁶ Vgl. den definitorischen Überblick bei *W. Kerber/U. Schwalbe*, ebd. (2015), Rn. 95/96.

¹⁰⁸⁷ *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998), S. 4 ff.

¹⁰⁸⁸ *W. Pfähler/H. Wiese*, *Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (2008), passim.

¹⁰⁸⁹ *H. Hungenberg*, *Strategisches Management in Unternehmen* (2011), S. 464 ff.

¹⁰⁹⁰ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁰⁹¹ Vgl. den definitorischen Überblick bei *W. Kerber/U. Schwalbe*, ebd. Rn. 111.

¹⁰⁹² So explizit auch *H. Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *EU/EG-Kommentar* (2003), Art. 81 Absatz 1 EG, Rn. 86.

¹⁰⁹³ *H. Schröter*, a.a.O. (2003), Art. 81 Absatz 1 EG, Rn. 85 a.E.

Die Spruchpraxis von Kommission und Gerichtshof zu den Wettbewerbsregeln zeigt gegenüber der Spruchpraxis des EuGH zu den Grundfreiheiten eine deutlich pragmatischere und an den realen Marktbedingungen ausgerichtete Handhabung. Angesichts der Komplexität und Vielschichtigkeit transnationaler Markt- und Wettbewerbsprozesse ist eine pragmatische Reduktion auf theoretische bzw. dogmatisch-konzeptionelle Kerngehalte unausweichlich. Der Wettbewerb tangiert vielfältig wirtschafts- und gesellschaftsbezogene Materien und lässt sich nicht auf eine für alle Fallgestaltungen optimale Formel reduzieren. Angesichts der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles ist es daher angemessen, die Anforderungen des Wettbewerbs für den konkreten Zusammenhang, d.h. kontextbezogen, zu reflektieren. Dabei muss aber im Sinne der Rechtssicherheit bzw. der Notwendigkeit, dass Entscheidungen von Kommission und Gerichtshof hinreichend „voraussehbar“ sein müssen und vor allem von den nationalen Rechtsanwendern umzusetzen sind (dafür ist konzeptionelle Klarheit zwingend) bedacht werden, dass zumindest Kerngehalte des Verbotsmaßstabes unangetastet bleiben. Dazu gehört insbesondere, dass trotz der sinnvollen Einbeziehung neuer ökonomischer Konzepte, wie etwa dynamischer Effizienzbetrachtungen im Sinne eines *more economic approach*, der Schutz der individuellen Handlungsfreiheit als an Werte der Union gebundener „Ethos“ aller Beschränkungsverbote im Mittelpunkt steht. Denn dieser normative geprägte Charakter des Wettbewerbs liegt dem Unionsrechts insgesamt als *Telos* zugrunde, und zwar für alle subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV.

Für das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot besteht aus der Gesamtheit der vorgenannten Implikationen funktional-systematisch betrachtet auf der Regelbildungsebene eine einheitliche und prinzipielle *Konzeption von Beschränkungsverbot* (als ein vertragsautonom unionsrechtlicher Verbotstypus), welche drei *Funktionskreise* von Beschränkungsverboten umfasst¹⁰⁹⁴, nämlich das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten, das wettbewerbliche Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln und das warenmarktliche Beschränkungsverbot der Warenmarktregeln. Funktional-teleologisch kann die von den subjektiv-rechtlichen internen Politiken nach der EuGH-Rechtsprechung in Bezug genommene Kontrolle der *Marktstruktur* betreffend den Maßstab des Beschränkungsverbotes prinzipiell als Kontrolle der *Gleichheit von Funktionsbedingungen* qualifiziert werden.¹⁰⁹⁵ Hierin liegt ein objektives Element der Kontrolle betreffend das Binnenmarkt- und das Wettbewerbsprinzip, welches sich als prinzipieller Maßstab auf die Gleichheit der markt- und wettbewerbsrelevanten „Rahmenbedingungen“ im weitesten Sinne bezieht. Der von dem EuGH bei allen Verboten direkt oder mittelbar in Bezug genommene Schutz von *Marktverhalten*, als Voraussetzung für „offene“ Märkte und transnationale wirtschaftliche Mobilität, stellt sich prinzipiell als Kontrolle der *Freiheit von Entscheidungen* und damit als subjektives Element dar.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁴ Hierzu im Detail Kapitel 4 B. IV. Funktionskreise subjektiv-rechtlicher internen Politiken des AEUV und Kapitel 4 C. Das Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung.

¹⁰⁹⁵ Hierzu im Detail auf der Anwendungsebene Kapitel 6 A. II. 1. cc) (1) (b) und A. III. 1. b).

¹⁰⁹⁶ Hierzu im Detail auf der Anwendungsebene Kapitel 6 A. II. 1. cc) (1) (c) und A. III. 1. c).

Die vorgenannten prinzipiellen Gehalte und deren Strukturelemente sind bei der Grundlegung auf der Anwendungsebene im Zweiten Teil der Untersuchung bei der Konzeptionierung der Grundfreiheiten als subjektiv-rechtliche Mobilitätsbeschränkungsverbote (Kapitel 6) inhaltlich zu konkretisieren.

F. Die Gesamtheit der Maßstäbe als Inhalt des Prinzips

Ausgehend von dem Free Movement-Konzept (A.) sowie von der Teleologie der Werte, Ziele und internen Politiken des AEUV (B.) aggregiert das unionsrechtliche Beschränkungsverbot die Gesamtheit prinzipieller markt- und wettbewerbsbezogener Gehalte von Maßstäben der Werteverfassung (C.), Maßstäben der Wirtschaftsverfassung (D.) sowie von Maßstäben der EuGH-Rechtsprechung zu den subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (E.), auf der begrifflichen Grundlage des Beschränkungsverbotens als durch die letztgenannte Rechtsprechung vertragsautonom etablierten Verbotstypus.

Basierend auf den binnenmarktgerichteten (Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV) Wertgehalten von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit (Art. 2 EUV) beinhaltet das unionsrechtliche Beschränkungsverbot im Ergebnis drei Maßstäbe: die Integrations*freiheit* als Markt- und Wettbewerbsfreiheit (I.), die Integrations*gleichheit* als Markt- und Wettbewerbsgleichheit (II.) sowie das Free Movement-Konzept als (funktionalen) Bezugsgegenstand (III.), welcher wiederum die operativen Maßstäbe transnationaler wirtschaftlicher Mobilität umfasst, und zwar die *transnationale Mobilitätsfreiheit* und die *transnationale Mobilitätsgleichheit*. Diese rechtlich (Marktintegrationsrecht) und wettbewerbsökonomisch (Marktintegrationsökonomik) determinierten Gehalte bilden als grundlegende markt- und wettbewerbsbezogene Maßstäbe den Inhalt des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot.

I. Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit

Aus der Gesamtschau der in den vorherigen Abschnitten A. bis E. dargelegten systematisch-teleologischen Zusammenhänge von Werten, Zielen und den aus der EuGH-Rechtsprechung folgenden Maßstäben der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV ergibt sich ein auf die wirtschaftliche Integration bezogener, grundlegender Maßstab der „Freiheit“. Unter Berücksichtigung der Marktintegrationsökonomik und der Qualität des Unionsrechts als Marktintegrationsrecht¹⁰⁹⁷, welches der grundlegenden Idee einer Integration zur Sicherung von Frieden in Europa verpflichtet ist (Unionsprinzip und Prinzip der funktionalen Integration¹⁰⁹⁸), wird die hier maßgebliche Gewährleistung von Freiheit als *Integrationsfreiheit* benannt.

Über die in der Wirtschaftsverfassung angelegte Koppelung von Marktintegrationsauftrag und subjektivem Rechtsschutz (Art. 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV) ist diese *funktional integrationsgerichtete Freiheit* auf das einzelne Wirtschaftssubjekt zu beziehen. Betreffend alle in dem Binnenmarkt agierenden Wirtschaftssubjekte, sei es als Individuum (Einzelunternehmer), wie z.B. als Dienstleister, oder als juristische Person bzw. Personengesellschaft (Unternehmen), verbürgt die Integrationsfreiheit betreffend den wettbewerblich organisierten Binnenmarkt funktional-systemisch interpretiert zweierlei: erstens eine *Marktfreiheit* zum Schutz des Binnenmarktes als *Tausch-*

¹⁰⁹⁷ Siehe Einleitung S. 4 und Kapitel 1 B. III. 1.

¹⁰⁹⁸ Siehe zuvor C. I. und II.

system von Angebot und Nachfrage. Zweitens eine *Wettbewerbsfreiheit* zum Schutz des Wettbewerbs als *Interaktionssystem* für den Binnenmarkt. Wie dargelegt, bildet dabei das Binnenmarktprinzip den Schutzgegenstand (zuvor D. I.) und das Wettbewerbsprinzip das Schutzobjekt (zuvor D. II.) des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot.¹⁰⁹⁹ Beide Gehalte der Integrationsfreiheit, also die *Markt- und Wettbewerbsfreiheit*, sind reziprok über die Brückenfunktion von Art. 26 AEUV dem Binnenmarktziel gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) verpflichtet.

Die Markt- und Wettbewerbsfreiheit ist somit einerseits als objektiv-rechtlicher Maßstab von Amts wegen zu beachten, also z.B. bei der Sekundärrechtssetzung durch die Union oder bei der Gesetzgebung durch die Mitgliedstaaten. Andererseits sind Markt- und Wettbewerbsfreiheit in der Transformation des objektiv-rechtlichen Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot via subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV (siehe hierzu Kapitel 4 und Kapitel 6) im Wege eines effektiven Rechtsschutzes zu gewährleisten.

Entsprechend den Gehalten des Free Movement-Konzepts muss die subjektiv-rechtliche Transformation der Markt- und Wettbewerbsfreiheit als *transnationale Mobilitätsfreiheit* auf der „operativen“ Ebene für die im Binnenmarkt agierenden Wirtschaftssubjekte einen hinreichenden *Aktionsradius* möglicher Entscheidungen für das *Marktverhalten* mit dem Ziel von Marktzutritt und/oder Marktaustritt (transnationale wirtschaftliche Mobilität) auf der Basis von Aktionsparametern bieten, d.h. die *Entscheidungsfreiheit* zur Mobilität garantieren. Damit ist die sog. „Offenheit“ des Marktes an sich zu schützen, d.h. der freie funktional-transnationale Tausch von Angebot und Nachfrage auf der Grundlage des Leistungsprinzips. Dabei bezieht sich *Marktfreiheit* zuvorderst auf den transnationalen Tauschmechanismus im Raum (Binnenmarkt) an sich und die *Wettbewerbsfreiheit* auf diejenigen objektiven und subjektiven *Funktionsbedingungen*, welche für ein Funktionieren des Interaktionssystems Wettbewerb zur Steuerung von Angebot und Nachfrage in diesem Raum notwendig sind. Gemäß dem hier insoweit vertretenen individualistischen Konzept¹¹⁰⁰ ist es für die Sicherung des transnationalen Tauschmechanismus von Angebot und Nachfrage, welcher den Binnenmarkt charakterisiert, sowie zur Sicherung des den Binnenmarkt steuernden Wettbewerbs unerlässlich, die *individuelle Freiheit*, ausgedrückt durch den möglichen Aktionsradius zur Nutzung von Aktionsparametern als Strategievariablen im Wettbewerb, in den Mittelpunkt der rechtlichen Kontrolle zu rücken. Dementsprechend muss das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot, den prinzipiellen Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes folgend, so ausgestaltet sein, dass die Markt- und Wettbewerbsfreiheit subjektiv-rechtlich adäquat „in Funktion“ gesetzt werden kann, und zwar entsprechend der auf fünf sachliche Marktbereiche gerichteten Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten, gemäß deren Funktion in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung)¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁹ Einleitend hierzu bereits Kapitel 1 B. III. 2. b).

¹¹⁰⁰ Wie P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 14 und S. 151-154.

¹¹⁰¹ Kapitel 4 C. Das Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung.

zur Kontrolle einseitigen, nicht-unternehmerischen Handelns von Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht (hierzu ausführlich Kapitel 4 B. und C.).

Gemäß dem vorliegend vertretenen funktionalen Verständnis von Markt- und Wettbewerbsfreiheit (functional economic approach), repräsentiert das unionsrechtliche Beschränkungsverbot die Garantie eines freien Zugangs zu jeglichen Marktformen. Dies entspricht dem integrationspolitischen Binnenmarktziel (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV) und dem ökonomischen Theorem eines voll integrierten Binnenmarktes, welcher gekennzeichnet ist durch das Fehlen von *Markteintrittsbarrieren/Marktaustrittsbarrieren* entsprechend der theoretischen Grundlage von „Barriers to Entry“ in der Typologie von *J. S. Bain*¹¹⁰². Garantiert ist mithin eine transnationale Tauschprozesse sichernde und mobilitätsbezogene Wettbewerbsfreiheit. Diese *Funktion von Freiheit betreffend das Interaktionssystem Wettbewerb* erfordert erstens eine Sicherung von Bedingungen für die individuelle Entscheidungsfreiheit zum Gebrauch von Aktionsparametern als *Strategievariablen* (Freiheit als Aktionsradius) für die Gestaltung von Angebot und Nachfrage. Zweitens eine Sicherstellung objektiver Rahmenbedingungen (Makroumwelt) und Marktverhältnisse (Marktstruktur-Marktverhalten-Marktergebnis Paradigma¹¹⁰³) im Sinne von *Funktionsbedingungen*, welche es überhaupt erst ermöglichen, Aktionsparameter strategisch, d.h. im Sinne von spezifischen Strategievariablen für eine transnationale Wettbewerbsstrategie mit dem Ziel des Marktzutritts im potenziellen Wettbewerb zu nutzen. Für die erfolgreiche Platzierung einer wirtschaftlichen Leistung in einem anderen als dem eigenen Markt (Zielmarkt) ist es unverzichtbar, eine transnationale Wettbewerbsstrategie für den Marktzugang oder Marktausgang verfolgen zu können (*Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit*). Die transnational ausgerichtete Markt- und Wettbewerbsfreiheit ist daher ein für die europäische Integration schlichtweg existentieller Maßstab und damit von prinzipiellem Rang.

Gemäß einem funktional-systemischen Verständnis muss die hier formulierte Freiheit in ihrer Koppelung mit dem Integrationsauftrag¹¹⁰⁴ und mit dem Binnenmarktziel¹¹⁰⁵ im Kern sowohl die *Vertragsabschlussfreiheit* (im Sinne individueller Wahlfreiheit) als auch die Leistungskonditionen wirtschaftlicher Leistungen schützen, d.h. die *Vertragsinhaltsfreiheit*.

¹¹⁰² *J. S. Bain*, Barriers to New Competition (1956/1965), passim. Theoretisch weiter fundiert durch *Carl Christian von Weizsäcker*, Barriers to Entry – A Theoretical Treatment (1980), S. 1-3 (Introduction) und im Überblick S. 5-19 (The General Theoretical Framework).

¹¹⁰³ Zuvor D. II. 4. c) dd) SVE-Paradigma.

¹¹⁰⁴ Auf der Ebene des Prinzips repräsentiert durch das Unionsprinzip (Frieden durch wirtschaftliche Integration) und Prinzip der funktionalen Integration, vgl. zuvor C. I. und II.

¹¹⁰⁵ Davon umfasst sind das Binnenmarktprinzip (Sicherstellung transnationaler Mobilität durch das Tauschsystem) und das Wettbewerbsprinzip (Sicherstellung von Entscheidungsfreiheit als Marktverhalten und einer entsprechenden Marktstruktur als Rahmen), vgl. zuvor D. I. und II.

II. Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit

Aus der bereits zuvor (I.) in Bezug genommenen Gesamtschau der systematisch-teleologischen Zusammenhänge von Werten, Zielen und den aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs folgenden Maßstäben der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV ergibt sich neben dem auf die wirtschaftliche Integration bezogenen Maßstab der „Freiheit“ kumulativ ein ebenso grundlegender Maßstab der „Gleichheit“, welcher im systemischen Kontext der Marktintegrationsökonomik sowie der Qualität von Marktintegrationsrecht vorliegend benannt als *Integrationsgleichheit*, die *Markt- und Wettbewerbsgleichheit* umfasst.

In der funktional-systemischen Sicht von transnationalen Markt- und Wettbewerbsprozessen des Binnenmarktes hat die Analyse der EuGH-Rechtsprechung zu dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln¹¹⁰⁶ belegt, dass *Freiheit und Gleichheit untrennbar miteinander verbunden sind*, d.h. funktional betrachtet (auf wettbewerblich organisierte Marktprozesse bezogen) *ein System* darstellen. So kommt die gleichheitsrechtliche Facette von transnationaler Mobilität insbesondere in der *Keck*-Rechtsprechung¹¹⁰⁷ zum Ausdruck, welche mit der „rechtlich und tatsächlich gleichen Berührtheit“ als wesentlicher Bestandteil der sog. *Keck*-Formel den Aspekt der gleichen Funktionsbedingungen für Wirtschaftssubjekte im Zielmarkt umschreibt. Die freiheitsrechtliche Facette drückt sich in der *Keck*-Rechtsprechung und deren Folgerechtsprechung in der Bezugnahme auf den Marktzugang aus, denn dieser ist unabhängig von einem Vergleich zu einem anderen Wirtschaftssubjekt an sich (nämlich als „Freiheit“ im potenziellen Wettbewerb) zu gewährleisten und kann daher durch einen nur gleichheitsrechtlichen Maßstab (der „Relation“ von Funktionsbedingungen) nicht ausreichend garantiert werden.

Aus der vorgenannten Korrelation von Integrationsfreiheit und -gleichheit folgt zugleich die Notwendigkeit einer Garantie von „Gleichheit durch gleiche Freiheit“. D.h. die *Markt- und Wettbewerbsgleichheit* muss ebenso gleiche Funktionsbedingungen in Bezug auf die freie transnationale Mobilität (*Markt- und Wettbewerbsfreiheit*), durch gleiche Wettbewerbsbedingungen im Markt garantieren.¹¹⁰⁸ Eine solche Wettbewerbsgleichheit (auch zur Verwirklichung von Marktgerechtigkeit als Chancengleichheit und Fairness, Art. 2 Satz 2 EUV) ist im Hinblick auf die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den Markt durch entsprechende Rahmenbedingungen (Funktionsbedingungen) sicherzustellen. D.h. es müssen gleiche „Spielregeln“ für vergleichbare Sachverhalte bestehen. Denn es gehört zu den grundlegenden Erkenntnissen der Ökonomie, dass der „institutionelle (politisch-rechtliche) Rahmen“ eine zentrale Bedeutung als Funktionsbedingung für den Markt und dessen „Funktionieren“ hat.¹¹⁰⁹ Genau dies bildet sich

¹¹⁰⁶ Zuvor E. I.

¹¹⁰⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹¹⁰⁸ Siehe auch EuGH *Europemballage* (C-6/72, EU:C:1973:22) Rn. 25.

¹¹⁰⁹ Dieser „institutionelle Rahmen“ wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zum Strategischen Management für die externe Analyse des Umfeldes u.a. als „Makroumwelt“ (Einfluss von nicht-unternehmerischen Handlungen i.w.S.) und betreffend den rechtlichen Rahmen auch als „politisch-rechtliche Umwelt“ bezeichnet. Hiervon abzugrenzen ist die „Branche“ (Einfluss von unter-

normativ in Art. 26 Abs. 1 AEUV ab, mit der Formulierung, dass der Binnenmarkt in dessen „Funktionieren zu gewährleisten“ ist.

III. Free Movement-Konzept als Bezugsgegenstand (Funktionalität)

Die zuvor begründeten prinzipiellen Maßstäbe der Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit (siehe I.) sowie der Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit (siehe II.) beziehen sich in der funktional-systemischen Interpretation gemäß dem Free Movement-Konzept als deren Bezugsgegenstand in ihrer normativ-wettbewerbsökonomischen *Funktionalität*, d.h. in ihrer integrationspolitisch-ökonomisch „operativen Ausrichtung“, auf die für den wettbewerblich organisierten Binnenmarktprozess notwendigen rechtlichen und ökonomischen „Gesetzmäßigkeiten“ transnationaler wirtschaftlicher Mobilität (Free Movement). In der Zusammenschau wird damit sichtbar, dass das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot mit den vorgenannten Maßstäben eine sowohl freiheits- als auch gleichheitsrechtlich geprägte *objektiv-rechtliche Mobilitätsgarantie* umfasst, welche auf das *Konzept der funktionalen Transnationalität* (operative Facette des Free Movement-Konzepts) bezogen die konkret markt- und wettbewerbsbezogenen (operativen) Maßstäbe zum Schutz transnationaler Mobilität umfasst, und zwar betreffend den potenziellen Wettbewerb eine *transnationale Mobilitätsfreiheit* (1.) und betreffend den aktuellen Wettbewerb eine *transnationale Mobilitätsgleichheit* (2.).

1. Transnationale Mobilitätsfreiheit

Der Maßstab der *transnationalen Mobilitätsfreiheit* garantiert, aus dem aktuellen Wettbewerb des „Ursprungsmarktes“ heraus (Marktaustritt) in den potenziellen Wettbewerb eines „Zielmarktes“ eintreten zu können (Marktzutritt). Dieser Maßstab transnationaler wirtschaftlicher Mobilität ist die *operativ mobilitätsbezogene Facette der Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit*, in der markt- und wettbewerbsbezogenen Umsetzung des Free Movement-Konzepts. Dabei ist gemäß dem functional economic approach evident, dass der in der Regel sequenziell geprägte Mobilitätsprozess (Marktaustritt aus dem Ausgangsmarkt und Marktzutritt im Zielmarkt) nicht notwendigerweise durch das „Überschreiten“ physischer Grenzen eines Mitgliedstaates geprägt sein muss. Vielmehr ist in der operativen Ausprägung von Free Movement eine *funktionale Transnationalität* maßgeblich. Eine solche funktionale Transnationalität ist gegeben soweit aktuell bestehende bzw. potenziell mögliche Leistungs- und Vertragsbeziehungen in einem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt (welcher sich nicht über Staatsgrenzen definiert) über einen ausschließlich regionalen Zusammenhang hinausreichen.¹¹¹⁰

nehmerischen Handlungen der Wettbewerber und der Marktgegenseite), vgl. H. Hungenberg, Strategisches Management in Unternehmen (2011), S. 90 Abbildung 2-6 sowie S. 93 ff.

¹¹¹⁰ Hierzu im Detail die Grundlegung auf der Anwendungsebene, Kapitel 6 A. I. 1. b).

Der Maßstab transnationaler Mobilitätsfreiheit als operative Facette der Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit korreliert sowohl mit den funktionalen Ansätzen im Schrifttum (insb. der „frühen Schule“¹¹¹¹) als auch mit der *Keck*-Rechtsprechung¹¹¹² und deren Folgerechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten.¹¹¹³ Ausgehend von diesem prinzipiellen Maßstab wird bei der funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote auf der Anwendungsebene dargelegt (vgl. Kapitel 6), dass die subjektiv-rechtliche Garantie transnationaler Mobilitätsfreiheit (als freiheitsrechtlicher Maßstab des Mobilitätsbeschränkungsverbotes) gemäß einer sequenziellen Betrachtung des Mobilitätsprozesses sowohl den *Marktzutritt* als auch den *Marktaustritt* umfassen muss.¹¹¹⁴ Im Hinblick auf das „Attraktivitätskriterium“ der EuGH-Rechtsprechung¹¹¹⁵ wird dabei hergeleitet und begründet, dass sich die transnationale Mobilitätsfreiheit im Sinne des dafür nötigen Marktverhaltens auf den *Schutz der Entscheidungsfreiheit* von Wirtschaftssubjekten zur Nutzung von Aktionsparametern als Strategievariablen für transnational zielführende Wettbewerbsstrategien (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit) beziehen muss.¹¹¹⁶

2. Transnationale Mobilitätsgleichheit

Als korrelative Ergänzung zur transnationalen Mobilitätsfreiheit (zuvor 1.) umfasst die *transnationale Mobilitätsgleichheit* als operative Facette der Integrationsgleichheit durch Markt- und Wettbewerbsgleichheit die Garantie einer Gleichbehandlung von Wirtschaftssubjekten (Input-Ebene der wirtschaftlichen Leistung) und Wirtschaftsobjekten (Output-Ebene der wirtschaftlichen Leistung) im aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes. Dies beinhaltet auch die markt- und wettbewerbsbezogenen Gehalte der Gerechtigkeit (Chancengleichheit, Fairness)¹¹¹⁷, welche auf der Anwendungsebene gemäß dem vorliegend vertretenen funktional-systemischen Ansatz primär bei den Abwägungsmaßstäben des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung der Korrelation von Kontrollmaßstab (Verbot) und Abwägungsmaßstab im Wege einer „normativen Effizienz“ zu berücksichtigen sind.¹¹¹⁸

In dem Zweiten Teil der Untersuchung wird auf der Anwendungsebene bei der funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote im Detail hergeleitet, dass die subjektiv-rechtliche transnationale Mobilitätsgleichheit in der funktional wettbewerbsökonomischen Interpretation der EuGH-Rechtsprechung den *Schutz der Marktstruktur* als *Funktionsbedin-*

¹¹¹¹ Kapitel 1 B. II. sowie Kapitel 5 A. II. 5. und 6.

¹¹¹² EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹¹¹³ Siehe zuvor E. II. 5. und 6., 7.

¹¹¹⁴ Zusammenfassend hierzu Kapitel 6 A. II. 2. d.

¹¹¹⁵ Siehe zuvor E. II. 4.

¹¹¹⁶ Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (1) (c).

¹¹¹⁷ Siehe zuvor C. III. 3., 4.

¹¹¹⁸ Hierzu Kapitel 6 C. II. und III.

gung der Mobilität umfassen muss¹¹¹⁹ und dabei im Zusammenspiel von Mobilitätsfreiheit und -gleichheit eine „Gleichheit nach dem ersten Marktzutritt“ sowie eine „gleiche Freiheit zum zweiten Marktzutritt“ zu gewährleisten ist.¹¹²⁰

¹¹¹⁹ Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (1) (b).

¹¹²⁰ Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (2) und 2. b) und c).

G. Ergebnis: Das unionsrechtliche Beschränkungsverbot (Prinzip)

Im Wege einer Prinzipienbildung aus der Verfasstheit der Union (A.) unter Zugrundelegung der Unionsteleologie von Werten, Zielen und internen Politiken (B.) hat die Herleitung prinzipieller Maßstäbe aus der Werteverfassung (C.), aus der Wirtschaftsverfassung (D.) sowie aus der EuGH-Rechtsprechung betreffend die Beschränkungsverbote der Wettbewerbsregeln, der Grundfreiheiten und Warenmarktregeln (E.) gezeigt, dass sich das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip begründen lässt (unionsrechtliches Beschränkungsverbot).

Rechtsdogmatisch betrachtet ist das unionsrechtliche Beschränkungsverbot als ein Normen übergreifendes Prinzip der Union zu qualifizieren, dass aus der Unionsteleologie eines politisch-ökonomisch fundierten Free Movement-Konzeptes folgt, welches auf die Gesamtheit markt- und wettbewerbsbezogener geschriebener Maßstäbe (der Werte- und Wirtschaftsverfassung) und ungeschriebener Maßstäbe (der Rechtsprechung des EuGH) bezogen ist.¹¹²¹ Das Prinzip beruht dabei maßgeblich auf funktionalen Gehalten des Werte gebundenen Binnenmarktziels der Union, welches wiederum dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft verpflichtet ist, Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV. Das unionsrechtliche Beschränkungsverbot umfasst als Prinzip objektiv-rechtliche Maßstäbe, welche einer „operativen“ Umsetzung über die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV bedürfen, d.h. via Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln. Hierin zeigt sich eine zentrale Facette der europäischen Integrationsphilosophie, welche die Aktivität des einzelnen Wirtschaftssubjektes für das „Ganze“ voraussetzt, gemäß dem Prinzip der funktionalen Integration (siehe insb. EuGH von *van Gend & Loos*¹¹²² und *Costa/E.N.E.L.*¹¹²³ „Geist der Verträge“).

Der *integrationsrechtliche Gehalt* des Prinzips ist durch das Binnenmarktziel (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV) gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) geprägt. Funktional-normativ wird dieser Gehalt erstens repräsentiert durch das *Binnenmarktprinzip* als *Schutzgegenstand* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes. Zweitens durch das *Wettbewerbsprinzip* als das für den Binnenmarkt maßgebliche Interaktionssystem für transnationale wirtschaftliche Tauschprozesse. Das Wettbewerbsprinzip ist damit als *Schutzobjekt* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes zu qualifizieren. Im Zusammenspiel mit dem politisch-ökonomisch fundierten Free Movement-Konzept der europäischen Wirtschaftsintegration dienen diese Teilprinzipien (Binnenmarkt-/Wettbewerbsprinzip) wiederum dem übergeordneten Unionsprinzip (Friedenssicherung) und dem Prinzip der funktionalen Integration. Aus diesen Teilprinzipien ergeben sich zusammen mit den prinzipiellen Maßstäben der Werte der Freiheit und Gleichheit sowie der Gerechtigkeit die auf das Free Movement-Konzept bezogenen funktionalen Maßstäbe des Prinzips, welche sich via Art. 26 AEUV auf die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV erstre-

¹¹²¹ Damit ist das unionsrechtliche Beschränkungsverbot als Normen übergreifender Maßstab durchaus ähnlich einem verfassungsrechtlichen Grundsatz, vgl. Art. 51 Abs. 1 Satz 2 GRC.

¹¹²² EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 25.

¹¹²³ EuGH *Costa/E.N.E.L.* (C-6/64, EU:C:1964:66) S. 1269 ff.

cken. Das *Wettbewerbsprinzip* bestimmt dabei, als durch die Werte der Freiheit und Gleichheit sowie den Gerechtigkeitsgedanken *und* ökonomische Paradigmen geprägtes Interaktionssystem für den Binnenmarktprozess, über das Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft unmittelbar die *Art* der Zielverwirklichung des Binnenmarktes, nämlich die Sicherung eines „funktionierenden“ Binnenmarktes im Sinne des Art. 26 Abs. 1 AEUV.

Als *objektiv-rechtliche Maßstäbe* umfasst das unionsrechtliche Beschränkungsverbot im Ergebnis die hier so benannte *Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit* sowie die hier so benannte *Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit*. Beide Maßstäbe beziehen sich auf das Free Movement-Konzept, womit sich Freiheit und Gleichheit in ihrer normativ-wettbewerbsökonomischen Funktionalisierung auf der operativen Ebene des wettbewerblich organisierten Binnenmarktprozesses als Maßstäbe der *transnationalen Mobilitätsfreiheit* und *transnationalen Mobilitätsgleichheit* darstellen, welche *funktionale Transnationalität* als operative Facette von Free Movement garantieren. Hieraus folgt, dass die rechtliche Sicherung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität (Free Movement) sowohl den Marktzutritt (in den Zielmarkt hinein) und den Marktaustritt (aus dem Ausgangsmarkt heraus) im potenziellen Wettbewerb als auch die Gleichbehandlung im aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes als wettbewerbsökonomisch determinierte Gehalte von Freiheit und Gleichheit umfasst. Die in den prinzipiellen Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot es objektiv-rechtlich verkörpert en Maßstäbe der *Freiheit und Gleichheit müssen daher in ihren Koppelungen mit wettbewerbsökonomischen Paradigmen vertragsautonom definiert und über das System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV individualrechtsschützend konkretisiert werden*, vgl. Art. 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 1 AEUV i.V.m. Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb.

Als Fazit und Definition des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot es ist also zu formulieren: Das unionsrechtliche Beschränkungsverbot umfasst als Prinzip die objektiv-rechtlichen Maßstäbe der *Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit* sowie der *Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit*. Bezugsgegenstand dieser Maßstäbe ist das politisch-ökonomisch fundierte *Free Movement-Konzept*, welches die normativ-wettbewerbsökonomische Funktionalität der vorgenannten Maßstäbe ausdrückt, im Sinne einer umfassenden *Garantie transnationaler wirtschaftlicher Mobilität* (Free Movement). Diese Garantie bezieht sich betreffend die operative Ebene des wettbewerblich organisierten Binnenmarktprozesses auf eine *funktionale Transnationalität*, welche sich in der operativen Ausprägung der vorgenannten Maßstäbe rechtlich als *transnationale Mobilitätsfreiheit und transnationale Mobilitätsgleichheit* ausdrückt. Die objektiv-rechtlichen Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot es bedürfen der operativen Umsetzung und Konkretisierung auf der Anwendungsebene über die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV. Demgemäß sind die Grundfreiheiten in ihrer Funktion zur Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot es zu bestimmen (Kapitel 4) bevor diese als grundfreiheitliche Beschränkungsverbot e in ihrem Kontrollmaßstab (Mobilitätsbeschränkungsverbot) funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch konzeptioniert werden können (Kapitel 6).

Kapitel 4: Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten

Das in Kapitel 3 begründete unionsrechtliche Beschränkungsverbot bedarf als Prinzip der „operativen“ Umsetzung über die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV. Betreffend die auf der Anwendungsebene im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung stehenden Grundfreiheiten (Zweiter Teil der Untersuchung) ist nunmehr entsprechend dem vorliegend verfolgten funktional-systemischen Ansatz zu bestimmen, in welcher Funktion diese als *grundfreiheitliche Beschränkungsverbote* die objektiv-rechtlichen Maßstäbe des Prinzips in Abgrenzung zu den Wettbewerbsregeln und zu den Warenmarktregeln operativ umsetzen.

Die dafür notwendige *funktionsabgrenzende Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten* gründet sich in einem ersten Schritt (A.) auf die in Kapitel 3 B. herausgearbeitete Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV), mit dem dortigen Ergebnis einer funktionalen Konzeption der Ziel gebundenen Werte und Wirtschaftsverfassung.¹¹²⁴ Diese Teleologie, welche das „Was“ der operativen Kontrolle des wettbewerblich organisierten Binnenmarktprozesses betrifft, nämlich den Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes (also das Binnenmarktprinzip), bildet das Bindeglied in der Korrelation von unionsrechtlichem Beschränkungsverbot und subjektiv-rechtlichen internen Politiken betreffend deren Kontrollgegenstände, welche sich sämtlich auf einen transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt im Sinne der funktionalen Transnationalität (operative Facette des Free Movement-Konzepts) beziehen. Die damit festzustellende *Teleologie Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV* bedarf über das Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes (also das Wettbewerbsprinzip) einer funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Ausdifferenzierung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten, Wettbewerbs- und Warenmarktregeln. Daher wird in einem zweiten Schritt über eine *Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse* dargelegt (B.) „Wie“ der Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten funktional-wettbewerbsökonomisch in Abgrenzung zu den Kontrollgegenständen der Wettbewerbs- und Warenmarktregeln zu definieren ist. Unter Berücksichtigung der in Kapitel 1 bereits definierten Korrelation von Schutzobjekt (Wettbewerbsprinzip) und grundfreiheitlichem Kontrollmaßstab (Mobilitätsbeschränkung)¹¹²⁵, ist hierfür angesichts der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV eine funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch basierte Abgrenzung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln erforderlich. Eben diese für die Grundfreiheiten zugleich funktionsbestimmende Funktionsabgrenzung erfolgt gemäß dem vorliegend vertretenen functional economic approach im Wege einer so benannten *Konnexität*, welche als eine die systematisch-teleologische Auslegung ergänzende Methode begründet wird (hierzu B. I.). Mittels der primär wettbewerbstheoretisch determinierten Konnexität lassen sich die funktionalen Wechselbezüglichkeiten der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten, Wettbewerbs- und Warenmarktregeln in Bezug auf typische Wettbewerbs-

¹¹²⁴ Kapitel 3 B. III.

¹¹²⁵ Kapitel 1 B. III. 2. b) mit der dortigen Abbildung-2.

formen eines transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes auf der Basis einer eigens hierfür entwickelten *wettbewerbsökonomischen Analysematrix* erfassen und funktionsabgrenzend definieren (hierzu B. II.). Aus den mittels der Konnexität bestimmten Komplementärverhältnissen der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV begründet sich im Ergebnis ein *funktionaler Kontrollgegenstand* der Grundfreiheiten.¹¹²⁶ Ausgehend von dieser funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierten Funktion der Grundfreiheiten erfolgt sodann eine weitere Funktionsabgrenzung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln hinsichtlich der interdependenten Wechselbeziehungen von staatlicher (vertikaler) und unternehmerischer (horizontaler) Machtkontrolle (hierzu B. III.). Diese Abgrenzung ist notwendig, um die Adressatenstellung für den Kontrollgegenstand des grundfreiheitlichen und des wettbewerblichen Beschränkungsverbot auf der subjektiv-rechtlichen Ebene hinreichend exakt definieren und abgrenzen zu können. Aus einer dabei vorgenommenen funktionsabgrenzenden Gegenüberstellung von Art. 106 Abs. 1 AEUV, den sog. Entzugstatbeständen (Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 101, 102 AEUV) und der horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten, lässt sich über die Betrachtung der „vertikal-horizontalen Schnittstelle“ von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln im Ergebnis ein *funktionaler Maßnahmenbegriff* für den Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten ableiten und definieren.¹¹²⁷ Dieser funktionale Maßnahmenbegriff ermöglicht die Friktionen und Folgeprobleme des bislang noch überwiegend formal-rechtlich determinierten Maßnahmenbegriffs¹¹²⁸ zu überwinden. Das dogmatisch-konzeptionelle Ergebnis der Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse von Grundfreiheiten, Wettbewerbs- und Warenmarktregeln ist ein hier so benanntes *Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung* (C.). Mit Letzterem lassen sich die Gegenstände der unionsrechtlichen Marktverantwortung in *drei Funktionskreisen* der vertikalen (Grundfreiheiten), der horizontalen (Wettbewerbsregeln) und der ergänzenden vertikal/horizontalen (Warenmarktregeln) Machtkontrolle systematisieren, woraus sich Rückschlüsse für die Dogmatik der Grundfreiheiten ableiten lassen, welche deren „Anders Sein“ (*Thorsten Kingreen*) zu erklären vermögen.

Letztlich bilden die funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch bestimmte Funktion der Grundfreiheiten in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung und der für die Grundfreiheiten in diesem Kapitel bestimmte *funktionale Kontrollgegenstand* und der *funktionale Maßnahmenbegriff* die Basis für eine ebenso normativ-wettbewerbsökonomisch fundierte (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (Kapitel 6). Letztere ist die Voraussetzung für eine adäquate Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Kapitel 3) gemäß einer Teleologie der Werte- und Zielidentität sowie einer Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, und damit eine Bedingung für die Werte fundierte Effektivierung und Optimierung des subjektiven Rechtsschutzes.

¹¹²⁶ B. II. 4.

¹¹²⁷ B. III. 3.

¹¹²⁸ Siehe Kapitel 1 A. II. 1 a) bis e) und nachfolgend Kapitel 5 C. I.

A. Teleologie der Werte- und Zielidentität („Was“)

Die hier so benannte *Werte- und Zielidentität* der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV folgt aus der in Kapitel 3 B. hergeleiteten identischen Bindung von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln an das Werte fundierte Binnenmarktziel (Art. 2 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV), welches in dem Binnenmarktprinzip (Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot) verkörpert ist und dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft verpflichtet ist, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 1 AEUV.

Die *Teleologie der Werte- und Zielidentität* (Kapitel 3 B. III.) entspricht im Wesentlichen den von *Kamiel Mortelmans*¹¹²⁹ und von *Julio Baquero Cruz* umfassend dargelegten Überlegungen zu einem „gemeinsamen Prinzip“ der zu sichernden wirtschaftlichen Mobilität (Free Movement) i.w.S. bzw. dem Verhältnis von „Free Movement and Competition“¹¹³⁰ sowie den von *Carsten Nowak* beleuchteten Strukturen einer funktionalen Parallelität bzw. Komplementarität von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln.¹¹³¹

Vor dem Einstieg in die wettbewerbsökonomische Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten ist konkretisierend Bezug zu nehmen auf die Korrelationen von Schutzgegenstand und Kontrollgegenstand betreffend das Binnenmarktprinzip (dazu I.) sowie von Schutzobjekt und Kontrollmaßstab (dazu II.) betreffend das Wettbewerbsprinzip, anknüpfend an die einleitenden Ausführungen in Kapitel 1 (B. III. 2. b).

¹¹²⁹ *K. Mortelmans*, The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule, CMLR 2002, S. 1303 ff., 1342: “Respect for the principle of free movement”.

¹¹³⁰ *J. Baquero Cruz*, Between Competition and Free Movement (2002), S. 86 ff. (The Complementary Character of Competition and Free Movement).

¹¹³¹ *C. Nowak*, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt, in: A. Hatje/J. P. Terhechte (Hrsg.), Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung, EuR Beiheft 3/2004, S. 77 ff, 77-82 („enger Funktionszusammenhang“, „Konvergenzprozesse“, „Komplementärverhältnis“). Ebenso *C. Calliess*, in MüKo EuWettbR (2015), Einl. Rn. 700/701.

Abbildung-7: Die systemische Betrachtung des Beschränkungsverbotes. Hier: Systemisch-teleologische Korrelation von Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) und subjektivem Recht der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot).



© Marco Keser

I. Schutzgegenstand (Prinzip) vs. Kontrollgegenstand (subj. Recht)

Aus der Perspektive der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken, die sich wiederum aus der Struktur und dem Telos der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung ergibt (vgl. Kapitel 3 B. III.), entspricht der *Schutzgegenstand* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes (objektiv-rechtliches Prinzip) der Summe der *Kontrollgegenstände* der Warenmarktregeln, Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln auf der Anwendungsebene (subjektives Recht). Damit wird terminologisch erstens die systematisch notwendige Differenzierung von Regelbildungsebene (Prinzip) und Anwendungsebene (subjektives Recht/Individualrechtsschutz) deutlich und zweitens zeigt sich hierin teleologisch die *Schnittmenge* von objektiv-rechtlichem Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) und subjektiv-rechtlichen internen Politiken (Beschränkungsverbote der Warenmarktregeln, Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln). Daraus ergibt sich, dass der Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes, also das Binnenmarktprinzip, welches dem Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft verpflichtet ist, gleichermaßen über die *Kontrollgegenstände* von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln umzusetzen ist.

Hieraus resultiert sogleich die Frage, wie eine Abgrenzung der Kontrollgegenstände der vorgenannten Normen möglich ist. Für die Beantwortung dieser Frage ist zunächst entscheidend den „objektiv-rechtlichen Schutzgegenstand“ dem „subjektiv-rechtlichen Kontrollgegenstand“ nicht gleichzusetzen. Die Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes durch die Kontrollgegenstände (i.w.S. sachliche Anwendungsbe- reiche) der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote muss methodisch anders aus- gestaltet sein als derjenige Schutz durch das Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln oder derjenige durch das Beschränkungsverbot der Warenmarktregeln. Denn die subjek- tiv-rechtlichen internen Politiken sind zwar Werte und Ziel identisch, jedoch nicht funk- tionsidentisch, wie *Carsten Nowak* bezüglich der Parallelität von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln wie folgt notiert hat:

„Die in einem untrennbaren Ziel- und Funktionszusammenhang stehenden - jedoch *nicht funktionsidentischen* – Wettbewerbsregeln und Grundfreiheiten des EG-Vertrages gehören neben den Gemeinschaftsgrundrechten insbesondere wirtschaftlicher Art zu den wesentlichen Funktionsgarantien der geltenden europäischen Wirtschaftsverfas- sung.“¹¹³² (Hervorhebung durch den Verf.).

Da eine *Funktionsidentität* weder im Recht der EG bestand, wie *Carsten Nowak* dargelegt hat, noch im Hinblick auf die Umsetzung des unionsrechtlichen Beschrän- kungsverbotes in der Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung von EUV/AEUV nach Lissabon angelegt ist, muss eine Abgrenzung der Kontrollgegenstän- de von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln funktional erfolgen.

Da die Teleologie der Werte- und Zielidentität systemisch betrachtet im Wesentli- chen dem Argument einer Konvergenz der Grundfreiheiten¹¹³³ sowie einer Konvergenz der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln¹¹³⁴ entspricht, folgt gerade hieraus die Notwendigkeit einer funktionalen Abgrenzung der Funktion „grundfreiheitliches Be- schränkungsverbot“ gegenüber der zielidentischen Kontrolle von „warenmarktlichem Beschränkungsverbot“ und „wettbewerblichem Beschränkungsverbot“. Über aus- schließlich rechtliche Kategorien ist diese Abgrenzung nicht möglich, da der Schutzge-

¹¹³² *C. Nowak*, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt, a.a.O. S. 105.

¹¹³³ *P. Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145 ff., hierzu zum 70. Geburtstag von *Peter Behrens* in der Reflexion und Aktualisie- rung *C. Nowak*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Unionsrecht, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.), Unternehmen auf offenen Märkten (2011), S. 69 ff.

¹¹³⁴ *K. Mortelmans*, Towards Convergence in the application of the Rules on Free Movement and on Competition, CMLR 2001, S. 613 ff.; *J. Baquero Cruz*, Between Competition and Free Movement (2002) passim; *C. Nowak*, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung, EuR Beiheft 3/2004, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt, S. 77 ff. passim; *P. Oliver*, Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty, in: Tridimas/Nebbia (Hrsg.), European Union Law for the Twenty-First Century – Rethinking the New Legal Order, Vol. 2, Internal Market and Free Movement Community Policies (2004), S. 159 ff. passim; *W. Sauter/H. Schepel*, State and Market in European Union Law (2009), passim; *N. N. Shuibhne*, The Coherence of EU Free Movement Law (2013), passim; *V. Brisimi*, The Inter- face between Competition and the Internal Market (2014), passim. Siehe hierzu näher bei der Funk- tionsabgrenzung hoheitlicher vs. privater Machtkontrolle nachfolgend unter III. 2. c).

genstand und das Schutzobjekt des Prinzips durch das politisch-ökonomisch fundierte Free Movement-Konzept determiniert sind. Die Maßstäbe der Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Markt- und Wettbewerbsgleichheit lassen sich daher nur funktional den Kontrollgegenständen der Grundfreiheiten zuordnen. Somit ist eine wettbewerbsökonomische Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten über eine Abgrenzung deren Kontrollgegenstände gegenüber denen der Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln auf der Basis einer Konvergenz der Grundfreiheiten erforderlich.¹¹³⁵

II. Schutzobjekt (Prinzip) vs. Kontrollmaßstab (subj. Recht)

Die Kontrollmaßstäbe der Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln schützen parallel das Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot, also das Wettbewerbsprinzip. Daher muss der Wettbewerb in seiner Funktion als Interaktionssystem des Binnenmarktes¹¹³⁶ gemäß den Maßstäben der Wettbewerbsfreiheit und -gleichheit, die sich auf das Free Movement-Konzept beziehen, gleichgerichtet durch die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV geschützt werden. Demgemäß zeigt sich in der Teleologie der Werte- und Zielidentität, dass das *Schutzobjekt* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Ebene des Prinzips) der gemeinsame Kern der *Kontrollmaßstäbe* von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln (Ebene der Anwendung) sein muss. Für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten folgt daraus, dass mit der Funktionsabgrenzung deren Kontrollgegenstände gegenüber den Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln zugleich geklärt wird, auf welche Gegenstände des Tauschsystems sich das Interaktionssystem Wettbewerb bezieht. Für den Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot lassen sich daran anknüpfend sodann die Maßstäbe der Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Markt- und Wettbewerbsgleichheit¹¹³⁷ auf der Anwendungsebene subjektiv-rechtlich konkretisieren (dazu Kapitel 6 A. II.).

¹¹³⁵ Ähnlich U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 205 ff. „volkswirtschaftliche Funktion“. Zudem sieht Forsthoff a.a.O. auch die Notwendigkeit einer neuen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote.

¹¹³⁶ Siehe Kapitel 3 D. III.

¹¹³⁷ Siehe Kapitel 3 F.

B. Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse („Wie“)

Während die Teleologie der Werte- und Zielidentität (siehe zuvor A.) markiert, „was“ die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV schützen, geht es in diesem Abschnitt bei der hier so benannten *Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse* um die Ergründung „wie“ das unionsrechtliche Beschränkungsverbot in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV das Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzip mit den Maßstäben von Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie Markt- und Wettbewerbsgleichheit umgesetzt wird. Hierfür ist eine *funktionsabgrenzende Funktionsbestimmung* von Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot)¹¹³⁸, Warenmarktregeln (warenmarktliches Beschränkungsverbot)¹¹³⁹ und Wettbewerbsregeln (wettbewerblesches Beschränkungsverbot)¹¹⁴⁰ erforderlich. Konkret ist zu bestimmen, wie sich die *Kontrollgegenstände* der Grundfreiheiten von denen der Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln in ihrer zielidentischen Umsetzung von Schutzgegenstand und Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot¹¹⁴¹ funktional differenzieren.

In einem ersten Schritt (I.) wird dafür zunächst die Methode zur wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung, die hier so benannte *Konnextität*, konkretisiert. Als Analyseinstrument wird eine *wettbewerbsökonomische Analysematrix* definiert, welche ausgehend von der subjektiven Komponente der EuGH-Rechtsprechung zum „Attraktivitätskriterium“ und zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten¹¹⁴² die Perspektive eines den Marktzutritt planenden Wirtschaftssubjektes einnimmt. Mit der wettbewerbsökonomischen Analysematrix erfolgt in einem zweiten Schritt (II.) die funktionsbestimmende Abgrenzung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten, Warenmarktregeln und Wettbewerbsregeln. Hierbei wird in einer systematisch-teleologischen Analyse dargelegt, *wie* sich die subjektiv-rechtlichen Verbote in der Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes wechselseitig ergänzen und funktional wettbewerbsökonomisch in der Ordnung von Wettbewerbsformen differenzieren. Hieraus leitet sich im Ergebnis ein *funktional definierter Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten* ab (II. 4.). Drittens wird eine funktionale Abgrenzung von staatlicher und privater Machtkontrolle unternommen (III.), aus der sich im Ergebnis der *funktionale Maßnahmenbegriff* der Grundfreiheiten dogmatisch-konzeptionell begründet (III. 3.). Insgesamt lassen sich die funktionalen Komplementärverhältnisse in der Abgrenzung dreier *Funktionskreise* von Warenmarktregeln, Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln darstellen (IV.). Diese Funktionskreise repräsentieren drei funktional-wettbewerbsökonomische Kontrollge-

¹¹³⁸ Kapitel 3 E. II.

¹¹³⁹ Kapitel 3 E. III

¹¹⁴⁰ Kapitel 3 E. I.

¹¹⁴¹ Kapitel 1 B. III. 2. b) und Kapitel 3 D. I. (Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand) und D. II. (Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt).

¹¹⁴² Siehe Kapitel 3 E. II. 4 und 7. Mit der EuGH Kraus/Gebhard-Rechtsprechung - EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) und EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) - wurde das Kriterium der „Attraktivität“ etabliert, welches nunmehr mit der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten zu verknüpfen und in die wettbewerbsökonomische Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten einzu beziehen ist.

genstände der vertragsautonomen Normqualität subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV. Die hierin liegende *konzeptionelle Emanzipation* von einer Norminterpretation des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot in (semantischer) Orientierung an dem Begriff „Grundfreiheiten“, bildet mit der funktionalen Teleologie (funktionaler Kontrollgegenstand und funktionaler Maßnahmenbegriff) die dogmatische Grundlage für eine vertragsautonome, freiheits- und gleichheitsrechtliche Konzeption der durch den EuGH zuletzt fokussierten Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten¹¹⁴³ auf der Basis des Free Movement-Konzeptes.

I. Wettbewerbsökonomische Methode: Konnexität

Entsprechend dem in Kapitel 1 dargelegten Ansatz eines functional economic approach (Kapitel 1 B. III. 2.) wird mit der hier eingeführten Methode der *Konnexität* der einleitend formulierte *Perspektivenwechsel*¹¹⁴⁴ von der primär juristischen Methode abrückend hin zu einer normativ-ökonomischen Sichtweise (European Law & Economics) relevant. Nachfolgend wird dementsprechend die *Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse* im dem System des AEUV, und damit die Funktion der Grundfreiheiten, nicht ausschließlich anhand juristischer Kategorien ermittelt, sondern unter Zugrundelegung einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik).¹¹⁴⁵ Dementsprechend geht die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten von typisierten wettbewerbsökonomischen Sachverhalten in Wettbewerbsformen aus, und zwar aus der Sicht der wettbewerbsstrategischen Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes. Die hierbei maßgeblichen Entscheidungsvariablen werden in einer *wettbewerbsökonomischen Analysematrix* als Instrument der systematisch-teleologischen Auslegung abgebildet. Diesem Ansatz liegt die einleitend dargelegte These zugrunde, dass die Funktionsbestimmung der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, und so der Grundfreiheiten, von ihrem vertragsautonomen Fundament als supranationales Wirtschaftsintegrationsrecht ausgehen muss. Denn die Mitgliedstaaten haben dieses Fundament als gemeinsame Schöpfer der Verträge explizit für die Gewährleistung von ökonomischen Institutionen (Binnenmarkt und Wettbewerb) geschaffen, und diesen liegen ohne Zweifel politisch-ökonomische Prämissen (Free Movement-Konzept)¹¹⁴⁶ zugrunde (siehe Kapitel 3 A. I.).

Vor dem Einstieg in die wettbewerbsökonomische Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten (II.-IV.) ist jedoch zunächst die Methode der Konnexität zu legitimieren sowie konzeptionell und inhaltlich zu konkretisieren (hierzu 1.). Anschließend sind jene der Konnexität zugrundeliegenden *systemischen Zusammenhänge* von Recht und Wettbewerbsökonomie zu skizzieren (hierzu 2.). Schließlich ist die wettbewerbsstrate-

¹¹⁴³ EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* (C-265/06, EU:C:2008:210); EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66); EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹¹⁴⁴ Einleitung Seite 11 bis 16 und Kapitel 1 B. III.

¹¹⁴⁵ Kapitel 1 B. III. 1.

¹¹⁴⁶ Kapitel 3 A. I.

gische Sicht eines die transnationale Mobilität durch Marktzutritt und/oder Marktaustritt planenden Wirtschaftssubjektes zu definieren und in die wettbewerbsökonomische Analysematrix zu übertragen (3.).

1. Legitimation und Konzeption der Methode

Die Methode der Konnexität legitimiert sich ausgehend von den einleitend dargelegten Argumente für einen functional economic approach (Kapitel 1 B. III. 2.) primär aus dem politisch-ökonomischen Fundament der Union, d.h. dem politisch-ökonomisch basierten Free Movement-Konzept (Kapitel 3 A. I.), sowie aus den Grundsätzen der funktionalen Methode gemäß dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV).

Die systematisch-teleologische Auslegung von Art. 26 AEUV im Zusammenspiel mit Art. 3 Abs. 3 EUV hat gezeigt (siehe Kapitel 3 B.), dass in Fortentwicklung der Vorgängerregelung in der Wirtschaftsverfassung des Gemeinschaftsrechts *de lege lata* im Unionsrecht nicht mehr bloß die *Errichtung* eines Binnenmarktes (wie zuvor im Recht der EWG und der EG) in Bezug genommen wird. Vielmehr sind die *Verwirklichung* und das *Funktionieren* des Binnenmarktes zu garantieren, vgl. Art. 26 Abs. 1 AEUV. Diese insoweit am realpolitischen, ökonomischen und gesellschaftlichen Fortschritt der europäischen Integration ausgerichtete neue Unionsteleologie, welche in Art. 1 Abs. 2 EUV als „neue Stufe“ der Integration formuliert wird, ist betreffend die Sicherung der „Funktion“ Binnenmarkt¹¹⁴⁷ nur über das politisch-ökonomisch fundierte Free Movement-Konzept (Kapitel 3 A. I.) definierbar. Denn eine solche Funktionssicherung erfordert die dem Binnenmarkt kennzeichnenden *transnationalen Tauschprozesse* von Angebot und Nachfrage sowie den diese Prozesse organisierenden *Wettbewerb als Interaktionssystem* umfassend zu schützen. Die hierfür maßgeblichen theoretischen Grundlagen liefert die (Wettbewerbs-)Ökonomie, nicht das Recht. Die somit notwendige Erweiterung des Rahmens der Norminterpretation über wettbewerbsökonomische Theoreme, hier durchaus im Sinne der von *Ulrich Haltern*¹¹⁴⁸ dargelegten „Dogmatik im Kontext“, ist ein wesentlicher Unterschied zu der Interpretation des nationalen Rechts bzw. nicht auf eine umfassende transnationale Mobilität bezogene Rechtssysteme.

Gegenüber juristischen Auslegungsmethode in ihrer „reinen Form“ liegt der Mehrwert der wettbewerbsökonomischen Methode in Ergänzung der juristisch systematisch-teleologische Auslegung darin, dass die in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur erforschten ökonomischen „Gesetzmäßigkeiten“, Begriffe und Methoden in die Norminterpretation einbezogen werden. Dem liegt die einleitend bereits begründete These zugrunde, dass die Teleologie, d.h. der Sinn und Zweck und somit auch die Funktion der Grundfreiheiten maßgeblich über markt- und wettbewerbsbezogene Begriffe zu bestimmen ist, welche die Gehalte der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union hin-

¹¹⁴⁷ Im Sinne einer *dynamischen Fortentwicklung* des Unionsrechts Zur dynamischen Auslegung in diesen Zusammenhängen mit Bezug zur Auslegung der Präambeln vgl. R. Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar (2003), EGV Präambel, Rn. 10.

¹¹⁴⁸ U. Halten, Europarecht – Dogmatik im Kontext (2007), S. 2 ff.

reichend mit einbeziehen. Die in Kapitel 3 dargelegte vertragsautonome Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung lässt sich schlechterdings nicht vollends über juristische Begrifflichkeiten erfassen.

Die wirtschaftswissenschaftliche Basis der hier vorgestellten Methode der Konnexität folgt der in Kapitel 1 begründeten Marktintegrationsökonomik als Werte fundierte Wettbewerbsökonomik.¹¹⁴⁹ Dem entspricht eine Analysemethode, welche eine notwendige Vielfalt von i.w.S. Wettbewerbstheorien bzw. wettbewerbstheoretischen Paradigmen¹¹⁵⁰ kombiniert (aggregiert bzw. disaggregiert¹¹⁵¹), wie dies bereits in Kapitel 3 mit den Verknüpfungen von normativen Gehalten der Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit mit wettbewerbsökonomischen Theoremen dargelegt wurde.¹¹⁵² Im Weiteren sind damit Begriffe einer insoweit *vertragsautonomen polyparadigmatischen Wettbewerbsökonomik* (Marktintegrationsökonomik) in Bezug zu nehmen, deren Gehalte sich aus einer Kombination unterschiedlichster Denkrichtungen und theoretischer Ansätze (klassische Wettbewerbstheorien, Industrieökonomik, Spieltheorie, Literatur zum strategischen Management usw.) erschließen. Hierbei erfolgt eine Konzentration auf die folgenden wettbewerbsökonomischen Begriffe, welche als Variablen zu betrachten sind:

„Aktionsparameter“, „Wettbewerbsform“, „Wettbewerbsstrategie“, „Input/Output“, „Wettbewerbsstufe“, „Strategievariable“, „Funktionsbedingungen“.

Die vorgenannten Begriffe werden unter Berücksichtigung der systemischen Zusammenhänge von Recht und Wettbewerbsökonomik (hierzu sogleich 2.) bei der Konzeption der wettbewerbsökonomischen Analysematrix (siehe 3.) als Variablen in eine Ordnung (Matrix) gebracht und für den Zweck einer wettbewerbsökonomischen (funktionalen) Ergänzung der systematisch-teleologischen Auslegung (Konnexität) definiert.

2. Systemische Zusammenhänge von Recht und Wettbewerbsökonomik

Mittels einer Betrachtung der systemischen Zusammenhänge von Recht und Wettbewerbsökonomik lassen sich die normativ-ökonomischen Funktionen der Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten in Bezug auf *typisierte transnationale wirtschaftliche Sachverhalte* bestimmen, welche entsprechend ihrer wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten nach *Wettbewerbsformen* geordnet werden können (siehe sogleich unter 3. zur wettbewerbsökonomischen Analysematrix). Auf diese Weise werden die auf konkrete Marktprozesse bezogenen Wechselbezüglichkeiten von Recht (Kontrollgegen-

¹¹⁴⁹ Kapitel 1 B. III.

¹¹⁵⁰ Eine übersichtliche und wertende Darstellung zur Entwicklung und Dichotomie wettbewerbstheoretischer Ansätze, unterteilt in sog. evolutorisch-systemtheoretische und mechanistisch-konstruktivistische Paradigmen findet sich bei T. Heidrich, Das evolutorisch-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie (2009), S. 41 ff, mit einer grafischen Darstellung der Traditionslinien auf S. 75.

¹¹⁵¹ G. Knieps, Wettbewerbsökonomie (2005), Vorwort VIII, und zu dem „Fundament einer disaggregiert Wettbewerbsökonomie, S. 3-63.

¹¹⁵² Kapitel 4 D. II. 4.

stand) und Ökonomik (Gesetzmäßigkeiten typisierter Wettbewerbsformen) zur Bestimmung der Normfunktion Grundfreiheit nutzbar gemacht.

Die Betrachtung systemischer Zusammenhänge von Kontrollgegenstand (Norm) und typisierter Wettbewerbsform (Ökonomik) projiziert die funktionale Wechselbezüglichkeit von zielidentischen aber nicht funktionsidentischen Kontrollgegenständen subjektiv-rechtlicher internen Politiken des AEUV auf ein konkretes und wettbewerbsökonomisch typisierbares Tauschverhältnis, wie z.B. den Qualitätswettbewerb. In dieser wettbewerbsökonomisch-funktionalen Perspektive offenbart sich, dass die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten das durch das Interaktionssystem Wettbewerb organisierte transnationale Tauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung, z.B. im Qualitätswettbewerb, in Bezug auf das Binnenmarktprinzip anders schützen, als die Kontrollgegenstände der Wettbewerbsregeln.

Unter Einbeziehung des Mobilitätsaspektes der funktionalen Transnationalität des Free Movement-Konzeptes lässt sich so gleichfalls die auf das Binnenmarktprinzip und das Wettbewerbsprinzip zur Verwirklichung des Binnenmarktziels gerichtete Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten konkretisieren, und zwar durch die *wettbewerbsökonomische Bestimmung von Sinn und Zweck* (Teleologie) der Zielrichtung des grundfreiheitlichen Kontrollgegenstandes in Bezug auf die wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten von transnationaler Leistungsmobilität und Gegenleistungsmobilität im Wechselspiel von aktuellem und potenziellem Wettbewerb. Hierzu lassen sich die subjektiv für einen Marktzutritt und/oder Marktaustritt erforderlichen Entscheidungen für transnationale Wettbewerbsstrategien und deren Entscheidungsvariablen systematisieren (hierzu sogleich unter 3.).

3. Perspektive des Wirtschaftssubjektes („Attraktivität des Marktzugangs“)

In die Konnexitätsmethode zur Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten sind neben den zuvor erörterten systemischen Zusammenhängen von Recht und Wettbewerbsökonomik des Weiteren auch die Aspekte der funktionalen transnationalen Mobilität (in Umsetzung des Free Movement-Konzeptes¹¹⁵³) sowie die dafür maßgebliche Perspektive des den Marktzutritt planenden und entscheidenden Wirtschaftssubjektes (individualistische Prägung des Marktintegrationsrechts¹¹⁵⁴) einzubeziehen und miteinander zu verknüpfen. Mit der individualistischen Perspektive des Wirtschaftssubjektes wird das „subjektive Element“ der EuGH-Rechtsprechungslinie seit den Entscheidungen zu den Rechtsachen EuGH *Kraus* und EuGH *Gebhard*¹¹⁵⁵ einbezogen, mit welcher das Kriterium der „Attraktivität“ für das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten etab-

¹¹⁵³ Als politisch-ökonomisches Fundament des Marktintegrationsrechts (Kapitel 3 A. I.) und Bezugsgegenstand der Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Kapitel 3 F. III.).

¹¹⁵⁴ Folgend aus dem Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot, welches die Maßstäbe der funktionalen Integration (Kapitel 3 C. II.) sowie das Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt umfasst, dessen Wettbewerbsbegriff in Koppelung mit der Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit (Kapitel 3 C. III.) individualistisch geprägt ist (Kapitel 3 D. II. 4. d)).

¹¹⁵⁵ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125). EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

liert wurde und welches seit der *Keck*-Rechtsprechung¹¹⁵⁶, spätestens aber seit EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*¹¹⁵⁷, auch im Zusammenhang mit der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten relevant ist.¹¹⁵⁸

In die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten sind somit die aus der Perspektive des den Marktzutritt planenden Wirtschaftssubjektes maßgeblichen *Entscheidungen zu Wettbewerbsstrategien* einzubeziehen. Diese betreffen wettbewerbsökonomische Variablen die strategisch für den Marktzutritt relevant sind. Dementsprechend spielen die wettbewerbsökonomischen Variablen zur „Attraktivität“ des Marktzutritts eine zentrale Rolle bei der Definition der wettbewerbsökonomischen Analysematrix. Nachfolgend werden deshalb zunächst die für Wirtschaftssubjekte maßgeblichen hier so benannten *Entscheidungsvariablen* für Wettbewerbsstrategien dargelegt. Aus diesen Entscheidungsvariablen lassen sich *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* betreffend die „Attraktivität“ des Marktzutritts ableiten, die sich in drei Kategorien definieren lassen (dazu a)). Daran anschließend werden die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten entsprechend ihrer Funktionen für das Tauschsystem Binnenmarkt in den Kategorien von Angebots- und Nachfrageseite der Leistungsebene sowie der Gegenleistungsebene für die systematische Konnexitätsanalyse geordnet (dazu b)). Zuletzt wird die Konnexitätsmethode zur wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung zusammengefasst (c)).

a) *Wettbewerbsökonomische Analysematrix: Entscheidungsvariablen*

Die Entscheidungsvariablen, welche den Wettbewerbsstrategien betreffend den Marktzutritt und dessen „Attraktivität“ zugrunde liegen, können in drei Kategorien eingeteilt und in einer wettbewerbsökonomischen Analysematrix abstrakt-generell abgebildet werden (vgl. Schaubild aa)). Eine erste Kategorie von Entscheidungsvariablen sind die *Aktionsparameter* (z.B. Preis, Qualität, Kompatibilität) und deren gleichnamigen *Wettbewerbsformen* (z.B. der Preiswettbewerb, der Qualitätswettbewerb oder der Kompatibilitätswettbewerb) (dazu bb)). Eine zweite Kategorie betrifft die Prozessebene des Wirtschaftssubjektes, d.h. Entscheidungen einerseits zu den Grundlagen der Leistungserbringung (im Fall *Keck*¹¹⁵⁹ z.B. die Kapitalausstattung des Supermarktes), also die sog. *Input-Ebene* des Wirtschaftssubjektes, andererseits der Leistungsbeschaffenheit selbst (im Fall *Keck* z.B. der Preis und die Qualität des Angebotes von Kaffee), also die sog. *Output-Ebene* (dazu cc)). Eine dritte Kategorie betrifft die *Wirkungsdauer einer Entscheidung*, nämlich für welchen Zeitraum diese regelmäßig Wirkungen für das Wirtschaftssubjekt und dessen Marktpositionierung im strategischen Wettbewerbsprozess zeigt. Hier lassen sich *langfristig* wirkende Entscheidungen zu Aktionsparametern einer *ersten Wettbewerbsstufe* (z.B. Qualität, Image, Kompatibilität) und *kurzfristig* änderbare Aktionsparameter (Preis, Menge) einer *zweiten Wettbewerbsstufe* zuordnen (dazu dd)).

Aus der Perspektive eines Wirtschaftssubjektes bestehen also zwecks Positionierung im Markt (Marktverhalten) und dem betriebswirtschaftlichen Ziel der Gewinnma-

¹¹⁵⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹¹⁵⁷ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹¹⁵⁸ Kapitel 3 E. II. 4. und 7.

¹¹⁵⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

ximierung¹¹⁶⁰ im aktuellen Wettbewerb und/oder im potenziellen Wettbewerb (Marktzutritt und/oder Marktaustritt) drei *Kategorien* von Entscheidungsvariablen, welche bestimmten wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten zugeordnet werden können.

Eine Kategorisierung dieser einzelnen Entscheidungsvariablen ist möglich, da aus der Sicht eines Wirtschaftssubjektes, auf dessen Schutz die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte ausgerichtet sind, bezüglich einzelner Entscheidungsvariablen sich gleichartige strategische Fragen stellen (subjektives Element). Eben diese subjektive Komponente der Teleologie muss nach der hier vertretenen Auffassung, die EuGH *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung¹¹⁶¹ zur „Attraktivität“ des Marktzugangs berücksichtigend, in die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten einbezogen werden.

Beispiel *Keck*:¹¹⁶² Das Management eines Supermarktes (hier die Herren Keck und Mithouard) hat für die Positionierung des Angebotes von Kaffee (Output-Ebene) zu entscheiden, welcher Aktionsparameter (Preis, Menge, Qualität, Image etc.) für die Positionierung im Markt für Kaffee gegenüber der Angebotskonkurrenz – andere Wirtschaftssubjekte der Einzelhandelsstufe - zur Bindung der Nachfrage für Kaffee (Marktgegenseite/Verbraucher) in dem relevanten Markt erfolgversprechend erscheint (Festlegung der Wettbewerbsstrategie durch Einsatz eines Aktionsparameters als Strategievariable). Im Sachverhalt der *Keck*-Entscheidung könnte sich das Management des Supermarktes für eine Niedrigpreisstrategie (Wettbewerbsstrategie) entscheiden, etwa in der Ausprägung eines sog. *Limit Pricing*.¹¹⁶³ Dazu würde unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Kosten- und Leistungsrechnung (KLR)¹¹⁶⁴ eine Preisfestlegung unter dem sog. Einstandspreis gewählt, d.h. ein Preis unterhalb der eigenen Kosten für die Beschaffung der Leistung auf dem Vormarkt. Eben diese Preiskalkulation verbietet das französische Gesetz (staatliche Maßnahme).

Der Sachverhalt der EuGH *Keck*-Entscheidung zeigt beispielhaft, dass es eine wettbewerbsökonomische Betrachtung des Sachverhaltes ermöglicht festzustellen, auf welche ökonomischen Gesetzmäßigkeiten und Funktionen des Interaktionssystems Wettbewerb sich die *Kontrollgegenstände* der Grundfreiheiten exakt beziehen. Betreffend die Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte (market access approach) geht es hierbei um diejenigen *Entscheidungsvariablen* und deren Gesetzmäßigkeiten welche dafür

¹¹⁶⁰ Hier der Ökonomik von „Gleichgewichten“ und „Renten“ folgend, also der *Gewinnmaximierung* (Angebotsseite) und der *Nutzenmaximierung* (Nachfrageseite). Zu den theoretischen Grundlage siehe K. Herdzina/S. Seiter, Mikroökonomik (2015), S. 105 ff. (Theorie des Angebots) und S. 73 ff. (Theorie der Nachfrage).

¹¹⁶¹ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹¹⁶² EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹¹⁶³ Siehe S. Wied-Nebbeling, Preistheorie und Industrieökonomik (2009), S. 249 ff. zu der Strategie des „Limit Pricing“ mit dem Ziel eines etablierten Unternehmens den Markteintritt anderer Anbieter zu verhindern, in dem der Angebotspreis auf die langfristigen Durchschnittskosten der potenziellen Angebotskonkurrenz abgesenkt wird.

¹¹⁶⁴ Die Kosten- und Leistungsrechnung dient der wertmäßigen Erfassung der Leistungsbereiche eines Unternehmens über Kostenstellen und ist in der strategischen Perspektive ein Instrument der Unternehmensführung um sog. Stückerfolge zu berechnen, siehe F. G. von Kanitz, Bilanzkunde für Juristen (2010), S. 11.

maßgeblich sind, ob sich der Eintritt in den potenziellen Wettbewerb (Marktzutritt) betriebswirtschaftlich „lohnt“, d.h. „attraktiv“ ist im Sinne der EuGH-Rechtsprechung. Dies ist in der rechtlichen Perspektive der Normteleologie – hier der Grundfreiheiten – nur dann sicherzustellen, wenn eben diese für den Marktzutritt aus ökonomischer Sicht relevanten Entscheidungsvariablen (freiheits- und gleichheitsrechtlich) durch das Beschränkungsverbot geschützt werden.¹¹⁶⁵

aa) Schaubild

In der nachfolgend dargestellten *wettbewerbsökonomischen Analysematrix* (Abbildung-8), welche der funktionsbestimmenden Funktionsabgrenzung der Grundfreiheiten in dem nächsten Abschnitt der Untersuchung (siehe II.) als Rahmen zugrunde gelegt wird (und die in Kapitel 6 eine wettbewerbsökonomische „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung zum Beschränkungsverbot ermöglicht¹¹⁶⁶), steht *modellhaft* ein Wirtschaftssubjekt als Unternehmen der Einzelhandelsstufe im Mittelpunkt der Analyse (in der Matrix X). Im Fall *Keck*¹¹⁶⁷ wäre dies der Supermarkt, der Kaffee für Endverbraucher (in der Matrix Zx) in Konkurrenz zu anderen Einzelhandelsunternehmen (in der Matrix Y) anbietet.

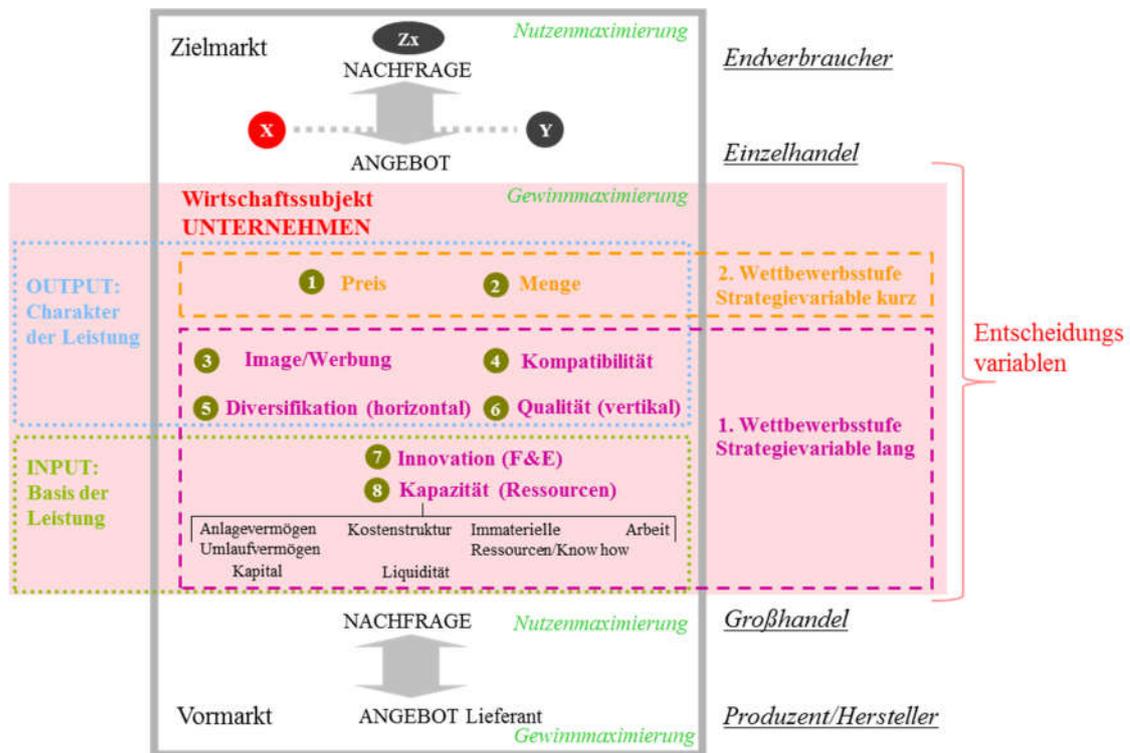
Mit der Nummerierung von 1 bis 8 sind in der Matrix die *Aktionsparameter* von acht typischen *Wettbewerbsformen* als *Strategievariablen* den Ebenen von *Input* (Basis der Leistung) und *Output* (Charakter der Leistung) sowie zwei *Wettbewerbsstufen* (1. Wettbewerbsstufe: langfristig wirkende Strategievariablen; 2. Wettbewerbsstufe: kurzfristig wirkende Strategievariablen) zugeordnet. Aus der Perspektive eines Wirtschaftssubjektes als Unternehmen der Einzelhandelsstufe sind dies die Entscheidungsvariablen, welche einer Wettbewerbsstrategie zur Positionierung im Markt typischerweise zugrunde liegen. Insoweit ist die wettbewerbsökonomische Analysematrix auch ein Modell zur Bewertung der „Attraktivität“ des Marktzutritts im Sinne von EuGH *Kraus/Gebhard*, EuGH *Keck*, EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* bis EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*. Die von der Matrix umfassten Begrifflichkeiten und wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten werden im Anschluss an die Abbildung definiert.

¹¹⁶⁵ In Kapitel 6 spiegelt sich dieses subjektive Element bei der konkreten Prüfung in dem Kriterium der „Spezifität“ und den dabei in den Blick zu nehmenden Aktionsparametern als Strategievariablen von Wettbewerbsformen, vgl. Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (1) (c) und A. III. 1. c).

¹¹⁶⁶ Kapitel 6 A. II. 1.

¹¹⁶⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

Abbildung-8: Wettbewerbsökonomische Analysematrix.



© Marco Keser

Die typischerweise für ein Wirtschaftssubjekt maßgeblichen *Entscheidungsvariablen* (Aktionsparameter von Wettbewerbsformen als Strategievariablen, Input- / Output-Ebene der Leistung, zwei Wettbewerbsstufen lang- und kurzfristig wirkender Strategievariablen) zur Positionierung in einem Zielmarkt via Marktzutritt (potenzieller Wettbewerb) sind in der Matrix abstrahiert dargestellt in ihrer Beziehung zu dem *Marktprozess* (Tausch von Angebot / Nachfrage) sowie zu der *Wertschöpfungskette* / den *Marktstufen*¹¹⁶⁸ (Zulieferer, Produzent / Hersteller, Händler, Verbraucher) in den Ebenen von Vormarkt (Einkauf als Input via Großhandel) und Zielmarkt (Verkauf als Output an den Endverbraucher).

Der *transnationale Marktprozess* des Binnenmarktes (Tausch von Angebot und Nachfrage) im *Zielmarkt* ist im oberen Bereich der Matrix dargestellt. Dies ist der Markt auf der Einzelhandelsstufe zu dem das Wirtschaftssubjekt X im Wettbewerb mit Angebotskonkurrent Y im Hinblick auf Vertragsabschlüsse mit einer unbestimmten Zahl an Endverbrauchern Zx (Marktgegenseite) Marktzutritt begehrt. Um die Nachfrage der Marktgegenseite Zx konkurrieren X und Y zum Zwecke der eigenen Gewinnmaximierung. Die Marktgegenseite Zx selbst verfolgt eine Nutzenmaximierung (z.B. „beste

¹¹⁶⁸ Zu der allgemein gebräuchlichen Definition von Wertschöpfungskette / Wirtschaftsstufen siehe die Darstellung bei W. Kerber/U. Schwalbe, in: MüKo EuWettbR (2015), Einl., Rn. 444 mit Abbildung VII-1 zu den horizontalen und vertikalen Beziehungen zwischen Unternehmen auf mehreren Wirtschaftsstufen.

Qualität zu geringstem Preis“). Hinsichtlich der Wertschöpfungskette / Wirtschaftsstufen zeigt die Abbildung im unteren Bereich den *Vormarkt*. Dies ist der Einkaufsmarkt bzw. Beschaffungsmarkt der Wirtschaftssubjekte X und Y. Im Fall EuGH *Keck* wären dies etwa Kaffeeplantagen als Produzenten-/Hersteller oder Kaffeeröstereien als Großhändler, welche den Supermarkt beliefern. Die drei Kategorien von *Entscheidungsvariablen* (nachfolgend noch einmal zusammengefasst), dargestellt in der horizontalen Achse als hellrote Fläche der Matrix, sind die Grundlage für die Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes, ob der Marktzutritt in den Zielmarkt lohnend („attraktiv“) erscheint oder nicht:

1. *Aktionsparameter* (1) bis (8) von gleichnamigen *Wettbewerbsformen* (mittige Fläche der Matrix: acht grün gefärbte Kreise). Die Aktionsparameter repräsentieren den Gegenstand der Entscheidung und die Nutzung eines Aktionsparameters als *Strategievariable* zur Positionierung im Wettbewerb (hierzu nachfolgend bb)).

2. *Input/Output-Ebene* (linke Seite der Matrix: hellblau und hellgrün farbige Schrift und durchbrochene Linien). Diese Variablen repräsentieren den Bezugspunkt der Entscheidung (hierzu nachfolgend cc)).

3. *Wettbewerbsstufen*, langfristig/kurzfristig Strategievariable (rechte Seite der Matrix: orange- und violett gefärbte Schrift und durchbrochene Linie). Diese Variablen markieren die Wirkungsdauer der Entscheidung (hierzu nachfolgend dd)).

Nachfolgend werden die Entscheidungsvariablen als Gegenstand (bb)), Bezugspunkt (cc)) und Wirkungsdauer der Entscheidung (dd)) weiter konkretisiert.

bb) Aktionsparameter/Wettbewerbsformen (Gegenstand der Entscheidung)

Aus der Sicht eines Wirtschaftssubjektes (im Fall *Keck* der Supermarkt mit dem Management der Herren Keck und Mithouard) sind typische Wettbewerbsformen durch den Gebrauch gleichnamiger Aktionsparameter (wie z.B. der Preis) gekennzeichnet. Die Nutzung eines *Aktionsparameters* ist der zentrale *Gegenstand der Entscheidung* eines Wirtschaftssubjektes für die Positionierung im Markt und damit die wesentliche Variable für das Marktverhalten (im Sinne des SVE-Paradigmas¹¹⁶⁹).

Den in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix abgebildeten acht typischen Wettbewerbsformen liegen jeweils bestimmte *Gesetzmäßigkeiten* zur Positionierung im potenziellen Wettbewerb (mit dem Ziel des Marktzutritts) zugrunde. Die strategischen Aspekte dieser Gesetzmäßigkeiten beruhen wiederum auf spieltheoretischen Erkenntnissen, welche einer interaktiven Entscheidungstheorie entspringen.¹¹⁷⁰ Für die Definition der Wettbewerbsformen besteht die Annahme, dass Wirtschaftssubjekte *Aktionsparameter*, wie den Preis, die Menge, die Kompatibilität, das Image etc., gezielt (strategisch) dazu nutzen, um sich gegenüber konkurrierenden Wirtschaftssubjekten im potenziellen Wettbewerb zwecks Marktzutritt zu positionieren, d.h. um die Nachfrage des ak-

¹¹⁶⁹ Zum SVE-Paradigma siehe oben Kapitel 3 D. II. 4. c) dd).

¹¹⁷⁰ W. Pfähler/H. Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 5.

tuellen Wettbewerbs (im Zielmarkt) in der Zukunft – potenziell - auf sich zu lenken. Sofern Aktionsparameter genau dazu genutzt werden, sind diese als sog. *spezifische Strategievariablen* zu definieren, nämlich als Variablen zur strategischen Positionierung und nicht bloß zur allgemeinen Steuerung der Unternehmung.¹¹⁷¹

Die *Wettbewerbsformen* (1) bis (8) repräsentieren typische Sachverhalte im Tauschprozess von Angebot und Nachfrage, denen gleichartige *Funktionsmechanismen* im Sinne von wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten¹¹⁷² zur Entscheidung des Marktverhaltens zugrunde liegen. Die Benennung einer Wettbewerbsform richtet sich dabei nach den für den Angebots- und Nachfragemechanismus gleichnamigen und primär maßgeblichen *Aktionsparametern*¹¹⁷³ im Interaktionssystem Wettbewerb:

- (1) Preis, (2) Menge, (3) Image/Werbung, (4) Kompatibilität, (5) Diversifikation,
- (6) Qualität, (7) Innovation, (8) Kapazität.

Je nach verfolgter Strategie im Wettbewerb wirken diese Aktionsparameter auf unterschiedlichen Prozessebenen von Input und/oder Output (dazu im Detail unter cc)) sowie kurzfristig oder langfristig (dazu im Detail unter dd)).¹¹⁷⁴ Juristisch gesehen kann also mittels einer systematisch-teleologischen Normbetrachtung anhand typischer Wettbewerbsformen bestimmt werden, auf welche Wettbewerbsformen sich die Kontrollgegenstände der grundfreiheitlichen Verbote in Abgrenzung zu denen der Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln jeweils primär beziehen.

Für die Definition der wettbewerbsökonomischen Analysematrix, und somit für den Rahmen der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten, bilden die vorgenannten acht Aktionsparameter und deren gleichnamigen Wettbewerbsformen den *analytischen Referenzpunkt*. Denn mit den Wettbewerbsformen wird der transnationale wirtschaftliche Sachverhalt, der bei den Grundfreiheiten als Kontrollgegenstand den Schutzgegenstand (Binnenmarktprinzip) des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot umsetzt, einem wettbewerbsökonomischen Sachverhalt zugeordnet, der sich anhand der für die Wettbewerbsform bestehenden Funktionsmechanismen konkre-

¹¹⁷¹ W. Pfähler/H. Wiese, ebd. (2008), S. 11 ff. und S. 39 ff. zur *Strategietaxonomie* (ökonomische Logik der strategischen Analyse von zweistufigen Wettbewerbsprozessen und deren Grundsätze bzw. Gesetzmäßigkeiten).

¹¹⁷² Wilhelm Pfähler und Harald Wiese ebd. (2008) bezeichnen die vorliegend als *Wettbewerbsformen* typisierten wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten auch als „Wettbewerbsstrukturen“ bzw. systematisieren diese als „Grundideen“ im Sinne von „Grundideen des Preiswettbewerbs“, S. 71; „Grundideen des Werbewettbewerbs“, S. 301; „Grundideen des Kompatibilitätswettbewerbs“, S. 325 usw. Für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung kennzeichnet der Begriff *Wettbewerbsformen* indessen im Hinblick auf die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten besser den Zusammenhang von Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt des Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot und dem Wettbewerb als Bestandteil des Tatbestand (Kontrollgegenstand / Kontrollmaßstab) des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot.

¹¹⁷³ Zur Beschreibung von Aktionsparametern siehe Pfähler/Wiese, ebd. (2008), S. 9 und S. 11 ff.; B. Woekner, Strategischer Wettbewerb – Marktökonomische Grundlagen, Produktdifferenzierung und Innovation (2007), S. 8.

¹¹⁷⁴ W. Pfähler/H. Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 18 und S. 39.

tisieren lässt.¹¹⁷⁵ Die Aktionsparameter sind somit die ökonomischen Entscheidungsvariablen, welche den *Gegenstand der Entscheidung* für die Positionierung eines Wirtschaftssubjektes im aktuellen und/oder potenziellen Wettbewerb durch Marktzutritt und/oder Marktaustritt bilden.

Die in der Matrix aufgeführte Reihenfolge der Wettbewerbsformen von (1) Preiswettbewerb bis (8) Kapazitätswettbewerb entspricht einer spieltheoretisch-strategischen Betrachtung von Wettbewerbssachverhalten in einer „umgekehrten Richtung“, d.h. von Wettbewerbsformen der sog. zweiten Wettbewerbsstufe (Preis- und Mengenwettbewerb) hin zu Wettbewerbsformen einer sog. ersten Wettbewerbsstufe (Image-, Kompatibilitäts-, Diversifikations-, Qualitäts-, Innovations- und Kapazitätswettbewerb).¹¹⁷⁶ Die den einzelnen Wettbewerbsformen zugrundeliegenden „Ideen“ und „Strukturen“ sind in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur ausführlich dargelegt.¹¹⁷⁷

Diese Betrachtung von Wettbewerbsformen in „Richtungen“ ist vereinfacht gesagt damit zu begründen, dass die unternehmerische Entscheidung spieltheoretisch bewertet zwar dem Grunde nach von den zur Verfügung stehenden Ressourcen eines Wirtschaftssubjektes (Kapital, Liquide Mittel, Know how usw.) ausgehen muss (Entscheidungsgegenstand „Was kann ich mir leisten?“), und damit für alle anderen Wettbewerbsformen der Kapazitätswettbewerb bestimmend ist¹¹⁷⁸, aber die mögliche Preisbildung und der durchsetzbare, also der kompetitive Preis im Markt bestimmend ist (Entscheidungsgegenstand „Was kann ich erwarten?“), für das wahrscheinliche bilanzielle Ergebnis (also der Einnahmen vs. Aufwand bzw. Einnahmen vs. Ausgaben, als Erfolgsrechnung ersichtlich aus der Gewinn und Verlustrechnung /GuV). Im Rahmen des betrieblichen Rechnungswesens kann über die *Kosten- und Leistungsrechnung* als Kon-

¹¹⁷⁵ Im Zweiten Teil der Untersuchung wird auf der Anwendungsebene gezeigt, dass bei dem Kontrollgegenstand des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Kapitel 6 A. I.) im Rahmen einer „funktionalen Maßnahmenqualifikation“ mittels der Variablen der wettbewerbsökonomischen Analysematrix erreicht wird, über eine Qualifikation von „Anknüpfungsgegenstand“ und „Anknüpfungspunkt“ die „unterschiedslose Maßnahme“ in ihrer Konstruktion und strategischen Ausrichtung exakt bestimmen zu können. So wird unter dem Prüfungspunkt des Kontrollmaßstabes (Kapitel 6 A. II. und III.) ein detaillierter Nachweis der strategisch beschränkenden Wirkung der Maßnahme sowie eine Bestimmung deren Wirkungsintensität (Kapitel 6 C.) ermöglicht.

¹¹⁷⁶ Siehe hierzu *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (3. Aufl. 2008), S. 89 ff. bzgl. der Strategie einer Niedrigpreisgarantie.

¹¹⁷⁷ Vgl. insbesondere die systematische Darstellung von *W. Pfähler/H. Wiese*, ebd. (2008), auf welcher maßgeblich die für vorliegende Untersuchung vom Verfasser konzipierte *wettbewerbsökonomische Analysematrix* beruht, dort (jeweils mit weiteren Nachweisen) Kapitel D. *Preiswettbewerb* (S. 71 ff.), Kapitel F. *Mengen- und Kostenwettbewerb* (S. 135 ff.), Kapitel G. und H. *Innovationswettbewerb* (S. 199 ff.), Kapitel I. *Varianten-, Standort-, und Qualitätswettbewerb* (S. 249 ff.), Kapitel J. *Werbewettbewerb* (S. 301 ff.), Kapitel K. *Kompatibilitätswettbewerb* (S. 325 ff.). Siehe auch *B. Woekner*, Strategischer Wettbewerb (2014), Kapitel 4 *Differenzierung und Innovation* (S. 97 ff.), Kapitel 5 *Designwettbewerb* (S. 127 ff.), Kapitel 6 *Qualitätswettbewerb und Produktinnovation* (S. 167 ff.), Kapitel 7 *Patentrennen und Patentschutz* (S. 193 ff.), Kapitel 8 *Prozessinnovationswettbewerb* (S. 223 ff.), jeweils m.w.N.

¹¹⁷⁸ Es besteht eine wechselseitige Bedingtheit der Wettbewerbsformen. Am Beispiel einer Subsumtion des *Keck*-Sachverhalts (Interdependenz von Preis- und Kapazitätswettbewerb) sowie des Sachverhalts *EuGH Kommission/Italien (Anhänger)* (Interdependenz von Kompatibilitäts- und Kapazitätswettbewerb), wird dies bei der Revision des Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten noch näher betrachtet, vgl. Kapitel 6 A. III.

trollinstrument der Unternehmensführung (Gegenüberstellung von Kosten und Erlösen einzelner Leistungen respektive Produkte) ausgehend von dem im Markt durchsetzbaren Preis der sog. „Stückerfolg“ berechnet werden.¹¹⁷⁹ Aus der Perspektive eines Wirtschaftssubjektes wird sichtbar, dass der für den Marktzutritt maßgebliche Preis zwar entscheidend ist für die (wettbewerbsstrategische) Positionierung gegenüber der Angebotskonkurrenz im Zielmarkt, der für den Marktzutritt mögliche Preis aber (betriebswirtschaftlich) durch die Ressourcenausstattung des Wirtschaftssubjektes, also den Kapazitätswettbewerb bestimmt wird. Deshalb ist der mögliche Preiswettbewerb als Instrument für den Marktzutritt in der „Richtungsbetrachtung“ regelhaft abhängig von dem Ressourcenwettbewerb.¹¹⁸⁰

cc) Input-/Output-Ebene (Bezugspunkt der Entscheidung)

Eine weitere Kategorie der Entscheidungsvariablen betrifft den *Bezugspunkt der Entscheidung*. Hiermit lässt sich für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in ihrer Abgrenzung zu den Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln die *Zielrichtung ihrer Kontrollgegenstände* in der mikro- und makroökonomischen Perspektive des Wirtschaftssubjektes betrachten. Unter Berücksichtigung der Wertschöpfungskette einer wirtschaftlichen Leistung (Modell des Geschäftssystems bzw. Wertschöpfungskette des Geschäftsmodelles¹¹⁸¹) bzw. der Produktionsfunktion kann hierbei zwischen der Input-Ebene und der Output-Ebene¹¹⁸² bzw. zwischen der Produktionsfaktorfreiheit und der Produktfreiheit unterschieden werden.¹¹⁸³ Die auf *Wassily Leontief*¹¹⁸⁴ zurückgehende sog. *Input-Output-Rechnung* spielt insbesondere für die Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung (VGR) eine integrale Rolle bei der Betrachtung von Güterbewegungen, die im Produktionsprozess erfolgen.¹¹⁸⁵

Unabhängig von den einzelnen Facetten der mikro- und makroökonomischen Ansätze betrifft die *Input-Ebene* nach dem vorliegend vertretenen wettbewerbsökonomischen Verständnis im Rahmen der *wettbewerbsökonomischen Analysematrix* alle *Grundlagen* für die wirtschaftliche Leistung (mikroökonomisch „untechnisch“ i.w.S. „Inputs als Produktionsfaktoren“¹¹⁸⁶), also das *Wirtschaftssubjekt*, wie das Unternehmen

¹¹⁷⁹ F. G. von Kanitz, Bilanzkunde für Juristen (2010), S. 11 ff.

¹¹⁸⁰ Auf der Anwendungsebene ist dieser Aspekt der „Richtungsbetrachtung“ entscheidend, für die Bewertung der strategisch-protektionistischen Wirkung einer „unterschiedslosen Maßnahme“ am Maßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot im Rahmen der Mobilitätsbeschränkungsprüfung (Kapitel 6 A. III. 1. c)).

¹¹⁸¹ H. Hungenberg, Strategisches Management in Unternehmen (2011), S. 151 ff. 252.

¹¹⁸² Siehe die Übersicht bei T. Siebe, Mikroökonomie (2012), S. 31. Input und Output beschreiben in mikroökonomischer Sichtweise, wie eine Unternehmung am Maßstab der Gewinnmaximierung die zu produzierende Menge und die Art der Produktion wählt. Gewinne sind hierbei definiert als Erlöse minus Kosten, ausgedrückt als Preise für den Output – die Leistung der Unternehmung – und Preise für den Input – der „Einsatz“ für die Leistung. Siehe hierzu, H. R. Varian, Grundzüge der Mikroökonomie (1999), S. 307 f.

¹¹⁸³ So auch Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2012), Art. 43 EGV, Rn. 5.

¹¹⁸⁴ W. Leontief, Die Methode der Input-Output-Analyse, in: Allgemeines Statistisches Archiv (1952), Band 36, S. 153 ff.

¹¹⁸⁵ Vgl. A. Kuhn, Statistisches Bundesamt, Input-Output-Rechnung im Überblick (2010), S. 5.

¹¹⁸⁶ T. Siebe, Mikroökonomie (2012), S. 31, mit Abbildung 2: Produktion.

als Institution (Einzelunternehmung, juristische Person oder Personengesellschaft), den Arbeitnehmer, den Dienstleister (als Einzelperson oder Gesellschaft) oder die Niederlassung (Produktionsfaktor i.w.S.) sowie die notwendigen Ressourcen, einschließlich das Kapital und die Innovationsfähigkeit. Demgegenüber umfasst die *Output-Ebene* nach der vorliegend definierten normativ-ökonomischen Sichtweise (mikroökonomisch „untechnisch“ i.w.S. „Outputs als Produktionsergebnis“¹¹⁸⁷) stets das *Ergebnis* eines wirtschaftlichen Leistungsprozesses, also ein sog. *Wirtschaftsobjekt*. Dies ist das Leistungssubstrat, wie eine Ware oder eine Dienstleistung (ein „Gut“) bzw. allgemein definiert das Produkt. Vereinfacht ausgedrückt sind aus der Sicht des Wirtschaftssubjektes (im Fall EuGH *Keck* die Einschätzung der Herren Keck und Mithouard als Manager des Supermarktes) zwei Entscheidungen zu treffen, erstens die *Entscheidung zur Grundlage der Leistung (Input-Ebene)*, als „das was für die *Leistungserbringung* nötig ist“ (Im Fall EuGH *Keck* z.B. die Frage, ob große Einkaufsmengen den Einstandspreis deutlich verringern würden, so dass ein niedrigerer Endverkaufspreis möglich wäre, hier als Aspekt des Kapazitätswettbewerbs). Zweitens die *Entscheidung zur Beschaffenheit der Leistung selbst (Output-Ebene)*, also „wie die Leistung charakterisiert sein soll“ (im Fall EuGH *Keck* z.B. wie der Kaffee beworben wird, welche Menge angeboten wird und zu welchem Preis das Angebot erfolgt).

Die Betrachtung der Entscheidungsvariablen Input/Output zeigt, wie zuvor bei den Aktionsparametern, eine wechselseitige Abhängigkeit und Bedingtheit der einzelnen (idealtypischen) Wettbewerbsformen. So ist beispielsweise die Wettbewerbsform des Image/Werbewettbewerbs (Output-Ebene) von der Ressourcenausstattung des Wirtschaftssubjektes abhängig, d.h. von dem Kapazitätswettbewerb (Input-Ebene). Im Fall EuGH *Keck* hängt es z.B. von den liquiden Mitteln des Supermarktes ab, ob eine Werbekampagne finanzierbar ist, um dadurch Nachfrageerhöhungen jenseits des Preiswettbewerbs zu erreichen. Auf der Output-Seite wiederum ist der Image-/Werbewettbewerb ggf. die entscheidende Basis, um anschließend in den Qualitätswettbewerb oder in den Diversifikationswettbewerb via Innovation (horizontale Strategie der Leistungsdifferenzierung¹¹⁸⁸) eintreten zu können, und um am Ende der strategischen Sequenz eine höhere Menge oder einen höheren Preis gegenüber den Mitbewerbern auf der Nachfrageseite durchsetzen zu können. Dies gilt vor allem für sog. homogene Leistungen oder bei einer weitgehenden Sättigung des Marktes, wobei gerade hier eine horizontale Strategie der Leistungsdifferenzierung¹¹⁸⁹ sehr erfolgreich sein kann, insbesondere um einen

¹¹⁸⁷ T. Siebe, ebd. (2012), S. 31.

¹¹⁸⁸ B. Woekner, Strategischer Wettbewerb (2014), S. 97 ff. (Differenzierung und Innovation), 98: „Die Entscheidung ist nun also eine zweistufige. Hat jeder – unter Antizipation des Konkurrentenverhaltens – sein Qualitätsniveau gesetzt, so steht damit auch der Grad der Produktdifferenzierung als Differenz der Qualitätsniveaus fest“.

¹¹⁸⁹ Bei W. Pfähler/H. Wiese, a.a.O. (2008), S. 250 findet sich ein Beispiel zur horizontalen Produktdifferenzierung auf dem Kaffeemarkt zur Abschwächung des Preiswettbewerbs im Wege einer Diversifikation mit Kaffeepads und den dazugehörigen Kaffeeautomaten.

Marktzutritt zu ermöglichen, wie im Fall *Keck* betreffend (Standard Röst-)Kaffee als relativ homogenes Produkt.¹¹⁹⁰

Zurückkommend auf die rechtliche Ebene ist für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten entscheidend, dass sich mit einer Einbeziehung der Input/Output-Entscheidungsvariable in die Analyse und Auslegung bewerten lässt, auf welche *Phase* des Wirtschaftsprozesses bzw. der Produktionsfunktion sich der Kontrollgegenstand einer subjektiv-rechtlichen internen Politiken bezieht. Dies ist entweder das *Ergebnis* (Output-Ebene) eines unternehmerischen Prozesses, wie die Ware, oder die *Grundlage* (Input-Ebene) eines unternehmerischen Prozesses, wie der Arbeitnehmer¹¹⁹¹, die Niederlassung oder das Kapital.¹¹⁹²

dd) Langfristig/Kurzfristig (Wirkungsdauer der Entscheidung)

Eine dritte Kategorie der Entscheidungsvariablen betrifft die *Wirkungsdauer der Entscheidung* für den jeweiligen Aktionsparameter. In einer sequentiellen Betrachtung richtet sich die strategische Einschätzung von Aktionsparametern danach, ob diese betreffend eine Positionierung der wirtschaftlichen Leistung im Markt eher langfristig (sog. erste Wettbewerbsstufe) oder kurzfristig (sog. zweite Wettbewerbsstufe) wirken. Die zuvor dargelegten Analysekatoren von Entscheidungsvariablen zu den Aktionsparametern von Wettbewerbsformen (zuvor bb)) und zu der Input- und Output-Ebene (zuvor cc)) sind daher um eine dritte Kategorie der sog. „Wettbewerbsstufen“¹¹⁹³ zu ergänzen. Einer Betrachtungsweise von Wettbewerbsstufen liegen spieltheoretische Ansätze zugrunde, die mittels eines dynamischen Ansatzes den Ablauf von Entscheidungsprozessen und die Reaktionen der Konkurrenten und/oder der Nachfrageseite hierauf in

¹¹⁹⁰ Daher sind bei der Wettbewerbsanalyse zwei Positionen der Entscheidungsfindung möglich und je nach Untersuchungsgegenstand zu wählen. Eine Position ist, ausgehend von dem Preisniveau im Verhältnis zu der Menge, für den Marktzutritt im Zielmarkt die Kette möglicher Wettbewerbsformen bis zu der grundlegenden Ressource zu betrachten, also von der Output-Ebene der Wettbewerbsform (1) Preiswettbewerb bis hin zur Wettbewerbsform (8) Kapazitätswettbewerb der Input-Ebene. Eine zweite Position ist, genau invers, von der Input-Ebene der Ressourcenausstattung eines Wirtschaftssubjektes auszugehen, d.h. von der „Kapazität“, und von dort aus mögliche, d.h. „finanzierbare“ Wettbewerbsformen auf der Output-Ebene zu betrachten, bis hin zu dem am Ende möglichen Marktpreis.

¹¹⁹¹ Weitere Aspekte des Schutzes von Input-Ebene oder Output-Ebene, welche den subjektiven Rechtsschutz der subjektiv-rechtlichen internen Politiken ergänzen, wie etwa Art. 157 AEUV und der daraus vom EuGH abgeleitete allgemeine Gleichheitsgrundsatz im Arbeitsrecht, der sowohl die Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV, als auch die Wettbewerbsregeln flankiert, bleiben bei dieser Analyse außer Betracht, da sie nicht den Gegenstand der Untersuchung – Dogmatik des Beschränkungsverbot – betreffen. Neben dem sozialpolitischen Zweck ist die Vorschrift wettbewerbspolitisch motiviert, vgl. EuGH *Gabrielle Defrenne gegen Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne II)* (C-43/75, EU:C:1976:56) Rn. 8/11 zu Art. 119 EWG-Vertrag, der weitestgehend dem Art. 157 AEUV entspricht. Wettbewerbsvorteile für Unternehmen, die in einem Mitgliedstaat ansässig sind, welcher geschlechterbezogene Lohndiskriminierungen noch nicht abgeschafft hatte, sollten verhindert werden, vgl. *M. Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2010), Art. 157, Rn. 2.

¹¹⁹² Hierzu im Detail unter B.

¹¹⁹³ Siehe zu der Definition von Wettbewerbsstufen *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (2008), S. 18/19 und S. 39 ff. (Strategietaxonomie).

den Blick nehmen.¹¹⁹⁴ Es geht also um die Einbeziehung einer *sequenziellen Betrachtung* in den Entscheidungsprozess bezüglich einer erfolgversprechenden Wettbewerbsstrategie für den Marktzutritt.

In dieser Sichtweise werden die Aktionsparameter der Wettbewerbsformen zu sog. *spezifischen Strategievariablen*, da der Entscheidung, wann und wie ein Aktionsparameter eingesetzt wird, eine Bewertung vorausgehen muss, wie die Aktionsparameter zeitlich und damit insbesondere in der Kostenstruktur wirken. Zudem ist bei dieser sequenziellen Entscheidung auch die mögliche Reaktion konkurrierender Unternehmen und der Marktgegenseite einzubeziehen. So ist beispielsweise für eine expansive Unternehmensstrategie (nach Maßgabe der Gewinnmaximierungsfunktion), welche über den Preiswettbewerb erfolgen soll (wie im Fall EuGH *Keck* z.B. mit einer Niedrigpreisstrategie), diese Wettbewerbsstrategie im Vergleich zu den Konkurrenten voraussichtlich die einfachste und kostengünstigste Methode der Neupositionierung im Wettbewerb, da eine Differenzierung z.B. über den Geschmack von Kaffee (Qualitätswettbewerb) oder über das Image (Werbewettbewerb) teurer wäre und auch nicht kurzfristig angepasst werden könnte, wenn die Strategie nicht erfolgreich sein sollte. Zudem sind die beiden letzteren langfristig wirkenden Strategien nur unter Berücksichtigung der Präferenzen der Marktgegenseite (Nutzenmaximierungsfunktion) zu bestimmen. Erst danach kann über die Menge oder den Preis eine weitere Platzierung im aktuellen Wettbewerb erfolgen.

Wiederum unter Bezugnahme auf den Sachverhalt der EuGH *Keck*-Entscheidung¹¹⁹⁵ wird mit einer sequentiellen Betrachtung von möglichen Aktionsparametern deutlich, dass sich Menge und Preis strategisch gesehen in der Regel idealerweise als sog. *kurzfristige Strategievariable* einsetzen lassen. D.h. die Aktionsparameter Preis und Menge sind in der Regel gerade nicht dazu geeignet im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensstrategie eine grundsätzliche Neupositionierung der wirtschaftlichen Leistung im Marktprozess zu erreichen. Selbstredend sind hier Ausnahmesachverhalte zu berücksichtigen, wie z.B. die autonome Preisbildungsmöglichkeit im Monopol¹¹⁹⁶ oder bei Niedrigpreisgarantien und kooperativem Unternehmensverhalten im Oligopol.¹¹⁹⁷ Demgegenüber wirken die Aktionsparameter der Kapazität, Innovation, Qualität, Diversifikation, Kompatibilität und das Image in der Regel als sich langfristig auswirkende Strategievariablen. Daraus folgt in der *Logik einer modellhaften zeitlichen Stufenabfolge von Wettbewerbsprozessen*, dass die letztgenannten Aktionsparameter als *langfristige Strategievariablen* auf einer *ersten Wettbewerbsstufe* strategisch zu verorten

¹¹⁹⁴ B. Woekner, Strategischer Wettbewerb (2014), S. 2 ff. (Das Wesen des strategischen Wettbewerbs, Strategische Entscheidungen und strategischer Wettbewerb).

¹¹⁹⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹¹⁹⁶ Dazu S. Wied-Nebbeling, Preistheorie und Industrieökonomik (2009), S. 23: „Der Monopolist kann erwarten, dass die Nachfrager den von ihm gesetzten Preis als gültigen Marktpreis hinnehmen, für sie stellt er das Datum dar. Der alleinige Anbieter verfügt also über Marktmacht, die es ihm erlaubt, den Preis und andere Bedingungen, zu denen die Markttransaktionen stattfinden, zu seinem Vorteil und damit zum relativen Nachteil anderer Marktteilnehmer zu beeinflussen“.

¹¹⁹⁷ S. Wied-Nebbeling, ebd. S. 223 sowie spieltheoretisch umfassend erläutert bei W. Pfähler/H. Wiese, a.a.O. (2008), S. 74 und S. 88 ff.

sind. Die Aktionsparameter Preis und Menge werden hingegen als *kurzfristige Strategievariablen* der *zweiten Wettbewerbsstufe* zugeordnet, da die Entscheidung über Preis und Menge von der Entscheidung auf der ersten Wettbewerbsstufe regelhaft beeinflusst wird. So bestimmt beispielsweise die Qualität, und damit der höhere Preis der Rohzeugnisse, die Preisbildung der Endprodukte eines Warenherstellers.

Diese Gesetzmäßigkeiten sind für die wettbewerbsökonomische Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in der Abgrenzung ihrer Kontrollgegenstände zu denjenigen der Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln von Bedeutung, wie nachfolgend (vgl. II.) zu zeigen sein wird.¹¹⁹⁸

b) *Konnexitätsordnung der Grundfreiheiten (Kontrollgegenstände)*

Als strukturell ordnende Grundlage für die im nachfolgenden Abschnitt II. im Detail vorzunehmende wettbewerbsökonomische Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten, sind deren Kontrollgegenstände gemäß ihrer im AEUV ausdifferenzierten Ausrichtungen auf das Tauschsystem Binnenmarkt in den Kategorien von Angebots- und Nachfrageseite der Leistungsebene sowie der Gegenleistungsebene zu systematisieren (Konnexitätsordnung). In dieser Konnexitätsordnung werden die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten in ihren Bezügen zu der *Marktstruktur* des Binnenmarktes unter dem Aspekt einer Ordnung nach sachlichen Marktbereichen erfasst. Diese Ordnung bezieht sich auf die *Prozesskette eines Wirtschaftssubjektes*, d.h. von der Input- bis zur Output-Ebene¹¹⁹⁹, nämlich erstens auf den Input betreffend die Angebotsseite, als Ausgangspunkt der wirtschaftlichen Leistungserbringung (Leistungssubjekt); zweitens auf den Output, als gegenständliche und/oder persönliche wirtschaftliche Leistung (Leistungsobjekt); drittens auf die Nachfrageseite für alle Leistungsobjekte; viertens auf die Gegenleistungsebene als notwendiges Korrelat zu den vorgenannten Kategorien.

Das Tauschsystem von Angebot und Nachfrage (Markt)¹²⁰⁰ selbst wird durch Vertragsbeziehungen, gesetzlich definierte Leistungsbeziehungen oder Ordnungsbedingungen organisiert (Zivilrecht, Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, gesetzliche Ansprüche wie GoA, Bereicherungsrecht etc.). Die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten beziehen sich jeweils entsprechend ihrer sachlichen Marktausrichtung auf das Zustandekommen von Verträgen (Angebot und Annahme), betreffend Waren, Arbeitsleistungen, Dienstleistungen, Niederlassungen und Kapital, d.h. auf die (potenzielle) Möglichkeit eines Vertragsabschlusses und die darauf folgende (aktuelle) Durchführung dieser Vertrags- und Leistungsbeziehungen sowie auf die dafür notwendigen Infrastrukturen (Niederlassungen) und das erforderliche Kapital. Die natürlichen Personen „hinter“ den Leistungen und Gegenleistungen selbst werden jenseits des transnationalen wirtschaftlichen

¹¹⁹⁸ Im Zweiten Teil der Untersuchung wird auf der Anwendungsebene die Entscheidungsvariable der Wirkungsdauer ein wichtiger Baustein für bestimmte *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* von Wettbewerbsstrategien, auf welche in Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (2) und III. 1. c) bb) (2) näher eingegangen wird.

¹¹⁹⁹ Zu der Unterscheidung von Produktionsfaktoren (Inputs) und Produktionsergebnissen (Outputs) im Überblick *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 31 mit Abbildung 2: Produktion.

¹²⁰⁰ Im Überblick *T. Siebe* ebd. (2012), S. 56 ff.

Sachverhaltes, also im nicht-wirtschaftlichen Bereich, von den Kontrollgegenständen der Grundfreiheiten nicht erfasst, sondern durch das allgemeine Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV, bzw. durch die Unionsbürgerrechte der Art. 20, 21 AEUV.¹²⁰¹ Die juristischen „Personen“ (wie GmbH, AG) oder Personengesellschaften (wie GbR, oHG) werden von den Grundfreiheiten als Wirtschaftssubjekte (Input-Ebene) erfasst, jedenfalls soweit diese unternehmerisch *in* einem Markt tätig sind. Die Gegenleistung der Nachfrageseite, welche zur Vertragserfüllung nötig ist (z.B. Zahlung des Kaufpreises) wird bzgl. aller Grundfreiheiten durch Art. 63 Abs. 2 AEUV abgesichert, also mittels der sog. Zahlungsverkehrsfreiheit. Diese zuvor dargelegten Funktionszusammenhänge betreffend die sachlichen Gegenstände der grundfreiheitlichen Kontrolle lassen sich in einer so benannten *Konnexitätsordnung* für den weiteren Gang der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten wie folgt zusammenfassen:

Abbildung-9: Die Systematik der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände in der Konnexitätsordnung: Angebots-/Nachfrageseite von Leistungs- und Gegenleistungsebene.

Angebotsseite der Leistungsebene

Leistungssubjekt (Input-Ebene)

Art. 34, 35 AEUV	Der Produzent (Einzelunternehmen, Gesellschaft)
Art. 56, 57 AEUV	Der Dienstleister ¹²⁰² (Einzelunternehmer, Freiberufler, Gesellschaft)
Art. 45 AEUV	Der Arbeitnehmer (Produktionsfaktor)
Art. 49, 54 AEUV	Der Einzelunternehmer, das Unternehmen, die Gesellschaft
Art. 63 I AEUV	Der Kapitaleigner, der Kapitalstock (das Kapital/Produktionsfaktor)

Leistungsobjekt (Output-Ebene)

Art. 34, 35 AEUV:	Das Produkt (gegenständliches Leistungssubstrat)
Art. 56, 57 AEUV	Die Dienstleistung ¹²⁰³ (persönliches Leistungssubstrat)
Art. 45 AEUV	Die Arbeitsleistung (persönliche Leistung)
Art. 49, 54 AEUV	Die Niederlassung (gegenständliche/rechtliche Leistungsbasis)
Art. 63 I AEUV	Der Kapitalertrag (Investitions-/Renditesubstrat, wie Zinsen)

Nachfrageseite der Leistungsebene

Art. 34, 35 AEUV	Der Käufer (Nachfrage auf verschiedenen Handelsstufen)
Art. 56, 57 AEUV	Der Dienstleistungsempfänger ¹²⁰⁴ (verschiedene Wirtschaftsstufen)
Art. 45 AEUV	Der Arbeitgeber
Art. 49, 54 AEUV	Der Standortinhaber (Staat/Privat, Rahmenbedingungen)
Art. 63 I AEUV	Der Empfänger des Kapitals

¹²⁰¹ Das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Regelungen zur Unionsbürgerschaft respektive Unionsbürgerfreizügigkeit gehören nicht zum Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Einbezogen werden sie an dieser Stelle zur funktionalen Abgrenzung *wirtschaftlicher subjektiver Rechte* (Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln) und *nicht-wirtschaftlicher subjektiver Rechte*.

¹²⁰² In der geltenden Terminologie sog. *aktive Dienstleistungsfreiheit*.

¹²⁰³ In der geltenden Terminologie sog. *Korrespondenzdienstleistung*, welche überwiegend in der Wertung als „produktähnlich“ gegenständlichen Waren gleichgestellt wird, vgl. *W. Kluth*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 56, 57 AEUV, Rn. 32/33.

¹²⁰⁴ In der geltenden Terminologie sog. *passive Dienstleistungsfreiheit*.

Die Person hinter der Leistung

Art. 18 AEUV	Natürliche Person
Art. 20, 21 AEUV	Unionsbürger
Grundfreiheiten	Juristische Person / Personengesellschaften

Gegenleistungsebene

Art. 63 II AEUV	Gegenleistungsobjekt (Output-Ebene) Geld, bargeldloser Zahlungsverkehr, Sachleistung
-----------------	---

Gegenleistungssubjekt (Input-Ebene)
alle natürlichen und juristischen Personen

Die Person hinter der Gegenleistung

Art. 18 AEUV	Natürliche Person
Art. 20, 21 AEUV	Unionsbürger

© Marco Keser

4. Zusammenfassung

Die zuvor definierte *wettbewerbsökonomische Analysematrix* ist ein Instrument zur Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten. Auf der Basis acht typischer Wettbewerbsformen und deren Entscheidungsvariablen erfolgt damit im nachfolgenden Abschnitt II. eine funktional-wettbewerbsökonomische Funktionsabgrenzung der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände von denen der Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln, und zwar über eine Analyse deren Wechselbezüglichkeiten (Konnexität) in der Kontrolle des Marktes betreffend die *Funktionszusammenhänge* der jeweiligen Wettbewerbsformen. Die Konnexität ergänzt somit als funktionale Methode die systematisch-teleologische Auslegung um die Funktionszusammenhänge von Norm (Recht) und Wettbewerbs-/Marktfunktionen (Ökonomie). Mit der Konnexität werden also die marktbezogenen, wettbewerbsökonomischen Wechselbezüglichkeiten (=Konnexitäten) der *Kontrollgegenstände* von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln unter Zugrundelegung *wettbewerbsökonomischer Gesetzmäßigkeiten* in der Abbildung idealtypischer Wettbewerbsformen analysiert und zugleich gemäß der spezifischen Funktionen ihrer Kontrollgegenstände in den Verknüpfungen mit wettbewerbsökonomischen Variablen gegeneinander abgegrenzt. Ziel dieser Analyse der Konnexitäten ist die funktionale Bestimmung von *Sinn und Zweck* (Teleologie) der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV. Diese wettbewerbsökonomisch basierte Funktionsbestimmung ist notwendig, um eine subjektiv-rechtlich adäquate Umsetzung des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot zu gewährleisten, welches auf dem politisch-ökonomisch fundierten Free Movement-Konzept (Kapitel 3 A. I.) beruht. Der Methode liegt erstens die Überzeugung des Verfassers zugrunde, dass sich die Teleologie der Grundfreiheiten, vor allem in deren Abgrenzung zu den Wettbewerbsregeln, ohne die Einbeziehung der hinter den subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV stehenden Wettbewerbsökonomie nicht ausreichend bestimmen lässt. Zweitens ist ausgehend davon, dass jeder wirtschaftlicher

Handlung die Willensbildung und Entscheidung eines Individuum vorausgeht, unter Bezugnahme auf das „Attraktivitätskriterium“ der EuGH-Rechtsprechung¹²⁰⁵ zur Funktionsbestimmung der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände eben die subjektive, wirtschaftlich planende *Perspektive eines im Binnenmarkt agierenden Wirtschaftssubjektes einzunehmen*. Über die aus Sicht des Wirtschaftssubjektes maßgeblichen wettbewerbsökonomischen Variablen der „Attraktivität“ ist die Teleologie der den Marktzutritt bestimmenden Gesetzmäßigkeiten zu bestimmen und in die Funktion der Norm einzubeziehen. Dafür werden gleichartige Entscheidungsgesetzmäßigkeiten von *Entscheidungsvariablen* betreffend die „Attraktivität“ des Marktzutritts in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix (siehe a) aa)) in drei Kategorien von Entscheidungsvariablen erfasst (siehe a) bb) bis cc)). Ausgegangen wird dabei von acht typischen *Aktionsparametern* gleichnamiger Wettbewerbsformen, denen jeweils *strategische Gesetzmäßigkeiten* zur Positionierung im potenziellen Wettbewerb (mit dem Ziel des Marktzutritts und/oder Marktaustritts) zugrunde liegen, welche auf spieltheoretischen Erkenntnissen (interaktiver Entscheidungstheorien)¹²⁰⁶ beruhen. Diese Analysestruktur beruht auf der Prämisse, dass Wirtschaftssubjekte *Aktionsparameter*, wie den Preis (wie z.B. im Fall EuGH *Keck*)¹²⁰⁷ oder die Kompatibilität (wie z.B. im Fall EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*)¹²⁰⁸, dazu nutzen, sich gegenüber konkurrierenden Wirtschaftssubjekten im potenziellen Wettbewerb zwecks Marktzutritt zu positionieren, d.h. um die Nachfrage des aktuellen Wettbewerbs zukünftig an sich zu binden.¹²⁰⁹ Die den einzelnen Wettbewerbsformen zugrundeliegenden „Gesetzmäßigkeiten“ und „Strukturen“ sind in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur ausführlich beschrieben.¹²¹⁰ Zur Strukturierung der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten wurden deren Kontrollgegenstände in einer Konnexitätsordnung systematisiert (siehe b)). In dem nachfolgenden Abschnitt II. erfolgt auf dieser methodischen Basis eine funktionsbestimmende Funktionsabgrenzung der Grundfreiheiten als Voraussetzung für eine wettbewerbsökonomisch determinierte Konzeptionierung des Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten (Mobilitätsbeschränkungsverbot) in Kapitel 6 der Untersuchung.

¹²⁰⁵ Siehe zuvor Kapitel 3 E. II. 4. Die EuGH Kraus/Gebhard-Rechtsprechung, EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) und EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411), mit welcher der EuGH das Kriterium der „Attraktivität“ etablierte, wird ausführlich in Kapitel 6 A. II. 1. erörtert und wettbewerbsökonomisch fundiert in die Prüfung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot) übertragen, Kapitel 6 A. III.

¹²⁰⁶ *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (2008), S. 5.

¹²⁰⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹²⁰⁸ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹²⁰⁹ Sofern Aktionsparameter eben genau dazu genutzt werden, sind diese als sog. *spezifische Strategievariablen* zu betrachten, nämlich als Variablen zur Positionierung und nicht bloß zur allgemeinen Steuerung der Unternehmung.

¹²¹⁰ Der Untersuchung sind diesbezüglich im Wesentlichen zugrunde gelegt die Darstellungen von *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (2008), *G. Knieps*, Wettbewerbsökonomie (2008), *S. Wied-Nebbeling*, a.a.O. (2009), *B. Woekner*, a.a.O. (2014).

II. Funktionsabgrenzung nach Wettbewerbsformen

Ausgehend von der zuvor definierten wettbewerbsökonomischen Analysematrix (I. 3. a), c)) sowie der Konnexitätsordnung der Grundfreiheiten (I. 3. b)) wird in dem nachfolgenden Abschnitt einer funktionsbestimmenden Funktionsabgrenzung der Grundfreiheiten in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV nach Wettbewerbsformen die Funktion der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände und Kontrollmaßstäbe bestimmt.

Entsprechend dem funktional-systemischen Ansatz der Untersuchung folgt die Gliederung der nachfolgenden Darstellung der idealtypischen *Perspektive eines Wirtschaftssubjektes* in der Logik einer Analyse auf der sog. *Geschäftsebene*¹²¹¹ bzw. dem Modell eines *Prozesses im strategischen Management*.¹²¹² Hiernach werden Strategien zur Mobilität (Marktzutritt und/oder Marktaustritt) in einer typischen Reihenfolge der durch ein Wirtschaftssubjekt zu treffenden Entscheidungen betrachtet, ausgehend von den der Unternehmung zur Verfügung stehenden Ressourcen (Kapazitätswettbewerb). Als Ziel einer typischen Wettbewerbsstrategie wird eine vorteilhafte Positionierung im aktuellen bzw. potenziellen Wettbewerb angenommen, welche mit dem Marktzutritt (Marktattraktivitätsanalyse¹²¹³) und dem Folgeziel eines Wettbewerbsvorteils (Theorie des Wettbewerbsvorteils¹²¹⁴) verwirklicht werden soll. In diesem Modell beginnt die Entscheidungsfindung also typischerweise mit der Betrachtung der eigenen Ressourcen für die Leistungserbringung (welcher Output ist bei gegebenem Input möglich) im Vergleich zu den Ressourcen der Konkurrenz, die in eine weitere Betrachtung mündet, wie die Leistung erbracht werden soll (Charakter der Leistung), bis hin zu einer Entscheidung betreffend den im Markt durchsetzbaren (kompetitiven) Preis und die mögliche Absatzmenge der Leistung.

Am Anfang der Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten steht daher eine funktional, normativ-wettbewerbsökonomische Abgrenzung deren Kontrollgegenstände zu denen der Wettbewerbs- und Warenmarktregeln anhand der Wettbewerbsform des Kapazitäts- und Innovationswettbewerbs (1.), wobei typische Entscheidungsgesetzmäßigkeiten auf der Input-Ebene mit langfristiger Entscheidungswirkung bestehen. Daran anschließend erfolgt eine Abgrenzung der Kontrollgegenstände anhand der Gesetzmäßigkeiten des Image-, Kompatibilitäts-, Diversifikations- und Qualitätswettbewerbs (2.), bei denen es sich um Sachverhalte der Output-Ebene mit langfristigen Entscheidungsgesetzmäßigkeiten handelt. Schließlich erfolgt eine Abgrenzung anhand der typischen Bedingungen des Preis- und Mengenwettbewerbs, also kurzfristigen Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der Output-Ebene (3.). Im Ergebnis (4.) wird aus dieser Analyse der *funktional definierte Kontrollgegenstand* der Grundfreiheiten abgeleitet, der sodann die

¹²¹¹ H. Hungenberg, *Strategisches Management in Unternehmen* (2011), S. 87 ff.

¹²¹² M. K. Welge//A. Al-Laham, *Strategisches Management* (2012), S. 189 ff.

¹²¹³ H. Hungenberg, ebd. (2011), S. 464 ff.

¹²¹⁴ M. E. Porter, *Competitive Advantage* (1985/1998) passim; H. Hungenberg, *Strategisches Management in Unternehmen* (2004), S. 172-175, mit einer graphischen Übersicht auf S. 173 zu dem sog. „strategischen Dreieck“ als Bezugsrahmen. In der 6. Auflage (2011) ergänzt um den Aspekt der Interaktion von Unternehmen und Kunde, S. 198.

Grundlage für die *funktionale Bestimmung des Maßnahmenbegriffs* (hierzu nachfolgend Abschnitt III.) bietet.

1. Kapazitäts- und Innovationswettbewerb

Betreffend den Kapazitäts- und Innovationswettbewerb lassen sich die Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln in der Anknüpfung ihrer Kontrollgegenstände im Hinblick auf die *Input-Ebene*, also hinsichtlich grundlegender Ressourcen einer wirtschaftlichen Leistung, funktional-wettbewerbsökonomisch voneinander abgrenzen. Wie aus der Konnexitätsordnung der Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten ersichtlich (zuvor I. 1. b)) betreffen alle Grundfreiheiten die Input-Ebene als Basis der wirtschaftlichen Leistung. Demnach sind die Kontrollgegenstände der einzelnen Grundfreiheiten untereinander (Konkurrenz der Grundfreiheiten) über eine Differenzierung der von ihnen jeweils erfassten *Marktbereiche* abzugrenzen (Warenmarkt, Arbeitsmarkt, Dienstleistungsmarkt etc.). Für die funktionsbestimmende Abgrenzung der Grundfreiheiten zu den Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln ist demgegenüber entscheidend, auf welchen Teilaspekt des Funktionsmechanismus der Wettbewerbsform Kapazitätswettbewerb bzw. Innovationswettbewerb (Aktionsparameter (8) und (7) der wettbewerbsökonomischen Analysematrix) sich der jeweilige Kontrollgegenstand des Verbotes bezieht.

Vor dem Einstieg in die Detailanalyse ist hierzu festzustellen, dass sich die Kontrollgegenstände von Art. 34, 35 AEUV (Ware, Produzent der Ware und Empfänger von Waren) und von Art. 56 AEUV (Dienstleistung, Dienstleister, Dienstleistungsempfänger) sowohl auf die wirtschaftliche Leistung (Angebot) selbst beziehen, d.h. den Output, als auch auf das die Leistung erbringende Wirtschaftssubjekt hinter dem Output, und darüber hinaus auf alle die Leistung (den Output) empfangenden Wirtschaftssubjekte der Marktgegenseite (Nachfrage). Die Kontrollgegenstände von Art. 45 AEUV (Produktionsfaktor Arbeit), Art. 49 AEUV (Bedingungen der Niederlassung als Ressource) sowie Art. 63 Abs. 1 AEUV (Produktionsfaktor Kapital), knüpfen demgegenüber *direkt* an die Ressourcen eines Wirtschaftssubjektes an, also an die Bedingungen/Grundlagen für den Input.

In einem konkreten transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt bedeutet dies, dass in der Gesamtbetrachtung des Tauschprozesses von Angebot und Nachfrage der Leistungsebene via Art. 34, 35 AEUV einerseits die Ware (z.B. im Fall EuGH *Keck* Kaffee) und das die Ware anbietende Wirtschaftssubjekt (z.B. im Fall EuGH *Keck* das Unternehmen Supermarkt) und die Warenkäufer (im Fall EuGH *Keck* Endverbraucher von Kaffee) von dem Verbot der Einfuhr-/ Ausfuhrbeschränkung erfasst sind, andererseits über Art. 49, 54 AEUV die Niederlassung als Ressource (d.h. die Institution als wirtschaftliche Ressource des Einzelunternehmens oder der Gesellschaft, z.B. eine GmbH). Im Vergleich dazu beziehen sich bei den Wettbewerbsregeln die Kontrollgegenstände von Art. 106 Abs. 1 AEUV („Vorteile“ öffentlicher Unternehmen), Art. 107 AEUV (Beihilfe) sowie die Fusionskontrolle nach der FKVO (Unternehmensgröße) direkt auf das „Unternehmen“ und dessen Funktion als Ressource für den Input i.w.S. Hierbei ist

eine Schnittmenge der vorgenannten Wettbewerbsregeln mit Art. 34, 35 AEUV und der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, erkennbar. Deren Kontrollgegenstände beziehen sich sämtlich auf die Ressource *des* Wirtschaftssubjektes bzw. die Ressource *als* Wirtschaftssubjekt, hier jedoch funktional betrachtet auf den Aspekt der wirtschaftlichen Infrastruktur i.w.S. Ebenso bezieht sich Art. 37 AEUV als Warenmarktregel mit seinem auf die Eigenschaften von staatlichen Handelsmonopolen bezogenen Kontrollgegenstand auf die Ressourcen.

Aus der betriebswirtschaftlichen Perspektive eines Wirtschaftssubjektes beeinflussen die Ressourcen primär die Kostenstruktur.¹²¹⁵ Deshalb ist der Kapazitätswettbewerb bestimmend für alle anderen Wettbewerbsformen, da die Ressourcen eines Unternehmens bzw. eines einzelnen Wirtschaftssubjektes im Sinne einer „Grundausstattung“ den Rahmen der Leistungserbringung für den gesamten Output definieren.¹²¹⁶ Bei den Wettbewerbsregeln wird der Aspekt der Kostenstruktur direkt über Art. 107 AEUV erfasst. Denn über das Kriterium der „Selektivität“ der staatlichen Beihilfe („Maßnahme“) wird geprüft, ob tatsächlich nicht die Allgemeinheit von einer i.w.S. „Vergünstigung“ profitiert, sondern gezielt nur ein kleiner (selektierter) Kreis von Wirtschaftssubjekten oder gar nur ein Wirtschaftssubjekt. Maßgeblich ist hier die Betrachtung der Kostenstruktur des Wirtschaftssubjektes, welche sich durch eine weitere „Einnahme“ aus staatlicher Quelle (die „Beihilfe“) im Vergleich zur Konkurrenz (welche freilich festzustellen ist) ohne eigene wirtschaftliche Leistung und deren Gegenleistung verbessert.

Eine systemische Verknüpfung des Ressourcenwettbewerbs besteht mit dem Innovationswettbewerb (Forschung und Entwicklung), da beide Wettbewerbsformen die erste Wettbewerbsstufe charakterisieren (siehe wettbewerbsökonomische Analysematrix) und in der Regel langfristige unternehmerische Entscheidungen erfordern, die sich strukturell sowie kostenintensiv für das Wirtschaftssubjekt auswirken. Um die nachfolgende Darstellung nicht mit den im Detail sehr vielschichtigen Funktionsmechanismen des Innovationswettbewerbs¹²¹⁷ zu überfrachten, konzentriert sich die Analyse der nor-

¹²¹⁵ *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (1998), S. 163 ff. Zur Produktions- und Kostentheorie, *F. Breyer*, Mikroökonomik (2015), S. 7 ff.

¹²¹⁶ *F. Breyer*, ebd. (2015), S. 15 ff., dort zur Darstellung der Produktionsfunktion und Isoquantendefinition, mit den Zusammenhängen von Input und Output.

¹²¹⁷ Die Funktionsmechanismen des Innovationswettbewerbs, insbesondere in den Bezügen von Forschung und Entwicklung zu den davon (selektiv) profitierenden Unternehmen, zeigen sich u.a. in dem Schrifttum zu Art. 101 AEUV betreffend Forschungsk Kooperationen und zu der VO 1217/2010 v. 18.12.2010 (FuE-GVO 2010). Im Überblick zur Bedeutung des Innovationswettbewerbs *D. Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Rn. 272. Zur Kooperationsgestaltung umfanglich *W. Winzer*, Forschungs- und Entwicklungsverträge (2011) passim. Insbesondere die Monopolisierung von Wissen (Patente) sowie Forschungsinfrastrukturen und deren Bewertung anhand der Grundfreiheiten sowie des Kartell- und Beihilfenrechts im Kontext der Forschungsförderung von EU und Mitgliedstaaten mit den dabei maßgeblichen Kooperationsbeziehungen ist eine spezielle Thematik, welche hier nicht Gegenstand der Untersuchung sein soll, vgl. hierzu *W. Winzer*, ebd. (2011), S. 265 ff. und S. 369 ff. Aus Sicht der Systemtheorie und der Innovationsforschung am Beispiel der Nanotechnologie umfassend *T. Heinze*, Die Koppelung von Wissenschaft und Wirtschaft (2006), passim. Zu den Funktionsmechanismen des Innovationswettbewerbs siehe *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (2008), S. 199 ff und *B. Woekner*, a.a.O. (2014), S. 183 ff. (Innovation und Produktqualität) sowie S. 193 ff. (Patente), S. 223 ff. (Prozessinnovation).

ativ-wettbewerbsökonomischen Funktionszusammenhänge (Konnexität) exemplarisch auf die Gesetzmäßigkeiten der ersten Wettbewerbsstufe im Kapazitätswettbewerb.

a) *Funktionszusammenhänge*

Im Hinblick auf den Kapazitätswettbewerb wird nachfolgend eine Funktionsabgrenzung der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände zu denen der Wettbewerbsregeln, namentlich zu Art. 106 AEUV, Art. 107 AEUV, und zu Art. 37 AEUV unternommen.

Entsprechend dem individualistischen Ansatz wird hierbei mit dem Produktionsfaktor Arbeit begonnen, welcher die „menschliche Ressource“ eines Unternehmens darstellt und Gegenstand des Kontrollgegenstandes von Art. 45 AEUV ist. Die Mobilität des Produktionsfaktors Arbeit¹²¹⁸ bezieht sich auf die „Freizügigkeit“ des Arbeitnehmers als natürliche Person und ist damit zunächst an die persönlichen Mobilität gekoppelt.¹²¹⁹ In der wettbewerbsökonomischen Definition ist hingegen die „Arbeit“ bzw. die mögliche Kapazität an Arbeitsleistung als wesentliche Ressource hinter der persönlichen Arbeitskraft in den Mittelpunkt der Betrachtung zu stellen.¹²²⁰ Dieser „ökonomische Gehalt“ der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird auch in der Rechtsprechung des EuGH sichtbar, soweit die Aktivlegitimation zur Geltendmachung der Rechte aus Art. 45 AEUV auch auf den Arbeitgeber (unternehmerisch organisiertes Wirtschaftssubjekt) erstreckt wird und nicht nur dem Arbeitnehmer (nicht-unternehmerisches Wirtschaftssubjekt) zusteht.¹²²¹ Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang richtigerweise darauf hingewiesen, dass die Realisierung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zurückwirkt und umgekehrt.¹²²²

Dementsprechend bezieht sich die in Art. 49 AEUV geregelte Niederlassungsfreiheit für Selbständige aus wettbewerbsökonomischer Sicht primär auf den Kapazitätswettbewerb zwischen Unternehmern bzw. Unternehmen, einschließlich sämtlicher Formen von Gesellschaften, Art. 54 AEUV. Kontrollgegenstand der Niederlassungsfreiheit ist die Mobilität der Infrastruktur „Niederlassung“ i.w.S. welche sich für die Volkswirtschaft als die grundlegende Ressource bzw. als Produktionsfaktor darstellt. *Peter Christian Müller-Graff* merkt zur Niederlassungsfreiheit in diesem Funktionszusammenhang an, dass die bis zur Maastrichter Reform des Gemeinschaftsrechts geltende Zuordnung

¹²¹⁸ *M. Franzen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 39 EGV, Rn. 1.

¹²¹⁹ Die sich mit zunehmender Integrationstiefe immer stärker ausbildenden Funktionszusammenhänge von *persönlicher wirtschaftlicher Mobilität* (Art. 45 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV „wirtschaftlicher Raum“) und *persönlicher nicht-wirtschaftlicher Mobilität* (Art. 20, 21 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 2 EUV „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“) mit ihren Interdependenzen zu dem Grundrechtsschutz, sind hier nicht Gegenstand der Funktionsanalyse, hierzu in der Reflexion *F. Wollenschläger*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 1 (2014), § 8 Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft, Rn. 116 ff.

¹²²⁰ Da insoweit die „wirtschaftliche Betrachtung“ im Vordergrund steht, handelt es sich auch nicht um ein Grundrecht, vgl. *M. Franzen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 39 EGV, Rn. 4.

¹²²¹ EuGH *Clean Car Autoservice GesmbH gegen Landeshauptmann von Wien (Clean Car)* (C-350/96, EU:C:1998:205) Rn. 19.

¹²²² *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten (2012), S. 481 f., Rn. 1441-1446. Ebenso *M. Franzen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 39 EGV, Rn. 1 „Gegenstück zur Niederlassungsfreiheit für Selbständige“.

zu den „Grundlagen der Gemeinschaft“ passender gewesen sei, da die Garantie der Niederlassungsfreiheit als Produktionsfaktor konstitutiver Bestandteil des vertraglichen Kernkonzeptes der Errichtung eines gemeinsamen Marktes sei.¹²²³ In wettbewerbsökonomischer Perspektive bezieht sich die Niederlassungsfreiheit insoweit als ein „Infrastruktur-Mobilitätsrecht“ für unternehmerisch organisierte Wirtschaftssubjekte auf Standortstrategien und ermöglicht damit einen unionsweiten Wettbewerb der Unternehmensstandorte.¹²²⁴ In gleich gerichteter Weise bezieht sich der Kontrollgegenstand der Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 Abs. 1 AEUV, auf die Mobilität des Kapitals an sich i.S.e. Produktionsfaktors. Art. 63 Abs. 2 AEUV wiederum ist als notwendige Ergänzung aller Grundfreiheiten bezüglich der Nachfrageseite zum Schutz der Mobilität der Gegenleistung berufen.

Komplementär bezieht sich gleichfalls der Kontrollgegenstand von Art. 37 AEUV auf die Ressourcenausstattung eines staatlichen Warenhandelsmonopols und betrifft das ausschließliche Recht eines Staates bzw. eines staatlichen Unternehmens zur Einfuhr und/oder Ausfuhr bestimmter Waren.¹²²⁵ Der Kontrollgegenstand ist damit relativ eng definiert und das Verbot bzw. das Gebot zur Umformung bezieht sich nach überwiegender Auffassung nicht auf Dienstleistungsmonopole.¹²²⁶ Im Verhältnis zu den Grundfreiheiten, insbesondere zum Verbot der Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkung (Art. 34, 35 AEUV), gilt Art. 37 AEUV als *lex specialis*, soweit die spezifische Funktion eines staatlichen Handelsmonopols betroffen ist.¹²²⁷ Dies ist der Fall, wenn das Marktverhalten einen Zusammenhang mit dem Ausschließlichkeitsrecht des Monopols, welches durch einen staatlichen Hoheitsakt legitimiert ist, aufweist. Maßnahmen, welche sich von der Funktionsweise des Monopols getrennt erfassen lassen, also keinen spezifischen Zusammenhang mit dem Kapazitätswettbewerb aufweisen, sind wiederum an Art. 34, 35 AEUV zu messen.¹²²⁸ Gerade in letzterer Abgrenzung zeigt sich das *wettbewerbsökonomische Konnexitätsverhältnis* und das *normative Komplementärverhältnis* der primär auf Input und Output bezogenen Kontrollgegenstände der Art. 34, 35 AEUV und dem auf den Kapazitätswettbewerb i.e.S. bezogenen Kontrollgegenstand von Art. 37 AEUV.

Nimmt man nunmehr auch die Wettbewerbsregeln in den Blick so zeigt sich, dass sämtliche Wettbewerbsregeln des AEUV bezüglich der Input-Ebene Verbotsfolgen an unterschiedliche Teilaspekte des Kapazitätswettbewerbs knüpfen. Während Art. 107 AEUV unmittelbar die Liquidität und Kostenstruktur eines Unternehmens oder Produktionszweigs betrifft, erfasst Art. 106 AEUV im weitesten Sinne Effekte des Größenvorteils eines öffentlichen Unternehmens (Art. 106 Abs. 1 Alt. 1 AEUV) bzw. eines mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestatteten Unternehmens (Art. 106 Abs. 1 Alt. 2 AEUV). Art. 37 AEUV als wettbewerbsökonomisch funktionales Pendant zu

¹²²³ P.-C. Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 43 EGV, Rn. 2, 4.

¹²²⁴ Ähnlich P.-C. Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), ebd. Art. 43 EGV, Rn. 5 m.w.N. in Fn. 9.

¹²²⁵ W. Berg, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 37, Rn. 3.

¹²²⁶ W. Berg ebd. (2012), Art. 37, Rn. 6 m.w.N.

¹²²⁷ M. Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2010), Art. 37, Rn. 1.

¹²²⁸ W. Berg, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 37, Rn. 12 u. 16.

Art. 102 AEUV erfasst, wie bereits zuvor ausgeführt, die Ressourcenvorteile eines Handelsmonopols und flankiert damit Art. 34, 35 AEUV, welche derartige Monopolwirkungen durch Ausschließlichkeitsrechte *nicht* kontrollieren. Monopole bzw. Monopolwirkungen werden in direkter Verbindung zu Art. 37 AEUV sowie zu Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV („Finanzmonopol“) erfasst. Art. 106 Abs. 1 AEUV knüpft unmittelbar an Größenvorteile an, ebenso wie Art. 106 Abs. 2 (service public). Auch die sekundärrechtlich ausgestaltete Fusionskontrolle¹²²⁹ bezieht sich auf Größen-„Vorteile“ im weitesten Sinne und wirkt insoweit als „Präventionsmechanismus“ im vorgelagerten Bereich zwecks Verhinderung von Praktiken nach Art. 102 AEUV (via „Marktmacht“) bzw. 101 AEUV (via „Abstimmung“). Art. 102 AEUV bezieht sich mit dem Marktmachtkonzept zwar auf die Kapazität des Unternehmens, knüpft jedoch Rechtsfolgen an die aus seiner Position herrührenden missbräuchlichen Verhaltensweisen auf der Güterebene und daher nur mittelbar (auf der zweiten Stufe) an die Kapazität. Strukturbeihilfen setzen sogar final bei der Kapazität des Unternehmens an. Das Beihilfenverbot nach Art. 107 AEUV bezieht sich auf die Liquidität des Wirtschaftssubjektes (als Unternehmen), da „Vergünstigungen“ direkt auf die Kapazität (erste Wettbewerbsstufe) und indirekt auf den Preis-/ Mengenmechanismus wirken (zweite Wettbewerbsstufe). Art. 101, 102 AEUV sind, jeweils über ihre Ziffern b) der Regelbeispiele „Einschränkung der technischen Entwicklung“ (F&E), direkt auf Produktinnovationen mit entsprechenden Absprachen zur Differenzierung bzw. Durchsetzung einer Differenzierung via Marktmacht ausgerichtet. Insgesamt bezieht sich die Schutzrichtung der Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit in der wettbewerbsökonomischen Betrachtung jeweils auf die Mobilität als Voraussetzung für eine freie Allokation. Demgegenüber betreffen die Schutzgegenstände der Wettbewerbsregeln *direkt* die Ressourcenausstattung des Unternehmens (Art. 106 AEUV) oder die Kostenstruktur (Art. 107 AEUV).

Aus diesen hier skizzierten wettbewerbsökonomischen Wechselbeziehungen der Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln zeigt sich ein konnexes System ihrer Kontrollgegenstände in einer normativen Komplementarität zu unterschiedlichen Aspekten des Kapazitätswettbewerbs. Bezüglich der für den Kapazitätswettbewerb bestimmenden wettbewerbsökonomischen Variablen (Aktionsparameter / Wettbewerbsform, Input / Output, Wettbewerbsstufe) bilden die Warenmarktregeln und die Grundfreiheiten sowie die Wettbewerbsregeln eine sich exakt wechselseitig ergänzende Kontrolle, bezogen auf die Ressourcenausstattung eines Wirtschaftssubjektes. Die Wechselbeziehungen der Konnexität werden im Detail in den folgenden Unterabschnitten – aa) bis cc) – weiter ausgeführt. Hierbei wird besonders im Sinne der vorliegend vertretenen Werte fundierten Wettbewerbsökonomie auch der Gesichtspunkt der *Verantwortung* (Marktverantwortung) für die Wirkungen einer Handlungen *auf* den wettbewerblich organisierten Marktprozess oder *in* dem Marktprozess für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in diesem System betrachtet.¹²³⁰

¹²²⁹ Die FKVO als „spezialgesetzliche Ausprägung“ der Art. 101, 102 AEUV gehört indessen nicht zum Untersuchungsgegenstand der Arbeit und bleibt im Weiteren daher außen vor.

¹²³⁰ Siehe zur Differenzierung von vertikaler und horizontaler Kontrolle Kapitel 1 B. III. 2. c).

aa) Art. 106 AEUV vs. Grundfreiheiten

Eine unmittelbare Marktverantwortung der Mitgliedstaaten besteht für das Verhalten öffentlicher Unternehmen und für Unternehmen denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden. Dieser Grundsatz kommt deutlich in Art. 106 AEUV zum Ausdruck, der durch den Vertrag von Lissabon gegenüber der Vorgängerregelung im EG-Vertrag, ex Art. 86 EG, in Absatz 2 und 3 lediglich marginal redaktionell angepasst wurde.¹²³¹ In systematischer Hinsicht schließt Art. 106 AEUV den Abschnitt 1 des ersten Kapitels von Titel VII der Gemeinsamen Regeln betreffend Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften ab. Art. 106 AEUV unterstreicht die Verantwortung der Mitgliedstaaten für „öffentliche Unternehmen“ mit der Formulierung in Absatz 1,

„Die Mitgliedstaaten werden [...] keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 18 und 101 bis 109 widersprechende *Maßnahmen* treffen oder beibehalten“,

dass öffentliche Unternehmen (Absatz 1, Alternative 1) oder Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden (Absatz 1, Alternative 2) sowie Unternehmen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des service public bzw. der Daseinsvorsorge oder Finanzmonopole (Absatz 2), grundsätzlich allen Verbotstatbeständen des Vertrages unterworfen sind.¹²³² Damit sind auch die Grundfreiheiten¹²³³ und sogar das Sekundärrecht¹²³⁴ einbezogen.

Art. 106 Abs. 1 AEUV beinhaltet somit keinen eigenen Verantwortungsmaßstab oder eine Verbotsfolge und hat daher keinen materiellen Regelungsgehalt. Es handelt sich daher funktionstechnisch um eine Verweisungsnorm. Im Hinblick auf die Funktion der Grundfreiheiten folgt daraus, dass diese in ihrer jeweils aktuellen Auslegung durch den EuGH im Rahmen der Subsumtion von Art. 106 Abs. 1 AEUV zu beachten sind (dynamische Verweisung). Wegen der umfassenden Einbeziehung sämtlicher Verbotsstatbestände – „keine diesem Vertrag und insbesondere [...] widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten“ – ist ein und dieselbe staatliche Maßnahme damit sowohl am Maßstab der Art. 101 ff. AEUV als auch an dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot zu messen.¹²³⁵

In der Konnexitätsbetrachtung bestätigt sich hiermit erstens die Notwendigkeit eines die unterschiedlichen wettbewerbsökonomischen Funktionen von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln formenden Prinzips, wie es mit der Begründung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot in Kapitel 3 hergeleitet wurde. Zweitens zeigt sich,

¹²³¹ Art. 86 Abs. 2 EG wurde gemäß Art. 2 Ziff. 2 lit. a VvL angepasst („Union“ statt „Gemeinschaft“) und Absatz 3 gemäß Art. 2 Ziff. 9 VvL („Beschlüsse“ statt „Entscheidungen“).

¹²³² R. Dohms, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 35, Rn. 78 ff. und 225 ff.

¹²³³ E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EG Teil 1 (2007), Art. 31, 86 EGV, S. 729, Rn. 85-87.

¹²³⁴ U. Ehricke, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Art. 86 EG, Rn. 64.

¹²³⁵ Siehe die Ausführungen bei E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (2014), S. 938-942 zu Art. 106 AEUV betreffend die weite Auslegung des „Maßnahmenbegriffs“ im Zusammenhang der Prüfung von Verstößen gegen unternehmensbezogene und staatsbezogene Normen sowie gegen die Wettbewerbsregeln.

dass eine funktional-wettbewerbsökonomische Funktionsabgrenzung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln nötig ist, da eine ausschließlich juristisch fundierte Konvergenz bzw. normative Komplementarität die notwendige Funktionsabgrenzung im Detail nicht zu leisten vermag. Dem folgend ist die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten im Zusammenhang von Art. 106 AEUV und Art. 107 AEUV im Anschluss an die vorherigen Ausführungen noch weiter aufzufächern (nachfolgend (1) bis (4)).

(1) *Besserstellungsverbot*

Art. 106 AEUV begründet ein Besserstellungsverbot¹²³⁶ bzw. Gleichbehandlungsgebot, da öffentliche Unternehmen im Unionsrecht keine Privilegierung genießen sollen. Nach dem System der internen Politiken des AEUV werden alle privaten (Art. 101, 102 AEUV) und öffentlichen Unternehmen (Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 101, 102 AEUV) zu i.w.S. markt- und wettbewerbskonformen Verhalten verpflichtet. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass sich die Mitgliedstaaten dazu veranlasst sehen könnten, öffentliche Unternehmen nur deshalb zu schaffen, um sich der „Grundfreiheiten-Verantwortung“ zu entziehen. In diesem Fall hätten sie sich den Zielen der Union widersprechende – protektionistische bzw. marktabschottende – Freiräume verschaffen können.¹²³⁷ Unter dem Gesichtspunkt der *Gleichbehandlung* öffentlicher und privater Unternehmen im Wettbewerb soll sich das Verhalten öffentlicher bzw. privilegierter Unternehmen aber nach denselben Regeln richten, die auch das Verhalten privater Unternehmen reglementieren. Denn notwendig ist eine *Strukturkontrolle* des Wettbewerbsystems, welche effektiv nur dann erreicht werden kann, wenn für sämtliche Formen wettbewerbsinkonformer Verhaltensweisen von Unternehmen *im* Markt dieselben Maßstäbe gelten. Art. 106 Abs. 1 AEUV bleibt in seinem Anwendungsbereich aber insoweit begrenzt, als weder die Beibehaltung bestehender noch die Etablierung neuer öffentlicher Unternehmen verboten ist. Durch die Wendung „insbesondere“ kommt hingegen deutlich zum Ausdruck, dass die staatliche *Maßnahme* am Maßstab aller Vorschriften des Vertrages zu messen ist. Daher fällt auch die Beachtung der Grundfreiheiten in den Kontrollbereich.¹²³⁸ Hierin zeigt sich eine für die Funktionsbestimmung der Grundfrei-

¹²³⁶ C. Koenig/J. Kühling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 86, Rn. 2.

¹²³⁷ Ähnlich I. F. Hochbaum/R. Klotz, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 86 EG, Rn. 1.

¹²³⁸ Vgl. E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (2014), S. 940. So hat der Gerichtshof bereits mehrfach über die Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen mit Art. 106 AEUV [ex Art. 86 EG, ex Art. 90 EWG-Vertrag] i.V.m. Art. 35 AEUV [ex Art. 29 EG, ex Art. 34 EWG-Vertrag] bzw. Art. 34 AEUV [ex Art. 28 EG, ex Art. 30 EWG-Vertrag] entschieden, z.B. hinsichtlich eines Ausfuhrverbotes bestimmter Produkte in andere Mitgliedstaaten in den Verfahren EuGH *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huiles des graissage u.a. gegen Groupement d'intérêt économique „Inter Huiles“ (Inter Huiles)* (C-172/82, EU:C:1983:69) Rn. 15; EuGH *Merci convenzionali porto di Genova SpA gegen Siderurgica Gabrielli SpA (Porto di Genova)* (C-179/90, EU:C:1991:464) Rn. 21.

heiten bedeutsame Schnittstelle von Staat und Privat, welche vertiefend in dem nachfolgenden Abschnitt III. zu analysieren ist.¹²³⁹

An dieser Stelle ist hingegen der Sinn und Zweck der Norm im Verhältnis zu der Funktion der Grundfreiheiten in der Perspektive des Kapazitätswettbewerbs in den Blick zu nehmen. Die Auslegung von Art. 106 AEUV ist im Detail höchst streitig, was sich in einer enormen Fülle an Beiträgen aus dem Schrifttum ausdrückt.¹²⁴⁰ Die Vorschrift wird zu Recht als eine der komplexesten und politisch brisantesten Vorschrift des Primärrechts bezeichnet.¹²⁴¹ Im Wesentlichen erschließt sich die Funktion des Art. 106 AEUV für die Zwecke der vorliegenden Arbeit über die Auslegung des Begriffs „öffentliche Unternehmen“ im Verhältnis zu dem Begriff der „Maßnahme“, da in dieser „Dualität“ die Verflechtung von Privatwirtschaft und hoheitlicher Sphäre im Tatbestand über den Begriff der „Maßnahme“ besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Somit betrifft die Auslegung von Art. 106 Abs. 1 AEUV in fundamentaler Weise auch die Funktionsbestimmung der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände, weshalb die Analyse der „Schnittmenge“ von „Maßnahme“ und „Unternehmen“ weiter zu vertiefen ist.

(2) Systembrücke: „Maßnahme“ bei Art. 106 AEUV

Der Wortlaut von Art. 106 Abs. 1 AEUV verknüpft den Begriff der „Maßnahme“, welcher bei den Grundfreiheiten das zentrale Tatbestandsmerkmal betreffend den Gegenstand der Kontrolle betreffend das Verhalten von Mitgliedstaaten darstellt, mit sämtlichen „Anforderungen“ des Vertrags, und zugleich mit dem Begriff des „Unternehmens“, welcher wiederum zentraler Bestandteil und Gegenstand der auf ein Verhalten von Unternehmen bezogenen kartellrechtlichen Kontrolle ist:

„Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen [...], *keine diesem Vertrag widersprechenden Maßnahmen* treffen oder beibehalten.“ (Hervorhebung durch den Verf.).

In systematisch-teleologischer Perspektive wird aus dieser Verklammerung zweier zentraler „Systembegriffe“ der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV gemäß der vorliegend vertretenen funktionalen Auslegung deutlich, dass Art. 106 Abs. 1 AEUV eine „Brücke“ zur Verbindung zweier Normbereiche darstellt, welche ganz im Sinne einer Systembrücke von vertikaler und horizontaler (Macht-)Kontrolle, eine materielle Koppelung der selbigen begründet. Art. 106 AEUV führt insoweit zu einer *Transformation*, und zwar im Sinne einer Übertragung von Grundsätzen der Maßnahmen-dogmatik (Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten) auf die Unternehmensdogmatik (Kontrollgegenstand der Wettbewerbsregeln) und vice versa. Damit ist ein konnexer funktionaler Kontrollgegenstand von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln begrün-

¹²³⁹ Dort in der Funktionsabgrenzung hoheitlicher versus privater Machtkontrolle zur Begründung eines funktionalen Maßnahmenbegriffs (III. 3.).

¹²⁴⁰ Siehe beispielhaft das Verzeichnis bei U. Ehricke, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Art. 86 EG, S. 523-525.

¹²⁴¹ U. Ehricke, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Art. 86 EG, Rn. 10.

det, welcher die Voraussetzung für die funktionale Auslegung des Maßnahmenbegriffs analog zu dem funktionalen Unternehmensbegriff eröffnet (hierzu im Detail nachfolgend bei III.). Denn die Grundfreiheiten werden über Art. 106 Abs. 1 AEUV unmittelbar auf öffentliche Unternehmen bezogen und zugleich erstreckt sich der Maßnahmenbegriff via Art. 106 Abs. 1 AEUV auf Unternehmen im Sinne von Art. 101, 102 AEUV und Art. 107 AEUV. In dieser Konstruktion ist de lege lata also bereits eine Durchbrechung zwischen staatlicher und privater Sphäre angelegt, welche in genau umgekehrter Richtung in der Rechtsprechung des EuGH zur horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten aufgenommen wurde. Auch dieser Aspekt wird noch im Detail erörtert.¹²⁴² Jörg Gundel weist für das Zusammenspiel von Art. 106 AEUV und Grundfreiheiten unter Bezugnahme auf die Rechtssache *Giuseppe Sacchi*¹²⁴³ darauf hin, dass die Anwendung der Grundfreiheiten auf Unternehmen tatsächlich im Zusammenhang mit ex Art. 86 EG, jetzt Art. 106 AEUV, erfolgt sei, betont aber zugleich den Rückgriff auf allgemeine Regeln des Vertrages, nach denen öffentliche Unternehmen funktional *als Teil des Mitgliedstaates* zu betrachten sind und wie diese an das Primärrecht gebunden und als Adressaten der Grundfreiheiten verpflichtet seien.¹²⁴⁴ Unabhängig von dieser These, welche hier nicht weiter vertieft werden muss, offenbart die funktionale Analyse von Art. 106 AEUV, dass eine formaljuristisch geprägte Unterscheidung von Wettbewerbsregeln und Grundfreiheiten, und hier insbesondere eine Abgrenzung deren Kontrollgegenstände über eine rein normativ begründete Unterscheidung der Rechtssubjektqualität von Normadressaten als hoheitlich oder privatrechtlich, systembedingt nicht gelingen kann. In wettbewerbsökonomischer Sicht wird durch die systematische „Koppelung“ von „Unternehmen“ und „Maßnahme“ in *einem* Tatbestand (Art. 106 Abs. 1 AEUV) jedenfalls unzweifelhaft ein normatives Komplementärverhältnis *und* eine wettbewerbsökonomische Konnexität von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln sichtbar. Gleichfalls besteht in der Werte- und Zielidentität beider Normenfunktionen (Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln) eine gleichgerichtete Verantwortung von Staat und Privat für Wirkungen *in* dem Markt (unternehmensbezogene Kontrolle) und *auf* den Markt (maßnahmenbezogene Kontrolle).

Die hier gefundene systemisch-funktionale Interpretation dürfte auch der gesellschaftlichen Realität im Sinne einer dynamischen Auslegung des Unionsrechts am besten entsprechen, denn zahlreiche „öffentliche Unternehmen“ stehen heute an der Schnittstelle zwischen Staat und Privat, wie z.B. öffentlich finanzierte Forschungseinrichtungen in privatrechtlicher Form oder PPP-Projekte bei Infrastrukturen. Diese Erscheinungsformen staatlichen und privaten Zusammenwirkens lassen als Sachverhalte der „Funktionsvermischung“ erfassen.¹²⁴⁵ Angesichts vielfach undeutlicher Grenzen der Sphären von Staat und Privat ist es unvermeidbar, dass sich die praktische Handhabung des Art. 106 AEUV diffizil gestaltet. Der Gerichtshof verfolgt daher mit gutem Grund

¹²⁴² Nachfolgend in Abschnitt III. 1. b) und 2. b).

¹²⁴³ EuGH *Giuseppe Sacchi* (C-155/73, EU:C:1974:40) Rn. 14.

¹²⁴⁴ J. Gundel, in: MüKo EuWettbR (2015), Art. 106 AEUV, Rn. 48 m.w.N. in Fn. 179.

¹²⁴⁵ Siehe E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (2014), S. 942 ff. „Missbrauch durch Funktionsvermischung“.

eine konsequent funktionale Auslegung des Unternehmensbegriffs¹²⁴⁶, welcher öffentliche Unternehmen als Teil des Mitgliedstaates betrachtet.¹²⁴⁷ Liegen hingegen die Voraussetzungen einer funktional öffentlichen unternehmerischen Tätigkeit nicht vor, so ist der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten eröffnet. Die Begriffe „Maßnahme“ (Grundfreiheiten), „öffentliches Unternehmen“ (Art. 106 Abs. 1 AEUV) und „Unternehmen“ (Art. 101, 102 AEUV) stehen damit in einem interdependenten Funktionszusammenhang einer Erfassung von rein privatwirtschaftlichen bis ausschließlich hoheitlichen Handlungsformen.¹²⁴⁸

In Bezug auf die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten kommt dem Art. 106 Abs. 1 AEUV damit eine besondere, bisher noch kaum beachtete Bedeutung zu. In der Kumulation von dem zuvor beschriebenen Funktionszusammenhang und der dynamischen Verweisung auf sämtliche Vorschriften des Vertrages (Wortlaut „insbesondere“), zeigt sich Art. 106 Abs. 1 AEUV als „vertikal/horizontale-Brückennorm“ zwischen den originär kartellrechtlichen Vorschriften der Art. 101, 102 AEUV sowie Art. 107 AEUV (horizontale Kontrolle) und den Grundfreiheiten (vertikale Kontrolle).¹²⁴⁹ Im Hinblick auf die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten und die Bestimmung ihrer spezifischen Kontrollgegenstände kommt damit gleichfalls zum Ausdruck, dass die Funktionsabgrenzung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln nicht – wie bisher beschrieben bzw. gemäß der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten praktiziert - auf der Unterscheidung von (hoheitlicher) Maßnahme und (privatem) Unternehmen beruhen kann. Vielmehr muss eine wettbewerbsökonomisch fundierte Differenzierung von *nicht-unternehmerisch* (Grundfreiheiten) vs. *unternehmerisch* (Wettbewerbsregeln) erfolgen, und zwar unabhängig von der juristischen Einordnung des Akteurs (Staat oder Privater, vgl. hierzu nachfolgend III.). Dementsprechend bedarf der Maßnahmenbegriff der Grundfreiheiten auf der Basis einer funktionalen Auslegung deren Kontrollgegenstände (hierzu im Ergebnis unten 4.) einer umfassenden dogmatischen und inhaltlichen Revisi- on (siehe hierzu sogleich im Ergebnis III. 3.) sowie einer hieran angepassten Konzepti- onierung in der Umsetzung auf der Anwendungsebene Kapitel 6 A. I.).

(3) Chancengleichheitspostulat

Im funktionalen Zusammenspiel der Kontrollgegenstände von Art. 106 AEUV und Art. 107 AEUV wird im Verhältnis zu den Grundfreiheiten deutlich, dass die im Komplementärverhältnis von Art. 106 AEUV und Art. 107 AEUV erfassten Sachverhalte ge-

¹²⁴⁶ E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, ebd. (2014), S. 943, Rn. 19; J. Gundel, in: MüKo EuWettbR (2007), Art. 86 EG, Rn. 37

¹²⁴⁷ J. Gundel, in: MüKo EuWettbR (2007), Art. 86 EG, Rn. 48.

¹²⁴⁸ Hierzu ausführlich R. Dohms, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 35, Rn. 13 ff., dort in Rn. 16 und 20 ff. zur Unterscheidung der Verantwortung eines Mitgliedstaates als „Unternehmen“ (Art. 101, 102 AEUV), „öffentliches Unternehmen“ (Art. 106 Abs. 1 AEUV) oder Kraft der „Hoheitsgewalt“ (Grundfreiheiten). In Rn. 169 ff. zur Anwendung der Grundfreiheiten via Art. 106 Abs. 1 AEUV, dort in Rn. 180 auch zur Feststellung, dass die „ausschließlichen und besonderen Recht“ nicht als Verkaufsmodalitäten im Sinne der EuGH Keck-Rechtsprechung zu bewerten sind.

¹²⁴⁹ Siehe zu dieser Unterscheidung zuvor bei der Begründung des functional economic approach in Kapitel 3 B. III. 2. c).

rade nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen. Hierin zeigt sich, dass sich die Grundfreiheiten und die Art. 106, 107 AEUV im Kapazitätswettbewerb inhaltlich ergänzen, insbesondere in Bezug auf „Größenvorteile“ i.w.S. und in Bezug auf die Kostenstruktur und Liquidität eines Wirtschaftssubjektes. Dies ergibt sich aus der nachfolgenden Betrachtung.

Im Verhältnis zu Art. 107 AEUV stellt Art. 106 Abs. 1 AEUV eine systematische Ergänzung zum Schutz des Wirtschaftssubjektes im Kapazitätswettbewerbs bzgl. der Kostenstruktur / Liquidität dar. Denn mit einer Einbeziehung öffentlicher Unternehmen (Art. 106 Abs. 1 AEUV) in das Kontrollsystem wird berücksichtigt, dass eine direkte Finanzierungsmöglichkeit der Staaten aus Steuermitteln besteht und es insoweit keiner Beihilfe bedürfte, soweit derselbe (strategisch-protektionistische) Zweck gemittelt über ein öffentliches Unternehmen verwirklicht werden könnte. Hierin kommt das Erfordernis der *Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen* zum Ausdruck¹²⁵⁰, welches nach der hier vertretenen Werte fundierten Wettbewerbsökonomik im Lichte der Gerechtigkeit (Art. 2 Satz 2 EUV) als *Chancengleichheitspostulat* zu verstehen ist. Dies wird ausdrücklich auch von *Ernst-Joachim Mestmäcker* und *Heike Schweitzer* vertreten, die wie folgt ausführen:

„Zu beurteilen ist die Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen mit dem vom Vertrag errichteten Wettbewerbssystem. Maßgeblich ist der *Zweck des Systems*, den Zugang zu den Märkten offen zu halten und die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung unter vergleichbaren Bedingungen für alle Unternehmen zu sichern. Ein System unverfälschten Wettbewerbs kann nur gewährleistet werden, wenn die *Chancengleichheit* sichergestellt ist“.¹²⁵¹ (Hervorhebung durch den Verf.).

Enthielte das Unionsrecht nicht die Regelung des Art. 106 Abs. 1 AEUV so bestünde die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten das Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV dadurch umgehen, indem sie „Beihilfen“, hier verstanden als „Vorteile“ i.w.S. auf der Input-Ebene, nicht direkt, sondern über den Umweg öffentlicher Unternehmen „verteilen“. Zwar hat der Gerichtshof den Beihilfenbegriff, wie bereits in der Rechtssache *Kommission/Französische Republik* ausgeführt weit ausgelegt:

„Bereits aus dem Wortlaut des Artikels 92 Absatz 1 [jetzt Art. 107 AEUV] ergibt sich, daß staatliche Beihilfen nicht nur solche sind, die aus staatlichen Mitteln finanziert werden. Wie der Gerichtshof [...] entschieden hat, erfaßt Artikel 92 sämtliche staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen, ohne daß danach zu unterscheiden ist, ob die Beihilfe unmittelbar vom Staat oder durch von ihm zur Durchführung

¹²⁵⁰ Schlussanträge des Generalanwaltes Gerhard Reischl EuGH *Französische Republik u.a. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Transparenzrichtlinie)* (C-188/80, EU:C:1982:257) insb. Rn. 3 und 10.

¹²⁵¹ *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (2014), S. 942 mit Nachweisen zur EuGH-Rechtsprechung in Fn. 33.

der Beihilfenregelung errichtete oder damit beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt wird.“¹²⁵²

Dies schmälert jedoch die Bedeutung des Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht, denn trotz dieses weiten Beihilfebegriffs würden über Art. 107 AEUV allein die „Größenvorteile“ (als Ressource) eines öffentlichen Unternehmens nicht erfasst. Anders als das Beihilfenverbot bezieht sich Art. 106 Abs. 1 AEUV ersichtlich auch auf den nicht direkt „messbaren“ Vorteil (ohne zugrundeliegende unternehmerische Leistung¹²⁵³) einer erhöhten unternehmerischen Unabhängigkeit im Wettbewerb. Dies zeigen auch die Fallgruppen der Gewährung „besonderer“ oder „ausschließlicher“ Rechte, welche es einem Unternehmen ermöglichen, sich gegenüber Konkurrenten in privilegierter Weise unabhängig verhalten zu können.¹²⁵⁴ Solche Formen von „Protektion“ lassen sich jedenfalls nicht mit den bei Art. 107 maßgeblichen Kriterien des „geldwerten Vorteils“ und der „Selektivität“ erfassen.

(4) Dogmatische Konsequenzen

Für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in ihrem Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln ist die Konnexität hinsichtlich der Kontrolle des Kapazitätswettbewerbs über den Maßnahmenbegriff zentral. Denn hierin zeigt sich die systemisch notwendige Schnittstelle bzw. Überschneidung an der Grenze der Kontrolle hoheitlicher (vertikaler) und privater (horizontaler) Handlungen, welche jeweils wechselseitig unter den Begriff der „Maßnahme“ zu subsumieren sind, nämlich einerseits bei den Grundfreiheiten und andererseits bei Art. 106 Abs. 1 AEUV. Der Begriff der Maßnahme, welcher bei Art. 106 Abs. 1 AEUV weit auszulegen ist¹²⁵⁵, bedarf bei den Grundfreiheiten damit ebenso, analog zu dem funktionalen Unternehmensbegriff, einer weiten, vor allem wettbewerbsökonomisch-funktionalen Auslegung. Hierauf wird unter dem Aspekt der Unterscheidung von „Staat versus Privat“ eingehend zurückzukommen sein (siehe hierzu unten III. 1. und dort im Ergebnis bei III. 3.).

bb) Art. 37 AEUV vs. Grundfreiheiten

Das Regelungsziel des Art. 37 AEUV besteht darin, die mit einem staatlichen Handelsmonopol¹²⁵⁶ typischerweise verbundenen schädlichen Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr zu kontrollieren.¹²⁵⁷ Für den Bereich hoheitlich orga-

¹²⁵² EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik (landwirtschaftliche Kreditkasse)* (C-290/83, EU:C:1985:37) Rn. 14.

¹²⁵³ Hier bietet sich ein Wertungsvergleich zu dem Bereicherungsrecht an, im Sinne von § 812 BGB „etwas erlangt, ohne Rechtgrund“; hier bei Art. 106 Abs. 1 AEUV ohne unternehmerische Leistung, sondern als „selektives Geschenk“ eines Staates zum „Nachteil“ anderer Unternehmen.

¹²⁵⁴ C. Jung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 106 AEUV, Rn. 15.

¹²⁵⁵ E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (2014), S. 938, Rn. 6.

¹²⁵⁶ Zum besonderen Monopolbegriff des Art. 37 AEUV siehe W. Berg, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht* (2015), Art. 37 AEUV, Rn. 45-48.

¹²⁵⁷ W. Berg, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht* (2015), Art. 37 AEUV, Rn. 1 und 7 sowie Rn. 5 zum Aspekt der Chancengleichheit.

nisierter Monopole geht Art. 37 AEUV daher nach allgemeiner Auffassung dem Art. 30 AEUV sowie den Art. 34, 35 AEUV als *lex specialis* vor¹²⁵⁸, soweit es um die Kontrolle der spezifischen Auswirkungen eines staatlichen Handelsmonopols geht und nicht allgemein um die Herstellung und Vermarktung von Waren. Darin kommt eine direkte Anknüpfung an den Kapazitätswettbewerb zum Ausdruck, während sich Art. 30 AEUV (Zollverbot) und Art. 34, 35 AEUV in ihrer Grundfunktion nach auf den unmittelbaren Schutz des Preis-/Mengenmechanismus beziehen. Die Funktion der Grundfreiheiten in diesem Komplementärverhältnis verdeutlicht sich wiederum über eine Gesamtschau der Funktionsweisen von Art. 37 und Art. 106 AEUV, wie nachfolgend dargelegt, (1) bis (6).

(1) *Konzeptidentität von Art. 37 und Art. 106 AEUV (Marktstruktur)*

Sowohl Art. 37 AEUV als auch Art. 106 AEUV beziehen sich auf die Verbindung staatlicher und unternehmerischer Strukturen, welche spezifische wettbewerbliche Auswirkungen (vertikal) *auf* den Marktmechanismus durch das Wirken (horizontal) *im* Markt haben können. Wenn auch konträr dazu die „großen“ Infrastrukturen von allgemeiner Bedeutung (*service public*) über Art. 106 Abs. 2 AEUV von der strengen Kontrolle ausgenommen werden, so ist doch aus dieser engen konzeptionellen Verbindung („*Konzeptidentität*“ vertikaler/horizontaler Kontrolle) von Art. 106 AEUV und Art. 37 AEUV verständlich, warum die Vertragsparteien zunächst beabsichtigt hatten, die Umformung der staatlichen Handelsmonopole im Rahmen der Wettbewerbsvorschriften, und zwar in der Tat im Zusammenhang mit Art. 86 EG, jetzt Art. 106 AEUV, zu regeln.¹²⁵⁹ Erst später wurde die heute in Art. 37 AEUV formulierte Vorschrift in den Titel über den Freien Warenverkehr aufgenommen und damit das wesentliche Ziel der Umformung, nämlich die *Wettbewerbsgleichheit* im Warenhandel, herausgestellt. Funktional-wettbewerbsökonomisch ist damit der Schutz der *Marktstruktur* als *Funktionsbedingung der Markt- und Wettbewerbsgleichheit* adressiert.¹²⁶⁰ Art. 37 AEUV liegt die Wertung zugrunde, dass die *Chancengleichheit* als Bestandteil der Wettbewerbsgleichheit aller am Wirtschaftsleben beteiligten Produzenten ohne eine Umformung staatlicher Handelsmonopole nicht erreichbar ist.¹²⁶¹

Zwischen Art. 37 AEUV und Art. 106 AEUV besteht auch insoweit eine Konzeptidentität, als beide Vorschriften gleichermaßen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 4 Abs. 3 EUV in Bezug auf den Regelungsgehalt des Art. 26 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (kumulativ¹²⁶²) konkretisieren.¹²⁶³ Daher stellt Art. 106 AEUV, indem er die Binnenmarktikon-

¹²⁵⁸ T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 37 AEUV, Rn. 1.

¹²⁵⁹ Vgl. I. F Hochbaum/ W. Berg, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 31, Rn. 3.

¹²⁶⁰ Hierin zeigt sich die Verbindungslinie zu dem *SVE-Paradigma*, siehe oben Kapitel 3 D. II. 4. c) dd).

¹²⁶¹ So explizit I. F Hochbaum/ W. Berg, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 31, Rn. 3.

¹²⁶² E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (2014), S. 919 ff., 935/936. So bereits zu Art. 31 EG und Art. 86 EG im Sinne eines „Nebeneinander“, C. Jung, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (1999), Art. 86, Rn. 2.

formität jeglichen staatlichen Handelns auch außerhalb des Bereichs staatlicher Handelsmonopole sowie gesetzgebender bzw. administrativer Maßnahmen vollinhaltlich am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV misst, eine erhebliche Ausweitung zu Art. 37 AEUV dar.

(2) „Ergänzungsnorm“ zu Art. 34, 35 AEUV (Marktverhalten)

Die effektive Durchsetzung der in Art. 30 AEUV und Art. 34, 35 AEUV enthaltenen Grundsätze wäre gefährdet, wenn in einem Mitgliedstaat die freie Einfuhr von Waren durch die freie Entscheidung eines Monopolträgers über deren Vermarktung im Inland faktisch entwertet würde.¹²⁶⁴ Art. 37 AEUV stellt daher sicher, dass der Handel mit Waren aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber demjenigen mit einheimischen Waren weder rechtlich noch tatsächlich benachteiligt und der Wettbewerb zwischen den Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten nicht verfälscht wird.¹²⁶⁵ Insoweit kommt Art. 37 AEUV zu den Bestimmungen der Art. 30 AEUV und Art. 34, 35 AEUV eine ergänzende Funktionen zu.¹²⁶⁶ So hat der Gerichtshof in einigen Verfahren Art. 30 EWG-Vertrag bzw. Art. 28 EG (jetzt Art. 34 AEUV) neben Art. 37 EWG-Vertrag bzw. Art. 31 EG (jetzt Art. 37 AEUV) angewendet¹²⁶⁷ und damit zum Ausdruck gebracht, dass Art. 37 AEUV als „flankierende Norm“ zu Art. 34 AEUV angesehen werden kann. Hierin drückt sich die wechselseitige Ergänzungsfunktion bei bestehender Zielidentität – Schutz eines wettbewerblich geprägten Warenverkehrs – aus, welche sich funktional-wettbewerbsökonomisch bewertet auf die Sicherung der Entscheidungsfreiheit (Marktverhalten) von Wirtschaftssubjekten bezieht.

(3) *Lex specialis* zu Art. 34 AEUV

Die Funktionsabgrenzung von Art. 37 AEUV und den Grundfreiheiten drückt sich aus in seinem *Lex specialis*-Verhältnis zu Art. 34 AEUV. Aus der Struktur des Art. 37 AEUV ist im Zusammenhang der Formulierungen in Satz 1 und Satz 2 von Absatz 1 ersichtlich, dass es nicht darauf ankommt, ob formal betrachtet ein monopolistisches Ausschließlichkeitsrecht vorliegt, sondern es bereits ausreicht, wenn sich ein staatliches Handelsmonopol rechtlich oder tatsächlich merklich, d.h. „spürbar“, auf den grenzüberschreitenden Warenaustausch auswirkt.¹²⁶⁸ Der Schutzbereich ist daher bereits dann

¹²⁶³ Im „alten“ Recht Art. 3 Absatz 1 lit. g EG und Art. 4 Absatz 1 EG i.V.m. Art. 14 Absatz 2 EG, vgl. C. Jung, in: ebd. (1999), Art. 86, Rn. 1.

¹²⁶⁴ Vgl. W. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 31 EGV, Rn. 3, unter Bezugnahme auf Emmerich, in Dausen, Handbuch EU Wirtschaftsrecht, H. II, Rn. 7 und Leible, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 31 EGV, Rn. 1. Aus der Rechtsprechung siehe EuGH *Staatsanwaltschaft gegen Flavia Manghera u.a.* (C-59/75, EU:C:1976-14) Rn. 9, 12.

¹²⁶⁵ EuGH *Strafverfahren gegen Harry Franzén* (C-189/95, EU:C:1997:504) Rn. 40.

¹²⁶⁶ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EG Teil 1 (2007), Art. 31, 86 EGV, Rn. 17.

¹²⁶⁷ EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik (Tabakwaren)* (C-90/82, EU:C:1983:169) Rn. 16; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Griechische Republik (Rohöl)* (C-347/88, EU:C:1990:470) Rn. 38 ff.

¹²⁶⁸ EuGH *Francesco Cinzano & Cia GmbH gegen Hauptzollamt Saarbrücken (Cinzano)* (C-13/70, EU:C:1970:110) Rn. 4 und 5.

tangiert, wenn die zu beurteilende Beeinträchtigung des Warenverkehrs einen spezifischen Zusammenhang mit dem staatlichen Handelsmonopol aufweist. Erforderlich ist dagegen nicht, dass Ein- oder Ausfuhren betroffen sind welche unmittelbar Gegenstand des Handelsmonopols sind.¹²⁶⁹ Für den Bereich unternehmerischer Betätigung der Mitgliedstaaten, welche sich als Handelsmonopol darstellt, konkretisiert Art. 37 AEUV insoweit die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einhaltung wettbewerblicher Grundsätze in Bezug auf den Angebots- und Nachfragewettbewerb im Warenverkehr und trifft daher für diesen Bereich eine Sonderregelung gegenüber Art. 34 AEUV.

(4) Funktionale Parallelität zu Art. 102 AEUV (Marktmachtkonzept)

In der Funktionsabgrenzung des Art. 37 AEUV zu den Grundfreiheiten ist des Weiteren die Abgrenzung von Marktmachtkonzept (Wettbewerbsregeln und Art. 37 AEUV) sowie von Regelungs- und Durchsetzungsmacht (Grundfreiheiten) maßgeblich.

In funktionaler Hinsicht stellt Art. 37 AEUV für den Bereich staatlicher Handelsmonopole das Gegenstück zu Art. 102 AEUV dar bzw. ergänzt diesen. Auch Art. 37 AEUV verbietet ein Handelsmonopol bzw. eine beherrschende Marktstellung nicht an sich, sondern nur ein „exzessives“, durch Größenvorteile ermöglichtes unternehmerisches Verhalten. Beide Normen beziehen sich damit auf die besondere Verantwortung „großer“ Unternehmen für die Struktur des Marktes und der Auswirkungen ihres Verhaltens auf den Wettbewerb als Koordinationsmechanismus von Angebot und Nachfrage.¹²⁷⁰ Auch hierin kommt die Parallelität und wechselseitige Ergänzung der Verantwortung aus den Grundfreiheiten (Regelungs- und Durchsetzungsmacht¹²⁷¹) zur Geltung. Die Normen beziehen sich gleichermaßen i.w.S. auf das Marktmachtkonzept und begründen eine Verantwortung für die Marktstruktur und den Einfluss letzterer auf den Wettbewerb.

Dennoch bestehen wegen der „Unvollständigkeit“ des Art. 37 AEUV – der spezifischen Eingrenzung auf die Umformung von Handelsmonopolen – Schutzlücken. Weder Produktionsmonopole noch Dienstleistungs- oder Finanzmonopole werden erfasst.¹²⁷² Zudem bezieht sich die Norm nicht auf private Monopole, da diese in ihren Auswirkungen über die insoweit spezielleren Art. 101, 102 AEUV erfasst werden, die aber wiederum keine „Umformung“ anordnen. Genau betreffend diese Lücken wirken sodann die Grundfreiheiten, nämlich soweit nicht die spezifischen „Größenvorteil“ eines Monopols im Sinne der Funktionsmechanismen des Kapazitätswettbewerbs in Rede stehen. Dieses Konnexitätsverhältnis wird bestätigt über die Ergänzungsfunktion des Art. 37 AEUV im Verhältnis zu Art. 34, 36 AEUV betreffend die Kontrolle von Marktverhalten (siehe zuvor (2)).

¹²⁶⁹ A. Epiney, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (1999), Art. 31 EG, Rn. 2.

¹²⁷⁰ T. Kingreen, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 37 AEUV Rn.1/6.; W. Berg, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht (2015), Art. 37 AEUV, Rn. 7.

¹²⁷¹ Hierzu im Detail sogleich III.

¹²⁷² Zur Abgrenzung verschiedener Formen von Monopolen in den Mitgliedstaaten W. Berg, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 37 AEUV, Rn. 10-43.

(5) *Parallelität zur FKVO (Marktstrukturkontrolle)*

Die Fusionskontrollverordnung (FKVO) ist eine sekundärrechtliche Kodifikation der Rechtsprechung zu Art. 85, 86 EWG-Vertrag bzw. Art. 81, 82 EG, jetzt Art. 101, 102 AEUV, bzgl. der Anwendung des Kartellrechts auf Unternehmenszusammenschlüsse.¹²⁷³ Die Zielsetzung der FKVO steht folglich ebenso in einem Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerbsprinzip und service public Ansatz, wie dies bei Art. 106 AEUV der Fall ist. Bereits das Ringen um die Einführung einer europäischen Fusionskontrolle war damit belastet. Es war keineswegs selbstverständlich, dass die FKVO in erster Linie dem Wettbewerbsschutz dienen sollte. Viele, insbesondere südeuropäische Mitgliedstaaten, sahen die Fusionskontrolle als wirtschaftliches Steuerungsinstrument an, mit dem sich allgemeine wirtschaftspolitische Zielsetzungen verfolgen lassen, wie etwa die Förderung bestimmter Wirtschaftszweige, Regionen, die Verteidigung europäischer Industrie vor außereuropäischen Wettbewerbern, der Schutz von Arbeitsplätzen oder die Steuerung technologischer Entwicklungen.¹²⁷⁴ Diese Diskussion ist bei weitem nicht abgeschlossen, sondern im Gegenteil durch die Akzentverschiebungen mit dem Vertrag von Lissabon neu entfacht. Folgt man aber, wie hier, einem funktional-wettbewerbsökonomischen Ansatz, so ist die FKVO im Kern darauf gerichtet, die Marktstruktur schädigende Zusammenschlüsse zu verhindern. Genauso ist auch Art. 37 AEUV auf ein Marktstrukturproblem gerichtet. *Ernst-Joachim Mestmäcker* hat dies wie folgt formuliert:

„Das wichtigste Strukturproblem folgt daraus, dass die Handelsmonopole als Unternehmen in der Lage sind, in die Märkte anderer Mitgliedstaaten einzudringen, während es für ihre Wettbewerber in diesen Staaten nur den Zugang zum Markt über das Monopol gibt. Die Monopole können deshalb die eigenen unternehmerischen Interessen auf die ihrer Wettbewerber abstimmen, deren Waren sie in ihrem Hoheitsbereich absetzen. Das Handelsmonopol kann also diejenige Freiheit ausüben, welche das Unionsrecht durch die Schaffung des Binnenmarktes im Warenverkehr gewährleistet, zugleich aber diejenigen Handelshindernisse ohne Verstoß gegen unionsrechtliche Vorschriften aufrecht erhalten, gegen welche das Unionsrecht gerichtet ist.“¹²⁷⁵

In dogmatischer Perspektive folgt daraus zweierlei: Erstens ist der FKVO und Art. 37 AEUV gemeinsam, dass beide Monopole nicht verbieten. Zweitens sind sie in ihrer Funktion diametral entgegengesetzt. Während die FKVO den Kontrollbereich der Art. 101, 102 AEUV gewissermaßen „präventiv“ erweitert und die Entstehung von für Marktstrukturen „schädlichen“ Großunternehmen verhindern soll, verpflichtet Art. 37 AEUV dazu, solche Handelsunternehmen zu restrukturieren. Auch hierin zeigt sich eine Konnexität von Grundfreiheiten, Art. 37 AEUV und FKVO. Zugleich wird über die

¹²⁷³ EuGH *Europemballage* „Continental Can“ (C-6/72, EU:C:1973:22) Rn. 25. Umfassend *C. Nowak*, Konkurrentenschutz in der EG – Interdependenz des gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes von Konkurrenten (1997), S. 106 ff.

¹²⁷⁴ *O. Koch*, in: MüKo EuWettbR (2007), Einl. A FKVO, Rn. 73.

¹²⁷⁵ *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Art. 37 AEUV, Rn. 20.

FKVO eine Verklammerung mit Art. 101, 102 AEUV sichtbar. Die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten beziehen sich aber *nicht direkt* auf das zuvor beschriebene „Strukturproblem“ (Input-Ebene), sondern auf an die Ware als *Output* anknüpfende Maßnahmen, welche auf das Wirtschaftssubjekt als Produzent „zurückwirken“. Hierin liegt wettbewerbsökonomisch betrachtet ein feiner, aber deutlicher Unterschied der Wettbewerbskontrolle. Entscheidend ist an dieser Stelle, dass sich die Kontrollgegenstände der Art. 34, 35 AEUV aber insoweit auf eine „ergänzende Wettbewerbskontrolle“ beziehen, die jenseits formaler Einordnungen gewährleistet sein muss, da diese die notwendige Ergänzung in der vertikalen Achse der Machtkontrolle darstellt.

(6) Dogmatische Konsequenzen

Die Grundfreiheiten stehen in einem Konnexitätsverhältnis zu Art. 37 AEUV betreffend die spezifischen Auswirkungen staatlicher Handelsmonopole auf die Marktstruktur und den damit *direkt* geschützten Kapazitätswettbewerb über „Größenvorteile“ als Ressource (Input-Ebene). Alle darüber hinausgehenden Auswirkungen eines Handelsmonopols auf den Binnenmarktprozess in Bezug auf die *Marktstruktur* und das *Marktverhalten*, welche nicht von Art. 37 AEUV oder über Art. 106 AEUV spezifisch (Kapazitätswettbewerb, Input-Ebene) erfasst werden, fallen damit gemäß der wettbewerbsökonomischen Funktionsabgrenzung nach dem „Ausschlussprinzip“, wie dargelegt, in den Kontrollbereich der Grundfreiheiten. *Direkt* beziehen sich die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten somit auf *alle* binnenmarktrelevanten Auswirkungen von Maßnahmen, welche nicht originär mit Handelsmonopolen zusammenhängen, sondern an Waren (Output-Ebene) anknüpfen, aber auf den hinter der Ware stehenden Warenproduzenten (Input-Ebene) zurückwirken. *Mittelbar*, d.h. über die dynamische Verweisung via Art. 106 Abs. 1 AEUV, umfassen die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten *sämtliche* Wirkungen und Verhaltensweisen von (öffentlichen) Unternehmen, die nicht direkt über Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101, 102 AEUV erfasst werden.

Das Verhältnis des Art. 37 AEUV zu Art. 106 AEUV und wiederum deren Verhältnis zu den Grundfreiheiten verdeutlicht in der Konnexitätsbetrachtung, dass sich die vorgenannten Normen jeweils auf spezifisch wettbewerbsökonomisch definierbare Aspekte bzw. typische Sachverhalte des Kapazitätswettbewerbs auf der Input-Ebene oder dessen Auswirkungen auf der Output-Ebene (Grundfreiheiten) beziehen. In der Betrachtung von vertikaler und horizontaler Kontrolle lassen sich die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten exakt in ihrer spezifischen Funktion für die Output-Kontrolle (und deren Rückwirkung auf den Input) von dem Kontrollgegenstand des Art. 37 AEUV und von den Kontrollgegenständen der Wettbewerbsregeln abgrenzen. Rechtlich-systemisch betrachtet müssen sämtliche der vorgenannten Normen interdependent zum Schutz der Marktstruktur und des Marktverhaltens zusammenwirken (funktionales Komplementärverhältnis).

cc) Art. 107 AEUV vs. Grundfreiheiten

In einer Darstellung der Konnexität von Beihilfenkontrolle, Art. 107 AEUV, und Grundfreiheiten zeigt sich das normativ-komplementäre Zusammenwirken beider subjektiv-rechtlicher interner Politiken im Hinblick auf die *Auswirkungen* des Kapazitätswettbewerbs (erste Wettbewerbsstufe) auf andere, nachgelagerte Wettbewerbsformen der ersten und zweiten Wettbewerbsstufe (vgl. wettbewerbsökonomische Analyse-matrix, I. 3. a) aa)). Erkennbar ist dies aus den nachfolgend dargestellten Zusammenhängen.

(1) Art. 34, 35 AEUV vs. Art. 107 AEUV

Grundsätzlich wendet der Gerichtshof die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) und die Beihilfenkontrolle (Art. 107 AEUV) nebeneinander an.¹²⁷⁶ Zur Begründung führt der Gerichtshof an, dass die Beihilfenkontrolle keinesfalls dazu diene, die Warenverkehrsfreiheit außer Kraft zu setzen. Die Bestimmungen über den freien Warenverkehr und die der Beihilfenkontrolle verfolgten vielmehr ein gemeinsames Ziel, welches darin bestehe, den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten unter normalen Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen.¹²⁷⁷

Fraglich ist, ob sich aus dem Verhältnis des Beihilfenverbotes zu den Grundfreiheiten ein dieses gemeinsam zugrundeliegendes Individualrecht auf unverfälschten Wettbewerb folgern lässt. *H.-J. Schroth und C. Koch* leiten ein solches Recht aus dem Vollzugsverbot des ex Art. 88 Abs. 2 Satz 3 EG her.¹²⁷⁸ Entsprechend stellen sie Überlegungen zu den Möglichkeiten einer Subventionsbeschwerde gegenüber der Kommission an, quasi als Ersatz für den fehlenden direkten dezentralen Rechtsschutz auf nationaler Ebene gegen begünstigte Konkurrenten. Einer solchen Herleitung aus dem Vollzugsverbot des ex Art. 88 Abs. 2 Satz 3 EG bedarf es nach der hier vertretenen Auffassung nicht, da die grundlegenden Maßstäbe (Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie Markt- und Wettbewerbsgleichheit¹²⁷⁹) für alle subjektiv-rechtlichen internen Politiken des

¹²⁷⁶ EuGH *Iannelli & Volpi SpA gegen Ditta Paolo Meroni (Iannelli & Volpi)* (C-74/76, EU:C:1977:51) Rn. 5; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik (Steuervergünstigung)* (C-18/84, EU:C:1985:175) Rn. 13; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik (Fahrzeugbeihilfen)* (C-103/84, EU:C:1986:229) Rn. 19; EuGH *Du Pont de Nemours Italiana SPA gegen Unità Sanitaria locale Nr. 2 von Carrara (Carrara)* (C-21/88, EU:C:1990:121) Rn. 20; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik (Beihilfe zum Erwerb von Fahrzeugen)* (C-263/85, EU:C:1991, 212) Rn. 2.

¹²⁷⁷ EuGH *Steuervergünstigung* (C-18/84, EU:C:1985:175) Rn. 13; EuGH *Fahrzeugbeihilfen* (C-103/84, EU:C:1986:229) Rn. 19.

¹²⁷⁸ *H.- J. Schroth/C. Koch*, Subventionsbeschwerde, Ein Leitfaden zur Geltendmachung des Rechts auf unverfälschten Wettbewerb im EU-Recht (2001), S. 7, Ziff. 3. Schutzbereich des Art. 87 Abs. 1 EGV: „Schließlich gehört das Recht auf unverfälschten Wettbewerb zum Schutzbereich des Art. 87 Abs. 1 EGV. Wie bereits ausgeführt entfaltet Art. 87 Abs. 1 EGV direkte Schutzwirkung zu Gunsten des Konkurrenten, wenn das generelle Beihilfenverbot hinreichend durch Durchführungsvorschriften im Sinne des Art. 89 EGV oder durch Einzelfallentscheidungen konkretisiert worden ist. Aber auch das allgemeine Beihilfenverbot bringt wegen des ausdrücklich angeordneten Vollzugsverbotes (Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV) eine geschützte Rechtsposition des Konkurrenten zum Ausdruck, die als *Recht auf unverfälschten Wettbewerb* bezeichnet werden kann“.

¹²⁷⁹ Kapitel 3 F. und G.

AEUV aus dem Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot folgen, welche sich über diese ausdifferenzierend konkretisieren.

Ungeachtet dessen, ist die Anwendung von Art. 34 AEUV neben Art. 107 AEUV daher an sich nur in den Fällen ausgeschlossen, in denen es um die Qualifikation eines klaren „Entweder-oder“ einer staatlichen Regelung als Beihilfe (direkte Einwirkung auf die Kostenstruktur / Liquidität eines Wirtschaftssubjektes; Input-Ebene) oder einer „Maßnahme“ (indirekte Einwirkung auf das hinter der wirtschaftlichen Leistung stehende Wirtschaftssubjekt; Output-Ebene mit Rückwirkung auf die Input-Ebene) geht. Art. 107 AEUV stellt insoweit die speziellere Norm dar.¹²⁸⁰ Die Beihilfenkontrolle geht aber dann nicht Art. 34 AEUV vor, wenn es sich bei der Maßnahme um „von dem Beihilfenzweck abtrennbare Modalitäten“ handelt.¹²⁸¹ Ein solcher Fall lag beispielsweise den EuGH-Entscheidungen *Iannelli & Volpi* sowie *Kommission/Italien (Fahrzeugbeihilfen)* zugrunde. Dort wurde ein staatlicher Zuschuss zu Investitionen davon abhängig gemacht, dass die zur Durchführung benötigten Güter im Inland hergestellt werden.¹²⁸² Solche Modalitäten (hier: Herstellung im Inland) sind einer gesonderten Beurteilung zugänglich, weil sie zur Verwirklichung des Beihilfenzwecks nicht unerlässlich sind. Ein strenges Konkurrenzverhältnis von Art. 34 AEUV bzw. auch anderer Grundfreiheiten zu Art. 107 AEUV ergibt auch deshalb keinen Sinn, da die Rechtsfolge beider Normenfunktionen, die Unvereinbarkeit der staatlichen Maßnahme als Beihilfe oder als Beschränkung, gleich läuft. Die praktische Anwendung der Vorschriften in einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt führt daher regelmäßig zu materiell gleichen Ergebnissen.¹²⁸³

Eine Differenzierung ist allerdings unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten geboten, da für den Bereich der Beihilfenaufsicht die Kommission ausschließlich zuständig ist. Diese Kompetenzverteilung ist Resultat des Umstandes, dass der Beihilfenkontrolle per se (noch) keine unmittelbare Anwendbarkeit zukommt und Art. 107 AEUV daher als einzige Verbotsnorm der Internen wirtschaftlichen Politiken (noch) keinen dezentralen Individualrechtsschutz in den Mitgliedstaaten eröffnet.

(2) Das Verhältnis der anderen Grundfreiheiten zu Art. 107 AEUV

Bei der Auslegung und Anwendung des Beihilfenkontrollrechts durch die Kommission stellen sich nicht nur Abgrenzungsfragen zu der Warenverkehrsfreiheit, auch die wechselseitigen Verhältnisse zu den übrigen Grundfreiheiten sind bislang weitgehend ungeklärt.¹²⁸⁴ So ist z.B. eine gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßende Beihilfe in

¹²⁸⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Carl Otto Lenz EuGH *Carrara* (C-21/88, EU:C1989:600) Rn. 15-18; *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Art. 28 EG, Rn. 169 f. und Rn. 342 f.

¹²⁸¹ Siehe hierzu *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 28 EG, Rn. 171 und Rn. 343.

¹²⁸² EuGH *Iannelli & Volpi* (C-74/76, EU:C:1977:51) Rn. 4 und EuGH *Fahrzeugbeihilfen* (C-103/84, EU:C:1986:229) Rn. 11.

¹²⁸³ So auch die Schlussanträge des Generalanwalts Carl Otto Lenz EuGH *Carrara* (C-21/88, EU:C1989:600) Rn. 12.

¹²⁸⁴ Ebenso *Koenig/Kühling*, in: Streinz, EUV/EGV-Kommentar, Art. 87, Rn. 17.

der Regel nicht mehr der Genehmigung durch die Kommission fähig.¹²⁸⁵ Umgekehrt kann aber eine mit dieser vereinbare (gerechtfertigte) Maßnahme eine mit dem Beihilfenverbot unvereinbare und nicht freistellungs- oder genehmigungsfähige Beihilfe darstellen. Dieselben Grundsätze dürften auch im Verhältnis zu der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit gelten.

Die in der Praxis häufig bestehende Sachverhaltsidentität von Grundfreiheiten und Beihilfenkontrolle erklärt sich in der wettbewerbsökonomischen Perspektive durch den Zusammenhang von Aktionsparametern der ersten und der zweiten Wettbewerbsstufe bzw. der Input- und Output-Ebene.¹²⁸⁶ Eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Art. 107 AEUV liegt vor, wenn die Beihilfe tatsächlich oder potenziell in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs (durch Beeinflussung der Kostenstruktur / Liquidität; Input-Ebene) verändert. Erforderlich ist, dass Unternehmen oder Produktionszweige einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten, den sie unter marktconformen Bedingungen, also unter Umständen von „Wettbewerbsdruck“, nicht erhalten würden und dadurch die Marktbedingungen der Wettbewerber verändert werden.¹²⁸⁷ Die Beihilfenkontrolle knüpft damit direkt an wesentliche Faktoren des Kapazitätswettbewerbs an.

Demgegenüber beziehen sich die Grundfreiheiten in direkter Anknüpfung erstens auf Aktionsparameter der zweiten Wettbewerbsstufe, nämlich auf die kurzfristigen Aktionsparameter Preis und Menge, welche sich erst mittelbar auf den Kapazitätswettbewerb auswirken (über eine Zufuhr von Einnahmen an das Kapital oder an die Kasse / Liquidität), zweitens auf die langfristigen Aktionsparameter Qualität, Kompatibilität und Image der ersten Wettbewerbsstufe. In der Sachverhaltsidentität eines transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes ist indessen zu beachten, dass die unternehmerische Entscheidung zu den Wettbewerbsformen der zweiten Stufe auf der Output-Ebene (Preiswettbewerb, Mengenwettbewerb) limitiert ist durch die Ressourcen des Wirtschaftssubjektes (Kapazitätswettbewerb), und hier besonders durch die *Liquidität*¹²⁸⁸, welche auch die Kostenstruktur (z.B. Kreditkosten) als wesentliche Bedingung des Kapazitätswettbewerbs beeinflusst.¹²⁸⁹ Das interdependente Zusammenwirken von Aktionsparametern der ersten und der zweiten Wettbewerbsstufe zeigt deutlich, dass sich eine staatliche Maßnahme auf den Kapazitätswettbewerb als Variable der Input-Ebene *und zugleich* auf die Wettbewerbsformen der Output-Ebene, besonders den Preis und

¹²⁸⁵ EuGH *Bundesrepublik Deutschland gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Neue deutsche Länder)* (C-156/98, EU:C:2000:467) Rn. 78.

¹²⁸⁶ Siehe die Verschränkung der Variablen in der graphischen Darstellung der *wettbewerbsökonomischen Analysematrix*, zuvor bei B. I. 1. a) aa) („durchbrochene Linien“).

¹²⁸⁷ EuGH *Philip Morris Holland BV gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Philip Morris)* (C-730/79, EU:C:1980:209) Rn. 11.

¹²⁸⁸ Zur besonderen Bedeutung der Liquidität im Unternehmensmanagement siehe *F. G. von Kanitz*, Bilanzkunde für Juristen (2010), Rn. 82 ff. (Definition), Rn. 760 (Bewertung der Liquidität via Kapitalflussrechnung) und Rn. 866 ff. zur Liquiditäts- und Vermögensstrukturanalyse.

¹²⁸⁹ „Produktion bei gegebener Kapazität“, vgl. *K. Herdzina/S. Seiter*, Mikroökonomik (2015), S. 106 (4.4. sog. kurzfristige Analyse). Zur Produktionsfunktion siehe auch *F. Breyer*, Mikroökonomik (2015), S. 7 ff.

Mengenwettbewerb, auswirken kann. So ist beispielsweise die Effektivierung der Kostenstruktur mit dem strategischen Ziel einer sog. Kapazitäts- oder Kostenführerschaft verbunden, welche wiederum mittelbar Preis- und Mengenstrategien – als kurzfristige Parameter der zweiten Wettbewerbsstufe beeinflussen – Bei diesen wiederum sind die Stückkosten, d.h. Fixkosten und variable Kosten, Grenzkosten, Gesamtkosten usw. von der Kapazität abhängig.

Aus dem systemisch interdependenten Verhältnis der vorgenannten Wettbewerbsformen zueinander folgt, dass in der funktional-wettbewerbsökonomischen Abgrenzung der Normenfunktionen von Beihilfenkontrolle und Grundfreiheiten keine Konkurrenz, sondern eine wettbewerbsökonomische Wechselbezüglichkeit der Kontrolle besteht (Konnextität). Da sich die Verantwortung der Mitgliedstaaten bei Art. 107 AEUV indes auf eine andere Ebene des Wettbewerbsprozesses bezieht, nämlich wie bereits erläutert direkt auf den Kapazitätswettbewerb (Input-Ebene), müssen Grundfreiheiten und Beihilfenkontrolle per se nebeneinander angewendet werden.

Soweit in einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt eine Grundfreiheit oder mehrere Grundfreiheiten *und* Art. 107 AEUV verletzt sein sollten, besteht aus Sicht der aktiv legitimierten Partei eine Anspruchsmehrheit, welche indessen unschädlich ist, da in diesem Fall eine staatliche Verantwortung auf mehrere „Anspruchsgrundlagen“ gestützt wird und der Prozess bei einem Streitgegenstand (Sachverhaltsidentität in einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt) insoweit auf mehrere Gründe gestützt wird. Aus Sicht der passiv legitimierten Partei (Mitgliedstaat) besteht der wesentliche Unterschied darin, dass die Rechtsfolgen je nach gewählter „Anspruchsgrundlage“ variieren. Neben beispielsweise der *Unanwendbarkeit* einer staatlichen Maßnahme als Rechtsfolge des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten kann parallel ein *Rückforderungsanspruch* bezüglich der gewährten Beihilfe gegenüber dem begünstigten Beihilfenempfänger bestehen. Für den ersten Fall sind primär die mitgliedstaatlichen Instanzen zuständig, für die Durchsetzung und Überprüfung der Einhaltung der Beihilfenvorschriften ausschließlich die Kommission. Zudem bestehen in der Prüfung Unterschiede, da bei Art. 107 AEUV ein „Schwellenwert“ sekundärrechtlich umschrieben ist (Spürbarkeit, De-minimes Verordnung¹²⁹⁰) und eine Abwägung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zwischen positiven und negativen Auswirkungen einer Beihilfenmaßnahme erfolgt. Eine eher untergeordnete Rolle spielt demgegenüber die Notwendigkeits- und Erforderlichkeitsprüfung¹²⁹¹, welche bei den Grundfreiheiten zentral ist. Denn bei den Grundfreiheiten geht es in der Praxis gegenüber der Prüfung bei Art. 107 AEUV im Schwerpunkt um die Subsumtion einer Maßnahme als (Marktzutritts-)Beschränkung, d.h. einer Beeinflussung der transnationalen Mobilität durch die Anknüpfung an den Aktionsparametern einer Wettbewerbsform und ihre Unverhältnismäßigkeit.

¹²⁹⁰ Art. 2 Abs. 2 De-minimes Verordnung, VO Nr. 69/2001, ABl. L 10/30 (2001).

¹²⁹¹ Vgl. KOM, ABl. 1987 L 40/17; ABl. 1989 L 123/52; ABl. L 262/29 (1991); ABl. L 207/47 (1992).
Siehe hierzu auch *B. Bär-Bouyssièrè*, in: Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar (2000), Art. 87, Rn. 52.

(3) Dogmatische Konsequenzen

Beihilfenkontrolle und Grundfreiheiten bilden in der Konnexitätsbetrachtung ein normativ-komplementäres Kontrollsystem, welches sich auf spezifische Teilaspekte von Wettbewerbsformen der Input-Ebene und der Output-Ebene bezieht. Im Hinblick auf die Wettbewerbsform des Kapazitätswettbewerbs erfasst Art. 107 AEUV *unmittelbar* die Beeinflussung der Kostenstruktur bzw. Liquidität als Faktoren der Ressource eines Wirtschaftssubjektes (Input-Ebene). Die Grundfreiheiten wiederum flankieren diese Kontrolle auf der Output-Ebene in der Anknüpfung ihrer Kontrollgegenstände an die Aktionsparameter der Wettbewerbsformen (1) bis (6), wie diese in der wettbewerbsökonomische Analysematrix geordnet sind (siehe oben I. 3. a) aa)).

Beihilfenkontrolle und Grundfreiheiten schützen aus dem Blickwinkel des aktiv legitimierten Wirtschaftssubjektes damit parallel den Preis-/Mengenwettbewerb (Grundfreiheiten direkt, Art. 107 AEUV mittelbar) und den Kapazitätswettbewerb (Art. 107 AEUV direkt, Grundfreiheiten mittelbar). Die Grundfreiheiten kontrollieren überdies die Aktionsparameter der Wettbewerbsformen der Output-Ebene, deren Funktionsmechanismen (z.B. Finanzierung von Produktion oder Werbung) indessen maßgeblich von den zur Verfügung stehenden Ressourcen abhängen, also von den Bedingungen des Kapazitätswettbewerbs, welche direkt über Art. 107 AEUV erfasst sind, soweit es i.w.S. um die Kontrolle von Kostenfunktionen geht. Die damit gemäß dem Argument der Konnexität zwingend notwendige parallele Kontrolle von Art. 107 AEUV und Grundfreiheiten belegt, dass die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV einer gemeinsamen prinzipiellen Grundlage ihrer Kontrollgegenstände und Kontrollmaßstäbe bedürfen, wie dies in Kapitel 3 begründet wurde (Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot).

Im Hinblick auf die Anwendungsebene (Zweiter Teil der Untersuchung) liefern die Teleologie der Konnexität, die normativ-funktionale Komplementarität (siehe zuvor) und die Teleologie der Werte und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (Kapitel 3 B. III. und zuvor A.) eine hinreichende dogmatische Basis für eine parallele Auslegung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln. Dieser Befund wird insbesondere relevant für die Revision der geltenden Konzeption auf der Ebene von Rechtfertigungen und Ausnahmen bei den Grundfreiheiten¹²⁹², denn im Gegensatz zu der Handhabung bei den Grundfreiheiten orientiert sich die Praxis bei Art. 107 AEUV je nach konkret in Betracht kommenden Ausnahmetatbestand am Einzelfall, unter Berücksichtigung der Parameter einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb.¹²⁹³ Eine analoge Konzeption bei den Grundfreiheiten wäre mit praktischen Vor-

¹²⁹² Zur dogmatisch-konzeptionellen Analyse der Friktionen bei der Rechtfertigung (Inkongruenz von Tatbestand und Ausnahmen) siehe Kapitel 5 C. III sowie zur Revision Kapitel 6 B. und C.

¹²⁹³ So bereits zum Gemeinschaftsrecht ausdrücklich auch C. Koenig/J. Kühling, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 87, Rn. 68. Dabei ist das von der Kommission verfolgte wettbewerbspolitische Leitbild von entscheidender Bedeutung für die maßgeblichen Faktoren und die Prüfdichte der Abwägung. Um einen Gleichklang der Abwägungsmaßstäbe zu erreichen, sollte dieses Leitbild ebenso für die Interpretation des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot herangezogen werden, siehe hierzu Kapitel 6 B. und C.

teilen verbunden, da die maßgeblichen Abwägungskriterien der Kommission zu einem großen Teil in Form von *Leitlinien* und *Gemeinschaftsrahmen* bereits vereinheitlicht bzw. standardisiert sind.¹²⁹⁴

b) *Implikationen für die Funktion der Grundfreiheiten*

Die Funktionsabgrenzung in der Konnexität von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln betreffend den Kapazitätswettbewerb hat gezeigt, dass sich die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten nur mittelbar auf den Schutz der Funktionsmechanismen des Kapazitätswettbewerbs als Wettbewerbsform der Input-Ebene beziehen. Vielmehr ergänzen die Grundfreiheiten den direkt über Art. 102 AEUV, Art. 106 AEUV und Art. 107 AEUV sowie Art. 37 AEUV bestehenden Schutz, indem sie die „Rückwirkungen“ von Maßnahmen betreffend die Wettbewerbsformen der Output-Ebene, also die Aktionsparameter (1) bis (6) der wettbewerbsökonomischen Analysematrix, auf das hinter der wirtschaftlichen Leistung stehende Wirtschaftssubjekt in die Kontrolle einbeziehen. Auf diese Weise lässt sich die Funktion der Grundfreiheiten einerseits klar von den Funktionen der vorgenannten Normen abgrenzen, andererseits ergibt sich aus den Interdependenzen von Kapazitätswettbewerb und Preiswettbewerb, dass die Grundfreiheiten und Art. 107 AEUV in der Regel parallel anzuwenden sind, da sich die Kostenstruktur (Kontrollgegenstand Art. 107 AEUV) als Ressource des Wirtschaftssubjektes stets auf die Möglichkeiten der Preisgestaltung und vice versa der erzielbare Preis (Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten, wie im Fall EuGH *Keck* bzgl. der französischen Mindestpreisregelung) stets über die Einnahme als Rückfluss in das Kapital oder die Kasse des Wirtschaftssubjektes die Ressourcen, insbesondere die Liquidität beeinflusst.

Die Konnexitätsbetrachtung hat überdies gezeigt, dass sich die Kontrolle der Grundfreiheiten nicht direkt auf die unternehmerische Infrastruktur, also materielle Ressourcen (wie Mobilien, Immobilien bzw. Anlagevermögen, Umlaufvermögen) und auch nicht auf immaterielle Ressourcen (wie Patente, Know-how etc.) bezieht. Die Kontrolle des Kapazitätswettbewerbs betrifft die Unternehmensgröße an sich, insbesondere das Monopol (Art. 37 AEUV, Art. 102 AEUV, Art. 106 AEUV, FKVO) und die Parameter der internen Kostenstruktur bzw. der Liquidität (Art. 107 AEUV). Aus der Perspektive des Wirtschaftssubjektes sind damit langfristige Wettbewerbsstrategien auf der ersten Wettbewerbsstufe betroffen.

Die Kontrolle des Kapazitätswettbewerbs (Input-Ebene) tangiert daher dem Grunde nach alle Wettbewerbsformen der Output-Ebene. In der Praxis erfolgt deshalb zu Recht eine kumulative Anwendung der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln bei einer Sachverhaltsidentität. Doch gerade weil die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, je nach Wettbewerbsform, kumulativ anzuwenden sind, ist einerseits eine Auslegung entsprechend der Teleologie der Werte- und Zielidentität (Kapitel 3 B. III. und

¹²⁹⁴ Ein Teil dieser Leitlinien wird durch Gruppenfreistellungsverordnungen ersetzt - Kleine und mittlere Unternehmen (KMU), VO 70/2001, ABl. L 10/33 (2001); Ausbildungsbeihilfen, VO 68/2001, ABl. L 10/20 (2001); Beschäftigungsbeihilfen, VO 2204/2002, ABl. L 337/3 (2002) -, welche auf Grundlage der Ermächtigungsverordnung, VO Nr. 994/98, ABl. L 142/1 (1998), ergangen sind.

zuvor A.) erforderlich und andererseits eine präzise Abgrenzung der Kontrollgegenstände im Hinblick auf unterschiedliche Rechtsfolgen und Zuständigkeiten nötig. So besteht beispielsweise für die Beihilfenkontrolle (noch) eine ausschließliche Zuständigkeit der Kommission. Soweit die Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln parallel zur Anwendung gelangen, bestehen unterschiedliche Rechtsfolgen bei den Wettbewerbsregeln (Geldbußen, Rückforderung von Beihilfen) und Grundfreiheiten (Unanwendbarkeit der Regelung und Staatshaftungsansprüche). Eine exakte Abgrenzung der Kontrollgegenstände ist auf der Basis der hier dargelegten Konnexität aber leistbar, so dass die vorgenannten Gesichtspunkte unterschiedlicher Rechtsfolgen und Verfahren kein dogmatisch-konzeptionelles Hindernis für die funktionale Auslegung der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände darstellen und eine gleichlaufende subjektiv-rechtliche Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot und dessen Maßstäbe (vgl. Kapitel 3 F.) via Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln möglich ist.

2. **Image-, Kompatibilitäts-, Diversifikations- und Qualitätswettbewerb**

Betreffend diejenigen Wettbewerbsformen, welchen typischerweise langfristige Output-Entscheidungen auf der ersten Wettbewerbsstufe zugrunde liegen (Image-, Kompatibilitäts-, Diversifikation- und Qualitätswettbewerb), lassen sich die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln ebenso funktional voneinander abgrenzen, wie zuvor bei dem Kapazitätswettbewerb (siehe oben 1.).

Die Aktionsparameter der ersten Wettbewerbsstufe der Output-Ebene betreffen regelmäßig langfristige unternehmerische Entscheidungen zu Wettbewerbsstrategien, welche, wie bereits gezeigt wurde (zuvor 1. a) cc)), den kurzfristigen Aktionsparametern des Preis- und Mengenwettbewerbs vorausgehen. Im Mittelpunkt der nachfolgenden Konnexitätsanalyse der Funktionszusammenhänge steht daher der Schutz der Entscheidungsfreiheit des Wirtschaftssubjektes für Wettbewerbsstrategien betreffend die Anknüpfung an objektive Merkmale des Outputs, welche gerade nicht kurzfristig geändert werden können. Hierauf beziehen sich die Kontrollgegenstände sämtlicher Grundfreiheiten, da alle von den Grundfreiheiten erfassten Marktbereiche primär die Output-Ebene des Wirtschaftssubjektes betreffen (vgl. die Übersicht zur Konnexitätsordnung oben bei I. 3. b)).

a) *Funktionszusammenhänge*

Auf den Schutz der Output-Ebene des Wirtschaftssubjektes beziehen sich die Kontrollgegenstände der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, Art. 34, 35 AEUV und Art. 56 AEUV. Ebenso werden die Merkmale von Finanzprodukten erfasst, Art. 63 Abs. 1 AEUV. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV, erfasst ebenso die Output-Ebene, zumindest soweit es um Variablen der persönlichen Differenzierung geht. Bei der Niederlassungsfreiheit, Art. 49, 54 AEUV, können etwa virtuelle Unternehmensformen oder besondere Gestaltungen von Gesellschaften i.w.S. einen zu schützenden Output darstellen.

Den Qualitäts- und/oder Diversifikationswettbewerb, etwa auf der Grundlage von Innovationen als Aktionsparameter der Input-Ebene der ersten Wettbewerbsstufe, betreffen diejenigen Sachverhalte bei den Grundfreiheiten, bei denen Maßnahmen an die Beschaffenheit des Outputs als Leistungssubstrat des Inputs anknüpfen. Dies sind Fallgruppen bei der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34, 35 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), soweit Maßnahmen die Verkehrsfähigkeit, Verwendungsbeschränkungen oder Zulassungserfordernisse i.w.S. betreffen. Soweit Finanzprodukte, z.B. ebenso mittels Innovationen (etwa ein neues Anlagemodell auf der Basis von Hedges), auf einer vertikalen oder horizontalen Differenzierung gegenüber Wettbewerbern beruhen, gehören auch diese Fallgruppen der Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 Abs. 1 AEUV, dazu. Der Kontrollgegenstand der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV, bezieht sich wiederum auf einen „persönlichen Diversifikationswettbewerb“, soweit es um Variablen der Qualifikationsdifferenzierung gegenüber konkurrierenden Arbeitnehmern geht, im Sinne eines Leistungswettbewerbs der natürlichen Wirtschaftssubjekte (persönlicher „Profilwettbewerb“). Die Zahlungsverkehrsfreiheit nach Art. 63 Abs. 2 AEUV ist wiederum als notwendige Ergänzung der Grundfreiheiten bezüglich der Nachfrageseite zum Schutz der Gegenleistung betroffen. Betreffend die Wettbewerbsregeln, Art. 101, 102 AEUV, sind regelhaft die Wettbewerbsformen der ersten und zweiten Wettbewerbsstufe erfasst.

aa) Art. 101 AEUV vs. Grundfreiheiten

Während sich die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten auf das Leistungssubstrat als *Output* selbst beziehen, Art. 34, 35 AEUV (die Ware) und Art. 56 AEUV, bzw. auf die objektiven Merkmale der Leistung, Art. 45 AEUV, Art. 49, 54 AEUV, Art. 63 AEUV (siehe die Übersicht zur Konnexitätsordnung der Grundfreiheiten, I. 3. b)), bezieht sich der Kontrollgegenstand des Kartellverbotes von Art. 101 AEUV auf die *Koordination* der Aktionsparameter von Wettbewerbsformen. Die Koordination ist, als Vereinbarung oder abgestimmtes Verhalten, ein zweiseitiges oder mehrseitiges Verhältnis von Unternehmen und kann sich grundsätzlich auf sämtliche Aktionsparameter beziehen, wie den Preis (Preiskartell), die Menge usw. Demgegenüber ist für die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten ein *einseitiges* (vertikales) Verhältnis charakteristisch, welches sich zudem in einer *nicht-unternehmerischen* Verhaltensweise ausdrückt. „Nicht-unternehmerisch“ ist hier nicht gleichzusetzen mit „nicht-wirtschaftlich“. Der Begriff „unternehmerisch“ bezieht sich in der funktional-systemischen Betrachtung eindeutig definierbar auf die *Institution Unternehmen* bzw. ein unternehmerisch tätiges Wirtschaftssubjekt als ein Konzept, welches eine „Bündelung von Verträgen“ darstellt.¹²⁹⁵ Der Begriff „wirtschaftlich“ umfasst demgegenüber die *Institution Wirtschaft* als gesellschaftliches Arrangement¹²⁹⁶, mit dem technischen Prozess einer Teilnahme *im* Markt, d.h. an den wettbewerblich organisierten Tauschprozessen von Angebot und Annahme des Binnenmarktes.

¹²⁹⁵ P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 309 f.

¹²⁹⁶ Umfassend N. Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft (1994/2015) passim.

Diese Differenzierung bzw. nicht Gleichsetzung von „unternehmerisch“ und „wirtschaftlich“ kommt u.a. auch in der EuGH-Rechtsprechung zur Definition des „funktionalen Unternehmensbegriffs“ sowie in der Rechtsprechung zu den sog. Entzugstatbeständen zum Ausdruck, welche in Abschnitt III. nachfolgend noch ausführlich einbezogen wird. Aus dieser Gegenüberstellung der systemischen Funktionalitäten von Art. 101 AEUV und den Grundfreiheiten ist für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten ersichtlich, dass sich deren Kontrolle auf einseitige und nicht-unternehmerische Handlungen bezieht, gegenüber der Kontrolle zweiseitiger, unternehmerischer Handlungen durch Art. 101 AEUV.

bb) Art. 102 AEUV vs. Grundfreiheiten (Marktmachtkonzept)

Im Unterschied zu Art. 101 AEUV, dessen Kontrollgegenstand zweiseitige Verhältnisse, also i.w.S. die Koordination von Aktionsparametern erfasst, ist der Kontrollgegenstand von Art. 102 AEUV („Missbrauchsverbot“) auf einseitiges Verhalten von Unternehmen ausgerichtet, die mit besonderer Marktmacht ausgestattet sind.¹²⁹⁷ Die Aufgabe von Art. 102 AEUV besteht darin, der Verfälschung von Wettbewerbsprozessen, welche aus dem „missbräuchlichen“ Einsatz von Marktmacht resultieren, entgegen zu wirken.¹²⁹⁸

Demgegenüber stehen die Mitgliedstaaten den im Markt agierenden Wirtschaftssubjekten der Privatwirtschaft durch das Gesetzgebungsrecht als Gesetzgeber, Exekutive oder als Judikative mit Gestaltungsmacht und Durchsetzungsmacht (Vollstreckungshandlungen, strafrechtliche Sanktionen etc.) im Sinne von „Regelungsmonopolisten“ zur Gestaltung von Rahmenbedingungen (Makroumwelt) gegenüber. Die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen verfügen daher betreffend den Markt auch über – demokratisch legitimierte – Marktgestaltungsmacht, die sich bei gezielter (selektiver) Anknüpfung an Aktionsparameter relevanter Wettbewerbsformen auch als faktische Macht *auf* den Markt darstellt (Gestaltungsmacht). Dem Gewaltmonopol des Staates ist immanent, dass die gestalteten Regelungen stets (vertikal) durchgesetzt werden können (Durchsetzungsmacht).

Insoweit zeigt sich in der funktional vergleichenden Konnexitätsbetrachtung von Art. 102 AEUV und Grundfreiheiten, dass die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten „demokratisch begründete Monopolrechte“ betreffen. Dies wird inzwischen auch durch die Erstreckung der Kontrolle nationaler Monopole am Maßstab der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit und die durch diese erfolgenden Beschränkungen bezogen.¹²⁹⁹ *Jörg Gundel* weist diesbezüglich darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Auslegung der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote, solche Beschränkungssachverhalte noch nicht erfasst waren.¹³⁰⁰ Bezogen auf solche strukturellen Einwirkungen *auf* den Markt zeigt sich hier, dass die Grundfreiheiten funktional parallel wie Art. 102 AEUV

¹²⁹⁷ Siehe hierzu umfassend, auch in der Perspektive von Recht und Ökonomie *W. Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch* (2010) passim.

¹²⁹⁸ *T. Eilmansberger*, in: *MüKo EuWettbR* (2007), Art. 82 EG, Rn. 4.

¹²⁹⁹ *J. Gundel*, in: *MüKo, Europäisches Wettbewerbsrecht*, Band 1 (2007), Art. 86 EG, Rn. 69 m.w.N.

¹³⁰⁰ *J. Gundel*, ebd. (2007), Art. 86 EG, Rn. 69.

ausgerichtet sind. Insoweit liegt den Grundfreiheiten dasselbe Konzept von Machtkontrolle wie Art. 102 AEUV zugrunde. Diese über die Kontrolle der Grundfreiheiten bestehende „Monopol“- bzw. Autonomieverantwortung der Mitgliedstaaten für die Auswirkungen von Gesetzen, Verwaltungshandeln oder das Handeln der Judikative *auf* den Markt, kommt in der Rechtsprechung zur Verantwortung für legislatives und judikatives Unrecht (richterrechtliches Staatshaftungsrecht bei einer Verletzung des Primärrechts¹³⁰¹) besonders deutlich zum Ausdruck. Ebenso zeigt die Rechtsprechung zur horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten (hierzu sogleich noch näher unter III. 1. b) und 2. b)), dass der Gerichtshof dann eine Privathaftung für Eingriffe in die Grundfreiheiten annimmt, wenn Private der Marktgegenseite mit „Macht“ gegenüber stehen, z.B. im Sinne von Kollektiv oder mit intermediärer Gewalt ausgestattet. Dies ist nach dem hier zugrunde gelegten funktional-systemischen Verständnis eine solche Machtposition, welche der Regelungs- und Durchsetzungsmacht von Staaten gleichkommt.

Demnach liegt hier die Begründung für die Verantwortung von Macht zur Marktbeeinflussung in der Verantwortung für eine strukturelle Überlegenheit i.S.v. Marktmacht auf der einen Seite – Art. 102 AEUV - für (horizontale) Handlungen *im* Markt, und für Regelungs- und Durchsetzungsmacht – Grundfreiheiten – betreffend (vertikale) Handlungswirkungen *auf* den Markt auf der anderen Seite. Im Unterschied zu Art. 102 AEUV, wird der Staat daher konsequent nur bei Art. 106 AEUV bzw. Art. 37 AEUV selbst als „Konkurrent“ mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht gemittelt über ein „öffentliches Unternehmen“ bzw. „Handelsmonopol“ *im* Markt betrachtet, weil dadurch faktisch auch Marktmacht besteht. In allen anderen Fällen setzt der Staat den (Ordnungs-)Rahmen von „außen“, etwa auf der Basis seiner Wirtschaftspolitik, bewegt sich also nicht *im* Markt. Bei Privaten (horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten) handelt es sich demgegenüber um die Unternehmenspolitik, welche andere Wirtschaftsteilnehmer (Konkurrenten) im Marktverhalten beeinflussen kann. Geschieht diese Beeinflussung mittels marktfremder Verhaltensweisen, also nicht durch den Gebrauch von Aktionsparametern, dann liegt ein Verstoß gegen Art. 101, 102 AEUV oder auch gegen die Grundfreiheiten vor. Im Vergleich zum Zivilrecht handelt es sich dabei i.w.S. um Sachverhalte eines „kollusiven Zusammenwirkens“ gegenüber bzw. zu Lasten Dritter.

Marktmacht und/oder Regelungs- und Durchsetzungsmacht bedeutet im Licht der Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union sowie deren Werte fundierten Wettbewerbsökonomik, dass eine Begrenzung von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit auf der Basis von (Macht-)Ungleichheit vorliegt.¹³⁰² Art. 102 AEUV betrifft damit eine nicht Werte konforme, nämlich i.w.S. „ungerechte“ Ausübung von unternehmerischer (privatautonomer) Freiheit und begrenzt damit den Aktionsradius marktmächtiger Unternehmen.¹³⁰³ Die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten und die Kontrollgegenstände von Art. 101, 102 AEUV schützen den Wettbewerb damit parallel (vertikal/horizontal) sowohl für die (Markt-)Gleichheit, Freiheit und Gerechtigkeit anderer

¹³⁰¹ EuGH *Gerhard Köbler gegen Republik Österreich (Köbler)* (C-224/01, EU:C:2003:513) Rn. 53.

¹³⁰² Hierzu bereits Kapitel 3 B. II. Funktionale Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung, 2. Grundtelos: Begrenzung von Macht.

¹³⁰³ H. Schröter, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 82 EG, Rn. 35.

Wirtschaftssubjekte (Marktverhalten) als auch im Sinne einer Institution¹³⁰⁴, im Interesse der Marktstruktur und zur Erhaltung notwendiger Spielräume für Konkurrenten (Handlungsfreiheit) und die Marktgegenseite (Wahlfreiheit).

Die Funktion der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln stehen daher durchaus in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander. Die Begrenzung der Geschäftspolitik großer Unternehmen darf folglich nicht die Grenze hoheitlicher Lenkung des Marktes überschreiten und muss sich daher auf das für den Schutz leistungsadäquater Strukturen Notwendige reduzieren. Typische Folgen eines nicht mehr vom Wettbewerb gesteuerten Marktes sind die Ausbeutung von Zulieferern, der Marktgegenseite sowie die Verfälschung des Wettbewerbs auf den vorgelagerten oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen und auf horizontal benachbarten Märkten. Kennzeichnend ist insbesondere die Tendenz des Marktbeherrschenden, seine Position mit unlauteren und nicht seiner Leistung entsprechenden Mitteln zu behaupten und auszubauen. Dies erfolgt regelmäßig durch die Behinderung von aktuellen und potentiellen Konkurrenten. Letzteres führt zu einer weitgehenden Ausschaltung des Wettbewerbs. Art. 102 AEUV befugt nach geltender Auslegung weder dazu, die Entstehung neuer beherrschender Stellungen zu verhindern noch bereits vorhandene Machtstellungen zu beseitigen, sondern sanktioniert gezielt den Missbrauch einer solchen Machtstellung. Die einzige primärrechtliche Ausnahme bildet insoweit Art. 37 AEUV, der wiederum gezielt die „Umformung“ staatlicher Handelsmonopole betrifft, und zwar unabhängig von einem Missbrauchstatbestand. Mit der Etablierung eines umfassenden Monopolisierungsverbotes würden einem internen Wachstum von Unternehmen per se quantitative Grenzen gesetzt werden. Eine entsprechende generelle Entflechtungsregelung würde in der Folge dazu zwingen, auch auf echter Leistung beruhendes internes Wachstum – im Gegensatz zum externen Wachstum, dessen Kontrolle der Fusionskontrollverordnung obliegt – zu begrenzen. Im Szenario eines funktionierenden Wettbewerbs würde internes Unternehmenswachstum indessen durch Konkurrenz eingedämmt. Diese hier nur skizzierbaren Grundsätze der Machtkontrolle via Art. 102 AEUV gelten gemäß der Konnexität analog auch für vertikale Maßnahmen, und so für die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten in der Kontrolle von Regelungs- und Durchsetzungsmacht.

cc) Dogmatische Konsequenzen

Aus der bei aa) dargelegten funktionalen Differenzierung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten und Art. 101 AEUV sowie den dabei maßgeblichen Funktionszusammenhängen folgt ein Konnexitätsverhältnis der Kontrolle von *einseitig, nicht-unternehmerischen Handlungen* via Grundfreiheiten einerseits (Maßnahme), andererseits von *zweiseitig, unternehmerischen Handlungen* via Art. 101 AEUV (Unternehmen). Daneben folgt aus der bei bb) dargelegten Unterscheidung von *Marktmacht* (Art. 102 AEUV) sowie *Regelungs- und Durchsetzungsmacht* (Grundfreiheiten), dass sich das normative Komplementärverhältnis der Grundfreiheiten zu Art. 102 AEUV mithilfe dieser funktional bestimmten Machtkonzepte definieren lässt. Damit ergibt sich

¹³⁰⁴ H. Schröter, in: ebd., Art. 82 EG, Rn. 23.

für die Funktionsbestimmung der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände, dass sich deren Kontrolle auf vertikale Handlungen beziehen, welche durch folgende Merkmale gekennzeichnet sind: einseitig, nicht- unternehmerisch, Rechtssubjekt mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht.

b) Implikationen für die Funktion der Grundfreiheiten

Der wesentliche Unterschied zwischen der Funktion von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln besteht gemäß der Konnexitätsbetrachtung darin, dass die Kontrollgegenstände von Art. 101, 102 AEUV direkt auf wettbewerblich relevanten Aktionsparameter der ersten und zweiten Wettbewerbsstufe der Output-Ebene gerichtet sind, während sich die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten direkt auf das Leistungssubstrat, also den Output (Ware, Dienstleistung, Arbeitskraft usw.) beziehen und zugleich mittelbar auf das hinter dem Output stehende Wirtschaftssubjekt. Auch dieser Befund bestätigt ebenso wie die vorangehenden, die funktionale Differenzierbarkeit von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln auf der Basis einer zielidentischen Umsetzung des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot. Zugleich besteht damit das Erfordernis, die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote unter Berücksichtigung der bestehenden dogmatisch-konzeptionellen Friktionen¹³⁰⁵ zu revidieren und über das Konvergenzargument hinausgehend eine für sämtliche Grundfreiheiten maßgebliche Struktur (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) zu etablieren.¹³⁰⁶

3. Preis- und Mengenwettbewerb

Abschließend sind für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten die Wettbewerbsformen der zweiten Wettbewerbsstufe mit kurzfristigen Entscheidungen, also der Preis- und der Mengenwettbewerb in den Blick zu nehmen. Die Abgrenzung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln erfolgt hierbei über die Anknüpfung an den Preis- und/oder Mengenmechanismus. Wie zuvor bei den Wettbewerbsformen der ersten Stufe erörtert, bestehen Interdependenzen zwischen den Wettbewerbsformen der ersten und der zweiten Stufe, insbesondere zu dem Kapazitätswettbewerb (Input-Ebene).

a) Funktionszusammenhänge

Bei einer Betrachtung der Konnexität von Grundfreiheiten und Warenmarktregeln zeigt sich betreffend den Preis- und Mengenwettbewerb als Wettbewerbsformen der zweiten Wettbewerbsstufe folgendes Bild.

Im Vordergrund stehen die unmittelbar auf den Warenverkehr bezogenen Warenmarktregeln, also Art. 30 AEUV (Zoll als finanzielle Belastung der Ware wegen des Grenzübertritts) und Art. 110 bis 112 AEUV (Verbot tarifärer Handelshemmnisse – Steuer als finanzielle Belastung der Ware wegen des Grenzübertritts). Bei den Grund-

¹³⁰⁵ Siehe Kapitel 1 A. II. 1. und Kapitel 5.

¹³⁰⁶ Hierzu nachfolgend Kapitel 6.

freiheiten stehen hiermit wegen des Warenbegriffs im direkten Zusammenhang die Art. 34, 35 AEUV („Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen“ bei Waren und „Maßnahmen gleicher Wirkung“ – nicht tarifäre Handelshemmnisse) sowie neben Art. 34, 35 AEUV alle Grundfreiheiten, soweit sich diese jenseits des Warenverkehrs auf den Preis und/oder die Menge des Outputs beziehen.

Das Verbot tarifärer Handelshemmnisse in Art. 110-112 AEUV und das Zollverbot in Art. 30 AEUV ergänzen die Warenverkehrsfreiheit, also im Hinblick auf die Beeinflussung der Kostenstruktur durch die Anknüpfung an den Aktionsparameter Preis im weitesten Sinne. Daher gehören diese – anders als die Grundfreiheiten – nicht zu den Wettbewerbsformen der ersten Wettbewerbsstufe. Steuern führen zu einer Ausgabe des Unternehmens und begrenzen die Liquidität und damit den Handlungsspielraum. Sie wirken sich auch unmittelbar auf unternehmerische, strategische Entscheidungen aus, z.B. in welchen Ländern unter Gesichtspunkten der Steueroptimierung sich eine Aktivität lohnt. Auch Zölle wirken sich unmittelbar auf die Kosten- bzw. Preiskalkulation aus.

Bei den Wettbewerbsregeln bezieht sich Art. 101 AEUV unmittelbar auf die Preiskalkulation und den Mengenmechanismus entsprechend der Regelbeispiele a) „unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise [...]“ und b) „die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes [...]“. Dies gilt strukturgleich für Art. 102 AEUV, unter der Voraussetzung von Marktmacht und deren Missbrauch, im Sinne einer unternehmerischen Einflussnahme auf den Preiswettbewerb (Regelbeispiel a. z.B. durch sog. Kampfpreisunterbietung) oder Mengenwettbewerb (vgl. Regelbeispiel b.).

aa) Art. 30 AEUV vs. Grundfreiheiten

Das Zollverbot und das Verbot von Abgaben gleicher Wirkung verbieten, dem Wesen der Zollunion entsprechend, finanzielle Belastungen an den Grenzübertritt einer Ware zu knüpfen, weil damit der Preis der aus einem anderen oder in einen anderen Mitgliedstaat verbrachten Ware im Verhältnis zu einheimischen Waren erhöht würde.¹³⁰⁷ Art. 30 AEUV ergänzt damit die Art. 34, 35 AEUV normativ komplementär im Bereich der tarifären Handelshemmnisse, und zwar über Zölle als Unterfall der Steuern/Abgaben.

bb) Art. 110-112 AEUV vs. Grundfreiheiten

Art. 110 AEUV soll die vollkommene Wettbewerbsneutralität der inländischen Besteuerung für inländische und eingeführte Erzeugnisse sicherstellen¹³⁰⁸ und ergänzt damit die in den Art. 28 AEUV und Art. 30, 34 AEUV für die Zollunion getroffenen Regeln.¹³⁰⁹ Er soll die Lücke schließen, die nach dem Abbau der Zölle und Abgaben gleicher Wirkung sowie dem Wegfall der mengenmäßigen Beschränkungen den Mitglied-

¹³⁰⁷ M. Lux, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 30 AEUV, Rn. 3.

¹³⁰⁸ H.-M. Wolfgang, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), ebd. Art. 110, Rn. 1.

¹³⁰⁹ Zur Rechtsprechung siehe Schütz/Bruha/König (2004), § 19, S. 1025/1026.

staaten zur Errichtung neuer Hindernisse verblieben sein könnte.¹³¹⁰ Auch hier definiert sich das normative Komplementärverhältnis, wie bei Art. 30 AEUV, über den „technischen Begriff“ der Steuern.

cc) Art. 101, 102 AEUV vs. Grundfreiheiten

Im Hinblick auf den Preis- und Mengenwettbewerb ergänzen die Art. 101, 102 AEUV zunächst die Warenverkehrsfreiheit, da sämtliche Absprachen und Formen von Koordination zweier oder mehrere Unternehmen (Art. 102 AEUV) oder missbräuchlichen Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen (Art. 102 AEUV) verboten sind. Hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit besteht insoweit ein Konnexitätsverhältnis, als bei Korrespondenzdienstleistungen, aber auch bei persönlichen Dienstleistungen, eine Koordination von Preis oder Menge durch Unternehmen unmittelbar erfolgen kann bzw. ein Unternehmen in missbräuchlicher Weise andere Unternehmen dahingehend beeinflussen kann. Bezüglich der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit besteht zwar kein direktes Konnexitätsverhältnis der Grundfreiheiten zu Art. 101, 102 AEUV, da diese nicht in unmittelbarer Weise auf preis- oder mengenrelevante Aktionsparameter dieser Marktbereiche bezogen sind. Jedoch können sich Unternehmen auch bezüglich der Konditionen für Niederlassungen, die Überlassung von Arbeitnehmern oder den Kapitaltransfer koordinieren bzw. behindern. Insofern ergänzen Art. 101, 102 AEUV, zumindest mittelbar, auch in diesem Bereich die Grundfreiheiten. Hier definiert sich das Konnexitätsverhältnis über die Merkmale einseitig, nicht-unternehmerisch, Rechtssubjekt mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht (Grundfreiheiten) sowie zweiseitig, unternehmerisch (Art. 101 AEUV) bzw. unternehmerisch mit Marktmacht (Art. 102 AEUV).

b) Implikationen für die Funktion der Grundfreiheiten

Es besteht ein Konnexitätsverhältnis sämtlicher grundfreiheitlicher Kontrollgegenstände (vertikale Kontrolle) zu den Art. 101, 102 AEUV (horizontale Kontrolle) hinsichtlich des Preis- und Mengenmechanismus. Die spezifisch ausschließlich auf den Warenverkehr bezogenen Kontrollgegenstände von Art. 30 AEUV (Zoll) und von Art. 110-112 AEUV (diskriminierende/beschränkende Besteuerung) ergänzen sowohl die Warenverkehrsfreiheit der Art. 34, 35 AEUV als auch die Wettbewerbsregeln betreffende die Zusammenhänge von Kostenfunktionen/Preis-/Mengenwettbewerb im Bereich der tarifären Handelshemmnisse durch eine vertikale Kontrolle normativ komplementär.

¹³¹⁰ H.-M. Wolfgang, a.a.O. (2010), Rn. 3.

4. Ergebnis: Funktional determinierter Kontrollgegenstand

Die in diesem Abschnitt mittels der Konnexitätsmethode (siehe I.) auf der Basis einer wettbewerbsökonomischen Analysematrix erfolgte Funktionsabgrenzung nach Wettbewerbsformen hat gezeigt, dass sich die Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten¹³¹¹, Warenmarktregeln¹³¹² und Wettbewerbsregeln¹³¹³ über eine Betrachtung deren Funktionszusammenhänge abgrenzend bestimmen lassen. Die subjektive Perspektive eines die wirtschaftliche Mobilität (Marktzutritt/Marktaustritt) planenden Wirtschaftssubjektes einnehmend, gelingt dies über eine Analyse der wettbewerbsökonomischen Entscheidungsvariablen von Input/Output-Ebene (Bezugspunkt der Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes) und Wettbewerbsstufen (Wirkungsdauer der Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes) betreffend typisierte Wettbewerbsformen.

Im Ergebnis lässt sich aus der Funktionsabgrenzung nach Wettbewerbsformen (Konnexitätsbetrachtung) für die Grundfreiheiten ein *funktional determinierter Kontrollgegenstand* ableiten, welcher die Basis für die nachfolgende Begründung eines funktionalen Maßnahmenbegriffs bietet (hierzu sogleich III.). Demgemäß beziehen sich die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten (funktionaler Kontrollgegenstand) auf folgende drei Strukturmerkmale einer vertikal auf den Markt ausgerichteten Handlung:

- (1) einseitig,
- (2) nicht-unternehmerisch,
- (3) Rechtssubjekt mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht.

Hinsichtlich des dritten Merkmals der Regelungs- und Durchsetzungsmacht muss die Abgrenzung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln indessen an der Schnittstelle von vertikaler und horizontaler Machtkontrolle noch im Detail begründet werden (dazu nachfolgend III.). Dies ist notwendig, um die „Maßnahme“ als Tatbestandsmerkmal des Kontrollgegenstandes der Grundfreiheiten von dem „funktionalen Unternehmensbegriff“ (Tatbestandsmerkmal des Kontrollgegenstandes der Wettbewerbsregeln) hinreichend abgrenzend definieren zu können. Letzteres ist eine wesentliche Voraussetzung für die vorliegend verfolgte prinzipiengeleitete, normativ-wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeptionierung der Grundfreiheiten in Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Prinzip).¹³¹⁴ Denn die objektivrechtlichen Maßstäbe des Prinzips (Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit/Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit)¹³¹⁵ beziehen sich in ihrer operativen Facette (transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit)¹³¹⁶ gemäß

¹³¹¹ Art. 34, 35 AEUV (Waren), Art. 45 AEUV (Arbeitnehmer), Art. 49 AEUV (Niederlassungen), Art. 56 AEUV (Dienstleistungen), Art. 63 AEUV (Kapital/Zahlungen).

¹³¹² Art. 30 AEUV (Zollverbot), Art. 37 AEUV (Umformung staatlicher Handelsmonopole), Art. 110-112 AEUV (Steuerbeschränkungsverbote).

¹³¹³ Art. 101, 102, 106, 107 AEUV (wettbewerbliche Beschränkungsverbote).

¹³¹⁴ Kapitel 3 G.

¹³¹⁵ Kapitel 3 F. I. und II.

¹³¹⁶ Kapitel 3 F. III.

dem Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt des Prinzips¹³¹⁷ auf sämtliche subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, Art. 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV. Daher ist eine exakte funktionale Differenzierung der Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln notwendig.

Die Feststellung eines normativ-wettbewerbsökonomisch begründeten Komplementärverhältnisses von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln ist dem Grunde nach keine neue Erkenntnis.¹³¹⁸ Vielmehr ergänzt die hier dargelegte Konnexität bestehende Ansätze (*Julio Baquero Cruz, Carsten Nowak*) dahingehend, in dem die theoretisch noch nicht hinreichend fundierte (Marktzugangs-)Funktion der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote, insbesondere in der Abgrenzung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln als zielidentische Beschränkungsverbote¹³¹⁹, nunmehr über die funktionale Bestimmung deren Kontrollgegenstände (funktionaler Kontrollgegenstand) definiert werden kann. Die hiermit zugleich eröffnete Möglichkeit einer theoretischen Fundierung der EuGH-Rechtsprechung zur „Attraktivität“ des Marktzugangs („subjektives Element“ des Kontrollmaßstabes), wird ausführlich bei der Grundlegung auf der Anwendungsebene in Kapitel 6 dargelegt.¹³²⁰

Die Konnexitätsanalyse hat zudem den Nachweis erbracht, dass sich weder die Grundfreiheiten noch die Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln allein durch die Bestimmung der rechtlichen Qualität des Verbotsadressaten (Rechtssubjektqualität) als staatlich oder privat-rechtlich in ihrer Funktion ausreichend exakt bestimmen lassen. Vielmehr hat die Analyse belegt, dass es möglich ist, die Funktion der Grundfreiheiten über den materiellen Gehalt der durch ihre jeweiligen Kontrollgegenstände geschützten Teilaspekte von wirtschaftlichen Sachverhalten in einer Orientierung an Funktionsmechanismen von Wettbewerbsformen funktional (normativ-wettbewerbsökonomisch) zu bestimmen. Der für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten wesentliche Aspekt staatlicher und privater Verantwortung in der Unterscheidung von hoheitlicher Macht als Regelungs- und Durchsetzungsmacht (begründet insb. durch das Gesetzgebungs- und Gewaltmonopol) und privater Marktmacht (begründet durch Marktanteile), ist in dem nachfolgenden Abschnitt (III.) zur Begründung eines funktionalen Maßnahmenbegriffs im Detail noch zu klären.

Eine weitere Erkenntnis der Konnexitätsanalyse besteht darin, dass sich die Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln über *drei wettbewerbsökonomisch definierte Kombinationen von Entscheidungsvariablen* – (1.) Input-Ebene; (2.) Output-Ebene langfristige Aktionsparameter; (3.) Output-Ebene kurzfristige Aktionsparameter - gegeneinander funktional-wettbewerbsökonomisch abgren-

¹³¹⁷ Kapitel 1 B. III. 2. b), Kapitel 3 D. II. und III. sowie zuvor A. II. Schutzobjekt (Prinzip) vs. Kontrollmaßstab (subj. Recht).

¹³¹⁸ Das Komplementärverhältnis von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln hat *J. Baquero Cruz, Between Competition and Free Movement* (2002), S. 86 ff. umfassend dargelegt. Ebenso *C. Nowak, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt*, in: A. Hatje/J. P. Terhechte (Hrsg.), *Das Binnenmarktziel der europäischen Verfassung*, EuR Beiheft 3/2004, S. 77 ff.

¹³¹⁹ Kapitel 1. B. III. 2 b), Kapitel 3 B. III., D. I. und zuvor A. I. (Teleologie der Werte- und Zielidentität) Schutzgegenstand (Prinzip) vs. Kontrollgegenstand (subj. Recht).

¹³²⁰ Kapitel 6 A. II. 1. a) bb) und cc). sowie III.

zen lassen und hiermit die jeweilige Teleologie der Verbote in Bezug auf den Wettbewerb als Interaktionssystem – und nicht bloß als juristischer Terminus – sichtbar wird. Das bedeutet zunächst im Hinblick auf die im Detail ungeklärten bzw. umstrittenen Normenkonkurrenzen¹³²¹, da sich diese in der hier vorgestellten funktional-wettbewerbsökonomisch determinierten Teleologie der Konnexität erklären lassen. Denn die idealtypischen Wettbewerbsformen entsprechen juristisch betrachtet typischen *wirtschaftlichen Sachverhalten*, in denen z.B. die Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln parallel angewendet werden können bzw. müssen.¹³²² Im Hinblick auf die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte ist damit zugleich festgestellt, dass sich das Marktzutrittskriterium über diese Teleologie definieren lässt. Dies wird konkret bei der Grundlegung zur Anwendungsebene in Kapitel 6 A. II. und III. dargelegt.

Die Betrachtung der wettbewerbsökonomischen Funktionszusammenhänge hat zudem zeigt, dass die Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln sich zwar zielidentisch in Umsetzung des Binnenmarktziels auf den Schutz des Binnenmarktprinzips beziehen (*Schutzgegenstand* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes¹³²³), aber dies durch vollkommen unterschiedliche „Instrumente“ in Bezug auf den Wettbewerb als Interaktionssystem (*Schutzobjekt* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes¹³²⁴) bewerkstelligen. Insofern kann eine Konvergenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln aus der wettbewerbsökonomischen Perspektive heraus betrachtet *nur einen einheitlichen Kontrollmaßstab in Bezug auf das Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes (Wettbewerbsprinzip) bedeuten, aber nicht eine Identität der Kontrollgegenstände*. Ein Verzicht auf die Ausdifferenzierung von Normen im AEUV ist damit nicht möglich. Denn zum Schutz der Nutzung von Aktionsparametern *im* Markt – Kontrollgegenstand der Wettbewerbsregeln (zur operativen Umsetzung des Binnenmarktprinzips als Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes) - wird ein anderes Instrumentarium benötigt (de lege lata Art. 101, 102, 106, 107 AEUV), als für den Schutz einer Beeinflussung von Wettbewerbsformen durch Maßnahmen mit Wirkungen *auf* Aktionsparameter des Wettbewerbsprozesses (de lege lata die Grundfreiheiten).

¹³²¹ Siehe *B. Bär-Bouyssière*, in: Schwarze (Hrsg.). EU-Kommentar (2012), Art. 107 EUV, Rn. 13 ff.

¹³²² Als klassisches Beispiel für die parallele Anwendung von Beihilfenrecht und Warenverkehrsfreiheit kann EuGH *PreussenElektra AG gegen Schleswig AG (PreussenElektra)* (C-379/98, EU:C:2001:160) Rn. 54 ff. angeführt werden

¹³²³ Kapitel 1 B. III. 2. b) und Kapitel 3 D. I. sowie zuvor A. I.

¹³²⁴ Kapitel 1 B. III. 2. b) und Kapitel 3 D. II. sowie zuvor A. II.

III. Funktionsabgrenzung hoheitlicher vs. privater Machtkontrolle

Während in dem vorangegangenen Abschnitt (B. II.) eine wettbewerbsökonomisch funktionsbestimmende Abgrenzung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln anhand typischer *Wettbewerbsformen* dargelegt wurde¹³²⁵, ist nunmehr eine funktionsbestimmende Abgrenzung der Grundfreiheiten betreffend die von den Kontrollgegenständen der Grundfreiheiten und/oder der Wettbewerbsregeln erfassten *Organisationsformen* (Staat/Privat) vorzunehmen. Bei dieser Funktionsabgrenzung der Kontrolle von Handlungen öffentlich-rechtlich organisierter Rechtssubjekte (hoheitliche Macht) einerseits und von privat-rechtlich organisierten Rechtssubjekten (private Macht) andererseits geht es dogmatisch um die Bestimmung der *Verbotsadressaten* („wer“ wird kontrolliert: Mitgliedstaaten oder Unternehmen/Private) und um die *Reichweite des subjektiv-rechtlichen Kontrollgegenstandes* („was“ wird kontrolliert: hoheitliche Maßnahme oder Verhalten von Unternehmen).

Für die Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten entscheidend ist bei dieser Abgrenzung die Definition der vielschichtigen Schnittstelle von Staat und Privaten¹³²⁶, welche hier gemäß dem functional economic approach im Hinblick auf die Funktionen von Markt und Wettbewerb zu bestimmen ist. Von der Definition dieser Schnittstelle hängt erstens die Reichweite des funktional zu bestimmenden *Kontrollgegenstandes* der Grundfreiheiten ab, nämlich die Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen private Handlungen von dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot als „Maßnahme“ erfasst sind. Zweitens betrifft diese Definition den Radius des Begriffs der „Maßnahme“ als zentrales *Tatbestandsmerkmal*¹³²⁷ der Grundfreiheiten.

Bei dem vorliegend verfolgten Ansatz wird dafür von einem Verständnis ausgegangen, welches *Julio Baquero Cruz* in seinem Werk zur Bestimmung des Verhältnisses von „Competition and Free Movement“, *Michel Waelbroeck* folgend, treffend bezeichnet hat als

¹³²⁵ Funktionsabgrenzung nach *Wettbewerbsformen* (Kapazitäts-, Innovations-, Qualitäts-, Diversifikations-, Kompatibilitäts-, Image-, Mengen-, Preiswettbewerb).

¹³²⁶ *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 114 unter Bezugnahme auf *A. Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266/291 ff.

¹³²⁷ Siehe zuletzt die Schlussanträge des Generalanwaltes Maciej Szpunar vom 02.06.2016 EuGH *Deutsche Parkinson Vereinigung e.V. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. (DPV)* (C-148/15, EU:C:2016:394) Rn. 17. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Begriff „Maßnahme“ als *Tatbestandsmerkmal des Kontrollgegenstandes* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot zu verstehen. In diesem Abschnitt fokussiert sich die Grundlegung auf die dogmatisch-konzeptionell nicht hinreichend geklärte Funktionsabgrenzung der Kontrollgegenstände von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln an der Schnittstelle von staatlicher und privater Verantwortung für den Binnenmarkt. Auf die Detailprobleme des Maßnahmenbegriffs, welche bereits in Kapitel 1 A. I. zusammengefasst dargestellt wurden (Maßnahmentypisierung, Wirkungsdifferenzierung und daraus folgende Maßstabsdualität) ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Hierauf ist vielmehr bei den Details zur dogmatischen Konzeption der „Maßnahme“ in Kapitel 5 C. I. 1. sowie bei der Revision der geltenden Auslegung in Kapitel 6 A. I. zurückzukommen.

„the ‘privatisation’ of the free movement rules and the ‘publicisation’ of the competition rules“.¹³²⁸

Diese Feststellung verdeutlicht, dass die Erstreckung der Wettbewerbsregeln auf hoheitliche Handlungen (Maßnahmen) und die Anwendung der Grundfreiheiten auf private Handlungen (Verhalten von Unternehmen), welche nicht notwendigerweise unternehmerische Handlungen sind, zwei Seiten einer Medaille der Verantwortung für Handlungen mit Wirkungen *auf den* bzw. *in dem* Binnenmarktprozess darstellen¹³²⁹ und insoweit für das evolvierende Unionsrecht eine funktional ausgerichtete „Neubestimmung des Öffentlichen“ erforderlich ist.¹³³⁰

Für die damit notwendige *Funktionsbestimmung des Maßnahmenbegriffs* als wesentlicher Aspekt der Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten selbst, müssen somit entsprechend dem Telos der Werte- und Wirtschaftsverfassung, welcher insbesondere eine *Begrenzung von Macht* umfasst¹³³¹, die Merkmale hoheitlicher (vertikaler) und privater (horizontaler) Machtkontrolle funktional voneinander abgegrenzt werden.¹³³² Hierfür ist von den Tatbestandsmerkmalen „Maßnahme“ (Grundfreiheiten) und „funktionales Unternehmen“ (Wettbewerbsregeln) auszugehen. Die Warenmarktregeln¹³³³ müssen auf dieser Ebene der Funktionsbestimmung nicht mehr einbezogen werden, da diese angesichts ihrer eher „technischen“ Kontrollgegenstände (wie Zoll und Abgabe) durch die EuGH-Rechtsprechung hinreichend definiert sind und insoweit weder dogmatische Friktionen bei der Abgrenzung von „Staat und Privat“ noch größere praktische Probleme bei der Subsumtion im Verhältnis zu den Grundfreiheiten mit sich bringen.¹³³⁴

Betreffend die Grundfreiheiten ist die Bestimmung des Adressatenkreises (bzw. die verfahrens-/prozessrechtliche Bestimmung der Passivlegitimation) gemäß der geltenden Auslegung dogmatisch-konzeptionell noch nicht hinreichend ausgereift.¹³³⁵ Die geltende Definition der „Maßnahme“ bezieht sich, jenseits der Probleme einer Unterscheidung

¹³²⁸ J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement* (2002), S. 87 mit dem Nachweis in Fußnote 4 zu M. Waelbroeck, *Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicable aux entreprises dans la CEE*, in: F. Capotorti et al. (eds), *Liber Amicorum Pescatore* (1987), S. 781.

¹³²⁹ Dem liegt eine grundsätzliche Frage zur Interaktion von Wettbewerbsrecht und staatlichem Handeln zugrunde. Siehe hierzu in der internationalen Perspektive I. Lianos, *Toward a Bureaucracy-Centered Theory of the Interaction between Competition Law and State Activities*, in: Cheng/Lianos/Sokol (Hrsg.), *Competition and the State* (2014), S. 32 ff.

¹³³⁰ Ähnlich in der Ausrichtung S. Wernicke, *Privatwirkung* (2002), S. 267-270.

¹³³¹ Kapitel 3 B. II. 2.

¹³³² Kapitel 1 A. II. 1. e) (Problembereich 5).

¹³³³ Art. 30 AEUV „Einfuhrzoll“, „Ausfuhrzoll“, „Abgaben gleicher Wirkung“; Art. 37 AEUV „staatliches Handelsmonopol“; Art. 110-112 AEUV „inländische Abgaben“, „Abgaben“.

¹³³⁴ Zur vertikal/horizontalen „Ergänzungsfunktion“ der hier so benannten Warenmarktregeln und damit des warenmarktlichen Beschränkungsverbot es siehe nachfolgend IV. 3. (Funktionskreise) und C. I. (Struktur des Systems).

¹³³⁵ Siehe nur U. Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *EL 42* September 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 171.

„unterschiedlicher/unterschiedsloser Maßnahmen“¹³³⁶, auf sämtliche Regelungen bzw. Handlungsformen von i.w.S. öffentlich-rechtlich organisierten Entitäten in den Mitgliedstaaten.¹³³⁷ Der Begriff der „Maßnahme“ bzw. der „staatlichen Maßnahme“ ist nach der Rechtsprechung des EuGH betreffend alle Grundfreiheiten weit auszulegen und erfasst Handlungen und Funktionen der Legislative, Exekutive und Judikative sowie die von öffentlichen Körperschaften (Gemeinden, Zweckverbände etc.), einschließlich ihrer weiteren Untergliederungen als Adressaten des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot.¹³³⁸ Ausgehend von der geltenden Definition der „Maßnahme“ bestehen in der funktional-wettbewerbsökonomischen Reflexion der Maßnahmenfunktion folgende drei Abgrenzungserfordernisse:

Erstens bedürfen klassisch hoheitliche Handlungsformen (wie Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte) einer Abgrenzung zu solchen Handlungsformen formal hoheitlichen Ursprungs, welche sich *faktisch* als wirtschaftliche Betätigung *in* einem Markt darstellen.¹³³⁹ Bereits *de lege lata* bewertet der EuGH das hinter einer wirtschaftlichen Handlung stehende öffentlich-rechtlich organisierte *und* das mit hoheitlichen Befugnissen legitimierte (staatliche) Rechtssubjekt in der Regel als *funktionales* („öffentliches“) *Unternehmen* und wendet in diesen Fällen die Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV an.¹³⁴⁰ Der Begriff des „funktionalen Unternehmens“ bildet hier das Tatbestandsmerkmal für den Kontrollgegenstand der Wettbewerbsregeln als „Gegenstück“ zu dem Begriff der „Maßnahme“ als Tatbestandsmerkmal für den Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten.

Eine zweite Abgrenzung ist, invers zu der vorgenannten, erforderlich für solche privat-rechtlich organisierten Rechtssubjekte (wie Unternehmen, Stiftungen, Vereine usw.), die funktional betrachtet *faktisch wie* eine hoheitliche Einrichtung (Staat) auftreten. Insoweit hat der EuGH den Maßnahmenbegriff als Tatbestandsmerkmal der Grundfreiheiten und somit den Adressatenkreis des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot bereits erweitert in seiner Rechtsprechung zur *horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten*.¹³⁴¹

¹³³⁶ Kapitel 1 A. II. 1. a) Maßnahmentypisierung (Problembereich 1), b) Wirkungsdifferenzierung (Problembereich 2), d) Modalitäten (Problembereich 4). Zur Problemanalyse von dogmatisch-konzeptionellen Friktionen im Detail Kapitel 5 C. I. 1.

¹³³⁷ Siehe im Detail Kapitel 5 C. I. 1. a). Zur Prüfung als Tatbestandsmerkmal vgl. die Darstellung bei *Schütz/Bruha/König*, Europarecht (2004), § 11, S. 571-573, 620, Prüfungsschema Warenverkehrsfreiheit, S. 682, Prüfungsschema Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 714, Prüfungsschema Niederlassungsfreiheit, S. 752, Prüfungsschema Dienstleistungsfreiheit, S. 777, Prüfungsschema Kapitalverkehrsfreiheit.

¹³³⁸ Kapitel 5 C. I. 1. a) Dogmatische Konzeption der „Maßnahme“.

¹³³⁹ *R. Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 35, Rn. 20 ff.

¹³⁴⁰ *R. Dohms*, ebd., § 35, Rn. 13/14 und Rn. 16: „Für einen Mitgliedstaat bedeutet dies: Wird er oder eine seiner Untergliederungen selbst unternehmerisch tätig und ist diese Tätigkeit nicht untrennbar mit hoheitlichen Tätigkeiten verbunden, so unterliegt dieses Handeln der Kontrolle nach Art. 101 und 102 AEUV. Die Verantwortlichkeit des Staates als Unternehmen nach Art. 101/102 ist somit zu trennen von der Verantwortlichkeit des Staates nach Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101/102 für seine Maßnahmen in Bezug auf öffentliche oder mit ausschließlichen bzw. besonderen Rechten ausgestattete Unternehmen. Im Einzelfall kann somit eine doppelte Staatsverantwortlichkeit gegeben sein.“

¹³⁴¹ Eine Analyse der Rechtsprechung bis 2007 findet sich bei *S. Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten (2009), S. 35-94. Zum aktuellen Stand in Rechtsprechung

Gemäß dieser richterrechtlichen Erweiterung der (Macht-) Kontrolle werden die Grundfreiheiten nach geltender Rechtsprechung zumindest auf solche Handlungen privat-rechtlich organisierter Rechtssubjekte erstreckt, die faktisch eine Machtstellung aufweisen (vorliegend als Regelungs- und Durchsetzungsmacht bezeichnet) welche öffentlich-rechtlich organisierten bzw. hoheitlich handelnden Rechtssubjekten ähnelt bzw. gleichkommt.¹³⁴² Diese Auslegung entspricht nach der hier vertretenen Auffassung spiegelbildlich der funktionalen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Unternehmen“ bei den Wettbewerbsregeln.

Eine dritte Abgrenzung ist erforderlich an der Schnittstelle von Grundfreiheiten und „öffentlichen Unternehmen“ und Unternehmen mit „besonderen“ oder „ausschließlichen Rechten“ i.S.v. Art. 106 Abs. 1 AEUV. Soweit Mitgliedstaaten nicht selbst wirtschaftlich *im* Markt als funktionales Unternehmen (Anwendungsbereich von Art. 101, 102 AEUV) oder als „öffentliches Unternehmen“ (Anwendungsbereich von Art. 106 Abs. 1 AEUV) handeln (siehe oben erste Abgrenzung), können diese *auf* Unternehmen dergestalt Einfluss nehmen, dass sich wiederum diese Unternehmen in einer Art und Weise *im* Markt i.w.S. „unabhängig vorteilhaft“ verhalten, wie es ohne die staatliche Einflussnahme nicht möglich wäre. Derartige Sachverhalte werden nach der EuGH-Rechtsprechung über sog. *Entzugstatbestände*¹³⁴³ erfasst.

Angesichts dieser drei miteinander verzahnten Abgrenzungsfragen wird deutlich, dass die bei den Grundfreiheiten bislang (noch) nicht hinreichend dogmatisch-konzeptionell ergründete Definition der „Maßnahme“ problematisch ist, da somit bei diesem zentralen Tatbestandsmerkmal des grundfreiheitlichen Kontrollgegenstandes die vorgenannten Abgrenzungsfragen nicht ausreichend erfasst werden. Die Reichweite des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot ist damit in der Abgrenzung zu dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot noch relativ unbestimmt. Diese Unbestimmtheit verhindert eine klare Funktionsabgrenzung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln, zumindest an den vorgenannten „Schnittstellen“. Indessen ist eine exakte Abgrenzung bereits wegen differierender Verfahren, Zuständigkeiten und Beweisgrundsätze in der Praxis insbesondere entlang der oftmals undeutlichen Grenzlinie hoheitlicher und privater Organisationsformen (z.B. bei Public Private Partnership-Projekten) zu bewerkstelligen. Daraus folgt für das System der subjektiv-rechtlichen Marktkontrolle insgesamt ein aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union nicht begründbares

und Schrifttum im Überblick siehe *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 112 und *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Januar 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 38-41, *U. Forsthoff*, in: ebd., EL 42 September 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 152-184.

¹³⁴² Siehe hierzu die zusammenfassende Darstellung bei *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (2014), S. 55-59, mit dem Begriff der „kollektiven Autonomie“ bei Rn. 82. Anderenorts wird zur Umschreibung der privaten Macht auch von „intermediärer Gewalt“ gesprochen.

¹³⁴³ Diesen Begriff verwenden *Ernst-Joachim Mestmäcker* und *Heike Schweitzer* zur Benennung der Rechtsprechung des EuGH, welche über den *effet utile* Grundsatz und ex Art. 10 EG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. g EG i.V.m. Art. 81, 82 EG die Wettbewerbsregeln für Unternehmen in verschiedenen Fallgruppen auf hoheitliche Formen von wirtschaftlicher Betätigung am Markt erstreckt hat, vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EG Teil 1 (2007), Art. 31, 86 EGV, Rn. 28.

Ungleichgewicht von „formaler“ hoheitlicher Marktverantwortung (Grundfreiheiten) und „funktionaler“ Unternehmensverantwortung (Wettbewerbsregeln).

Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist daher die dogmatisch-konzeptionelle Begründung einer *funktionalen Maßnahme*, welche mit dem funktionalen Unternehmensbegriff bei den Wettbewerbsregeln spiegelbildlich korrespondiert.¹³⁴⁴ Ein funktional definierter Maßnahmenbegriff ermöglicht die materielle Abgrenzung von Handlungen mit vertikalen Wirkungen *auf* den Markt (Grundfreiheiten) und mit horizontalen Wirkungen *in* dem Markt (Wettbewerbsregeln).¹³⁴⁵ Dogmatisch-konzeptionell ist dies eine wesentliche Voraussetzung für die adäquate Umsetzung des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot auf der Anwendungsebene, da ansonsten die subjektiv-rechtliche Transformation der prinzipiellen Maßstäbe (Kapitel 3 F.) nicht praxisgerecht ausdifferenziert werden könnte.

Dementsprechend ist nachfolgend eine Funktionsabgrenzung von „Maßnahmen“ und „funktionalen Unternehmen“ an der *Schnittstelle von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln* zu unternehmen, wofür wiederum eine Abgrenzung von einerseits staatlicher und andererseits privater Marktverantwortung vorzunehmen ist. Ausgehend von der Teleologie des Art. 106 AEUV (siehe zuvor bei II.) ist damit die parallele Entwicklung einer Erstreckung der Wettbewerbsregeln auf die Kontrolle hoheitlicher Maßnahmen (Entzugstatbestände) und eine Anwendung der Grundfreiheiten auf die Kontrolle privaten Verhaltens (horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten) Gegenstand der Analyse. Ausgehend von den Argumenten für die Notwendigkeit einer funktionalen Abgrenzung hoheitlicher/staatlicher und privater Sphären und vice versa (1.), wird aus dem Gesichtspunkt der Konvergenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln das systemische Verhältnis von vertikalen Handlungen mit Wirkungen *auf* den Markt („Maßnahmen“) und horizontalen Handlungen *im* Markt („funktionale Unternehmen“) untersucht (2). Aus den Erkenntnissen der komplementären Zusammenhänge von Art. 106 Abs. 1 AEUV, Entzugstatbeständen (Wettbewerbsregeln) und horizontaler Direktwirkung (Grundfreiheiten) lässt sich sodann im Ergebnis ein funktionaler Maßnahmenbegriff der Grundfreiheiten dogmatisch-konzeptionell begründen (3.).

¹³⁴⁴ Ähnlich, wenngleich mit einem verhaltensbezogenen Ansatz und einer engeren Konzeption der Zurechnung von Verhalten bezogen auf den Begriff „Mitgliedstaat“ *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 105: „Der Begriff des Mitgliedstaates ist, ebenso wie derjenige des Unternehmens i.S.d. Art. 101 ff., funktional und damit verhaltensbezogen zu interpretieren. [...] Die mitgliedstaatliche Bindung erfasst daher [...] auch private Verhaltensweisen, die den Mitgliedstaaten funktional zugerechnet werden könne“, mit einem Verweis auf *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten (2012), Rn. 316 (dort im Sinne eines „funktionellen“ Verständnisses der Zurechnung, ohne eine originäre Verantwortung Privater) und *K. Preedy*, Die Bindung Privater an die Europäischen Grundfreiheiten (2005), S. 22.

¹³⁴⁵ Siehe zu diesem strukturell-systemischen Erfordernis bereits Kapitel 1 B. III. 2 c).

1. „Staat versus Privat“: Begründung einer funktionalen Abgrenzung

Die tatbestandliche Abgrenzung von Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) und Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot) erfolgt gemäß der geltenden Interpretation der „Maßnahme“ bei den Grundfreiheiten grundsätzlich¹³⁴⁶, d.h. trotz der partiellen Anerkennung einer horizontalen Direktwirkung, anhand einer Bewertung der Rechtsnatur des Verbotsadressaten.¹³⁴⁷ Dem entspricht, dass bei Rechtsstreitigkeiten vor Behörden oder Gerichten die Passivlegitimation anhand der Rechtssubjektqualität des handelnden Rechtssubjektes als öffentlich-rechtlich/hoheitlich (Anwendungsbereich der Grundfreiheiten) oder privat-rechtlich (Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln) festgelegt wird. Dieser Sichtweise liegt das Verständnis einer rechtlich definierten Trennung von privater und hoheitlicher (Markt-)Verantwortung zugrunde.

In der Praxis steht die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem, d.h. dem unternehmerischen Handeln des Staates¹³⁴⁸, und dem nicht-wirtschaftlichen, hoheitlichen Handeln des Staates im Fokus.¹³⁴⁹ Hierbei sind zwei Ebenen zu unterscheiden. Einerseits ist die Handlungsform zu betrachten, d.h. ob eine wirtschaftliche, unternehmerische oder eben eine nicht-wirtschaftliche, hoheitliche (nicht-unternehmerische) Handlung vorliegt. Andererseits ist die konkrete Handlungswirkung zu bestimmen, eben als wirtschaftliche Mobilität (Grundfreiheiten) oder die nicht-wirtschaftliche Mobilität (Unionsbürgerfreiheit) tangierende Handlung.

Für die vorliegend dogmatisch-konzeptionell zu bestimmende Reichweite des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot und damit des Tatbestandsmerkmals „Maßnahme“, ist an der Schnittstelle von hoheitlicher und privater Verantwortung für Macht zu klären, inwieweit und unter welchen Gesichtspunkten eine *private Marktverantwortung* betreffend die Beeinflussung von Aktionsparametern und damit der transnationalen Mobilität *auf* den Markt besteht (horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten). Spiegelbildlich hierzu ist zu bestimmen, wie weit die *staatliche Marktverantwortung* für hoheitliche bzw. nicht-unternehmerische Beeinflussungen von privaten Unternehmen *in* dem Markt (Entzugstatbestände) reicht.

Die hier notwendige *Definition von Verantwortungssphären* erfordert an erster Stelle eine Überwindung der geltenden formal-rechtlichen Handhabung der „Maßnahme“ bei den Grundfreiheiten, und zwar auf der Basis einer Parallelwertung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln in den funktionalen Komplementärverhältnissen von Grundfreiheiten, einschließlich deren horizontalen Direktwirkung, Art. 106 Abs. 1 AEUV und den Entzugstatbeständen (Art. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV).

¹³⁴⁶ D.h. jenseits der Ausnahmen, welche nachfolgend vertiefend in den Blick zu nehmen sind, wie die Entzugstatbestände (Erstreckung der Wettbewerbsregeln auf hoheitliche Maßnahmen) und die horizontale Direktwirkung (Erstreckung der Grundfreiheiten auf private Handlungen).

¹³⁴⁷ Siehe Erster Teil, Einleitung und Kapitel 1 A. II. 1. e) Dualität staatlicher und privater Maßnahmen (Problembereich 5).

¹³⁴⁸ Diese Sachverhalte über Art. 101, 102 AEUV auf der Grundlage des funktionalen Unternehmensbegriffs erfasst.

¹³⁴⁹ Diese Sachverhalte werden nicht durch Art. 101, 102 AEUV erfasst, da dies der originäre Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ist.

Das konzeptionelle Fundament für eine funktionale Definition der Maßnahme bildet somit erstens eine Parallelwertung zu der ökonomisch fundierten Teleologie des *funktionalen Unternehmensbegriffs* bei den Wettbewerbsregeln (hierzu sogleich unter a); zweitens eine Bewertung der horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten als funktionaler Ansatz (hierzu b)); drittens die faktische Relativierung der Grenzen zwischen Staat und Privat.

a) „Maßnahme“ versus „funktionaler Unternehmensbegriff“

Der Unternehmensbegriff der Wettbewerbsregeln bei Art. 101, 102 AEUV, Art. 106 Abs. 1 AEUV (öffentliche Unternehmen), und Art. 107 AEUV wird durch den EuGH in Orientierung an wettbewerbsökonomischen Erkenntnissen und an den realen Marktverhältnissen ausgelegt. Maßgeblich ist nicht die Rechtsqualität des handelnden Rechtssubjektes als staatlich oder privat, sondern ob eine i.w.S. wirtschaftliche Handlung in einem Markt erfolgt.¹³⁵⁰ Der EuGH¹³⁵¹ und ihm folgend das Schrifttum¹³⁵² stellen auf einen am Sinn und Zweck der Norm im Verhältnis zu den Funktionsmechanismen und Gesetzmäßigkeiten wettbewerblicher Marktprozesse orientierten *funktionalen Unternehmensbegriff* ab.¹³⁵³ Hierin wird entsprechend der Besonderheiten des Unionsrechts sowie unter Berücksichtigung des „*effet utile*“-Grundsatzes die vertragsautonome Auslegung des Unternehmensbegriffs erkennbar. Gemäß dieser Konzeption ist ein Unternehmen

„jede eine *wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit*, unabhängig von der Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.¹³⁵⁴ (Hervorhebung durch den Verf.).

Erfasst werden damit *alle Rechtssubjekte*, welche eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Eine solche wirtschaftliche Tätigkeit ist eine Verhaltensweise

„industrieller oder kommerzieller Art [...], die darin besteht, Güter und Dienstleistungen *auf dem Markt anzubieten*“.¹³⁵⁵ (Hervorhebung durch den Verf.).

Diese Tätigkeit (Handlung des Rechtssubjektes) „am Markt“, die einem Handeln aufgrund von Aktionsparametern *im* Markt entspricht, d.h. der Teilnahme an einem

¹³⁵⁰ R. Dohms, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 35, Rn. 14 und Rn. 19 ff.

¹³⁵¹ Seit EuGH *Klaus Höfner und Fritz Elser gegen Macatron GmbH (Höfner und Elser)* (C-41/90, EU:C:1991:161) Rn. 21.

¹³⁵² F. J. Säcker/M. Herrmann, in: MüKo EuWettbR (2007), Einl. Rn. 1597 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 30.

¹³⁵³ Bereits im Recht der EGKS hat der EuGH einen funktionalen Ansatz im Kartellrecht vertreten, vgl. *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), 40. EL Okt. 2009, Art. 81 EGV, Rn. 51.

¹³⁵⁴ EuGH *Höfner und Elser* (C-41/90, EU:C:1991:161) Rn. 21; EuGH *Christian Poucet gegen Assurances générales de France und Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon und Daniel Pistre gegen Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Poucet und Pistre)* (C-159 und 160/91, EU:C:1993:63) Rn. 17; EuGH *SAT Fluggesellschaft mbH gegen Eurocontrol* (C-364/92, EU:C:1994:7) Rn. 18; EuGH *Fédération française des sociétés d'assurance u.a. gegen Ministère de l'Agriculture et de la Pêche* (C-244/94; EU:C:1995:392) Rn. 14; EuGH *Job Centre coop arl* (C-55/96, EU:C:1997:603) Rn. 21.

¹³⁵⁵ EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik (AAMS)* (C-118/85, EU:C:1987:283) Rn. 7.

durch das Interaktionssystem Wettbewerb organisierten Tauschprozess von Angebot und Annahme, betrifft die Herstellung von und den Handel mit wirtschaftlichen Gütern sowie Dienstleistungen, und zwar unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht.¹³⁵⁶

Auch der Begriff des „öffentlichen Unternehmen“ bei Art. 106 Abs. 1 AEUV wird in diesem Sinne funktional interpretiert. Infolge der „Brückenfunktion“ des Art. 106 Abs. 1 AEUV (vgl. zuvor B. II.) wird der Begriff des „öffentliche Unternehmens“ allerdings an den Begriff der „Maßnahme“ gekoppelt. Der Maßnahmenbegriff des Art. 106 Abs. 1 AEUV ist dabei nach überwiegender Auffassung weit auszulegen und umfasst jede rechtliche oder tatsächliche (vertikale) Einflussnahme auf Unternehmen im Sinne des Art. 106 Absatz 1.¹³⁵⁷ Ebenso wie bei der direkten (horizontalen) Anwendung des Art. 101 AEUV kommt es hinsichtlich hoheitlicher unternehmerischer Betätigungen, wie auch im Bereich des Art. 106 AEUV, nicht auf die Rechtsform oder die Qualität der Handlung an, sondern allein auf die Eignung der Maßnahme, das Verhalten von Unternehmen in dem Markt in kartellrechtlich relevanter Weise zu beeinflussen.

Daraus resultiert, dass über die Verweisungsnorm des Art. 106 AEUV auch Legislativakte in den Kontrollbereich der Wettbewerbsregeln fallen.¹³⁵⁸ Der Gerichtshof hat hierauf bereits im Verfahren *GB-Inno*¹³⁵⁹ hingewiesen. Nach der Auffassung des EuGH fällt zudem bereits die Begründung von Sonderrechten in den Anwendungsbereich.¹³⁶⁰ Der Gerichtshof erkennt zwar die grundsätzliche Befugnis der Mitgliedstaaten an, Unternehmen besondere bzw. ausschließliche Rechte zu gewähren (Art. 106 Abs. 1 AEUV), ohne dass diese Position als solche gegen die Kartellrechtsnormen verstößt¹³⁶¹, stellt aber bereits den diesbezüglichen Verleihungsakt unter die unionsrechtliche Kontrolle. Dies ist insoweit nötig und richtig, als eine formelle Unterscheidung zwischen der Schaffung der Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung und der tatsächlichen Wettbewerbsverzerrung in Grenzfällen kaum möglich ist. Nicht unter den Kontrollgegenstand von Art. 106 AEUV sollen nach überwiegender Auffassung hingegen solche (vertikalen) staatlichen Maßnahmen fallen, welche lediglich allgemeinen Charakter aufweisen, d.h. alle Unternehmen des Marktes gleichermaßen betreffen. Derartige Maß-

¹³⁵⁶ Zu den Schnittmengen von Grundfreiheiten, Vergabe- und Kartellrecht bei der hoheitlichen Nachfragetätigkeit siehe *B. Ahner*, Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht, Grundfreiheiten und Grundrechten (2010) passim, insb. S. 191 ff., 207 im Zwischenergebnis sowie 208 ff.

¹³⁵⁷ *R. Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 35, Rn. 78 ff. So bereits zum alten Recht *I. F. Hochbaum*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EWG-Kommentar (1991), Art. 90, 35 ff. und *C. Jung*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (1999), Art. 86, Rn. 18.

¹³⁵⁸ So bereits *I. F. Hochbaum*, ebd. (1991), Art. 90, Rn. 35.

¹³⁵⁹ EuGH *Régie des télégraphes et des téléphones gegen GB-Inno-BM SA (RTT/GB-Inno)* (C-18/88, EU:C:1991:474) Rn. 20.

¹³⁶⁰ EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik (Telekommunikations-Endgeräte)* (C-202/88, EU:C:1991:120) Rn. 22.

¹³⁶¹ EuGH *Corsica Ferries France SA gegen Gruppo Antichi Ormeggiatori del orto die Genova Coop arl u.a. (Corsica Ferries)* (C-266/96, EU:C:1998:306) Rn. 40; EuGH *Job Centre coop arl* (C-55/96, EU:C:1997:603) Rn. 27 ff.

nahmen sind in der Regel allein am Maßstab der Entzugstatbestände bzw. der Grundfreiheiten zu messen.¹³⁶²

Da somit der Unternehmensbegriff nach der Auffassung des Gerichtshofes weder an eine bestimmte Rechtsform noch an die Motivation zur Gewinnerzielung gebunden ist, kann auch der Staat, soweit dieser *im* Markt „wie“ ein Unternehmen tätig wird, *unmittelbarer* Adressat der Wettbewerbsregeln sein. In der rechtlichen und wettbewerbsökonomischen Perspektive (functional economic approach / European Law & Economics) entspricht diese funktionale Auslegung des EuGH damit einer *ökonomisch fundierten Zurechnungsdogmatik*. Sinn und Zweck des unbestimmten Rechtsbegriffs „Unternehmen“ werden nicht formal juristisch, sondern anhand der ökonomischen Funktionsgesetzmäßigkeiten des wettbewerblich organisierten Marktprozesses bestimmt und mit der juristischen Kategorie der Zurechnung verknüpft. Dies entspricht einem teleologischen Verständnis von Recht, welches sich bei unbestimmten Rechtsbegriffen an der Wissenschaft derjenigen Fachlichkeit bzw. Disziplin orientiert, deren Gegenstand (hier: ökonomische Sachverhalte) durch das Recht „geordnet“ werden soll.¹³⁶³

b) *Horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten als funktionaler Ansatz*

Mit dem vorliegend eingeschlagenen Perspektivenwechsel eines *functional economic approach* stellt sich die EuGH-Rechtsprechung zur sog. horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten als zu den Entzugstatbeständen (Art. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV) spiegelbildliche Konzeption dar. Denn in der Argumentation des EuGH zur Begründung einer Erstreckung der grundfreiheitlichen Kontrolle auf private Rechtssubjekte wird nicht mehr maßgeblich auf die Rechtsnatur des handelnden Subjektes sondern auf eine i.w.S. nennenswerte „Autonomie“¹³⁶⁴ oder auf die Macht des privaten rekurriert, ein „Wächter über den Markzugang“ zu sein.¹³⁶⁵ Damit muss die Machtstellung des handelnden Rechtssubjektes und dessen *Marktverantwortung* in den Mittelpunkt der Betrachtung rücken.¹³⁶⁶ Die dafür nötige Zuschreibung von privater Verantwortung für Macht sowie deren Wirkungen auf den Markt und den Wettbewerb lässt sich bereits in der frühen Rechtsprechung des EuGH zum „Charakter“ des Gemeinschaftsrechts erkennen.

¹³⁶² J. Schwarze, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, 613, 624 m.w.N.

¹³⁶³ Um einen plakativen Vergleich zu ziehen, ist es etwa im Umweltrecht erforderlich, unbestimmte Rechtsbegriffe wie z.B. den „Stand der Technik“ anhand naturwissenschaftlicher Erkenntnisse zu definieren, welche sich mit der jeweils rechtlich zu bewertenden Materie in der jeweiligen Disziplin (Biologie, Chemie, Physik usw.) auseinandersetzen.

¹³⁶⁴ T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 112.

¹³⁶⁵ EuGH *Fra.bo SpA/Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein (Fra.bo)* (C-171/11, EU:C:2012:453) Rn. 18; S. Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Januar 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 41.

¹³⁶⁶ So ausdrücklich auch A. Röthel, Grundfreiheiten und private Normgebung, EuR 2001, S. 908/912.

In der Grundsatzentscheidung *van Gend & Loos*¹³⁶⁷ hat der EuGH nicht nur ausdrücklich zu der Frage der *unmittelbaren Geltung* und *unmittelbaren Anwendbarkeit* des Gemeinschaftsrechts Stellung bezogen und damit den Grundstein gelegt für seine nachfolgende Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht (Anwendungsvorrang), sondern auch zu der *Bindungswirkung für Private*. Nach den Ausführungen des EuGH binden die Gründungsverträge nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern sie wirken auf die nationalen Rechtsordnungen in der Weise ein, dass Bestimmungen des Primärrechts individuelle, d.h. subjektive öffentliche Rechte *und Pflichten* begründen, die ohne einen weiteren nationalen Umsetzungs- oder Ausführungsakt bindend sind (unmittelbare Geltung und unmittelbare Wirkung) sowie Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehendem nationalen Recht genießen.¹³⁶⁸ Zu der Begründung von Pflichten (und damit auch von Verantwortung) führte der Gerichtshof aus:

„[...] Aus alledem ist zu schließen, dass die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen *Pflichten* auferlegt, auch Rechte verleihen. Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch auf Grund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und Organen auferlegt [...]“.¹³⁶⁹ (Hervorhebung durch den Verf.).

Nach der Ratio dieser Erstreckung von Rechten *und Pflichten* auf den Einzelnen ist es nicht allzu fernliegend, via Art. 4 Abs. 3 EUV eine umfassende Verpflichtung zur Einhaltung des Unionsrechts für die Mitgliedstaaten wie auch für Private festzustellen.¹³⁷⁰ Dies legt auch der Vergleich mit der EuGH-Rechtsprechung in deren Interpretation zur Erstreckung der Wettbewerbsregeln auf „staatliche Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie private Wettbewerbsbeschränkungen“ nahe.¹³⁷¹

Damit lässt die EuGH-Rechtsprechung zur horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten die Schlussfolgerung zu, dass der Gerichtshof an sich nur die bereits in der Rechtsache *van Gend & Loos*¹³⁷² bereits institutionell-rechtlich angelegte Verpflichtung

¹³⁶⁷ EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 24, 25.

¹³⁶⁸ Die unmittelbare Geltung des Unionsrechts ist Ausdruck der das Unionsrecht prägenden „normativen Supranationalität“, und die unmittelbare Anwendbarkeit verbunden mit dem Anwendungsvorrang macht den wesentlichen Unterschied zum Völkerrecht und dem Staatsrecht aus, siehe hierzu mit einer Begründung zu den dogmatischen Grundlagen *Schütz/Bruha/König*, *Europarecht* (2004), § 3, S. 67 und S. 72-85.

¹³⁶⁹ EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 24.

¹³⁷⁰ So ausdrücklich auch *S. Wernicke*, *Privatwirkung* (2002), S. 265.

¹³⁷¹ Siehe nur *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (2014), § 34, Rn. 74-76.

¹³⁷² EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 25.

der „Marktbürger“¹³⁷³ explizit auf die Grundfreiheiten bezieht. Wenn auch der EuGH in seiner *Angonese*-Entscheidung¹³⁷⁴ zur horizontalen Direktwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht *expressis verbis* Rekurs auf die Rechtsprechung zur unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit zu nehmen scheint, klingt dennoch in den Ausführungen in den Randnummern 30, 32 und 34 der Entscheidungsgründe ein vergleichbarer Duktus an.¹³⁷⁵

[30] Zunächst ist festzustellen, dass das in Artikel 48 des Vertrages [zuvor Art. 39 EG, jetzt Art. 45 AEUV] ausgesprochene Diskriminierungsverbot allgemein formuliert ist und sich nicht speziell an die Mitgliedstaaten richtet.

[32] Der Gerichtshof hat nämlich festgestellt, dass die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, die sich daraus ergeben, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen *Autonomie*¹³⁷⁶ Gebrauch machen.¹³⁷⁷ (Hervorhebung durch den Verf.).

[34] Auch hat der Gerichtshof entschieden, dass die Tatsache, dass bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, nicht ausschließt, dass zugleich *allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten* interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können.¹³⁷⁸ Der Gerichtshof ist daher in Bezug auf eine Vertragsvorschrift mit zwingendem Charakter zu dem Ergebnis gelangt, dass das Diskriminierungsverbot auch für alle die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen gilt.¹³⁷⁹ (Hervorhebungen durch den Verf.)

Aus systematisch-teleologischer Sicht stehen diese Aussagen in einer Linie mit den durch den EuGH aus Art. 4 Abs. 3 EUV¹³⁸⁰ hergeleiteten Entzugstatbeständen (Art. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV, hierzu sogleich unter 2. a) und b)), welche angesichts der weiterhin bestehenden Verankerung des Wettbewerbsprinzips als

¹³⁷³ G. Nicolaysen, *Europarecht I – Integrationsverfassung* (2002), S. 83 zu den Zusammenhängen von unmittelbarer Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und dem Status des „Marktbürgers“, unter Hinweis in Fn. 24 darauf, dass dieser von H. P. Ipsen geprägte Begriff „in dem Maße überschritten wird, wie die Funktionalität der Gemeinschaftsrechten sich aus der nur wirtschaftlichen in die politische Dimension entwickelt“.

¹³⁷⁴ EuGH *Roman Angonese gegen Cassa di Risparmio di Bolzano Spa (Angonese)* (C-281/98, EU:C:2000:296).

¹³⁷⁵ EuGH *Angonese* (C-281/98, EU:C:2000:296) Rn. 30, 32, 34.

¹³⁷⁶ Man könnte auch sagen: Privatautonomie.

¹³⁷⁷ An dieser Stelle bezieht sich das Gericht auf die Urteile EuGH *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch gegen Association Union cycliste internationale u.a. (Walrave)* (C-36/74, EU:C:1974:140) Rn. 18 und EuGH *Bosman* (C-415/93, EU:C:1995:463) Rn. 83.

¹³⁷⁸ Hier erfolgt eine Bezugnahme auf EuGH *Defrenne II* (C-43/75, EU:C:1976:56) Rn. 30/34.

¹³⁷⁹ Mit Bezugnahme auf die Rechtssache EuGH *Defrenne II* (C-43/75, EU:C:1976:56) Rn. 39.

¹³⁸⁰ Von dem EuGH ursprünglich hergeleitet aus ex. Art. 3 Abs. 1 lit. g, 10 EG i.V.m. Art. 81, 82 EG, im Unionsrecht nunmehr Artt. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV.

Systementscheidung auch nach der Änderung des Primärrechts durch den Vertrag von Lissabon uneingeschränkt fortgelten.¹³⁸¹

Diejenigen Auffassungen im Schrifttum, welche eine Drittwirkung der Grundfreiheiten bzw. eine Privatwirkung der Grundfreiheiten (wie *Stefan Wernicke*¹³⁸²) oder eine horizontale Direktwirkung der selbigen (wie *Stephan Löwisch*¹³⁸³, *Peter-Christian Müller-Graff*¹³⁸⁴) vertreten, leiten eine Erweiterung der grundfreiheitlichen Kontrolle auf i.w.S. „private Maßnahmen“ aus der Funktion der Grundfreiheiten in dem Gefüge der Wirtschaftsverfassung ab. Insbesondere *Stefan Wernicke* legt mit einer Begründung unter Bezugnahme auf die rechtspolitischen und dogmatischen Implikationen die Notwendigkeit einer funktionalen Interpretation der Grundfreiheiten dar, um eine Lücke im Regelungsbereich des auf den Schutz des Binnenmarktes und der Freiheit der einzelnen Wirtschaftssubjekte zu schließen.¹³⁸⁵ Diese Ansätze im Schrifttum zeigen auf, dass sich die Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) und die Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot) in Bezug auf die ökonomisch zu definierende Kontrolle wettbewerblich organisierter Marktprozesse komplementär ergänzen müssen.¹³⁸⁶ Ohne die Erfassung der horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten bestünde eine Rechtsschutzlücke im Bereich der Handlungen von Privaten mit Bezug auf den Binnenmarkt, soweit weder eine zweiseitige oder mehrseitige Koordination von Aktionsparametern, Art. 101 AEUV, noch eine einseitige Verhaltensweise ohne den Gebrauch von Marktmacht (Art. 102 AEUV) gegeben ist.

c) *Faktische Relativierung der Grenzen zwischen „Staat und Privat“*

Ein weiteres Argument für eine funktionale Auslegung des Maßnahmenbegriffs folgt aus der faktischen Relativierung der Grenzen zwischen „Staat und Privat“. Im Schrifttum wird eine solche Relativierung der Grenzen zwischen der öffentlichen und privaten Rechtssphäre an der Schnittstelle des Anwendungsbereichs von Grundfreiheiten (Staat) und Wettbewerbsregeln (Privat) festgestellt.¹³⁸⁷ Die Diskussion zu dem im Detail komplexen Verhältnis von Staat und Privat ist dabei eng mit den unterschiedlichen politischen Auffassungen zur (wirtschafts-) politischen Funktion des unionsrechtlichen Systems verbunden, etwa mit den gegensätzlichen ordoliberalen und service

¹³⁸¹ Siehe hierzu ausführlich zuvor Kapitel 3 D. II. 1. Zur uneingeschränkten Fortgeltung der Rechtsprechung siehe nur *G. Grill*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Vorbem. Art. 101-106, Rn. 40.

¹³⁸² *S. Wernicke*, Privatwirkung (2002) passim.

¹³⁸³ *S. Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten (2009) passim.

¹³⁸⁴ *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 34, Rn. 305.

¹³⁸⁵ *S. Wernicke*, Privatwirkung (2002), S. 225.

¹³⁸⁶ Zuletzt insbesondere *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 34, Rn. 307.

¹³⁸⁷ Siehe zuletzt etwa *W. Sauter/H. Schepel*, State and Market in European Union Law (2009), S. 21: „The withdrawal of the State as a collective actor (Entstaatlichung) is thus accompanied by the publicisation (Verstaatlichung) of private actors. Private law structures are being ‘publicised’ at the same time as the province of administrative law is extending to private actors, blurring the traditional distinctions between public and private law“, m.w.N.

public Ansätzen. Diese Diskussion um die Notwendigkeit bzw. Möglichkeit einer Trennung (bzw. Trennbarkeit) von Staat und Privat betrifft die teleologische Auslegung der Internen Politiken in ihrem Kern. Dazu haben *Sauter* und *Schepel* treffend formuliert:

Both *ordoliberal* universalism and *service public*-based statism continue to inform legal and political debate in the EU. Apart from their obvious ideological differences, these two schools of thought disagree fundamentally on the role they assign to the legal system. For *Ordoliberalism*, the law serves primarily to protect the market (and thereby the ‘objective’ public interest) from politics defined by narrow short-term private interests; in the *service public*-based view, the political realm is to be protected from market pressures by legal means, as it is legitimised by a democratic mandate. Yet although they appear to be logical opposites, *both schools of thought are based on a strict distinction between the public and private spheres and consider such a distinction fundamental to legitimacy of the EU legal order. Herein lies the problem.* It now seems clear that the processes of privatisation and trade liberalisation associated with what is commonly referred to as ‚globalisation‘ do not lead to a wholesale ‚retreat of the state‘ in favour of the creative destruction of market forces. Instead, the consensus in the social sciences seems to point towards a transformation of the role of the State, a *realignment of the public and private spheres*, and enduring diversity between different national socio-economic systems.¹³⁸⁸ [Hervorhebung durch den Verfasser]

Diese geforderte Neuausrichtung des Verhältnisses von Staat und Privat („realignment of the public and private spheres“) bedarf in der rechtlichen Dimension für die Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotest keiner grundsätzlichen Klärung des Dualismus von Staat und Privat¹³⁸⁹, da mit der hier vertretenen Methode des functional economic approach für die dogmatisch-konzeptionelle Begründung der „funktionalen Maßnahme“ als Tatbestandsmerkmal der grundfreiheitlichen Kontrolle nicht an die institutionelle Ebene der Fragestellung angeknüpft wird. Ausgehend von dem bereits funktional konzipierten Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten, hergeleitet aus der Konnexität von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln (siehe zuvor II.), macht jene auf die Gesetzmäßigkeiten von Markt- und Wettbewerbsprozessen (Funktionsmechanismen) ausgerichtete Kontrolle der Grundfreiheiten eben diese Einbeziehung der rechtlich-institutionellen Abgrenzung zwischen Staat und Privat obsolet, jedenfalls in der grundsätzlichen Dimension der Fragestellung.

Im Folgenden ist zur weiteren Begründung der vorliegend vertretenen funktional-wettbewerbsökonomischen Teleologie und Konzeption dieses Ansatzes weiter einzugehen, dem nach der hier vertretenen Auffassung ein Systemverständnis von vertikaler und horizontaler Machtkontrolle bezogen auf Wirkungen von Handlungen *im* Markt und *auf* den Markt zugrunde liegt.

¹³⁸⁸ *W. Sauter/H. Schepel*, State and Market in European Union Law (2009), S. 18/19.

¹³⁸⁹ „Dichotomy“, *J. Baquero Cruz*, Between Competition and Free Movement (2002), S. 87.

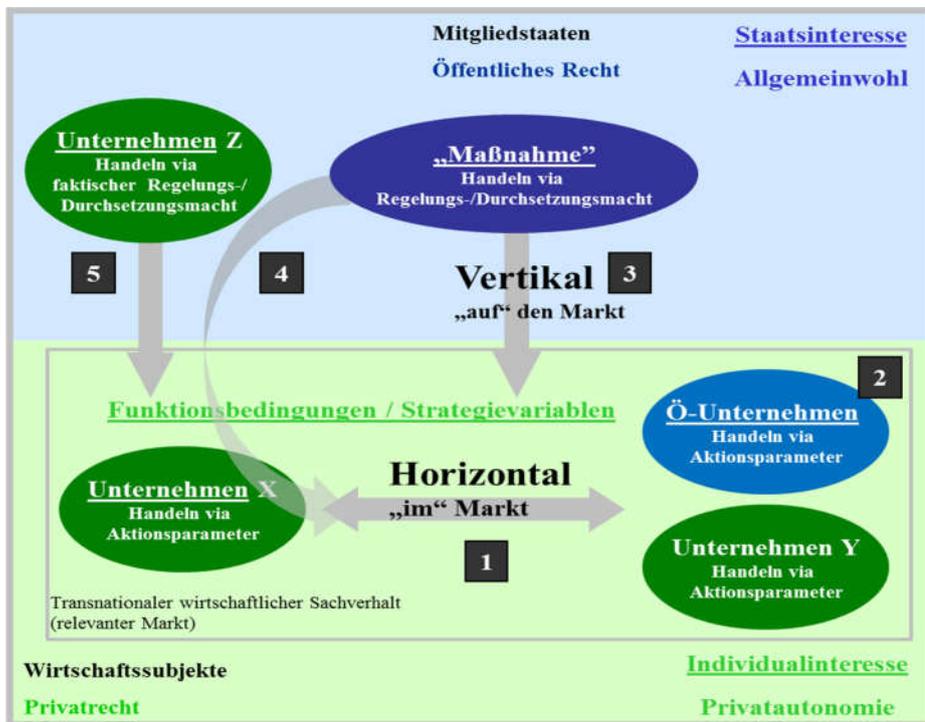
2. Das System vertikaler/horizontaler Machtkontrolle und Marktverantwortung

Dogmatisch-konzeptionell lässt sich aus dem im vorherigen Abschnitt 1. dargelegten funktionalen Interpretationsansatz ein System vertikaler und horizontaler Machtkontrolle und Marktverantwortung ableiten. Dieses System ist die Basis zur Herleitung und Definition eines systematisch-teleologisch kongruenten, funktionalen Maßnahmenbegriffs. Nachfolgend müssen hierfür allerdings die Schnittstellen und Überschneidungen von vertikaler und horizontaler Kontrolle weitergehend betrachtet werden, und zwar erstens betreffend das Verhältnis von Entzugstatbeständen, Art. 106 AEUV und Grundfreiheiten (hierzu sogleich a)); zweitens betreffend das Verhältnis von Entzugstatbeständen und horizontaler Drittwirkung der Grundfreiheiten (dazu b)); und schließlich im Hinblick auf das normative Argument einer Konvergenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln (dazu c)), welches ein Ansatzpunkt dafür ist, im Sinne einer (funktional) rechtlichen Reaktion auf eine faktisch und rechtlich zunehmende Relativierung der Sphären von Staat und Privat, dogmatisch-konzeptionell zu reagieren.

Vor dem Einstieg in diese Analyse ist zunächst hinsichtlich der notwendigen *Abgrenzung von Verantwortungssphären* nochmals der Blick zu schärfen, für die Unterscheidung und Definition von vertikaler und horizontaler Kontrolle sowie die damit korrespondierende (Macht-)Verantwortung. Die vertikale Machtkontrolle von Handlungen korrespondiert mit einer vertikalen Marktverantwortung, d.h. einer Verantwortung für Handlungen mit Wirkungen *auf* den Markt, welche auf der Basis von *Regelungs- und Durchsetzungsmacht* erfolgen. Die horizontale Machtkontrolle von Handlungen korrespondiert mit einer horizontalen Marktverantwortung, also einer Verantwortung für die Wirkungen von Handlungen *im* Markt, welche auf der Basis von *Marktmacht* erfolgen. Diese Systematik ist in nachfolgender Abbildung-10, welche bereits in Kapitel 3 (dort als Abbildung-3) vorgestellt wurde¹³⁹⁰, zusammenfassend dargestellt.

¹³⁹⁰ Kapitel 3 B. III. 2. c).

Abbildung-10: Vertikale/horizontale Kontrolle von Macht und korrespondierende Verantwortung für Handlungen mit Wirkungen „auf“ den Markt und „in“ dem Markt.



© Marco Keser

Die Ziffern 1 bis 5 markieren die jeweils tatbestandlich einschlägigen Kontrollnormen: (1) Art. 101, 102 AEUV, (2) Art. 106 Abs. 1 AEUV, (3) Grundfreiheiten, (4) Entzugstatbestände (Art. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV), (5) Horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten.

Im Mittelpunkt der Betrachtung steht die Verantwortung für *Wirkungen einer Handlung* betreffend die in einem wettbewerblich organisierten („offenen“) Marktprozess erforderlichen Funktionsmechanismen und Gesetzmäßigkeiten.¹³⁹¹ Damit gilt folgende Definition für die *Handlungsrichtung*:

Horizontal sind Handlungen *im* Markt, welche durch den Gebrauch von Aktionsparametern (wie Preis, Menge, Qualität, Kompatibilität usw.) im Verhältnis eines Unternehmens zu einem anderen Unternehmen oder zu mehreren anderen Unternehmen erfolgen.

Vertikal sind Handlungen, die ohne den Gebrauch von markttypischen Aktionsparametern (wie zuvor genannt) *auf* den Marktprozess einwirken, wie z.B. ein Gesetz, welches gerade den Gebrauch von Aktionsparametern „ordnet“ oder ein politischer „Appell“, der über soziale Mechanismen wirkt. Vertikale Handlungen zeichnen sich also

¹³⁹¹ Eben diese Gesetzmäßigkeiten werden durch das Binnenmarkt- und das Wettbewerbsprinzip repräsentiert und erfasst durch den Schutzgegenstand (Binnenmarktprinzip) und das Schutzobjekt (Wettbewerbsprinzip) des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot, siehe Kapitel 3 D.

dadurch aus, dass sie i.w.S. eine Einflussnahme auf ein oder mehrere Unternehmen von „außen“ darstellen, d.h. außerhalb des Marktprozesses von Angebot und Nachfrage stehen.

Diese Differenzierung einer horizontalen und vertikalen Handlungsrichtung ist nicht rechtlich sondern funktional definiert, da sich diese an einer Systembetrachtung von Macht und Verantwortung sowie den Wirkungen von Handlungen auf der Grundlage von Macht ausrichtet. Die Wirkung einer Handlung selbst ist wiederum durch politische, soziale, psychosoziale und ökonomische Gesetzmäßigkeiten determiniert, unabhängig von der Rechtsqualität des handelnden Subjektes. D.h. für die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen – und damit für die Bestimmung der Adressaten des grundfreiheitlichen und wettbewerblichen Beschränkungsverbots – ist somit nicht (mehr) die rechtliche Unterscheidung von Staat und Privat gemäß ihrer Rechtssubjektqualität relevant, sondern die Betrachtung der „Wirkungsrichtung“ einer Handlung sowie der Qualität der hinter einer Handlung stehenden Macht, also Marktmacht auf der einen Seite (Unternehmen und funktionale Unternehmen) oder Regelungs- und Gestaltungsmacht auf der anderen Seite (Maßnahme und funktionale Maßnahme).

Ein solches, vorwiegend auf die ökonomischen Gesetzmäßigkeiten sowie den Marktprozess abstellendes System von horizontaler und vertikaler Machtkontrolle betreffend die Einwirkung auf den Marktprozess lässt sich einerseits begründen über das Zusammenspiel von Art. 106 AEUV und den vom EuGH richterrechtlich etablierten Entzugstatbeständen (a), andererseits aus der Schnittstelle von Entzugstatbeständen und horizontaler Direktwirkung der Grundfreiheiten (b). In dogmatisch-konzeptioneller Perspektive sind dabei die vorgenannten Ebenen zu unterscheiden: erstens die horizontale Ebene des Verhaltens von funktionalen (privaten oder öffentlichen) Unternehmen *im* Markt, und zweitens die vertikale Ebene von Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder diesen gleichkommenden Handlungen durch Private mit Wirkungen *auf* den Markt. Besonders diffizil ist in diesem System die Erfassung der hoheitlichen Einflussnahme *auf* Unternehmen (vertikale Gestaltungs- und Durchsetzungsmacht) und deren (Folge-)Wirkung *im* Markt, gemittelt über Unternehmen, d.h. durch deren Verhalten *im* Markt gegenüber anderen Unternehmen (horizontale Marktmacht durch vorangehende vertikale Macht)¹³⁹²; und vice versa die Erfassung einer privatrechtlichen Einflussnahme auf den Markt oder auf andere Unternehmen (faktische vertikale Gestaltungs- und Durchsetzungsmacht) und deren Auswirkungen *im* Markt. Das Ergebnis dieser Funktionsabgrenzung wird zeigen, dass sich unter Einbeziehung des Gedankens der Konvergenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln (c) ein funktionaler Maßnahmenbegriff herleiten und im Ergebnis (3.) definieren lässt.

¹³⁹² Dies sind Sachverhalte, welche sich von solchen unterscheiden, die bereits durch die EuGH-Rechtsprechung zur horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten erfasst werden, wie etwa *strukturell expansive Unternehmensstrategien* im Imagewettbewerb, welche erst durch i.w.S. hoheitlich gedeckte Positionen – wie z.B. Farbmarken – bzw. erst im strategisch lobbyistischen Zusammenwirken von Unternehmen und staatlichen Stellen, wie durchaus auch nationalen Gerichten, ermöglicht werden. Siehe hierzu betreffend den Schutzzumfang von Markenrechten *B. Weiher/M. Keser*, Markenfähigkeit abstrakter Farben im konkreten Verwendungszusammenhang, MarkenR 2005, S. 117 ff., 118/119.

a) *Entzugstatbestände vs. Art. 106 AEUV vs. Grundfreiheiten*

Zunächst ist festzustellen, dass die kartellrechtlichen Verbotstatbestände der Art. 101, 102 AEUV bereits ihrem Wortlaut nach unmissverständlich auf dem *Unternehmensbegriff* beruhen und daher *nicht direkt* auf staatliche Maßnahmen, d.h. weder auf nicht-unternehmerische Handlungen wie Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsakte noch auf andere hoheitliche Handlungsformen anzuwenden sind.¹³⁹³ Auch eine Erweiterung der mitgliedstaatlichen Verantwortung aus wettbewerbsrechtlichen Pflichten, die sich aus den Vertragszielen oder allgemeinen Grundsätzen des Vertrages ergeben¹³⁹⁴, wie einer Anerkennung des Wettbewerbs als Strukturprinzip - ausdrücklich von *Albrecht Bach* vertreten („Schutz des Strukturprinzips Wettbewerb“), mit einer Prüfung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit¹³⁹⁵ -, ist bislang vom EuGH nicht anerkannt. Nach der hier vertretenen Konzeption werden die von *Albrecht Bach* in den Blick genommenen Maßnahmen i.w.S. lobbyistisch geprägter Gesetzgebung zum Nachteil des Wettbewerbs¹³⁹⁶, über das funktional-wettbewerbsökonomisch konkretisierte grundfreiheitliche Beschränkungsverbot und eine Erfassung von strategisch-protektionistischen Maßnahmen kontrolliert¹³⁹⁷ (hierzu in der Umsetzung auf der Anwendungsebene Kapitel 6 A. II.).

Eine wesentliche Erweiterung der mitgliedstaatlichen Verantwortung gemäß Art. 101, 102 AEUV besteht jedoch darin, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH beginnend mit der Rechtssache *INNO/ATAB*¹³⁹⁸ die Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV und Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb keine hoheitlichen „Maßnahmen“, wie Gesetze und Verordnungen, „treffen“ oder „beibehalten“, welche die „praktische Wirksamkeit“

¹³⁹³ Ständige Rechtsprechung und ganz herrschende Auffassung, vgl. nur *E.-J. Mestmäcker/H. Schweizer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Kommentar, Band 1 EU Teil 1 (2012), Einl. Art. 106 AEUV, Rn. 28. Siehe hierzu die Argumentation bei *A. Bach*, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen (1992), S. 18-27, dort sind auch die im Schrifttum vertretenen gegenteiligen Auffassungen referiert, welche eine direkte Anwendung des Kartellrechts (Art. 101, 102 AEUV) auf nicht-unternehmerisches, d.h. originär hoheitliches Handeln vertreten. Auch wird dort die US-amerikanische Rechtsprechung referiert, welche die Wettbewerbskontrolle auf staatliche Maßnahmen erstreckt, die aber nicht auf das supranationale Recht übertragen werden kann. Hierzu umfassend *U. Ehrlicke*, Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb (1994) passim.

¹³⁹⁴ Siehe hierzu *R. Dohms*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäischen Unionsrecht (2015), Nach Art. 106 AEUV, Rn. 23, weitere Nachweise bei *J. Groschoff*, Staat, EU und Wettbewerb (2008), S. 24/25.

¹³⁹⁵ *A. Bach*, a.a.O. (1992), S. 248 ff., im Ergebnis S. 266-268 sowie in der Zusammenfassung, S. 270.

¹³⁹⁶ *A. Bach*, a.a.O. (1992), S. 227-231 und S. 256-258.

¹³⁹⁷ Auf die Notwendigkeit einer „Modernisierung“ der grundfreiheitlichen Kontrolle gemäß dem aktuellen Stand der Integration (so auch *A. Bach*, a.a.O. (1992), S. 252) und das damit verbundene Erfordernis einer Erfassung strategisch-protektionistischer Maßnahmen als Ausprägung von „modernem Protektionismus“, wurde bereits in der Einleitung und in Kapitel 1A. I. hingewiesen.

¹³⁹⁸ EuGH *SA G.B.-INNO-B.M. gegen Vereinigung der Tabakkleinhändler (ATAB) (INNO/ATAB)* (C-13/77, EU:C:1977:185) Rn. 30/35. Dazu *R. Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 35, Rn. 228. Siehe im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten auch EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388) Rn. 31.

der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln „aufheben“ könnten.¹³⁹⁹ Hierfür hat der EuGH bis zuletzt vier Fallgruppen entwickelt: (1) Vorschreiben; (2) Erleichtern; (3) Veranlassen; (4) Verstärken).¹⁴⁰⁰

Der EuGH erweitert damit die staatliche Marktverantwortung um den Bereich einer i.w.S. hoheitlich (vertikalen) *Einflussnahme auf Unternehmen*, also jenseits des tatbestandlich definierten Bereichs von Art. 106 Abs. 1 AEUV für „öffentliche Unternehmen“ und der Gewährung „ausschließlicher“ oder „besonderer Recht“. Diese Verantwortung für vier Fallgruppen von hoheitlicher Einflussnahme auf Unternehmen durch Macht, welche von Marktmacht (Art. 102 AEUV) deutlich zu unterscheiden ist, auf Sachverhalte, welche weder durch Art. 106 AEUV, Art. 107 AEUV noch durch Art. 37 AEUV oder die Grundfreiheiten erfasst werden, folgt der Erkenntnis, dass mit dem Binnenmarktprinzip nicht im Einklang stehende Wirkungen auch aus hoheitlichen Maßnahmen im vertikalen Machtverhältnis gegenüber privaten Unternehmen resultieren können, welche es Letzteren ermöglichen, sich den ihnen unmittelbar durch die Art. 101, 102 AEUV auferlegten Bindungen zu „entziehen“.

Dieser von *Ernst-Joachim Mestmäcker* und *Heike Schweitzer* als *allgemeiner Entzugstatbestand* bzw. im Plural *Entzugstatbestände* bezeichnete¹⁴⁰¹ „Missbrauch“ von hoheitlicher Regelungs- und Gestaltungsmacht durch Mitgliedstaaten und deren Untergliederungen, steht einerseits neben der in Art. 106 AEUV ausdrücklich geregelten staatlichen Verantwortung in Bezug auf *öffentliche* oder *privilegierte Unternehmen* (vertikal), welche im Markt (horizontal) gegenüber anderen Unternehmen einen Vorteil erlangen, und andererseits ergänzend zu der über Art. 37 AEUV bestehenden (vertikalen) Verantwortung für staatliche Handelsmonopole und deren Position im Markt (horizontales Handeln im Tauschprozess von Angebot und Nachfrage).

Unabhängig davon, ob sich die Rechtsprechung des EuGH zur Erstreckung der Wettbewerbsregeln auf hoheitliche Maßnahmen in Bezug auf private Unternehmen auf eine Analogie zu Art. 106 Abs. 1 AEUV gründet¹⁴⁰² oder auf den *effet utile* Grundsatz, respektive auf Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 101, 102 AEUV stützt, ist erkennbar, dass anstelle einer formaljuristischen Definition von „hoheitlich“ oder „privat“ der EuGH auf

¹³⁹⁹ Siehe *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Kommentar, Band 1 EU Teil 1 (2012), Einl. Art. 106 AEUV, Rn. 33.

¹⁴⁰⁰ Zum aktuellen Stand der EuGH-Rechtsprechung und deren Fallgruppen *R. Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 35, Rn. 226-233 (Überblick zu den vier Fallgruppen) und Rn. 235-244 (Einzelheiten zu den Fallgruppen: (1) Vorschreiben; (2) Erleichtern; (3) Verstärken; (4) Übertragung).

¹⁴⁰¹ Vgl. *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Kommentar, Band 1 EU Teil 1 (2012), Einl. Art. 106 AEUV, Rn. 29. Vorliegend wird dieser Begriff übernommen und angesichts von dieser Rechtsprechung verschiedenartig erfasster Sachverhalte durchgängig im Plural verwendet. Die Entzugstatbestände werden auch als „Neue Norm“ bezeichnet, vgl. *K. Mortelmans*, Towards Convergence in the application of the Rules on Free Movement and on Competition, CMLR 2001, S. 624.

¹⁴⁰² *W. Sauter/H. Schepel*, State and Market in European Union Law (2009), S. 105: “Thus it established the judicial doctrine of the *effet utile* of the Treaty itself by analogy (and in combination) with the prohibition in Article 86 (1) EC to enact or maintain in force measures contrary to the competition rules in the case of public or privileged undertakings. The reference to Article 86 was dropped in subsequent cases”.

eine *funktionale Konzeption* zurückzugreift. Doch muss auch gesehen werden, dass die Rechtsprechung zu i.w.S. „hoheitlichen Beeinflussungen“ des Marktes durchaus unterschiedliche Nuancen aufweist und dem Wandel unterlag (unterliegt). Denn wenngleich der EuGH die Abgrenzung von unternehmerischem (horizontal) zu nicht-unternehmerischem, hoheitlich „veranlasstem“ Handeln (vertikal) ursprünglich als jedes durch staatlich gesetztes Recht gedecktes Handeln umschrieb¹⁴⁰³, so gab er später diesen eher formalen Ansatz wieder auf und stellte auf den „wahren Autor“ einer Handlung ab, d.h. darauf, ob das Handeln Ausdruck eines staatlichen oder unternehmerischen „Ziels“ darstellt.¹⁴⁰⁴ Hoheitliche Maßnahmen liegen danach nur dann vor, wenn zumindest auch Interessen der Allgemeinheit verfolgt werden bzw. Vorrechte bestehen, welche typischerweise hoheitlicher Natur sind.¹⁴⁰⁵ In der Rechtssache „AAMS“¹⁴⁰⁶ hat der EuGH verdeutlicht, dass der Staat dann nicht hoheitlich handelt, wenn er wirtschaftliche Tätigkeiten industrieller oder kommerzieller Art ausübt, die darin bestehen, Güter und Dienstleistungen „auf dem Markt anzubieten“. Seitdem differenziert der Gerichtshof zwischen staatlichem Handeln in Ausübung hoheitlicher Vorrechte (*de iure imperii*), d.h. solchen Rechten, die privaten Rechtssubjekten in keinem Fall zustehen, und originär wirtschaftlichen Tätigkeiten über die Teilnahme in dem Markt.¹⁴⁰⁷

Den Mitgliedstaaten ist somit nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verboten, Maßnahmen einschließlich solcher gesetzgeberischer Art gegenüber privaten Unternehmen beizubehalten oder zu treffen, durch welche die praktische Wirksamkeit der Art. 101, 102 AEUV beeinträchtigt werden könnte. Voraussetzung ist allerdings eine *Akzessorietät*,¹⁴⁰⁸ d.h. die Zurechenbarkeit des unternehmerischen Verhaltens zu dem diesen beeinflussenden Staat. Es besteht folglich keine direkte Wettbewerbsverantwortung des Staates dergestalt, dass die staatliche Maßnahme unmittelbar am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV zu messen wäre, sondern es wird auf das Verhalten des Unternehmens abgestellt, welches dem Mitgliedstaat nur dann – akzessorisch – *zugerechnet* wird, wenn die hoheitliche Beeinflussung des Unternehmens zu der Verletzung der Art. 101, 102 AEUV geführt oder maßgeblich beigetragen hat.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰³ EuGH *Industria Gomma Articoli Vari IGAV gegen Ente nazionale per la cellulosa e per la carta ENCC (IGAV/ENCC)* (C-94/74, EU:C:1975:81) Rn. 33/35.

¹⁴⁰⁴ EuGH *Bureau national interprofessionnel du cognac gegen Guy Clair (BNIC/Clair)* (C-123/83, EU:C:1985:33) Rn. 13 ff.; EuGH *Bureau national interprofessionnel du cognac gegen Yves Aubert (BNIC/Aubert)* (C-136/86, EU:C:1987:524) Rn. 12 ff.

¹⁴⁰⁵ EuGH *Corinne Bodson gegen SA Pompes funèbres des régions libérées (Bodson)* (C-30/87, EU:C:1988:225) Rn. 18 –; EuGH *Diego Cali & Figli Srl gegen Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)* (C-343/95, EU:C:1997:160) Rn. 23.

¹⁴⁰⁶ EuGH *AAMS* (C-118/85, EU:C:1987:283) Rn. 6 f.

¹⁴⁰⁷ Vgl. *R. Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (1999), § 35, Rn. 9, S. 1039.

¹⁴⁰⁸ *R. Dohms*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2015), Nach Art. 106 AEUV, Rn. 7. Anderer Auffassung *A. Bach*, *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen* (1992), S. 45.

¹⁴⁰⁹ Anderer Auffassung ist *B.-O. Schnabel*, *Öffentliche Unternehmen in der Europäischen Union* (2014), der betr. Art. 106 AEUV i.V.m. Art. 101 AEUV von einem „erweiterten“ Unternehmensbegriff und einem „modifizierten Ansatz“ gegenüber der geltenden EuGH-Rechtsprechung ausgeht und eine Bindung über den *effet utile* herstellt, vgl. S. 107 ff., 182/183, S. 356 Thesen 7 bis 9 (Unternehmensbegriff) und S. 357 These 13 (Akzessorietät).

Diese *Marktverantwortung durch Zurechnung* ist im Verhältnis zu dem funktionalen Unternehmensbegriff für die Herleitung des funktionalen Maßnahmenbegriffs nachfolgend dogmatisch weiter zu ergründen.

aa) Marktverantwortung durch Zurechnung: Akzessorietät

Über die vertragsautonome Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes „Unternehmen“ wird im Lichte des *effet utile* Grundsatzes unter Bezugnahme auf mitgliedstaatliche Treuepflichten, Art. 4 Abs. 3 AEUV, die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften für Unternehmen akzessorisch auf hoheitliche Subjekte erstreckt, womit diese als materiell Verpflichtete an die aus Art. 101, 102 AEUV folgenden Verbote gebunden sind. Hierfür ist die (vertikale) Handlung der Mitgliedstaaten unabhängig davon zu beurteilen, ob diese im Rahmen einer privaten Organisationsform (Stiftung, GmbH, AG usw.) oder einer staatlichen Organisation (Körperschaft) unternommen wird. D.h. nicht die formaljuristische Zuordnung des mitgliedstaatlichen Rechts ist für die Bewertung und akzessorische Zurechnung einer Handlung entscheidend¹⁴¹⁰, sondern allein eine funktional-wettbewerbsökonomische Qualifikation am Maßstab der für Unternehmen im Markt relevanten Prozesse, unter Berücksichtigung der Ziele des Unionsrechts und der dafür bestehenden Verantwortung (Art. 4 Abs. 3 EUV) der Mitgliedstaaten.

Die Erfassung des staatlichen Verhaltens auf den Markt durch die Konzeption von Entzugstatbeständen bzw. die Begrenzung auf eine „nur“ akzessorische Verantwortung der Mitgliedstaaten wird im Schrifttum kritisiert.¹⁴¹¹ Rechtspolitisch argumentiert *Albrecht Bach*, dass die Rechtsprechung des EuGH zu den Entzugstatbeständen zu einem verstärkten Anreiz der Mitgliedstaaten für von Unternehmen „nachgefragte“ hoheitliche Maßnahmen führe, was wegen der Breitenwirkung massivere Beschränkungen des Wettbewerbs fördere.¹⁴¹² *Ernst-Joachim Mestmäcker* und *Heike Schweitzer* fassen insoweit zusammen, dass im Schrifttum zumindest die Auffassung bestehe, dass auch Maßnahmen, welche nicht-akzessorisch zu dem Verhalten von Unternehmen den Markt bzw. den Wettbewerb beeinflussen mit dem System des unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar sein können. Hierin lägen Ansätze zu der Entwicklung einer „staatlichen Strukturverantwortung“ in der Anwendung von Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 102 AEUV und dem grundlegenden Ziel eines Systems unverfälschten Wettbewerbs“, doch habe die Rechtsprechung des EuGH „keinen Versuch unternommen, *staatliche Wettbewerbsbeschränkungen mit gleicher Wirkung wie private* einer unionsrechtlichen Kontrolle zu unterwerfen“. ¹⁴¹³ Die „weitere Entwicklung sei offen“, wobei aber die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus dem neu in das Unionsrecht aufgenommenen Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb im Rahmen ihrer Wirt-

¹⁴¹⁰ Siehe hierzu i.w.S. *K. Stockmann*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (1999), § 7, Rn. 3. S. 107.

¹⁴¹¹ Einen konzentrierten Überblick bietet *J. Groschoff*, Staat, EU und Wettbewerb (2008), S. 22-27.

¹⁴¹² *A. Bach*, a.a.O. (1992), S. 228 unter Hinweis auf eine Argumentation von *Frank. H. Easterbrook*, Antitrust and the Economics of Federalism, *Journal of Law and Economics* (JLE) 26, 1983, S. 23-50, gegenüber der Rechtsprechung des U.S-Supreme Court .

¹⁴¹³ *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Kommentar, Band 1 EU Teil 1 (2012), Einl. Art. 106 AEUV, Rn. 52/53.

schaftspolitik, Art. 119 Abs. 1 AEUV und Art. 120 AEUV, den Anknüpfungspunkt für eine „strengere Linie“ böte.¹⁴¹⁴

Der vorliegend vertretene Ansatz einer wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten und die daran anschließenden „Ökonomisierung“ (functional economic approach) des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Kapitel 6)¹⁴¹⁵ in konnexer Abgrenzung zu den wettbewerblichen Beschränkungsverboten (siehe zuvor II.), harmoniert mit den von *Ernst-Joachim Mestmäcker* und *Heike Schweitzer* formulierten Gedanken. Gemäß der in dieser Untersuchung vorgestellten Konzeption der Grundfreiheiten kann die erforderliche „strengere Linie“ der Markt- und Wettbewerbskontrolle unter Einbeziehung des Akzessorietätsanfordernisses verfolgt werden, in dem gerade die Teleologie der Akzessorietät zur Definition der Schnittstelle von grundfreiheitlichem und wettbewerblichem Beschränkungsverbot herangezogen wird. Insofern ist es konsequent, dass weder der Gerichtshof noch die Kommission bis heute ausdrücklich *nicht* den zuvor erwähnten Ansätzen im Schrifttum gefolgt sind, welche auf das Akzessorietätskriterium verzichten. Diese Entscheidungspraxis ist sowohl in wirtschaftspolitischer, praktischer als auch in dogmatischer Hinsicht kongruent, was sich aus dem folgenden Gedankengang ergibt.

Da die Grundfreiheiten, wie in dieser Untersuchung gezeigt wird, über ihre wettbewerbsökonomische Funktion die Wirkungen hoheitlicher Maßnahmen *auf* den wettbewerblich organisierten Marktprozess ausreichend erfassen, besteht kein Bedürfnis für eine Erweiterung des Kontrollbereichs der Wettbewerbsregeln auf solche Sachverhalte vertikaler staatlicher Handlungen, welche derzeit (noch) nicht von den Entzugstatbeständen erfasst werden. Insofern ist die geäußerte Kritik einer „Schutzlücke“ der Wettbewerbskontrolle berechtigt, jedoch kann dieser Lücke nach der hier vertretenen Auffassung über eine wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot systematisch kongruenter und auch praktisch effektiver gefüllt werden, als über eine „überdehnte“ Anwendung der Wettbewerbsregeln. Denn würde das Akzessorietätsanfordernis zugunsten einer nochmaligen Erweiterung der Kontrolle staatlicher (vertikaler) Maßnahmen via Art. 101, 102 AEUV (i.V.m. dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft und Art. 119 Abs. 1 AEUV, Art. 120 AEUV) aufgegeben, so wäre damit eine Abgrenzung von wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Betätigung durch das in der Praxis bewährte Konzept des „funktionalen Unternehmensbegriffs“ kaum mehr möglich. Dadurch würde die ohnehin schon schwierige Grenzziehung zwischen „Maßnahme“ (vertikale Wirkungskontrolle) und „funktionalem Unternehmensbegriff“ (horizontale Wirkungskontrolle) noch weiter verschwimmen. Angesichts divergierender Verfahren, Beweisgrundsätze und Rechtsfolgen für Verstöße gegen Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln ist diese Grenzziehung indessen solange nötig, wie das Unionsrecht (supranational geprägt) keine allgemeine

¹⁴¹⁴ *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, ebd., Rn. 54 unter Hinweis auf EuGH *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) gegen Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (CIF)* (C-198/01, EU:C:2003:430) Rn. 47, in der auf eine dementsprechende Verpflichtung der Mitgliedstaaten hervorgehoben sei.

¹⁴¹⁵ Siehe Kapitel 6 A. I. und II.

Generalklausel zu dem Verbot von Beschränkungen der transnationalen wirtschaftlichen Mobilität bzw. des wettbewerblich verfassten Binnenmarktes enthält, welche nicht mehr zwischen unternehmerischer (privatrechtlicher) oder nicht-unternehmerischer (hoheitlicher) Beschränkung differenziert.

Gemäß dem aktuellen Stand des Unionsrecht ist es daher nötig, auf der Basis einer einheitlichen Dogmatik der unionsrechtlichen Marktverantwortung für die internen Politiken des AEUV als Korrelat zu dem funktionalen Unternehmensbegriff, eine funktionale Auslegung des Maßnahmenbegriffs zu verfolgen. Denn mit diesem Weg können jegliche Formen strategisch-protektionistischer und damit gezielter staatlicher Eingriffe in den Markt erfasst werden, seien diese vertikal oder horizontal. Es besteht somit weder aus dogmatischen noch aus wettbewerbs- oder integrationspolitischen Gründen ein Bedürfnis, die wettbewerbsrechtliche Kontrolle via Art. 101, 102 AEUV unmittelbar auf hoheitliche Maßnahmen auszudehnen, soweit diese als strategisch-protektionistische Maßnahmen (auch unter Berücksichtigung des kollusiven bzw. lobbyistischen Zusammenwirkens mit Privaten im Sinne einer Kontrolle „politischer Märkte“¹⁴¹⁶) erfasst werden können.

bb) Dogmatik der akzessorischen Verantwortung

Der EuGH hat beginnend mit der Rechtssache *Van Eycke/ASP A*¹⁴¹⁷ verschiedene Fallgruppen zur akzessorischen Verantwortung (Entzugstatbestände) der Staaten entwickelt. Verboten ist es den Mitgliedstaaten insbesondere, Unternehmen Kartellabsprachen (koordiniertes Verhalten im Markt) *vorzuschreiben*, derartige Absprachen *zu erleichtern* oder die Auswirkungen von Kartellabsprachen *zu verstärken*.¹⁴¹⁸ Darüber hinaus bleiben die Mitgliedstaaten weiterhin verantwortlich, soweit sie ihre staatliche Regulierungsgewalt auf private Wirtschaftsteilnehmer *übertragen* und Letztere diese in wettbewerbsbeschränkender Weise tatsächlich ausüben.¹⁴¹⁹

(1) Horizontale Ergänzungsfunktion zu Art. 106 AEUV

Die akzessorische Verantwortung steht eigenständig *neben* der spezifischeren mitgliedstaatlichen Verantwortung aus Art. 106 Abs. 1 AEUV für öffentliche Unternehmen, wobei nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁴²⁰ Art. 106 AEUV gegenüber den Sachverhalten der Entzugstatbestände die speziellere Vorschrift ist.

Der dogmatische Unterschied zwischen der Marktverantwortung aus Art. 106 Abs. 1 AEUV und der aus den Entzugstatbeständen besteht darin, dass es bei Ersterer nicht um direkte bzw. „offene“ hoheitliche Einflussnahmen geht, etwa über eine Dominanz

¹⁴¹⁶ Siehe hierzu Kapitel 6 A. II. 1. a) bb) (2).

¹⁴¹⁷ EuGH *Pascal Van Eycke gegen Aktiengesellschaft ASPA (Van Eycke/ASP A)* (C-267/86, EU:C:1988/427).

¹⁴¹⁸ EuGH *Van Eycke/ASP A* (C-267/86, EU:C:1988/427) Rn. 16; EuGH *Job Centre coop arl* (C-55/96, EU:C:1997:603) Rn. 27 ff.

¹⁴¹⁹ R. Dohms, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht* (2015), Nach Art. 106 AEUV, Rn. 8

¹⁴²⁰ EuGH *INNO/ATAB* (C-13/77, EU:C:1977:185) Rn. 24/27 ff.

hoheitlicher Vertreter in Aufsichtsorganen von Gesellschaften (funktional öffentliches Unternehmen, Art. 106 Abs. 1 Alt. 1 AEUV) oder um staatlich vermittelte rechtliche Sonderstellungen (Art. 106 Abs. 1 Alt. 2 AEUV). Demgegenüber umfassen die Entzugstatbestände indirekte, d.h. „verdeckte“ Einflussnahmen, welche erst aus dem Wirkungsmechanismus von hoheitlicher Handlung (Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt) und dem Verhältnis von hoheitlicher Einflussnahme und privater unternehmerischer Reaktion *im* Markt sowie deren wirtschaftlicher Wirkung *auf* den Markt erkennbar wird. Eben dieser Wirkungsmechanismus kann strategischer Natur sein.¹⁴²¹

Systematisch-teleologisch betrachtet stellen die Entzugstatbestände eine Ergänzung der Verantwortung aus Art. 106 Abs. 1 AEUV dar. Die hierbei notwendige Zurechnung unternehmerischer Handlungen auf hoheitliche Rechtssubjekte (Akzessorietät)¹⁴²² erfordert eine Betrachtung der *Wirkungsrichtung* (vertikal) sowie des Zusammenspiels von erstens hoheitlicher Regelung, zweitens darauf folgender unternehmerischer Reaktion und drittens deren Wirkung im Markt gegenüber den Konkurrenten des staatlich beeinflussten Unternehmens.

(2) Vertikale Ergänzungsfunktion zu den Grundfreiheiten

Neben dem Zusammenspiel von Entzugstatbeständen und Art. 106 AEUV betreffend die Wirkungen von Maßnahmen auf der horizontalen Ebene, wie zuvor dargelegt (1), besteht zugleich eine Ergänzungsfunktion der Entzugstatbestände zu den Grundfreiheiten.

Die Perspektive der Zurechnung einnehmend und damit die Verantwortung für die Wirkungen von Handlungen auf den Markt betrachtend, unterscheiden sich die Grundfreiheiten von den Entzugstatbeständen der Wettbewerbsregeln dadurch, dass bei den Grundfreiheiten eine *direkte* Zurechnung der *originär-hoheitlichen* Handlung (Maßnahme) zu dem Urheber (Staat) erfolgt, während bei den Entzugstatbeständen eine *mittelbare* - akzessorische - Zurechnung der *unternehmerischen*-Handlung (Unternehmen) zu der diese verursachenden originär-hoheitlichen Handlung (Maßnahme) an den Urheber der Letzteren (Staat) erfolgt. Die Abgrenzung dieser beiden Sachverhaltskonstellationen bereitet im Detail deshalb Schwierigkeiten, da sich ohne nähere ökonomische Analyse des Sachverhaltes, nämlich des Verhaltens des Unternehmens via Aktionsparametern *im* Markt, nicht eindeutig klären lässt, ob es sich um einen Fall der direkten oder der mittelbaren Zurechnung handelt. Hierin offenbart sich, wie auch die voranstehenden Erörterungen gezeigt haben, dass sich die Entzugstatbestände exakt in einer „Grauzone“¹⁴²³ an der Schnittstelle von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln befinden.

¹⁴²¹ Siehe G. S. Heiduk, Außenwirtschaft (2005), S. 274: „Neuer Protektionismus: Strategische Handelspolitik, administrative Import- und Exportregulierung“. Zu den „Gesetzmäßigkeiten“ der strategischen Steuerung im Überblick B. Woekner, Strategischer Wettbewerb (2014), S. 2/3.

¹⁴²² Anderer Auffassung A. Bach, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen (1992), S. 45.

¹⁴²³ So ausdrücklich K. Mortelmans, Towards Convergence in the application of the Rules on Free Movement and on Competition, CMLR 2001, S. 624.

den. Damit hat diese Schnittstelle höchste Relevanz für die Bestimmung des (funktionalen) Maßnahmenbegriffs der Grundfreiheiten.

Für die funktionale Definition der von den Grundfreiheiten zu erfassenden Sachverhalte von Maßnahmen ist daher zunächst *negativ abzugrenzen*, dass sich die Entzugstatbestände der Wettbewerbsregeln auf solche Sachverhalte beziehen, in denen die Mitgliedstaaten weder als funktionale Unternehmen *im* Markt (horizontal) auftreten, d.h. am wirtschaftlichen Angebots-Nachfragemechanismus *selbst* teilnehmen (diesen Sachverhalt erfassen Art. 101, 102 AEUV), noch über öffentliche oder privilegierte Unternehmen *selbst über* ein unternehmerisches Verhalten *im* Markt (horizontal) Einfluss nehmen (diesen Sachverhalt erfasst Art. 106 Abs. 1 AEUV). Vielmehr umfassen die Entzugstatbestände einseitige, nicht-unternehmerische (vertikale), jedoch nicht unbedingt eindeutig hoheitliche Maßnahmen (also z.B. keine klassisch gesetzlichen Regelungen im Allgemeininteresse, denn diese sind der offensichtliche Anwendungsbereich der Grundfreiheiten) gegenüber privaten Unternehmen, deren Verhalten *im* Markt (horizontal) eben durch die vertikale Maßnahme beeinflusst wird, wodurch der Staat *mittelbar* auf die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Markt einwirkt. Anders ausgedrückt, wird über einen „Zwischenschritt“ auf der vertikalen Ebene (Staat-Privat) auf die Marktstruktur eingewirkt, indem das Marktverhalten des direkt beeinflussten Unternehmens auf horizontaler Ebene (Privat-Privat) im Verhältnis zu anderen im Markt befindlichen Unternehmen gesteuert wird.

Im Gegensatz hierzu erfassen die Grundfreiheiten Sachverhalte einseitiger, nicht-unternehmerischer Handlungen der Mitgliedstaaten mit *unmittelbarer* Wirkung auf den Markt, welche in der Form staatlicher Regulierung (*de iure imperii*), also in den meisten Fällen über *erga omnes* Regelungen wie Gesetze, Verordnungen, aber auch über *inter partes* Regelungen via Verwaltungsakt etc. im (zumindest vorgegebenen) Allgemeininteresse erfolgen. Der Begriff „nicht-unternehmerisch“ ist hier also in der funktionalen Betrachtung – analog zu dem funktionalen Unternehmensbegriff - *nicht* mit den Begriffen „hoheitlich“ oder „staatlich“ gleichzusetzen, sondern verweist auf die vertikale Wirkungsrichtung der Maßnahme. Damit besteht eine „Überlappung“ von Entzugstatbeständen und Grundfreiheiten betreffend die *vertikale Machtkontrolle*. Eine Subsumtion des staatlichen Handelns in der Form einer Maßnahme (einseitig, nicht-unternehmerisch) entweder unter die Grundfreiheiten oder unter die Entzugstatbestände entscheidet sich damit allein anhand der *Unmittelbarkeit* – direkte Beeinflussung des Marktes (dann Grundfreiheiten) - oder der *Mittelbarkeit* (Akzessorietät) staatlichen Verhaltens (dann Entzugstatbestände). Eine Normabgrenzung von grundfreiheitlichem Beschränkungsverbot und wettbewerblichem Beschränkungsverbot der Entzugstatbestände muss daher über *Zurechnungstypen* erfolgen, welche nachstehend cc) dargelegt werden.

cc) Normabgrenzungen durch Zurechnungstypen

Da die Entzugstatbestände sowohl die Grundfreiheiten als auch Art. 106 Abs. 1 AEUV (und Art. 37 AEUV) ergänzen, ist in der Praxis zu klären (d.h. darzulegen und zu beweisen), ob der Mitgliedstaat im jeweiligen Einzelfall „statt“ eines direkten Ein-

griffs *auf* den Markt bzw. Wettbewerb, etwa via hoheitlicher Regulierung erga omnes durch Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsakt (Grundfreiheiten) oder via Verhalten *im* Markt (Art. 106 Abs. 1 AEUV), eine „maskierte Lösung“ gewählt hat, die gemittelt über wirtschaftlich-unternehmerische Wirkungsmechanismen *im* Markt den Wettbewerb beeinflussen. Diese Abgrenzung kann im Hinblick auf das Akzessorietätserfordernis je nach dem *Grad der Entscheidungsfreiheit* der beeinflussten Unternehmen anhand verschiedener Zurechnungstypen (*Art der Zurechnung*) in Anlehnung an die Konzeption der Zurechnung im Strafrecht getroffen werden.

Danach kommt eine alleinige Verantwortung des Staates für die Wirkungen der Handlungen des beeinflussten Unternehmens *in* dem Markt (analog zu der Figur der mittelbaren Täterschaft) oder eine „gesamtschuldnerische“ Haftung (analog der „Mittäterschaft“, „Anstiftung“ oder „Beihilfe“) in Betracht. Hierdurch können Sachverhalte klar abgegrenzt werden, in denen Unternehmen bei nicht gezielt in den Wettbewerb eingreifenden hoheitlichen Regulierungen erga omnes aus den objektiv möglichen Strategien im Wettbewerb diejenigen auswählen, welche Konkurrenten via Macht behindern (Art. 102 AEUV) oder den Wettbewerb via Koordination verfälschen (Art. 101 AEUV). Verbleibt den von einer „maskierten“ – d.h. nach dem äußeren Anschein unterschiedslosen – gesetzlichen Regelung betroffenen Unternehmen überhaupt kein Spielraum mehr für eigene Entscheidungen, d.h. (privat-)autonom bestimmte Wettbewerbsstrategien durch den Gebrauch von Aktionsparametern, so handelt das Unternehmen im Sinne eines „Werkzeugs“ für den dahinter stehenden Mitgliedstaat, welcher wiederum einem „mittelbarer Täter“ vergleichbar ist.¹⁴²⁴ Verbleibt demgegenüber dem von einer hoheitlichen Regelung betroffenen Unternehmen noch ein maßgeblicher Entscheidungsspielraum mit wettbewerbsstrategisch sinnvollen Möglichkeiten, so handelt es sich um eine mit der „Anstiftung“ (Staat als „Anstifter“ eines missbräuchlichen Verhaltens) vergleichbare Situation.¹⁴²⁵ Wirken Staat und Unternehmen zusammen (z.B. im Rahmen von Lobbyismus), so handelt es sich um eine dem Konzept der „Beihilfe“¹⁴²⁶ oder der „Mittäterschaft“¹⁴²⁷ vergleichbaren Situation. All diese Fälle sind im Zivilrecht auch als Fallgruppe des sog. „kollusiven Zusammenwirkens zum Nachteil eines Dritten“ bekannt.

b) *Entzugstatbestände vs. horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten*

Wie zuvor bei a) dargelegt, betreffen die Entzugstatbestände eine vertikale Machtkontrolle, d.h. nicht ein Handeln im Marktprozess, d.h. die Nutzung von Aktionsparametern ist der Ansatzpunkt der Kontrolle, sondern die Wirkungen von „außen“ auf das wettbewerblich organisierte Tauschsystem Binnenmarkt. Dies trifft ebenso auf die Grundfreiheiten in deren Erstreckung auf private Handlungsformen zu, welche gemäß der EuGH-Rechtsprechung Sachverhalte der horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten betreffen. Für die Funktionsabgrenzung von „Maßnahmen“ und „funktionalem

¹⁴²⁴ Im deutschen Strafrecht § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

¹⁴²⁵ Im deutschen Strafrecht § 26 StGB.

¹⁴²⁶ Im deutschen Strafrecht § 27 StGB.

¹⁴²⁷ Im deutschen Strafrecht § 25 Abs. 2 StGB.

Unternehmen“ ist daher nachfolgend die Schnittstelle von vertikaler Kontrolle aufgrund einer hoheitlichen Einflussnahme *auf* unternehmerisches Verhalten (Entzugstatbestände) und einer privaten Einflussnahme über nicht-unternehmerische Handlungsformen (horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten) näher zu betrachten.

Die von dem EuGH entwickelten Grundsätze zur horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten lassen sich im Kontext der Abgrenzung der Grundfreiheiten von den Wettbewerbsregeln (Art. 101, 102 AEUV und Art. 106 AEUV) einerseits und den Entzugstatbeständen andererseits wie folgt im Lichte des für den Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten charakteristischen Regelungs- und Durchsetzungsmachtkonzepts dogmatisch-konzeptionell einordnen.

Der EuGH verpflichtet über die *van Gend & Loos*-Rechtsprechung (siehe oben) Private faktisch ebenso zur Loyalität und zur Unionstreue¹⁴²⁸ wie die Mitgliedstaaten. Private Handlungen fallen daher in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, soweit es sich bei diesen um *nicht-unternehmerische* Handlungen mit Wirkungen *auf* den Markt handelt und das private Rechtssubjekt mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht ausgestattet ist. Die Bindung von regelungs- und durchsetzungsmächtigen (nicht unbedingt marktmächtigen) Unternehmen an die Grundfreiheiten impliziert ein strukturelles Machtgefälle, welches einer vertikalen Wirkungsebene gleichkommt, und üblicherweise nur im Verhältnis Staat-Privat eindeutig erkennbar ist. Die aus diesem strukturellen Machtgefälle resultierende besondere *Machtverantwortung* des handelnden Unternehmens weist Parallelen zur Marktverantwortung bei Vorliegen von „Marktmacht“ i.S.d. Art. 102 AEUV auf¹⁴²⁹ oder zu den Fällen des Behinderungsmissbrauchs.¹⁴³⁰ Die Anerkennung dieser Ergänzungsfunktion der Grundfreiheiten bezieht sich demnach genau invers zu den Entzugstatbeständen auf die oben beschriebene „Grauzone“ von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln. In der funktionalen Betrachtung verdeutlicht sich damit, dass die Grundfreiheiten, ebenso wie Art. 102 AEUV bzw. die Fusionskontrolle, auf einem „Machtkonzept“ i.w.S. Sinne beruhen. Im Unterschied zu dem Marktmachtkonzept bei den Wettbewerbsregeln geht es bei den Grundfreiheiten indessen um die vorliegend so bezeichnete Regelungs- und Durchsetzungsmacht, d.h. um *nicht-unternehmerische Macht* mit Wirkung *auf* den Marktprozess.

Hierin kommt die von *Stefan Wernicke*¹⁴³¹ aus dem Gemeinschaftsrecht herausgearbeitete Verantwortung der Privaten aus dem Gesichtspunkt der Funktionsgerechtigkeit zum Ausdruck, ein Aspekt der durch die neue Werteverfassung unter dem Gesichtspunkt der „Gerechtigkeit“ (Art. 2 Satz 2 EUV) umso mehr eine Stütze findet. Die Erstreckung der Grundfreiheiten auf privates Verhalten regelungs- und durchsetzungsmächtiger Unternehmen lässt sich somit auch mit der Werte- und Zielidentität (siehe

¹⁴²⁸ EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 25.

¹⁴²⁹ Zum Marktmachtkonzept des Art. 102 AEUV siehe *A. Fuchs/W. Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Art. 102 AEUV, Rn. 73 ff. Zu der von dem EuGH in seiner *Michelin*-Entscheidung (1983) hervorgehobenen „besonderen Verantwortung“ von marktbeherrschenden Unternehmen für ihr Verhalten und dessen Wirkungen auf den Wettbewerb siehe Rn. 130.

¹⁴³⁰ E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer *Europäisches Wettbewerbsrecht* (2014), S. 468 ff.

¹⁴³¹ Siehe *S. Wernicke*, *Privatwirkung* (2002), S. 253.

zuvor A.) begründen und damit, dass das unionsrechtliche Beschränkungsverbot als Prinzip (siehe Kapitel 3) insoweit zum *aquis communautaire* der Union gehört.

Die vom EuGH bisher entschiedenen Fälle, welche das Schrifttum unter die Drittwirkung/Privatwirkung/horizontale Direktwirkung subsumiert, können somit gemäß der funktional-wettbewerbsökonomischen Dogmatik ohne Schwierigkeiten in die hier vorgestellte Systematik eingeordnet werden, wie etwa Handlungen im Vorfeld zu einer wirtschaftlichen Leistung oder eines Vertragsverhältnisses im Fall EuGH-*Angonese*.¹⁴³² So lässt sich der Sachverhalt der *Angonese*-Entscheidung des EuGH ohne Mühe in das funktionale Verständnis von Regelungs- und Durchsetzungsmacht integrieren. Denn dem Sachverhalt lag eine arbeitsrechtliche Konstellation zugrunde, und da auf dem Arbeitsmarkt im Falle eines Mangels an Arbeitsplätzen ein strukturelles Machtgefälle zwischen dem Arbeitgeber als Nachfrage-Monopolisten für Arbeitsleistungen und dem Arbeitnehmer als Nachfrager von Arbeit besteht, erfordert die daraus herrührende Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers eine effektive Kontrolle nicht nur staatlicher, sondern auch privater Regelungs- und Durchsetzungsmacht. Damit korrespondiert die besondere Machtverantwortung des Arbeitgebers. Hier ist wiederum die Parallelität zu dem Konzept der „Machtverantwortung“ für Marktmacht bei Art. 102 AEUV erkennbar.¹⁴³³

Diese funktional begründete horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten aus dem Gesichtspunkt eines strukturellen Machtgefälles und einer daraus herzuleitenden Machtverantwortung steht auch im Einklang mit dem Grundsatz der Privatautonomie. Über die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten werden Marktbeteiligte vor den Auswirkungen des strukturellen Machtgefälles geschützt. Hierdurch werden, ganz im Sinne von Markt- und Wettbewerbsfreiheit/-gleichheit, deren Privatautonomie bzw. Handlungsmöglichkeiten zur Verwendung von Aktionsparameter gerade zur Geltung gebracht. Im Ergebnis sprechen daher weder systematisch-teleologische Gründe noch Gründe der Privatautonomie dagegen, private Maßnahmen unter den zuvor genannten funktionalen Voraussetzungen *direkt*¹⁴³⁴ den grundfreiheitlichen Tatbeständen zu unter-

¹⁴³² EuGH *Angonese* (C-281/98, EU:C:2000:296).

¹⁴³³ Siehe *A. Fuchs/W. Möschel* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Art. 102 AEUV, Rn. 73 ff.

¹⁴³⁴ Die im Schrifttum vertretene sog. *Schutzpflichtenlösung* (Anspruch auf hoheitliche Schutzgewähr), siehe nur *P. Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht (2002) passim, sowie im Überblick *E. Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2015), § 10, Rn. 29-32 -. welche die Mitgliedstaaten für „Störungen“ durch Private in die Verantwortung nimmt, kann ohne weiteres neben dieser Konzeption zur Anwendung gelangen. So auch *S. Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten (2009), S. 218, der aus Effektivitätsgesichtspunkten heraus für eine kumulative Anwendung staatlicher Schutzpflichten und horizontaler Direktwirkung plädiert. Insoweit könnten sich die von der Verletzung einer Grundfreiheit Betroffenen den ihrer Auffassung nach besten Weg aussuchen. Diese Wahlfreiheit würde dem *effet utile* in besonderer Weise Rechnung tragen. Die tatbestandliche Erfassung funktionaler privater Maßnahmen via Grundfreiheiten ist indessen wohl der prozessrechtlich effizientere Weg, da im Falle einer Lösung der Drittwirkungsproblematik über die Schutzpflichtentheorie der Einzelne – je nach der Ausgestaltung des national anwendbaren Verwaltungs-/Zivilprozessrechtes – vor einem mitgliedstaatlichen Verwaltungsgericht einen Anspruch auf staatliches Einschreiten geltend machen müsste und der Staat, d.h. z.B. die konkret zuständige Verwaltung, dann wiederum gegen den „Störer“, d.h. gegen denjenigen, der eine Grundfreiheit verletzt, mit öffentlich-rechtlichen Instrumentarien (Verwaltungsakt, polizeiliche Verfügung etc.) vorzugehen hätte.

stellen und Privatrechtssubjekte damit als materiell verpflichtete Adressaten grundfreiheitlicher Verbotstatbestandes zu qualifizieren.¹⁴³⁵

c) *Konvergenz der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln*

Eine komplementäre Marktverantwortung für funktional zu bestimmende „Maßnahmen“ (vertikale Kontrolle) und für funktional zu definierende „Unternehmen“ (horizontale Kontrolle) wird über die zuvor bei a) und b) ausgeführten Aspekte hinaus durch das Argument der Konvergenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln gestützt.

Vornehmlich im jüngeren englischsprachigen Schrifttum¹⁴³⁶, aber auch in anderen Sprachräumen¹⁴³⁷ wird eine Konvergenz der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln ausdrücklich diskutiert. Der Gerichtshof hat sich, soweit ersichtlich, bislang nicht explizit mit dieser Frage auseinandergesetzt.¹⁴³⁸ *Luc Gyselen* vertritt die Auffassung, dass Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln „should all contain the same legality standard“. Er nennt dies den „seamless web approach“. ¹⁴³⁹ Auch *Kamiel Mortelmans* geht von einer gleichen Zielrichtung („objective“) hin zur Verwirklichung des gemeinsamen Mark-

Dazu parallel müsste der Private in einem zweiten Prozess den für ihn in der Praxis bedeutenden Aspekt der Kompensation wirtschaftlicher Einbußen über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ohnehin auf dem zivilrechtlichen Wege geltend machen, abhängig davon, wie das mitgliedstaatliche Recht die prozessualen Zuständigkeiten regelt. Demgegenüber könnte der Betroffene bei einer wie hier vertretenen tatbestandlichen Erfassung privater Maßnahmen durch die Grundfreiheiten in seinem Mitgliedstaat direkt gerichtliche Hilfe gegen den privaten „Störer“ wegen der Verletzung einer Grundfreiheit in Anspruch nehmen.

¹⁴³⁵ Unterstützung findet diese Sichtweise etwa in den Schlussanträgen des Generalanwaltes M. Poiares Maduro in EuGH *The International Transport Workers' Federation und The Finnish Seamen's Union gegen Viking Liine ABP und OÜ Viking Line Eesti* (C-438/05, EU:C:2007:292). Dort legt der Generalanwalt Maduro überzeugend die Argumente für eine mittelbare und unmittelbare Privatwirkung der Niederlassungsfreiheit dar, vgl. Rn. 29 ff.

¹⁴³⁶ *K. Mortelmans*, Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition, CMLR 2001, S. 613-649; *J. Baquero Cruz*, Between Competition and Free Movement, *The Economic Constitutional Law of the European Community* (2002), *P. Oliver*, Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty, in: *Tridimas/Nebbia* (Hrsg.), *European Union Law for the Twenty-First Century, Rethinking the New Legal Order*, Vol. 2, *Internal Market and Free Movement Community Policies* (2004), S. 159-175; *D. O'Keefe/F. Bavasso*, Four freedoms, one market and national competence: In search of a dividing line, in: *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley* (The Hague, 2000), S. 548; *U. Schmid*, Diagonal competence conflicts between European competition law and national regulation, a conflict of laws reconstruction of the dispute on book price fixing, *European Review of Private Law* 2000, S. 155; *L. Gyselen*, The emerging interface between competition policy and environmental policy in the EC, in: *Cameron/May* (Hrsg.), *Trade and Environment* (1994), S. 242.

¹⁴³⁷ *C. Nowak*, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt, in: *Hatje/Terhechte* (Hrsg.), *Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung*, *Europarecht Beiheft* 3/2004, S. 77-106; *J. Stuyck*, Libre circulation et concurrence: les deux piliers du Marché commun, in: *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck* (Brussels 1999), S. 1478 ; *P. VerLoren van Themaat*, Gaat de Luxemburgse rechtspraak over de vier vrijheden en die over het mededingingsbeleid uiteenlopen?, *SEW*, S. 398.

¹⁴³⁸ So auch *K. Mortelmans*, Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition, CMLR 2001, S. 613, 619.

¹⁴³⁹ *L. Gyselen*, a.a.O. (1994), S. 242.

tes aus und betont dies als Ausgangspunkt für eine konvergente Auslegung¹⁴⁴⁰ unter Bezugnahme auf die Schlussanträge von Generalanwalt *Van Gerven* in der Rechtssache *Torfaen*.¹⁴⁴¹ *David O'Keefe* und *Antonio F. Bavasso* vertreten eine marktorientierte Interpretation und betonen, dass die Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln das gemeinsame Ziel (Schutz des Binnenmarktes) eint, wenn sich auch die Grundfreiheiten von den Wettbewerbsregeln durch ihren Schutzgegenstand (Freiheit zur Mobilität - „freedom of circulation“), unterscheiden.¹⁴⁴²

Sämtliche dieser Auffassungen stützen die hier vertretene funktional-wettbewerbsökonomische Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten gemäß der Teleologie einer Werte und Zielidentität (Kapitel 3 B. III. und zuvor A.) sowie Konnexität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (zuvor II.), wenngleich deren Begründungsansätze von der hier vorgestellten Konzeption einer Interpretation in wettbewerbsökonomischen Funktionszusammenhängen (Konnexität) als Bestandteil der Teleologie der Komplementärverhältnisse abweichen. Gleichwohl verdeutlicht das Argument der Konvergenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln wie die funktionale Abgrenzung von „Staat und Privat“ und das System der vertikalen/horizontalen Machtkontrolle, dass die Grundfreiheiten genauso eines funktionalen Tatbestandsmerkmals für den Kontrollgegenstand bedürfen (funktionaler Maßnahmenbegriff) wie die Wettbewerbsregeln (funktionaler Unternehmensbegriff).

3. Ergebnis: Funktionaler Maßnahmenbegriff

In diesem dritten Abschnitt zur wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten wurde gezeigt, wie die geltende formaljuristische Abgrenzung von staatlicher und privater Verantwortung für Beschränkungen durch eine Differenzierung von vertikaler und horizontaler Machtkontrolle ersetzt werden kann. Dies erfordert den Maßnahmenbegriff der Grundfreiheiten unter Einbeziehung der Ergebnisse in dem zweiten Abschnitt (II. 4. Funktional definierter Kontrollgegenstand) funktional wie folgt zu definieren:

Die „funktionale Maßnahme“ erfasst als das zentrale Tatbestandsmerkmal des Kontrollgegenstandes der Grundfreiheiten alle *einseitigen* (in Abgrenzung zu Art. 101 AEUV) *nicht-unternehmerischen* Verhaltensweisen (in Abgrenzung zu Art. 101, 102, 106 Abs. 1 AEUV) von Rechtssubjekten (hoheitlich oder privatrechtlich organisiert), welche im konkreten Wettbewerbsverhältnis über *Regelungs- und Durchsetzungsmacht* verfügen (in Abgrenzung zum Marktmachtkonzept betr. Art. 102 AEUV).

¹⁴⁴⁰ *K. Mortelmans*, a.a.O. (2001), S. 623 „This common objective is a perfect point of departure for convergence”.

¹⁴⁴¹ Schlussanträge des Generalanwaltes *Walter Van Gerven* EuGH *Torfaen Borough Council gegen B & Q plc (Torfaen)* (C-145/88, EU:C:1989:279) Rn. 22.

¹⁴⁴² *D. O'Keefe/F. Bavasso*, a.a.O. (2000), S. 554.

Gemäß dieser funktional-wettbewerbsökonomischen Definition von Maßnahmen beziehen sich die Grundfreiheiten mit dem Kriterium der *Regelungs- und Durchsetzungsmacht* gleichermaßen auf hoheitliche und private Handlungen mit vertikaler Ausrichtung auf den Markt. Betreffend privat-rechtliche Rechtssubjekte sind damit Verhaltensweisen von Unternehmen mit struktureller Überlegenheit erfasst, welche ohne den Missbrauch bzw. einen nicht nachweisbaren Missbrauch von Marktmacht (daher ist Art. 102 AEUV nicht einschlägig)¹⁴⁴³ andere Wirtschaftssubjekte, wie insbesondere aktuelle oder potentielle Konkurrenten, in ihrem wirtschaftlichen Aktionsradius beeinflussen.¹⁴⁴⁴

Komplementär zu dem funktionalen Interpretationsansatz des EuGH bei dem Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ im Wettbewerbsrecht, welches sich dadurch auszeichnet, dass nicht auf die Rechtsnatur des „Unternehmens“ als privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt abzustellen ist, sondern auf die *Qualität der Handlungen des Unternehmens* als wirtschaftliche Betätigung einerseits sowie auf die *Wirkung* der Handlung *in dem relevanten Markt* andererseits (horizontale Kontrolle), erfassen die Grundfreiheiten über eine ebenso funktionale Auslegung des Maßnahmenbegriffs, unabhängig von der Rechtssubjektqualität des Maßnahmenurhebers, jegliche Handlungen mit Ausrichtungen *auf* den Markt, soweit Regelungs- und Durchsetzungsmacht vorliegt (vertikale Kontrolle).

Hoheitliche und private Maßnahmen werden deshalb gleichermaßen von dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot erfasst, da für deren binnenmarkt- und wettbewerbsrelevanten Auswirkungen – „Beschränkungen“ – *auf* den Markt eine *Verursacherverantwortung* besteht, welche analog der Wertung des Art. 106 Abs.1 AEUV („Besserstellungsverbot“) nicht zwischen Staat und Privat differieren darf. Denn nicht die Rechtssubjektqualität als hoheitlich oder privat sondern die *materielle Zurechnung* über *Zurechnungstypen* entscheidet über die Verantwortung für den Markt als systemisch zu bewertenden Teil der Gesellschaft, für die der Einzelne als „Privater“ oder Mischformen von Staat und Privat (wie Public Private Partnership) ebenso eine Verantwortung tragen, wie die Gesamtheit der Bürger in ihrer „demokratischen Repräsentation“ durch den Staat.¹⁴⁴⁵ Die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten sowie der Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln bilden somit insgesamt ein sich komplementär ergänzendes System der umfassenden Verantwortung für die Wirkungen von Handlungen im Markt (horizontale Verantwortung für Marktmacht) und auf den Markt (vertikale Verantwortung für Regelungs- und Durchsetzungsmacht).

¹⁴⁴³ In der Praxis ist der Nachweis des Missbrauchs sehr schwer zu führen. Es kommt daher kaum zu Bußgeldern und Verfahren.

¹⁴⁴⁴ *Stephan Wernicke* begründet die Privatwirkung der Grundfreiheiten in ganz ähnlicher Weise unter der Überschrift der „Neubestimmung der Öffentlichkeit“ mit einer Bezugnahme auf die „Funktion von Teilrechtsordnungen“, nach *Ludwig Raiser* (Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1967)). Wiederum unter Bezugnahme auf *Jürgen Habermas* und dessen Interpretation der Gemeinschaftsverfassung (Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie (1998)) wonach die Normativität des Ordoliberalismus mit der Marktgerechtigkeit zugleich die soziale Gerechtigkeit impliziere, rekurriert Wernicke darauf, dass die „Selbstgesetzgebung durch Vertragsrecht“ auch eine Bindung beinhalte, „so die Beachtung der Freiheiten anderer bei der Wahrnehmung der eigenen“, vgl. *S. Wernicke*, Privatwirkung (2002), S. 267 ff, 268.

¹⁴⁴⁵ Vgl. *S. Wernicke*, ebd. (2002), S. 269.

Dogmatisch folgt aus dem konnexen System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV für die Kontrolle privater Handlungen im Verhältnis von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln, dass die geltende *Konzeption der horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten nach dem hier vertretenen Ansatz aufgeht in einer funktionalen Maßnahmendefinition* (einseitig, nicht-unternehmerisch, Regelungs- und Durchsetzungsmacht). Die durch den EuGH in richterlicher Rechtsfortbildung etablierten Entzugstatbestände und die Rechtsprechung zur horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten stellen insoweit teleologisch spiegelbildliche Entwicklungen zur Schließung einer Lücke im Individualrechtsschutz dar, welche über die funktionale Interpretation in den Maßnahmenbegriff inkorporiert werden können. Die dogmatische Grundlage für eine Zurechnung privater Handlungen folgt aus der Logik der *van Gend & Loos* Rechtsprechung, nach welcher das Gemeinschaftsrecht (jetzt Unionsrecht) jedem Einzelnen Rechte und Pflichten auferlegt.¹⁴⁴⁶ Dies schließt eine umfassende Verpflichtung zur Einhaltung des Unionsrechts für jeden Einzelnen ein (hier ausgedrückt durch eine Marktverantwortung), so wie Art. 4 Abs. 3 EUV eine solche umfassende Verpflichtung für die Mitgliedstaaten vorsieht.

In systematischer Hinsicht ist aus der Analyse abzuleiten, dass der EuGH über die Rechtsprechung zur Anwendung der Wettbewerbsregeln auf hoheitliche Maßnahmen und zur Anwendung der Grundfreiheiten auf private Handlungen ein kongruentes *System der Marktverantwortung* der Mitgliedstaaten und Unternehmen geschaffen hat. Hierin erfasst das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot neben den klassischen staatlichen Handlungsformen auch Handlungen von Privaten, soweit diese einseitig und nicht-unternehmerisch sind, d.h. nicht in den Anwendungsbereich der Art. 101, 102 AEUV fallen. Die Abgrenzung der Grundfreiheiten zu den Wettbewerbsregeln folgt der Unterscheidung zwischen den vertikalen Wirkungen einer Handlung *im* Markt (Wettbewerbsregeln) und den horizontalen Wirkungen einer Handlung *auf* den Markt (Grundfreiheiten), unabhängig von der Rechtsqualität des handelnden Rechtssubjektes als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich. In diesem System sind die Grundfreiheiten in ihrer Funktion nicht als primär auf die Mitgliedstaaten gerichtete, grundrechtsähnliche Verbotsnormen zu erkennen, sondern als transnationale wirtschaftliche Mobilitätsrechte. Zu diesem unionsrechtlichen System der Marktverantwortung sowie den daraus folgenden dogmatischen Konsequenzen für die Grundfreiheiten wird sogleich in Abschnitt C. weiter ausgeführt.

In der prozessrechtlichen Perspektive kann mit der *funktionalen* – nämlich auf den Marktprozess in der vertikalen und horizontalen Dimension ausgerichteten - Interpretation des Maßnahmenbegriffs zugleich die materielle Berechtigung und Verpflichtung, d.h. die Adressatenstellung der Grundfreiheiten für das Prozessrechtsverhältnis bestimmt werden. *Die Zurechnung einer Handlung (im Sinne der Passivlegitimation) wird damit Bestandteil der „Maßnahme“* bzw. Teil des rechtlich zu beurteilenden Sachverhaltes.¹⁴⁴⁷ Auf der Anwendungsebene (vgl. Zweiter Teil Kapitel 6) kann somit erstens

¹⁴⁴⁶ EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 25.

¹⁴⁴⁷ Die dafür notwendige hier so benannte „Qualifikation des Sachverhaltes“ wird im Zweiten Teil der Untersuchung konkretisiert, siehe Kapitel 6 A. I. und III. 2. a). Dieses Konzept ermöglicht – analog

eine effektive Erfassung der Ausrichtung einer Maßnahme auf den wettbewerblich organisierten Marktprozess konzipiert werden (Prüfung bei dem Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten, Kapitel 6 A. I.). Zweitens lässt sich die Marktwirkung einer Maßnahme als Mobilitätsbeschränkung über wettbewerbsökonomisch definierte Subsumtionskriterien auf Basis der geltenden EuGH-Rechtsprechung erfassen (Prüfung bei dem Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten, Kapitel 6 A. II. und III.). Drittens kann die Intensität der Mobilitätsbeschränkung einer Abwägung unterliegen, welche ebenso durch ökonomische Aspekte sowie Aspekte der Chancengleichheit und Marktgerechtigkeit ergänzt werden kann (Abwägung, Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Kapitel 6 C.).

IV. Ergebnis: Funktionskreise subjektiv-rechtlicher interner Politiken

Dem Konzept eines *funktionalen Kontrollgegenstandes* (zuvor Ergebnis II. 4.) sowie eines *funktionalen Maßnahmenbegriffs* (zuvor Ergebnis III. 3.) folgend, beziehen sich die konnexen Kontrollgegenstände der subjektiv-rechtlichen internen Politik des AEUV jeweils nicht „pauschal“ auf einen transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt an sich, sondern funktional „spezifisch“ entweder auf eine horizontale unternehmerische Handlung *im* Markt (Kontrollgegenstand der Wettbewerbsregeln und von Art. 37 AEUV/horizontale Kontrolle) oder auf eine nicht-unternehmerische Handlungsform mit vertikaler Ausrichtung und Wirkung *auf* den Markt (Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten sowie von Art. 30, Art. 110-112 AEUV/vertikale Kontrolle).

Im Ergebnis der funktionsabgrenzenden Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten besteht somit eine funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch fundierte Konnexität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, welche sich in drei *Funktionskreisen* von vertikaler Kontrolle via Grundfreiheiten (1.), horizontaler Kontrolle via Wettbewerbsregeln (2.) sowie einer ergänzenden vertikalen/horizontalen Kontrolle via Warenmarktregeln (3.) differenziert (hier so benannte Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse¹⁴⁴⁸). Diese drei Funktionskreise werden nachfolgend (1. Bis 3.) näher umschrieben.

zu dem funktionalen Unternehmensbegriff –, das Parteienverhältnis nicht über dessen oftmals schwierig abzugrenzende rechtliche Qualität (staatliche Einrichtung oder privatrechtliches Subjekt) sondern über eine Subsumtion von *Anknüpfungen* und tatsächlichen *Wirkungsbeiträgen* zu bestimmen. Im Ergebnis besteht damit eine einheitliche (Gefährdungs-)Verantwortung aus den Grundfreiheiten für staatliche und private Handlungen in deren Ausprägung als funktionale Maßnahme.

¹⁴⁴⁸ Zur rechtlichen Begründung des Komplementärverhältnisses von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln siehe *J. Baquero Cruz*, *Between Competition and Free Movement* (2002), S. 86 ff. und *C. Nowak*, *Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt*, in: Hatje, A./Terhechte J. P. (Hrsg.), *Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung*, EuR Beiheft 3/2004, S. 77 ff., 78-82, 97 ff.

1. Funktionskreis vertikaler Kontrolle (Grundfreiheiten)

Die *Kontrollgegenstände* der Grundfreiheiten betreffen alle einseitigen, nicht-unternehmerischen Handlungsformen von Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht (unabhängig von deren Rechtssubjektqualität als öffentlich- oder privatrechtlich), welche eine Ausrichtung *auf* den Markt zeigen und damit einen Funktionskreis der *vertikalen Kontrolle* bilden. Die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten beziehen sich dabei auf transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen in fünf Markt-bereichen, deren vertikale Kontrolle sich zusammenfassend, ausgehend und ergänzend zu der Konnexitätsordnung der Grundfreiheiten (vgl. zuvor I. 3. b)), wie folgt darstellt:

Art. 34, 35 AEUV: Der Kontrollgegenstand von Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungsverbot bezieht sich auf den *Warenmarkt* und dessen wettbewerblich organisierten transnationalen Interaktionsprozesse der Leistungsebene (Angebot und Nachfrage¹⁴⁴⁹) des Wirtschaftsobjektes *Ware* (Output-Ebene) und des dahinter stehenden Wirtschaftsobjektes *Produzent/Händler* (Input-Ebene) und das Wirtschaftssubjekt der Nachfrage, *Käufer* (Marktgegenseite).

Nur¹⁴⁵⁰ betreffend den Warenmarkt werden die Grundfreiheiten komplementär durch die Warenmarktregeln ergänzt (siehe unten 3.), und zwar im Wege einer vertikalen Kontrolle betreffend *Zölle* (Zollverbot, Art. 30 AEUV) und *Steuern* (Verbot von Steuerbeschränkungen für Waren gemäß Art. 110, 111 AEUV) sowie im Wege einer horizontalen Kontrolle betreffend *staatliche Warenhandelsmonopole* (Art. 37 AEUV). Die vorliegend zusammenfassend als Warenmarktregeln bezeichneten Normen sind als warenmarktliche Beschränkungsverbote konzeptionell ausschließlich auf staatliche Funktionen (Zölle, Steuern, staatliches Monopol) ausgerichtet.

Art. 45 AEUV: Der Kontrollgegenstand der Arbeitnehmerfreizügigkeit bezieht sich auf den *Arbeitsmarkt* und dessen wettbewerblich organisierten transnationalen Interaktionsprozesse der Leistungsebene (Angebot und Nachfrage¹⁴⁵¹) des Wirtschaftsobjektes *Arbeitskraft* (persönliche Output-Ebene) und des dahinter stehenden Wirtschaftssubjekts *Arbeitnehmer* (persönliche Input-Ebene) und das Wirtschaftssubjekt der Nachfrage, also den *Arbeitgeber*.

Art. 49, 54 AEUV: Der Kontrollgegenstand der Niederlassungsfreiheit bezieht sich auf den *Unternehmensmarkt* und dessen wettbewerblich organisierten transnationalen Interaktionsprozesse (Angebot und Nachfrage¹⁴⁵²) des Wirtschaftsobjektes *Unternehmen* (Input-Ebene) und den diesem Objekt zuzuordnenden natürlichen Wirtschaftssubjekten.

¹⁴⁴⁹ Koordiniert durch Kaufverträge, Leasingverträge etc.

¹⁴⁵⁰ Die weiteren Ergänzungen, etwa durch die Agrarmarktregeln oder Art. 96, 96 AEUV werden dem Gegenstand der Untersuchung entsprechend hier nicht erwähnt.

¹⁴⁵¹ Koordiniert durch Arbeitsverträge, Arbeitnehmerentsendungsverträge, Leiharbeitsverträge etc.

¹⁴⁵² Koordiniert durch die Verträge betreffend die Gründung von Unternehmen nach HGB, GmbHG, AktienG etc., die Umwandlung und/oder Verschmelzung/Fusion von Unternehmen oder den Verkauf von Unternehmen (Merger & Akquisition) usw. Zur „ökonomischen Theorie des Unternehmens“ und zu dessen Bedeutung für den Marktprozess siehe P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 308 ff.

Art. 56 AEUV: Der Kontrollgegenstand der Dienstleistungsfreiheit bezieht sich auf den *Dienstleistungsmarkt* und dessen wettbewerblich organisierten transnationalen Interaktionsprozesse der Leistungsebene (Angebot und Nachfrage¹⁴⁵³), des Wirtschaftsobjekts *Dienstleistung*¹⁴⁵⁴ (persönliche Output-Ebene/und Korrespondenzdienstleistung) und des dahinter stehenden Wirtschaftssubjekts *Dienstleister*¹⁴⁵⁵ sowie der Nachfrage, d.h. die *Dienstleistungsempfänger*.

Art. 63 Abs. 1 AEUV: Der Kontrollgegenstand der Kapitalverkehrsfreiheit bezieht sich auf den *Kapitalmarkt* und dessen wettbewerblich organisierten transnationalen Interaktionsprozesse der Leistungsebene (Angebot und Nachfrage¹⁴⁵⁶) des Wirtschaftsobjekts *Kapital* und des dahinter stehenden Wirtschaftssubjekts *Kapitalgeber* bzw. *Kapitalnehmer*.

Art. 63 Abs. 2 AEUV: Der Kontrollgegenstand der Zahlungsverkehrsfreiheit bezieht sich auf den *Geldmarkt* und dessen wettbewerblich organisierten transnationalen Interaktionsprozesse der Gegenleistungsebene in Akzessorietät zu den Leistungsebenen von Waren, Dienstleistungs-, Arbeits-, Niederlassungs- und Kapitalmarkt (Gegenleistung der Nachfrageseite¹⁴⁵⁷) des Wirtschaftsobjektes *Geld*¹⁴⁵⁸ und des dahinter stehenden Wirtschaftssubjekts *Zahlender* bzw. *Zahlungsempfänger*.

2. Funktionskreis horizontaler Kontrolle (Wettbewerbsregeln)

Die *Kontrollgegenstände* der Wettbewerbsregeln betreffen alle Handlungen (Verhalten) von funktionalen Unternehmen (d.h. unabhängig von der Rechtsform öffentlich- oder privat-rechtlich), die eine Nutzung von Aktionsparametern *im* Markt darstellen und damit einen Funktionskreis der *horizontalen Kontrolle* bilden, welcher sich für Art. 101, 102 AEUV, Art. 106 Abs. 1 AEUV sowie Art. 107 AEUV zusammenfassend wie folgt darstellt:

Art. 101, 102 AEUV: Der Kontrollgegenstand des Kartellrechts bezieht sich auf unternehmerische, einseitige Handlungen („unternehmerische Maßnahmen“) von funktiona-

¹⁴⁵³ Koordiniert durch „Dienstleistungsverträge“ vielfältigster Art, z.B. die Vertragsbeziehungen betreffend Architekten, Ärzte, Immobilienmakler, Rechtsanwälte, Unternehmensberatung etc.

¹⁴⁵⁴ Hier die Dienstleistung selbst als „Produkt“ (Output-Ebene) im Sinne einer auch sog. Korrespondenzdienstleistung, wie z.B. ein Gutachten oder eine Website, vgl. *J. Tiedje*, in: von der Groben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 56 AEUV, Rn. 3.

¹⁴⁵⁵ Hier die persönliche Leistungsebene, also das Dienstleistungsangebot einer natürlichen Person oder einer Gesellschaft als Dienstleister (Input-Ebene, auch sog. aktive Dienstleistungsfreiheit genannt), z.B. der Arzt oder der Rechtsanwalt, und die Dienstleistungsnachfrage des Empfängers der Dienstleistung, z.B. der Patient oder der Mandant (Marktgegenseite, auch sog. passive Dienstleistungsfreiheit genannt).

¹⁴⁵⁶ Koordiniert durch Verträge betreffend z.B. Darlehen, Sicherungsrechte-/Pfandrechte, Beteiligungen und Aktienhandel etc.

¹⁴⁵⁷ Koordiniert durch Verträge betreffend den Zahlungsverkehr i.w.S. wie Girovertrag, Kreditkartenverträge etc.

¹⁴⁵⁸ Hier synonym für sämtliche Formen der gemäß der EuGH-Rechtsprechung (*Luisi und Carbone*) erfassten Formen von Gegenleistungen i.w.S., siehe hierzu *K.-P. Wojcik*, in: von der Groben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 63 AEUV, Rn. 5: „Bargeld, Girogeld, Schecks, Wechsel u.a.“.

len Unternehmen, die Aktionsparameter *im* Markt (horizontal) gebrauchen, und zwar entweder im Sinne einer Koordinierung dieser Parameter (Art. 101 AEUV) oder einer Ausübung von Marktmacht über Aktionsparameter (Art. 102 AEUV).

Über die richterrechtlich etablierten Entzugstatbestände (Art. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV) werden Handlungen von Unternehmen *im* Markt (horizontal) akzessorisch einem Mitgliedstaat bzw. dessen öffentlich-rechtlich organisierten Rechtssubjekten akzessorisch zugerechnet¹⁴⁵⁹, wenn der Mitgliedstaat *auf* Unternehmen (vertikal) so eingewirkt hat, dass diese sich kartellrechtswidrig *im* Markt (horizontal) verhalten konnten oder mussten (horizontale Kontrolle durch vertikale Zurechnung).

Art. 107 AEUV: Der Kontrollgegenstand der Beihilfenkontrolle bezieht sich auf einseitige, nicht-unternehmerische Leistungen (Subventionen) von Mitgliedstaaten, welche die Ressourcenausstattung von funktionalen Unternehmen selektiv (vertikal) verbessern, insbesondere deren Kostenfunktion¹⁴⁶⁰, und diesen damit ermöglicht, sich *im* Markt (horizontal) anders als ohne diese staatliche (vertikale) Leistung zu positionieren.

Art. 106 Abs. 1 AEUV: Der Kontrollgegenstand betreffend „öffentliche Unternehmen“ und Unternehmen, denen „besondere Rechte“ oder „ausschließliche Rechte“ gewährt sind, bezieht sich auf besondere Organisationsgestaltungen von Unternehmen im Zusammenwirken mit dem Staat (vertikal-horizontal).¹⁴⁶¹ Im Verhältnis von öffentlich-rechtlich zu privat-rechtlich organisierten Unternehmen umfasst der Kontrollgegenstand ein „Besserstellungsverbot“ soweit hoheitliche Maßnahmen über ein öffentliches (Art. 106 Abs. 1 AEUV) oder privates Unternehmen (Entzugstatbestand) *gemittelt* auf Prozesse *in* dem Markt und den Wettbewerb einwirken. Art. 106 Abs. 1 AEUV umfasst hiermit im Schwerpunkt eine horizontale Kontrolle.

3. Funktionskreis vertikaler/horizontaler Kontrolle (Warenmarktregeln)

Die *Kontrollgegenstände* der Warenmarktregeln ergänzen die vertikale Kontrolle der Grundfreiheiten (siehe zuvor 1.) ausschließlich im Bereich des Warenmarktes um eine vertikale Kontrolle unmittelbar kostenwirksamer Maßnahmen mit einer Ausrichtung *auf* Unternehmen und erweitern die horizontale Kontrolle der Wettbewerbsregeln

¹⁴⁵⁹ Das Erfordernis der *Akzessorietät* verdeutlicht, dass Voraussetzung für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die Mitgliedstaaten Bezüge zu Handlungen *im* Markt sind. Die Konzeption von Art. 106 Abs. 1 AEUV offenbart hierzu, dass das Handlungsspektrum auch speziell (koordinierende) Regelungen mit *inter partes* Charakter zwischen hoheitlichen und privaten Rechtssubjekten umfasst, siehe die Darlegung in Abschnitt III. 2.

¹⁴⁶⁰ Durch eine „Begünstigung“ im Wege eines „finanziellen Vorteils“ im Sinne des Art. 107 AEUV, siehe hierzu im Überblick mit Fallgruppen aus der Praxis *B. Bär-Bouyssière*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 107 AEUV, Rn. 25 ff., wird die Kostenstruktur eines Wirtschaftssubjektes durch eine „Einnahme“ i.w.S. verbessert und damit die Produktionsfunktion beeinflusst, siehe zu den mikroökonomischen Gesetzmäßigkeiten *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 132 ff. (Produktion und Kosten in der kurzen Frist) und S. 146 ff. (Produktion und Kosten in der langen Frist).

¹⁴⁶¹ Art. 106 Abs. 1 AEUV besitzt keinen eigenen Verbotstatbestand, sondern betrifft funktional betrachtet bestimmte Ausprägungen von Unternehmen mit einer dynamischen Verweisung auf die im AEUV bestehenden Maßstäbe, vgl. *P. Voet van Vormizeele*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 106 AEUV, Rn. 3/4 und Rn. 10.

(siehe zuvor 2.) im Bereich der Nutzung von Aktionsparametern *im* Markt durch staatliche Handelsmonopole. Die Warenmarktregeln bilden somit einen ausschließlich auf typisch hoheitliche Maßnahmen zugeschnittenen Funktionskreis der *horizontal-vertikalen Ergänzungskontrolle*, welcher sich für Art. 30 AEUV, Art. 110-112 AEUV und Art. 37 AEUV zusammenfassend wie folgt darstellt:

Art. 110, 112 AEUV: Die vertikal ausgerichteten Kontrollgegenstände der Steuerbeschränkungsverbote beziehen sich auf einseitige, staatliche finanzielle Belastungen betreffend transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen bzgl. Waren (Output-Ebene), *anlässlich* eines Grenzübertritts (territoriale Anknüpfung und Anknüpfung an den Begriff Steuern).

Art. 30 AEUV: Der vertikal ausgerichtete Kontrollgegenstand des Zollverbotes bezieht sich auf einseitige, staatliche finanzielle Belastungen betreffend transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen bzgl. Waren (Output-Ebene) *wegen* des Grenzübertritts (territoriale Anknüpfung und Anknüpfung an den Begriff Zoll).

Der horizontal ausgerichtete Kontrollgegenstand von Art. 37 AEUV bezieht sich speziell auf die Wirkungen staatlicher Handelsmonopole *im* Markt¹⁴⁶² und damit auf einen speziell hoheitlich herrührenden Wirkungsaspekt von Monopolen in Abgrenzung zu Art. 102 AEUV und zu der Fusionskontrolle.

¹⁴⁶² Nach überwiegender Auffassung bezieht sich Art. 37 AEUV nicht auf Dienstleistungsmonopole, *W. Berg*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 37 AEUV, Rn. 6.

C. Das Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung

Als dogmatisch-konzeptionelles Gesamtergebnis lässt sich aus dem funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch bestimmten Komplementärverhältnis von Grundfreiheiten, Wettbewerbs- und Warenmarktregeln sowie den daraus resultierenden drei Funktionskreisen einer vertikalen und horizontalen Kontrolle, das hier so benannte *Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung* ableiten. Zur konzeptionellen Systematisierung werden hierfür nachfolgend die zuvor definierten Funktionskreise¹⁴⁶³ in der Zuordnung einer vertikalen Marktverantwortung von Mitgliedstaaten und einer horizontalen Marktverantwortung von Wirtschaftssubjekten (horizontal) in einem Schaubild zusammenfassend dargestellt (I.). Anschließend wird der *Gegenstand der unionsrechtlichen Marktverantwortung* dogmatisch-konzeptionell weiter konkretisiert (II.). Schließlich lassen sich daraus *Konsequenzen für die Dogmatik der Grundfreiheiten* als Marktverantwortungsrecht ableiten, die deren „Anders-Sein“ verdeutlichen (III.).

I. Schaubild (Struktur des Systems)

Die nachfolgend abgebildete Struktur in Abbildung-11 zeigt erstens die aus der *Teleologie der Werte- und Zielidentität* (siehe Kapitel 3 B. III. und zuvor A.) resultierende, parallel *gleichlaufende Bindung* aller subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV an das Binnenmarktziel gemäß dem Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV), welche für die *Normqualität* subjektiv-rechtliche interne Politik AEUV in Zusammenschau mit dem Free Movement Konzept (Kapitel 3 A. I.) prägend ist.¹⁴⁶⁴ In dem Schaubild ist die gleichlaufende Bindung (Werte- und Zielidentität) durch die Schnittmenge der drei *Funktionskreise* von Grundfreiheiten (vertikal), Wettbewerbsregeln (horizontal) und Warenmarktregeln (vertikal/horizontal) dargestellt. Hierbei ist auch die Funktion der vertikal/horizontalen Ergänzungskontrolle der Warenmarktregeln verbildlicht, einerseits für die Art. 34, 35 AEUV (vertikal via Art. 30 AEUV und Art. 110-112 AEUV) und andererseits für die Art. 102 AEUV (horizontal via Art. 37 AEUV).

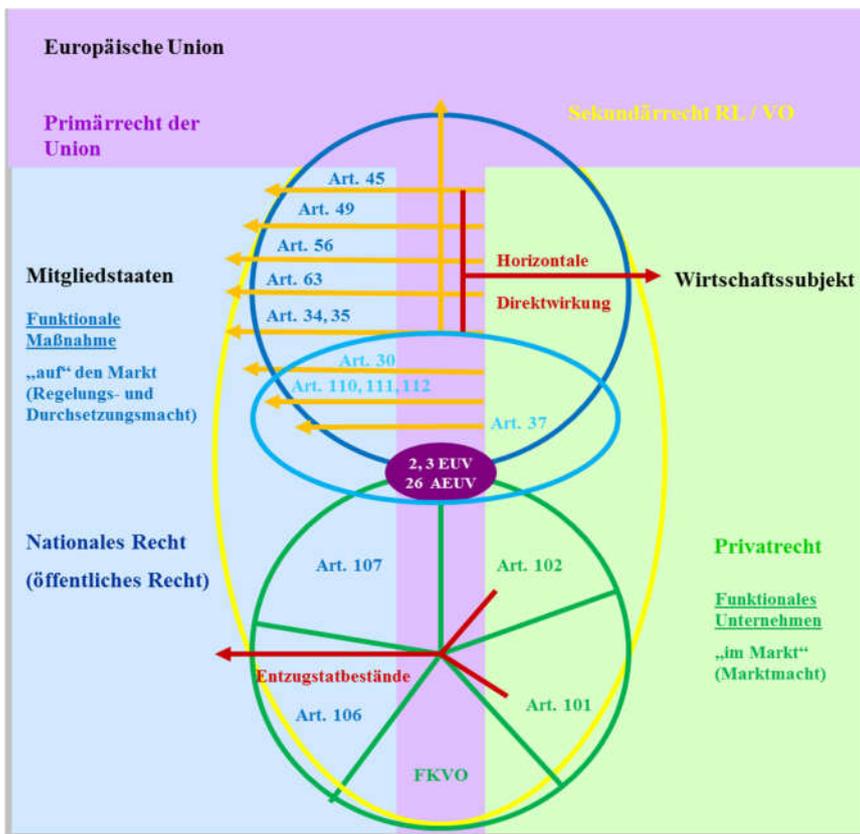
Zweitens repräsentieren die nicht in der Schnittmenge befindlichen Flächen die *Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV* (siehe zuvor B.), d.h. die functional, normativ-wettbewerbsökonomisch abgegrenzten Kontrollgegenstände in der Konnexität von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln, welche die richterrechtlichen Erweiterungen durch die sog. Entzugstatbestände für die Wettbewerbsregeln (Art. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV) und die horizontale Direktwirkung für die Grundfreiheiten einbeziehen.¹⁴⁶⁵

¹⁴⁶³ Zuvor B. IV. 1.-3.

¹⁴⁶⁴ Betreffend die Ebene des Prinzips (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) korreliert dies mit dem *Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand* des Prinzips.

¹⁴⁶⁵ Betreffend die Ebene des Prinzips (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) korreliert dies mit dem *Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt* des Prinzips.

Abbildung-11: Das Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung



© Marco Keser

Die Abbildung zeigt in abstrahierter Form von drei *Funktionskreisen* einer vertikalen/horizontalen Kontrolle das Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung von Mitgliedstaaten (Staat / Rechtssubjekt, organisiert auf der Basis nationalen öffentlichen Rechts) und Wirtschaftssubjekten bzw. Unternehmen (Privatrecht / Rechtssubjekt, organisiert auf der Basis nationalen Privatrechts).

1. Vertikale und horizontale Marktverantwortung

In der Struktur des Gesamtsystems der unionsrechtlichen Marktverantwortung zeigt sich die funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch bestimmte Funktion von Grundfreiheiten (funktionaler Kontrollgegenstand, funktional definierter Maßnahmenbegriff, vertikale Kontrolle von Handlungen mit Wirkungen *auf* den Markt) in deren Konnexität und Komplementarität mit der Ergänzungskontrolle der Warenmarktregeln (Interdependenz mit Art. 34, 35 AEUV sowie Art. 102 AEUV, Art. 107 AEUV) und den Wettbewerbsregeln (funktional definierter Unternehmensbegriff, horizontale Kontrolle von Handlungen mit Wirkungen *im* Markt). Die Schnittmenge (violett) repräsentiert die Teologie der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, mit einer normenübergreifenden Bindung an die grundlegenden Werte der Gleichheit und Freiheit sowie an die Gerechtigkeit, Art. 2 EUV (Werteverfassung), und

zwar in den Zusammenhängen des Binnenmarktziels und des Leitbildes der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 EUV (Wirtschaftsverfassung), repräsentiert durch das *unionsrechtliche Beschränkungsverbot* als Prinzip und dort aggregiert in den objektiv-rechtlichen Maßstäben der Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Integrationsgleichheit der Markt- und Wettbewerbsgleichheit, welche sich gemäß dem Free Movement-Konzept auf der operativen Ebene als Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit zur Gewährleistung funktionaler Transnationalität darstellen.

2. Freiheit/Gleichheit in der Zuordnung von Funktionskreisen

Aus dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung folgt für die Struktur der *Kontrollmaßstäbe* der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, und vorliegend betreffend die Frage nach dem Inhalt und der Definition des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot als Mobilitätsbeschränkungsverbot (im Detail Kapitel 6 A. II. und III.), dass das *Freiheits- und Gleichheitsrecht des Kontrollmaßstabes der Grundfreiheiten von dem Freiheits- und Gleichheitsrecht des Kontrollmaßstabes der Wettbewerbsregeln einerseits und demjenigen der Warenmarktregeln andererseits streng zu unterscheiden ist.*¹⁴⁶⁶

Dementsprechend müssen *Freiheit* und *Gleichheit* auf der Anwendungsebene (als transnationale Mobilitätsfreiheit und transnationale Mobilitätsgleichheit) gemäß der jeweils spezifischen funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Funktion der drei Funktionskreise jeweils vertragsautonom funktionspezifisch konzeptioniert und konkretisiert werden, also für die *Grundfreiheiten als grundfreiheitliche Beschränkungsverbote*, für die *Wettbewerbsregeln als wettbewerbliche Beschränkungsverbote*, und für die *Warenmarktregeln als warenmarktliche Beschränkungsverbote*. In dem Zweiten Teil der Untersuchung erfolgt entsprechend dem Ziel der Untersuchung¹⁴⁶⁷ vorliegend nur für den Funktionskreis der Grundfreiheiten eine dementsprechende Konzeptionierung und Konkretisierung des *grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot als Mobilitätsbeschränkungsverbot*, als subjektiv-rechtlich adäquate Umsetzung der operativen Maßstäbe (transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit) des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot).

Zuvor werden hierfür nachfolgend noch die aus dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung für diese Konkretisierung folgenden Implikationen formuliert. Dies sind zum einen Aspekte gemäß dem Gegenstand der unionsrechtlichen Marktverantwortung (I.) sowie zum anderen die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Dogmatik der Grundfreiheiten (II.).

¹⁴⁶⁶ Siehe zur Notwendigkeit der inhaltlich spezifischen, d.h. vertragsautonomen Konkretisierung von Freiheit und Gleichheit für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot in der systemisch-funktionalen Betrachtung Kapitel 5 C. II. 1. c) cc) (3) Reduktion auf funktionale Kerngehalte: Relationskonzept (Gleichheit) und Kapazitätskonzept (Freiheit).

¹⁴⁶⁷ Kapitel 1 A. III.

II. Gegenstand der unionsrechtlichen Marktverantwortung

Der Gegenstand der unionsrechtlichen Marktverantwortung wird bestimmt durch eine parallele subjektiv-rechtliche Kontrolle horizontaler privater (Markt-)Macht sowie vertikaler hoheitlicher und/oder privater Regelungs- und Durchsetzungsmacht (1.) sowie eine daraus folgende Verantwortung für den Einfluss von aus dieser Macht folgenden Maßnahmen auf transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen (2.), mit einer daraus resultierenden Haftung (3.), womit sich im Ergebnis die Konzeption einer Machtkontrolle durch Marktverantwortung definieren lässt (4.).

1. Parallele subjektiv-rechtliche Kontrolle hoheitlicher/privater Macht

Entsprechend der sich wechselseitig ergänzenden, rechtlich komplementären und wettbewerbsökonomisch konnexen Kontrolle von *nicht-unternehmerischen Handlungen* von Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht und deren Wirkungen auf den Markt einerseits und von *unternehmerischen Handlungen* mittels Aktionsparametern im Markt andererseits, besteht eine parallele subjektiv-rechtliche Beschränkungskontrolle gegenüber hoheitlicher und privater Macht. Dies entspricht dem Grundtelos der Europäischen Wirtschaftsverfassung, wie dieser in der funktionalen Konzeption der Werte- und Wirtschaftsverfassung in Kapitel 3 dargelegt wurde.¹⁴⁶⁸

Ausgehend von der Freiheit und Gleichheit von Zuordnung und Zuordnungswechsel¹⁴⁶⁹ ist somit der *Schutzgegenstand* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (das Binnenmarktprinzip) entsprechend der Teleologie der Werte- und Zielidentität auf der Anwendungsebene umzusetzen, über die *Kontrollgegenstände* der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV. In der subjektiv-rechtlichen Konkretisierung des Prinzips „unionsrechtliches Beschränkungsverbot“ und dessen Maßstäbe der Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Markt- und Wettbewerbsgleichheit als transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit, sind die Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln parallel auf das *Schutzobjekt* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (das Wettbewerbsprinzip) gerichtet. Somit bedarf der *Kontrollmaßstab* des subjektiven Rechts der jeweils Funktionskreis spezifischen Konkretisierung von Machtkontrolle auf der Anwendungsebene.

Betreffend die Grundfreiheiten müssen also die funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Gehalte von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit für die operativ mobilitätsbezogenen Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit¹⁴⁷⁰ für das Mobilitätsbeschränkungsverbot der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) konzeptioniert, konkretisiert und definiert werden.¹⁴⁷¹

¹⁴⁶⁸ Kapitel 3 B. II. 2.

¹⁴⁶⁹ Kapitel 3 B. II. 1.

¹⁴⁷⁰ Kapitel 3 F. III. 1. und 2.

¹⁴⁷¹ Kapitel 6 A. II. und III.

2. Verantwortung für Transnationale Leistungs-/Vertragsbeziehungen

Gemäß der vorliegend hergeleiteten *funktional-wettbewerbsökonomischen Teleologie der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV* gilt für die Warenmarktregeln, Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln gleichermaßen, dass sich die *Verantwortung* für die Verwirklichung und das Funktionieren des Binnenmarktes (Schutzgegenstand Binnenmarktprinzip) und für das Interaktionssystem Wettbewerb (Schutzobjekt Wettbewerbsprinzip) in dem funktional zu qualifizierenden transnationalen Tausch von Angebot und Nachfrage im Binnenmarkt (funktionale Transnationalität) stets auf privatrechtlich (zivilrechtlich, arbeitsrechtlich, handelsrechtlich, gesellschaftsrechtlich usw.) begründete Sachverhalte bezieht. Die maßgeblichen transnationalen wirtschaftlichen Leistungs- und Gegenleistungsbeziehungen beruhen regelhaft auf Verträgen (Konsensbasierte Transaktionsbeziehungen) oder auf gesetzlichen Normen (zwingende Transaktionsbeziehungen). Dem entspricht ein *transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt*, welcher mit der *funktionalen Transnationalität* als operative Facette des Free Movement-Konzepts korrespondiert. Die funktionale Transnationalität ist demnach das prägende *Systemmerkmal* des *Kontrollgegenstandes* der Grundfreiheiten, welches in der Struktur des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot bei der Maßnahmenqualifikation konkret zu bestimmen ist.¹⁴⁷²

Die subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV garantieren für Wirtschaftssubjekte insoweit als unionsrechtliche *Anspruchsgrundlagen* den transnationalen Vollzug privatrechtlicher Verträge, d.h. i.w.S. leistungsbezogene Austauschbeziehungen in einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt. Letzterer ist der tatsächliche Bezugsgegenstand von Freiheit und Gleichheit auf der Anwendungsebene des subjektiven Rechts. Verboten sind damit sämtliche Handlungen mit Wirkungen *auf* den Markt oder *im* Markt, welche die transnationale Leistungs- und Vertragsdurchführung im Sinne der funktionalen Transnationalität¹⁴⁷³ behindern und damit die transnationale Mobilität, gemessen an den Maßstäben der Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Markt- und Wettbewerbsgleichheit „beschränken“. Für die vertikale Kontrolle von Macht via Grundfreiheiten ist demnach unter Berücksichtigung der vorgenannten Differenzierungen ein Mobilitätsbeschränkungsverbot zu konturieren.¹⁴⁷⁴

3. Haftung als Folge der Verantwortung

Als Teilmenge des *Gesamtsystems der unionsrechtlichen Marktverantwortung* begründen die Grundfreiheiten mit ihren spezifisch auf die wettbewerblich organisierte transnationale Mobilität von Angebot und Nachfrage im Binnenmarkt gerichteten Kontrollgegenständen eine originäre, aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung im Lichte der Verpflichtung zur Loyalität, Art. 4 Abs. 3 EUV, abgeleitete *Marktverantwortung der Mitgliedstaaten* für die Wirkungen ihres Handelns auf die wettbewerblich determinierte *Marktstruktur* des Binnenmarktes sowie das wettbewerbsökonomischen Gesetz-

¹⁴⁷² Kapitel 6 A. I. Kontrollgegenstand.

¹⁴⁷³ Kapitel 3 A. I.

¹⁴⁷⁴ Hierzu Kapitel 6 A. II. und III.

mäßigkeiten (Entscheidungsgesetzmäßigkeiten von Entscheidungsvariablen¹⁴⁷⁵) unterliegende *Marktverhalten* von Wirtschaftssubjekten. Dies gilt soweit das staatliche Handeln in der Qualität einer *funktionalen Maßnahme*¹⁴⁷⁶ Wirkungen auf den Binnenmarkt als Tauschsystem und den Wettbewerb als Interaktionssystem zeigt.

Diese staatliche Verantwortung für die Wirkungen von Handlungen (funktionale Maßnahmen) auf den Markt korrespondiert mit einer Schadenersatzhaftung auf der Rechtsfolgenseite und offenbart eine *haftungsrechtliche Qualität der Grundfreiheiten*. Eine auf diesem Telos fußende Dogmatik von Marktverantwortungsrecht zieht bei einer Verletzung der Grundfreiheiten in der Rechtsfolge angesichts heute bestehender „Mischformen“ staatlichen und privaten „Zusammenwirkens“ (wie z.B. Public Private Partnership) notwendigerweise eine parallele Schadenersatzhaftung hoheitlich und/oder privatrechtlich organisierter Rechtssubjekte als Normadressaten der Grundfreiheiten nach sich.

4. **Fazit: Machtkontrolle durch Marktverantwortung**

Der Gegenstand der unionsrechtlichen Marktverantwortung stellt sich betreffend die Grundfreiheiten im Ergebnis aus der Perspektive der Normadressaten als *Verantwortung für Regelungs- und Durchsetzungsmacht* dar. Diese Verantwortung bezieht sich auf die Wirkungen nicht-unternehmerischer, einseitiger Handlungen *auf* den Markt, welche darin bestehen, dass die durch das Interaktionssystem Wettbewerb organisierten Tauschprozesse im Binnenmarkt, also die Leistungs- und Vertragsbeziehungen eines transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes, durch eine vertikale Maßnahme maßgeblich (kausal) beeinflusst werden und damit die transnationale wirtschaftliche Mobilität, also der Marktzutritt und/oder Marktaustritt von Wirtschaftssubjekten, über eine Beeinflussung deren Entscheidungsgesetzmäßigkeiten für strategierelevante Entscheidungsvariablen nachweislich „beschränkt“ wird. Kurz gefasst lässt sich diese Teleologie als *Machtkontrolle durch Marktverantwortung* bezeichnen. Wie genau diese „Wirkungen auf die transnationale Mobilität“ ausgestaltet sein müssen, um eine solche Marktverantwortung mit Haftungsfolge zu begründen, und wie diese Wirkungen zu subsumieren sind, bedarf der Konzeptionierung und Konkretisierung auf der Anwendungsebene (hierzu nachfolgend Kapitel 6).

¹⁴⁷⁵ Siehe B. I. 3. Perspektive des Wirtschaftssubjektes („Attraktivität“ des Marktzugangs).

¹⁴⁷⁶ Vgl. zuvor B. III. 3.

III. Konsequenz für die Dogmatik der Grundfreiheiten

Die parallele unionsrechtliche Marktverantwortung von hoheitlich und privat-rechtlich organisierten Rechtssubjekten ist Ausdruck der vertragsautonomen *sui generis* Normqualität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, und so der Grundfreiheiten.

1. Anspruchsnormen mit ordnungsrechtlichem Charakter

Aus der Teleologie der Werte- und Zielidentität (zuvor A.) sowie der Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse (B.) folgt gemäß dem zuvor definierten Gegenstand der unionsrechtlichen Marktverantwortung (II.) als Konsequenz für die Dogmatik der Grundfreiheiten, dass diese in ihrer subjektiv-rechtlichen Funktion¹⁴⁷⁷ keine „schlichten Verbotsnormen“ darstellen, sondern auf *transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen (transnationale wirtschaftliche Sachverhalte) gerichtete Anspruchsnormen mit ordnungsrechtlichem Charakter*.¹⁴⁷⁸ Denn die Grundfreiheiten operationalisieren die in dem Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot¹⁴⁷⁹ aggregierten Maßstäbe¹⁴⁸⁰ zur Sicherung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität in der Form von Tauschbeziehungen (Angebot/Nachfrage) im Binnenmarkt¹⁴⁸¹ auf die der Einzelne als Wirtschaftssubjekt nach der EuGH-Rechtsprechung zum subjektiv-rechtlichen Beschränkungsverbot einen unionsrechtlich fundierten *Anspruch* hat.¹⁴⁸² Der *Ordnungscharakter* dieses Anspruchs i.w.S. liegt darin begründet, dass transnationale wirtschaftliche Mobilität zwar zugunsten individueller wirtschaftlicher Interessen (Privatinteresse) zu gewähren ist, aber damit zugleich im Dienste der Integration (Unionsinteresse) „ordnungsrechtlich“ gehandelt wird, in dem der Einzelne das integrationspolitisch-ökonomisch fundierte Free Movement-Konzept (das insoweit „supranationale Ordnungsinteresse“) gegenüber Mitgliedstaaten und ebenso gegenüber Privaten (horizontale Direktwirkung) geltend macht. Damit wird auf Regelungs- und Durchsetzungsmacht basierendes Verhalten (i.S.e. funktionalen Maßnahme) i.w.S. auch „ordnungsrechtlich“ derogiert.

¹⁴⁷⁷ Zu weiteren Funktionen der Grundfreiheiten, die nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, siehe *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (2014), § 7, Rn. 21-42, Rn. 42; *W. Frenz*, *Europäische Grundfreiheiten* (2012), Kapitel 2 Geltungsgehalte, Rn. 84-224, zusammenfassend in Rn. 225 Abb. 2.1., Gesamtschau: Gehalt der Grundfreiheiten.

¹⁴⁷⁸ *Lioba Riem* hat aus der EuGH-Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, insb. im Bereich des Sozialversicherungsrechts, sowie aus dem Wesen und der Funktion der Grundfreiheiten die These formuliert, dass für leistungsrechtliche Konstellation die Notwendigkeit bestehe, „das bisher nur in blassen Konturen vorhandene System einer europarechtlichen leistungsrechtlichen Grundfreiheiten Dogmatik (fort) zu entwickeln.“, vgl. *L. Riem*, *Die Europäischen Grundfreiheiten als Rechtsgrundlagen von Leistungsansprüchen* (2010), S. 341.

¹⁴⁷⁹ Kapitel 3 G.

¹⁴⁸⁰ Kapitel 3 F.

¹⁴⁸¹ Kapitel 3 A. I. und F. III.

¹⁴⁸² Kapitel 3 E. II.

2. Haftungsrechtlicher Charakter

Aus dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung ergibt sich in dogmatischer Perspektive zugleich ein *haftungsrechtlicher Charakter* der Grundfreiheiten. Denn die Grundfreiheiten konkretisieren in Bezug auf die *public governance* von Union und Mitgliedstaaten eine aus deren Regelungs- und Durchsetzungsmacht herrührende Marktverantwortung für die Wirkungen ihrer Handlungen auf die transnationale Mobilität wirtschaftlicher Leistungen (alle Grundfreiheiten) und Gegenleistungen (Art. 63 Abs. 2 AEUV) von Wirtschaftssubjekten. Dieser Gesichtspunkt folgt für die Union *de lege lata* bereits aus Art. 340 AEUV.¹⁴⁸³

Eine Haftung der Mitgliedstaaten für ihre die Pflichten aus dem Unionsrecht verletzenden Handlungen hat der EuGH mit der *Francovich*-Rechtsprechung begründet¹⁴⁸⁴ und in nachfolgenden Entscheidungen weiter ausgeformt.¹⁴⁸⁵ Die staatliche Marktverantwortung und die mit ihr einhergehende Haftungsfolge greift für Einwirkungen *auf* die Marktstruktur und auf das freie und gleiche Marktverhalten, soweit die Mitgliedstaaten *einseitig* und *nicht-unternehmerisch* über ihre *Regelungs- und Durchsetzungsmacht*, insbesondere via das Gesetzgebungsmonopol, die Funktionsbedingungen für den Wettbewerb als Interaktionssystem des Binnenmarktes bestimmen, z.B. in der Form einer Mindestpreisregelungen wie im Fall EuGH *Keck*.¹⁴⁸⁶

Eine ebensolche Marktverantwortung besteht für privat-rechtlich organisierte Rechtssubjekte soweit diese über faktische Regelungs- und Durchsetzungsmacht verfügen (horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten). Im Wettbewerbsrecht ist eine Haftung für Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 101 AEUV) auf Grundlage der EuGH-Entscheidung *Courage und Crehan* anerkannt¹⁴⁸⁷, ein Prinzip, welches im Schrifttum auch auf Verstöße gegen das Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV) übertragen wird.¹⁴⁸⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung folgt aus der Teleologie der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (Kapitel 3 B. III.) und aus der funktionalen Komplementarität der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln (zuvor B.), dass Sanktionen auch für privatrechtliches Verhalten mit Wirkungen *auf* den Markt bestehen müssen, soweit private „faktisch wie Hoheitsträger“ auf der Grundlage von „privater“ Regelungs- und Durchsetzungsmacht handeln. Ob ein Privatrechtssubjekt *auf* den Markt vertikal einwirkt und damit seine unionsrechtlichen Pflichten (begründet aus der unionsrechtlichen Marktverantwortung) verletzt (horizontale Direktwir-

¹⁴⁸³ Zur Funktion des Art. 340 AEUV und zu den Grundsätzen der Haftung *I. Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 340 AEUV, Rn. 1 ff., zu Haftungsobjekten Rn. 15-20 und zu den Haftungssubjekten Rn. 21-25.

¹⁴⁸⁴ EuGH *Andrea Francovich u.a. gegen Italienische Republik (Francovich)* C-6 und 9/90, EU:C:1991:428) Rn. 33 ff.

¹⁴⁸⁵ EuGH *Brasserie du Pêcheur gegen Bundesrepublik Deutschland u.a.* (C-46 und 48/93, EU:C:1996:79) Rn. 42; EuGH *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA u.a. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften* (C-352/98 P, EU:C:2000:361) Rn. 41; EuGH *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513) Rn. 31 m.w.N.

¹⁴⁸⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁴⁸⁷ EuGH *Courage Ltd gegen Bernard Crehan und Bernard Crehan gegen Courage Ltd u.a. (Courage und Crehan)* (C-453/99, EU:C:2001:465) Rn. 26 ff.

¹⁴⁸⁸ *T. Mäger* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Handbuch Europarecht (2015), S. 716, Rn. 284.

kung der Grundfreiheiten) oder als Unternehmen *im* Markt horizontal agiert und dadurch die Interessen und Rechtsgüter anderer Wirtschaftssubjekte beeinträchtigt (Art. 101, 102 AEUV), kann für die Grundlage von Schadensersatzansprüchen keine Relevanz haben. Mit der vom EuGH in *Courage und Crehan* herausgestellten Begründung ist zu konstatieren, dass auch für die betreffend einseitige, nicht-unternehmerische Handlungen bestehende Marktverantwortung der Grundsatz gelten muss, dass die Gewährung von Schadensersatz der praktischen Wirksamkeit der unionsrechtlichen Pflichten zum Erfolg gereicht. Dementsprechend besteht betreffend die *private governance* (*Stephan Wernicke*)¹⁴⁸⁹ eine Marktverantwortung aller Privatrechtssubjekte (Unternehmen) und ein Haftungsanspruch gegen diese, soweit sie mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht ausgestattet durch nicht-unternehmerische Handlungen (funktionale Maßnahme) auf den transnationalen Interaktionsmechanismus Wettbewerb einwirken und damit in einem transnationalen Austauschverhältnis die Bedingungen für Angebot und Nachfrage nachweislich beeinflussen und so die Interessen und Rechtsgüter Dritter beeinträchtigen.

3. Parallelen zur zivilrechtlichen Dogmatik

Beschränken Mitgliedstaaten, Organe der Union oder Private über ihre Regelungs- und Durchsetzungsmacht in der Form nicht-territorialer („unterschiedsloser“), einseitiger, nicht-unternehmerischer Verhaltensweisen (funktionale Maßnahme) die Markt- und Wettbewerbsfreiheit oder die Markt- und Wettbewerbsgleichheit, so sind diese für sämtliche mobilitätsbeschränkende Wirkungen ihrer Handlung als Verbotsadressaten der Grundfreiheiten entsprechend der Maßstäbe transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit verantwortlich, soweit durch das Verhalten die funktionale Transnationalität, d.h. Leistungs- und Vertragsbeziehungen, strategisch-protektionistisch beeinträchtigt werden.¹⁴⁹⁰ Übertragen in die Sprache des Zivilrechts (zur Veranschaulichung des hier gemeinten Gedankens), sind i.w.S. „leistungsunabhängig mächtige“ Rechtssubjekte insoweit als „Störer“ zu betrachten (§ 1004 BGB). In der Terminologie des Bereicherungsrechts (§ 812 BGB) könnte man die beschränkende Wirkungen auf transnationalen Leistungs- und Vertragsbeziehungen auch als „Eingriff in den Zuweisungsgehalt“ bewerten oder in der Begrifflichkeit des Deliktsrechts als „unerlaubte Handlung“ (§ 823 BGB) bezeichnen. In jedem Fall ist das via Maßnahme „störende“, „eingreifende“ oder „schädigende“ Rechtssubjekt entsprechend der jeweils maßgeblichen Rechtsfolgen für die Markt- bzw. Wettbewerbswirkungen seiner Handlungen zivilrechtlich im Wege des Schadenersatzes bereits gemäß der geltenden Interpretation verantwortlich.¹⁴⁹¹ Dies gilt für die Organe der Union (außervertragliche Haftung), die Mitglied-

¹⁴⁸⁹ S. Wernicke, Privatwirkung (2002), S. 254/255.

¹⁴⁹⁰ Ab welchem „Schwellenwert“ eine solche Mobilitätsbeschränkung im Sinne der Funktion der Grundfreiheiten vorliegt, wird im Zweiten der Teil, Kapitel 6 der Untersuchung ausgehend von einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung konkretisiert.

¹⁴⁹¹ Bei Art. 101 AEUV liegt die Rechtsfolge in einer Nichtigkeit der koordinierenden Verträge (vgl. Art. 101 Abs. 2 AEUV). Schadensersatzansprüche können geltend gemacht werden. Bei den Grundfreiheiten liegt die Rechtsfolge auf der Basis des richterrechtlich entwickelten Anwendungsvorrangs

staaten (Staatshaftung nach nationalem Recht) und ebenso für Private (Schadenersatz nach nationalem Recht). Insoweit bilden die Grundfreiheiten den „haftungsbegründenden“ Tatbestand für die außervertragliche Haftung der Union, für die Staatshaftung der Mitgliedstaaten oder für die zivilrechtliche Haftung von Privatrechtssubjekten. In systematisch-teleologischer Sicht wird damit ein zumindest *zivilrechtlicher Einschlag* der Grundfreiheiten erkennbar.¹⁴⁹²

4. **Fazit: Vertikale Kontrolle von Regelungs- und Durchsetzungsmacht**

Im Ergebnis ist die Dogmatik der Grundfreiheiten geprägt durch den Gedanken einer aus Regelungs- und Durchsetzungsmacht von öffentlich-rechtlich (hoheitlich) oder privat-rechtlich organisierten Rechtssubjekten folgenden Marktverantwortung für vertikal mögliche und auf den Markt ausgerichtete Macht.¹⁴⁹³

Gemäß der Teleologie der Werte- und Zielidentität sowie der Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV handelt es sich gemäß der Funktion der Grundfreiheiten in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung um eine Verantwortung für die Auswirkungen von Handlungen in der Form funktionaler Maßnahmen *auf* den Markt, konkret auf transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen. Denn Letztere beruhen auf der Werte fundierten „Ordnung“ von Marktintegration, welche funktionale Transnationalität wirtschaftlicher Leistungen und Gegenleistungen gemäß dem Free Movement-Konzept garantiert, und zwar in einem durch das Interaktionssystem Wettbewerb (Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot) organisierten Binnenmarkt als Tauschsystem (Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot).

in einer Unanwendbarkeit (nicht Nichtigkeit) der Regelung. Damit korrespondieren Staatshaftungsansprüche, welche zur Effektivierung unionsrechtlich modifiziert sind.

¹⁴⁹² Hieran können wiederum Parallelwertungen in Anlehnung an haftungs-, insbesondere deliktsrechtliche Implikationen anknüpfen, die hier indessen betreffend den Gegenstand der Untersuchung nicht weiterverfolgt werden müssen Siehe zu übergreifenden haftungsrechtlichen Grundsätzen *W. Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts - Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts (2003), S. 13-57 und S. 87-108.

¹⁴⁹³ Dem steht die Kontrolle von *Marktmacht* bei den Wettbewerbsregeln komplementär gegenüber.

Zweiter Teil: Grundlegung auf der Anwendungsebene

In diesem zweiten Teil der Untersuchung wird eine Grundlegung zur *subjektiv-rechtlichen Umsetzung* der prinzipiellen Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes¹⁴⁹⁴ gemäß der normativ-wettbewerbsökonomisch bestimmten Funktion der Grundfreiheiten¹⁴⁹⁵ vorgestellt, welche als Vorschlag einer Neukonzeption der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion gemäß der einleitend begründeten Notwendigkeit zur Neuausrichtung („Modernisierung“) der grundfreiheitlichen Konzeption¹⁴⁹⁶ zu verstehen ist.

In einem ersten Abschnitt (Kapitel 5) werden hierfür die in Kapitel 1 bei A. II. 1. bereits zusammenfassend systematisierten *Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten* dogmatisch-konzeptionell im Detail analysiert. In einem zweiten Abschnitt (Kapitel 6) erfolgt sodann eine Konzeptionierung *der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote*, die eine vertragsautonom funktionale Konzeption und „Ökonomisierung“ im Sinne des functional economic approach¹⁴⁹⁷ für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot begründet.

Kapitel 5: Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten

Die „Kardinalfrage“ der institutionell-rechtlich zulässigen bzw. integrationspolitisch durchsetzbaren grundfreiheitlichen Kontrolldichte betreffend „unterschiedslose Maßnahmen“ drückt sich bei der Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes auf der Anwendungsebene¹⁴⁹⁸ konkret als *Kernproblem der systemisch bedingt relativ unbestimmten Kontrolldichte* aus (A.). Die Herausforderung bei der Anwendung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote liegt dementsprechend in der Bestimmung des angemessenen „Schwellenwertes“ für die Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“. Im wissenschaftlichen Diskurs spiegelt sich dieses Problem in dem Streit um das Beschränkungsverbot als Freiheitsrecht wider, welcher sich auch durch die zuletzt erfolgte Fokussierung auf das Marktzutrittskriterium nicht erledigt hat. Die *Problemursache* (B.) liegt in der institutionell-rechtlich-supranational determinierten Interessen-Trias (Interessenwiderstreit von Union, Mitgliedstaaten, Wirtschaftssubjekten)¹⁴⁹⁹, aus welcher die richterrechtlich etablierte Prüfungsstruktur von Regel (Beschränkungstatbe-

¹⁴⁹⁴ Erster Teil: Grundlegung auf der Regelbildungsebene, Kapitel 3.

¹⁴⁹⁵ Erster Teil: Grundlegung auf der Regelbildungsebene, Kapitel 4.

¹⁴⁹⁶ Einleitung, Kapitel 1 Anlass, Ziel und Rahmen der Untersuchung, A. I.

¹⁴⁹⁷ Kapitel 1 B. III.

¹⁴⁹⁸ Ziel der Untersuchung, siehe Kapitel 1 A. III.

¹⁴⁹⁹ Auf der Anwendungsebene wird das dem Konzept der Supranationalität systembedingt immanente Spannungsverhältnis der Interessen-Trias (Kapitel 1 B. I. 3.) relevant, und zwar im Verhältnis von individuellen wirtschaftlichen Interessen (Freiheitsrechte) der Wirtschaftssubjekten zur Regelungsmacht der Union (insb. betreffend die Sekundärrechtsetzung) und zur Regelungsmacht der Mitgliedstaaten (in ihrem Zuständigkeitsbereich für die Gesetzgebung und sonstiges hoheitliche Handeln betreffend die Rahmenbedingungen von nationalen Märkten/Branchen).

stand seit EuGH *Dassonville*) und „ungeschriebenen“ Ausnahmen (EuGH *Keck* und *Cassis*) erwachsen ist. Der Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ liegt damit durchaus eine „Unentscheidbarkeit des Entscheidens“ (*Niklas Luhmann*)¹⁵⁰⁰ zugrunde, womit die Kontrolldichte der Grundfreiheiten systemisch betrachtet i.w.S. immer noch überwiegend integrationspolitisch determiniert wird. Daraus folgen dogmatisch-konzeptionelle Friktionen (C.), die im Wesentlichen aus dem Dilemma resultieren, dass sich die naturgemäß gegenläufigen (politischen) Interessen von Mitgliedstaaten, Union und Wirtschaftssubjekten gemäß der geltenden Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot mit den unbestimmten Rechtsbegriffen („Formeln“) des Gerichtshofs bisher noch nicht hinreichend auf der Ebene des subjektiven Rechtsschutzes „verarbeiten“ lassen. Dementsprechend konzentriert sich die *Problemanalyse* gemäß dem Ziel der Untersuchung (prinzipiengeleitete, normativ-wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeption für die Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote) auf die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen bei dem Kontrollgegenstand (hierzu C. I.), bei dem Kontrollmaßstab (hierzu C. II.) sowie auf die Inkongruenzen von Tatbestand, Ausnahmen und Abwägung (hierzu C. III.). Diese werden im Ergebnis als Befund und Ausgangspunkt für die in Kapitel 6 vorzustellende (Neu-) Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote zusammengefasst (D.).

A. Kernproblem: Systemisch relativ unbestimmte Kontrolldichte

Im Mittelpunkt des im Schrifttum geführten Diskurses zur Ausgestaltung der Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ (hierzu nachfolgend I.) steht die Frage, ob die Grundfreiheiten auch Freiheitsrechte sein können bzw. müssen (II.). Im Zusammenhang der durch den EuGH fokussierten Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten (market access approach)¹⁵⁰¹ muss die Frage dahingehend präzisiert werden, ob das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot neben der Marktzugangsgleichheit auch die Marktzugangsfreiheit als Kontrollmaßstab umfasst. Zusammenfassend wird festgestellt, dass diese Frage auf der Basis einer funktional-systemischen Herangehensweise beantwortet werden sollte (III.).

I. Der Kontrollmaßstab für „unterschiedslose Maßnahmen“

Die bereits eingangs in Bezug genommene „Unentscheidbarkeit des Entscheidens“ nach *Niklas Luhmann*¹⁵⁰² verkörpert sich in den unbestimmten Rechtsbegriffen und „Formeln“ der EuGH-Rechtsprechung von *Dassonville*, über *Cassis* und *Keck* bis hin zu *Kommission/Italien (Anhänger)* und *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*. Denn

¹⁵⁰⁰ Hier im Sinne der „Paradoxie des unentscheidbaren Entscheidens“, *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1995/2013), S. 297, 308, 310-337.

¹⁵⁰¹ Kapitel 3 E. II. 5. und 7.

¹⁵⁰² Siehe die Ausführungen in der Einleitung zu Kapitel 5, mit der Bezugnahme auf die „Paradoxie des unentscheidbaren Entscheidens“ nach *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1995/2013), S. 297, 308, 310-337.

obwohl der Gerichtshof seit 2008/2009 mit einer Fokussierung auf das mit der *Keck*-Rechtsprechung eingeführte Marktzutrittskriterium¹⁵⁰³ eine Konvergenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln forciert¹⁵⁰⁴, bleibt die Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ ohne theoretisch kongruentes Fundament relativ unbestimmt. Dies zeigt sich auch in dem pragmatischen Ansatz der Kommission. So geht sie z.B. in ihrem *Commission Working Staff Document*¹⁵⁰⁵ auf der Basis der aus ihrer Sicht nach wie vor maßgeblichen *Dassonville*-Rechtsprechung¹⁵⁰⁶ und einer *Typisierung von Barrieren für den Marktzugang* davon aus, dass die Warenverkehrsfreiheit umfassend unterschiedslose Maßnahmen erfasst, ohne jedoch dezidiert darauf einzugehen, welche Konzeption dieser Typisierung zugrunde liegt.

Die Kasuistik des Gerichtshofs zur Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“, also zur Anwendung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote¹⁵⁰⁷, lässt sich für die dogmatisch-konzeptionelle Analyse systematisierend wie folgt zusammenfassen:

Die 1974 etablierte sog. *Dassonville*-Formel in Randnummer 5 der Entscheidungsgründe¹⁵⁰⁸ bildet mit dem Kriterium der „Geeignetheit zu behindern“ den Ausgangspunkt für die Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“, und damit für die Definition des Kontrollmaßstabs des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes.

Die 1979 etablierte *Cassis*-Rechtsprechung¹⁵⁰⁹ bildet mit dem Kriterium der „gegenseitigen Anerkennung“ bzw. mit der Bezugnahme auf das „Herkunftslandprinzip“ in Randnummer 14 („...in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte...“) der Entscheidungsgründe¹⁵¹⁰, die Grundlage für eine Betrachtung in Wettbewerbsverhältnissen. Der EuGH hat das Argument des Wettbewerbsvorteils im Rahmen der Beschränkungsprüfung explizit aufgenommen (Randnummer 12: „...bei bestimmten Getränken diesen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Getränken mit...“).

Die 1993 etablierte *Keck*-Formel zielt mit dem Marktzutrittskriterium (Rn. 17 „nicht geeignet, den Zugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern“) durch eine objektiv-abstrakte Bewertung von „unterschiedslosen Maßnahmen“ als „Verkaufsmodalitäten“ auf eine Abgrenzung zu „produktbezogenen Maßnahmen“ und umfasst hierbei eine gleichheitsrechtliche Betrachtung in der Perspektive der (Funktio-

¹⁵⁰³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 17.

¹⁵⁰⁴ Im Wording zeigt sich dies u.a. auch seit EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) und EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) mit der Bezugnahme auf das Begriffspaar „Bezwecken“ oder „Bewirken“, welches der kartellrechtlichen Semantik bei Art. 101 AEUV entspricht.

¹⁵⁰⁵ *Commission Staff Working Document v.* 12.05.2009, Free Movement of Goods – Guide to the application of Treaty provisions governing Free Movement of Goods (Articles 28-30 EC) 2nd Ed., SEC(2009) 673 final.

¹⁵⁰⁶ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

¹⁵⁰⁷ Siehe bereits Kapitel 3 E. II. 2.

¹⁵⁰⁸ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

¹⁵⁰⁹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁵¹⁰ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 14.

ons-)Bedingungen des Zielmarktes (Rn. 16 *“rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“*¹⁵¹¹).

Die 1993/1995 etablierte *Kraus/Gebhard*-Formel bildet mit dem Kriterium der „Attraktivität“ in Randnummer 32 (*Kraus*) und Randnummer 37 (*Gebhard*) („behindern oder weniger attraktiv machen“) der Entscheidungsgründe¹⁵¹² die Grundlage für die Einbeziehung der subjektiven Ebene der (freien bzw. gleich freien) Entscheidung von Angebots- und Marktgegenseite in die Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“, und bezieht diese Kontrolle damit auf den potentiellen Wettbewerb im Zielmarkt.

Die seit 2008/2009 beginnend mit den EuGH-Entscheidungen *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁵¹³ und *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*¹⁵¹⁴ fokussierte Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten ergänzt die in EuGH *Keck* etablierte Betrachtung des Marktzugangs¹⁵¹⁵ durch die Einbeziehung der *tatsächlichen Wirkungen einer unterschiedslosen Maßnahme auf die Marktgegenseite*.¹⁵¹⁶ Maßgeblich sind demnach die Wirkungen der „unterschiedslosen Maßnahme“ nicht nur auf das Marktverhalten der Angebotsseite, sondern auch auf die Nachfrageseite (z.B. Verbraucher) und deren (Präferenz-)Entscheidung als subjektives Element des Marktverhaltens.

Die vorgenannte Rechtsprechungslinie des EuGH lässt sich im Sinne einer geltenden, kasuistisch fundierten Konzeption („Definition“) für den Kontrollmaßstab „grundfreiheitliches Beschränkungsverbot“ wie folgt in einer „Gesamtformel“ zusammenfassen:

Jede „unterschiedslose Maßnahme“ welche „geeignet“ ist (EuGH *Dassonville*)¹⁵¹⁷ bzw. „bezweckt“ oder „bewirkt“ (EuGH *Mickelsson & Roos*)¹⁵¹⁸ den „Marktzugang“ (EuGH *Keck*)¹⁵¹⁹, EuGH *Kommission/Italien*¹⁵²⁰ bis *Mickelsson & Roos*)¹⁵²¹ oder den „Marktausgang“ (EuGH *Gysbrechts*)¹⁵²² „unmittelbar“ oder „mittelbar“, „tatsächlich“ oder „potenziell“ zu „behindern“ (EuGH *Dassonville*) oder „weniger attraktiv“ zu machen (EuGH *Kraus/Gebhard*)¹⁵²³, ist mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren und verboten, sofern diese unterschiedslose Maßnahme keine „bestimmte Verkaufsmodalität“ (EuGH *Keck*)¹⁵²⁴, „Absatzmodalität“ oder „Nicht-Modalität“ (*Keck*-Folgerechtsprechung) oder eine „Nutzungsmodalität“ bzw. „Verwendungsmodalität“ (EuGH *Mi-*

¹⁵¹¹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16/17.

¹⁵¹² EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁵¹³ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁵¹⁴ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹⁵¹⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 17.

¹⁵¹⁶ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 56/57; *EuGH Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26/27. Siehe hierzu bereist Kapitel 3 E. II. 7.

¹⁵¹⁷ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

¹⁵¹⁸ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26.

¹⁵¹⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁵²⁰ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 56.

¹⁵²¹ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26, 27.

¹⁵²² EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730) Rn. 40 bis 44.

¹⁵²³ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

¹⁵²⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

ckelsson & Roos)¹⁵²⁵ darstellt, welche den von der Maßnahme Betroffenen in „rechtlich und tatsächlich gleicher Weise berührt“ (EuGH *Keck*)¹⁵²⁶, und welche nicht durch geschriebene Gründe (des AEUV) oder durch „zwingende Erfordernisse“ des Allgemeininteresses in „geeigneter“ und „erforderlicher Weise“ (EuGH *Cassis*¹⁵²⁷ und EuGH *Gebhard*¹⁵²⁸) gerechtfertigt ist.

Allein die Anzahl der aus der Kasuistik des EuGH folgenden unbestimmten Rechtsbegriffe bzw. „Formeln“ für Regel (Verbot) und Ausnahme(n) bezeugt eine *relative Unbestimmtheit durch Vielfalt*. Die für die Rechtsprechung des Gerichtshofs charakteristische Art der (eher knappen) Urteilsbegründung und die Formulierung von „Formeln“ i.w.S., welche auf für den nationalen Rechtsanwender an sich nötige detailliertere Definitionen zentraler Begriffe, wie z.B. der „Geeignetheit“, der „Attraktivität“ oder der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“, verzichtet, soll hier nicht grundlegend kritisiert werden. Für die Konzeptionierung der Grundfreiheiten zu berücksichtigen ist indessen, dass die von dem Gerichtshof etablierten Begriffe einen scheinbar¹⁵²⁹ großen Interpretationsspielraum bieten, der etwa nationale Gerichte zu Lasten der Qualität des Individualrechtsschutzes dazu verleiten kann, einen „einfachen“, d.h. die Komplexität der wirtschaftlichen Realität vermeidenden Weg einzuschlagen, z.B. um eine Klage ohne nähere Prüfung und Beweiserhebung zu den strategisch-protektionistischen Wirkungen einer unterschiedslosen Maßnahme abzuweisen. Demgegenüber zeigten bereits die Ausführungen von Generalanwalt *Walter van Gerven* zu Marktzutrittsschranken in der Rechtssache *Keck*¹⁵³⁰, dass eine funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch angelegte Prüfung von unterschiedslosen Maßnahmen möglich ist. Letzterer Weg wurde indessen noch nicht konsequent in den wissenschaftlichen Diskurs aufgenommen, und so dokumentiert ein umfangreiches europarechtliches Schrifttum zu den Grundfreiheiten einen langen Weg auf der Suche nach Klarheit.¹⁵³¹ Das einleitend beschriebene „Anders-Sein“ der Grundfreiheiten (*Thorsten Kingreen*)¹⁵³² ist bislang nicht theoretisch untermauert, und eben diese relative Unbestimmtheit, u.a. auch bedingt durch „interpretatorische Vielfalt und Offenheit“, manifestiert sich zuletzt in dem noch nicht ausreichend praktikabel definierten Marktzutrittskriterium der EuGH-Rechtsprechung seit *Kommission/Italien (Anhänger)*.

¹⁵²⁵ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26, 27.

¹⁵²⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁵²⁷ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁵²⁸ EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁵²⁹ „Scheinbar“, da in Kapitel 6 (dort A. II. 1.) gezeigt wird, dass sich die Terminologie des EuGH in wirtschaftswissenschaftliche Theoreme und Paradigmen „übersetzen“ und damit konkretisieren lässt.

¹⁵³⁰ Schlussanträge des Generalanwaltes *Walter van Gerven* EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1992:448) Rn. 4; Schlussanträge des Generalanwaltes *Walter van Gerven* EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:160) Rn. 4 ff.

¹⁵³¹ Siehe nur exemplarisch die umfangreichen Literaturverzeichnisse allein zur Warenverkehrsfreiheit bei *Peter-Christian Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Vor Art. 34-37 AEUV, S. 1291-1304 (rund 13 Seiten, dort bezeichnet als Auswahl!), sowie in: Hatje/Müller-Graff. (Hrsg.), *EnzEuR* Band 1 (2014), § 9 Grundfreiheiten und Wettbewerbsordnung, S. 478-484.

¹⁵³² Einleitung Seite 11.

II. Der Streit um das Beschränkungsverbot als Freiheitsrecht

Im Schrifttum wird der Maßstab der grundfreiheitlichen Kontrolle betreffend „unterschiedslose Maßnahmen“ höchst unterschiedlich aufgefasst. Während die Funktion der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote und damit ein gleichheitsrechtlich ausgerichteter Kontrollmaßstab unbestritten ist, scheiden sich die Auffassungen hinsichtlich einer freiheitsrechtlichen Kontrolle von „unterschiedslosen Maßnahmen“. Wenngleich teilweise sogar von einem Freiheitsrecht im „klassischen“ (i.w.S. grundrechtlichen) Sinne ausgegangen wird¹⁵³³, finden sich ebenso Stimmen, welche das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten in gleichheits- und freiheitsrechtlichen Nuancierungen umschreiben oder ein solches gar grundsätzlich ablehnen.¹⁵³⁴ Während teilweise direkt auf die Dogmatik der Grundrechte rekurriert wird¹⁵³⁵, finden sich anderenorts ganz eigene Konzepte.¹⁵³⁶ Zudem wird das Beschränkungsverbot überwiegend nicht vertragsautonom als eigener Verbotstypus betrachtet. Vor diesem Hintergrund hat *Miguel Poiares Maduro* die Auffassungen im Schrifttum in drei Kategorien (betreffend die Auslegung der Warenverkehrsfreiheit) eingeteilt¹⁵³⁷: Discrimination tests; Typological tests; Balance or cost/benefit tests. Aber auch diese Systematisierung bietet noch keine theoretisch fundierte inhaltliche Konzeption für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot als Gleichheits- und/oder Freiheitsrecht an sich.

Die hier nur skizzierte Heterogenität an Auffassungen erschwert eine Systematisierung und eindeutige Zuordnung von Argumenten erheblich. Angesichts dieses Umstandes sowie der erheblichen Fülle an Publikationen zu den sehr vielfältigen Interpretationsfragen der Grundfreiheiten, erfolgt gemäß dem funktional-systemischen Ansatz der Untersuchung und gemäß der Zielsetzung der Arbeit¹⁵³⁸ eine notwendigerweise stringente Selektion des Schrifttums, mit einer Konzentration auf Ansätze, welche Argumente für oder gegen eine gleichheits- und/oder freiheitsrechtliche Auslegung der Grundfreiheiten formuliert haben. Auch die Darstellung der nachfolgend zitierten Auffassungen erhebt keinesfalls den Anspruch der Vollständigkeit. Vielmehr dient die nachfolgende Analyse des Schrifttums primär der dogmatisch-konzeptionellen Erhebung als Ausgangspunkt (i.S.e. Status quo) für die anschließend (C.) zu unternehmende Analyse zu den dogmatisch-konzeptionellen Friktionen auf der Ebene des Kontrollmaßstabes der Grundfreiheiten (hierzu C. II.)

¹⁵³³ *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009), § 7 II 2, Rn. 29, S. 224: „[...] stellen sich diese als Freiheitsrechte (und damit als Grundrechte) dar“.

¹⁵³⁴ Siehe den zusammenfassenden Überblick bei *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 56 ff.

¹⁵³⁵ *D. Ehlers*, a.a.O. (2009); *A. Brigola*, Das System der EG-Grundfreiheiten (2004), S. 193 ff.

¹⁵³⁶ Wie etwa die Qualifikation der Grundfreiheiten als „Anspruchsgrundlagen“, *L. Riem*, Die Europäischen Grundfreiheiten als Rechtsgrundlage von Leistungsansprüchen (2010), insb. S. 25 ff. „Rechtliches Bedürfnis für originär grundfreiheitliche Leistungsrechte.“

¹⁵³⁷ *M. P. Maduro*, We, the court – The European Court of Justice & the European Economic Constitution (1998), S. 35-58.

¹⁵³⁸ Kapitel I A. III.

1. Reduktion auf ein Diskriminierungsverbot

Ein Teil des Schrifttums interpretiert den Begriff „unterschiedslose Maßnahmen“ über eine *erweiternde Auslegung des Gleichheitssatzes*. Diesen Ansichten ist gemeinsam, dass sie die Notwendigkeit eines grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot im Sinne eines umfassenden Freiheitsrechts bereits dem Grunde nach in Frage stellen, ohne jedoch das Institut Beschränkungsverbot generell zu negieren. So wird formuliert, dass der Begriff „Freiheitsrecht“ auch über eine „Freiheit durch Gleichheit“ verwirklicht werden könne. Die gleiche Behandlung garantiere dann im Ergebnis die Freiheit des Marktzugangs zu gleichen Bedingungen. Deshalb stehe die Annahme bloßer Gleichheitsrechte nicht im Widerspruch zu der Formulierung „Grundfreiheiten“. Es gehe vielmehr um die Frage, ob sie einen weiteren Gehalt hätten.¹⁵³⁹

Eine andere Linie im Schrifttum konzentriert sich auf eine im weitesten Sinne *materielle Konzeption des Begriffs der Diskriminierung* bzw. Erweiterung des Diskriminierungsbegriffs. So qualifiziert *Thorsten Kingreen*¹⁵⁴⁰ in seiner Untersuchung zur Struktur der Grundfreiheiten sämtliche Grundfreiheiten als Gleichheitsrechte. Nach *Thorsten Kingreen* beinhaltet das Beschränkungsverbot in Parallele zu der Dogmatik der Grundrechte eine freiheitsrechtliche Auslegung der Grundfreiheiten. Eine freiheitsrechtliche Auslegung der Grundfreiheiten sei aber weder mit der Struktur der Grundfreiheiten noch mit dem kompetenziellen Balanceverhältnis der Institutionen innerhalb der Gemeinschaft im Verhältnis von Rat und Parlament und im Verhältnis der Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten zu vereinbaren. Die Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote sei darüber hinaus nicht geboten, da die Fälle, welche der Gerichtshof über das Beschränkungsverbot behandle, sich mittels eines materiellen Diskriminierungsbegriffs auf der Ebene des Gleichheitssatzes lösen ließen. Die Grundfreiheiten hätten in ihrer Ausprägung als Gleichheitsrechte eine Funktion als transnationale Teilhaberechte und transnationale Schutzgewährrechte. Jüngst hat *Thorsten Kingreen* seine Auffassung mit im Detail anderen Nuancierungen bestätigt¹⁵⁴¹ und vertritt darüber hinaus eine veränderte, nämlich weniger bedeutsame Rolle der Grundfreiheiten im Kontext der Grundrechte und des Sekundärrechts.¹⁵⁴²

Nach *Michael Hoffmann*¹⁵⁴³ wiederum handelt es sich bei den Grundfreiheiten um „koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte“. Der Zweck der Grundfreiheiten bestehe darin, in einer spezifischen Weise als modale Rechte auf die Verwirklichung von Marktfreiheit und Marktgleichheit hinzuwirken.¹⁵⁴⁴ Unter Marktfreiheit sei dabei das Fehlen grenzüberschreitender Behinderungen zu verstehen. Der Begriff der Marktgleichheit beschreibe eine Ordnung in der die „Neutralität“ der

¹⁵³⁹ *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten (2004), § 4, Rn. 142.

¹⁵⁴⁰ *K. Thorsten*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1999), S. 85, 189.

¹⁵⁴¹ *T. Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 705, 748 „Plädoyer für ein back to the roots“.

¹⁵⁴² *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV (2016), Art.34-36, Rn. 18.

¹⁵⁴³ *M. Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte (2000), passim.

¹⁵⁴⁴ *M. Hoffmann*, ebd. (2000), S. 226.

Teilmarktordnungen den Grundsatz darstelle und Durchbrechungen dieses Grundsatzes nur in dem Umfang vorkommen, der erforderlich sei, um den in der Gemeinschaft vorkommenden individuellen Produkten und Wirtschaftssubjekten die Möglichkeit zu gewährleisten, überall in der Gemeinschaft in den Wettbewerb einzutreten.¹⁵⁴⁵ Aus dem so zu bestimmenden Zweck der Grundfreiheiten, den sie im Lichte des Binnenmarktes zu erfüllen haben, ergäben sich zudem „Erweiterungen“ der Schutzgehalte. Zum einen sei eine sich qualitativ von der gleichheitsrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten unterscheidende „koordinationsrechtliche Dimension“ zu erkennen, in der jener aus dem Binnenmarktziel der Marktgleichheit folgende Modus zur gegenseitigen Abgrenzung der legislativen Jurisdiktion der Mitgliedstaaten mit Blick auf die Vorgänge des zwischenstaatlichen Verkehrs zum Ausdruck komme.¹⁵⁴⁶ Schutzgut der Grundfreiheiten sei insoweit die Position, keiner „jurisdiktionswidrigen Regelung“ unterliegen zu müssen. Dies sei im Einzelnen folgendermaßen zu konkretisieren: Gegenüber dem Zielstaat eines Vorgangs des zwischenstaatlichen Verkehrs bestehe die Position, keiner dem Herkunftsprinzip widersprechenden Vorschrift über die Verkehrsfähigkeit unterliegen zu müssen. Gegenüber dem Herkunftsstaat bestehe die Position, keiner dem Zielstaatsprinzip widersprechenden Vorschrift über die Verkehrsteilnahme unterliegen zu müssen. Voraussetzung sei allerdings, dass im Einzelfall die subjektbezogenen Voraussetzungen für die Anwendung des Herkunfts-/Zielstaatsprinzip vorlägen und nicht ein vertraglich anerkanntes, diesen Prinzipien vorgehendes Institut deren Zurücktreten erfordere.¹⁵⁴⁷ Weiterhin sei eine sich qualitativ von der „klassischen“ gleichheitsrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten unterscheidende, binnenmarktkonforme „gleichheitsrechtliche Dimension“ zu erkennen. Als diesbezügliches Schutzgut sei die Position zu beschreiben, keiner verkehrsbezogenen, binnenmarktwidrigen Ungleichbehandlung mit Schutzwirkung zugunsten des heimischen Verkehrs des die Ungleichbehandlung verursachenden Staates unterliegen zu müssen.¹⁵⁴⁸

Alexander Brigola vertritt in seinem Werk zu dem „System der EG-Grundfreiheiten“ die Auffassung, dass die Grundfreiheiten trotz einer Entwicklung von Diskriminierungsverboten hin zu „spezifischen Beschränkungsverboten“ nicht als Freiheitsrechte fungieren. Diese These wird sodann über eine sog. „3-Stufen-Theorie“ verarbeitet, bei der drei Kategorien von „Diskriminierungen“ in ihrer Wertigkeit gestuft werden und sodann die „Intensität“ des „Eingriffs“ bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verortet wird.¹⁵⁴⁹

2. Differenzierung nach Kern- und Randbereich

Ein anderer Ansatz unterscheidet zwischen einem Kern- und einem Randbereich der Grundfreiheiten. Unter Hinweis darauf, dass der EuGH regelmäßig auf eine Abgrenzung von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot jenseits der *Keck*-

¹⁵⁴⁵ *M. Hoffmann*, ebd. (2000), S. 44, 227.

¹⁵⁴⁶ *M. Hoffmann*, ebd. S. 227.

¹⁵⁴⁷ *M. Hoffmann*, ebd. S. 227.

¹⁵⁴⁸ *M. Hoffmann*, ebd. S. 89, 94 und 227.

¹⁵⁴⁹ *A. Brigola*, Das System der EG-Grundfreiheiten (2004), S. 169-172.

Rechtsprechung¹⁵⁵⁰ verzichte und nur im Falle eines Zusammentreffens von versteckter (faktischer) Diskriminierung und Beschränkung dann das Beschränkungsverbot prüfe, wenn der Marktzugang bzw. der Berufszugang als Kernbereich betroffen sei, wird abgeleitet, dass sich Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in der Form einer faktischen Diskriminierung, nicht überschneiden, sondern die Grundfreiheiten in ihrem Kernbereich Beschränkungs- und in ihrem Randbereich Diskriminierungsverbote darstellen.¹⁵⁵¹

In eine ähnliche Richtung gehen die Auffassungen, welche die Grundfreiheiten in ihrer Auslegung als Beschränkungsverbote entsprechend eines Kerngehaltes als sog. Marktzugangsfreiheiten qualifizieren.¹⁵⁵² Demnach seien etwa die Regelungen zur Warenverkehrsfreiheit keine allgemeinen Liberalisierungsnormen, sondern diese müssten stets in Bezug auf den Marktzugang ausgelegt werden. Als Warenzugangsfreiheit dienten sie lediglich der Überwindung von Marktzugangshindernissen, nicht aber der Beseitigung von Normen, die das wirtschaftliche Verhalten nach erfolgtem Marktzutritt regeln. Die Qualifizierung als echte wirtschaftliche Freiheitsrechte gehe zu weit.¹⁵⁵³

3. Der Beschränkungsbegriff als Berücksichtigungsgebot

In einer Auseinandersetzung mit der Niederlassungsfreiheit im Zusammenhang mit den Wettbewerbsregeln bei der Fusionskontrolle im Verhältnis von deutschem GWB und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (Verfahren des Bundeskartellamtes zur Frage des Anteilerwerbs an der Firma Grundig) formulierte *Ernst Steindorff*¹⁵⁵⁴ unter Betonung der Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Ziele der Gemeinschaft aus Art. 5 EWG-Vertrag (heute Art. 4 Abs. 3 EUV), dass die „Niederlassungsfreiheit nach ihrer ratio solchen nicht-diskriminierenden staatlichen Beschränkungen unmittelbar entgegenstehen müsse, die ohne Rücksicht auf Anliegen der Gemeinschaft eingreifen. Vom Sinn der Niederlassungsfreiheit sei deshalb ihre unmittelbare Wirkung über das Diskriminierungsverbot hinaus im Sinne eines *Berücksichtigungsgebotes* zu bejahen“.¹⁵⁵⁵ Dieser Gedanke, welche auf dem heute in Art. 4 Abs. 3 EUV normierten Loyalitätsgrundsatz beruht, welcher zum Ausdruck bringt, dass die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen aus den Verträgen „ergreifen“ sowie alle Maßnahmen „unterlassen“, welche die Verwirklichung der Ziele der Union „gefährden“ könnten, wird von *Ernst Steindorff* zur Begründung einer über die gleichheitsrechtliche Kontrolle von Maßnahmen hinausgehenden Maßstab der grundfreiheitlichen Kontrolle ins Feld geführt. Interessanter Weise entwickelt er diesen Gedanken unter der Prämisse, dass die

¹⁵⁵⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁵⁵¹ *H. Lecheler/J. Gundel*, Übungen im Europarecht (1999), S. 177 f.; *H. D. Jarass*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, S. 705, 711.

¹⁵⁵² *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten (2012), § 3, Rn. 473.

¹⁵⁵³ So explizit *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 42, Sept. 2010, Art. 34 AEUV, Rn. 18.

¹⁵⁵⁴ *E. Steindorff*, Konzentrationskontrolle und Niederlassungsfreiheit – Ein Beitrag zur Konsultationspflicht der Staaten nach Art. 5 EWG, in: D. Wilke (Hrsg.), Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät zu Berlin (1984), S. 789-802.

¹⁵⁵⁵ *E. Steindorff*, ebd. (1984), S. 796.

damals noch im Fluss befindliche Dogmatik zur Fusionskontrolle ergänzt werden müsste, durch eine Kontrolle staatlicher Maßnahmen, welche einen „Zusammenschluss“ tangieren, am Maßstab der Grundfreiheiten, hier konkret Art. 52 EWG-Vertrag (heute Art. 49 AEUV). Dies erfolgt freilich unter der Betonung, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die gegenläufigen Interessen hinreichend abgewogen werden müssten. Damit begründet *Ernst Steindorff* einen Maßstab, welcher nicht mehr auf eine Vergleichsgruppenbildung von Inländer und Ausländer bei der Niederlassung abstellt, sondern auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Verwirklichung von Zielen der Gemeinschaft (heute Union). Darin kommt eine i.w.S. haftungsrechtliche Dogmatik zum Vorschein, welche auf eine Festlegung von gleichheits- oder freiheitsrechtlichem Maßstab verzichtet.

4. Freiheitsrechtliche Qualifikation

Die Grundfreiheiten werden mit im Detail höchst unterschiedlicher Begründung (auch) als Freiheitsrechte qualifiziert.¹⁵⁵⁶ *Dirk Ehlers* führt an, dass es ohne freiheitsrechtliche Ausrichtung der Grundfreiheiten ansonsten des ohnehin schon bestehenden Diskriminierungsverbotes des Art. 18 AEUV nicht bedurft hätte und nur durch die Funktion der Grundfreiheiten als Freiheitsrechte eine weitgehende Marktöffnung erreicht werden könne.¹⁵⁵⁷ Weiter geht er davon aus, dass Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot nebeneinander stehen, sich aber hinsichtlich der Beweis- und Rechtfertigungslast unterscheiden.¹⁵⁵⁸ Während im Diskriminierungsfall die Kommission bzw. die Berechtigten der Grundfreiheit deren Vorliegen zu beweisen hätten, müsste bei der Beschränkung der Mitgliedstaat die Rechtfertigung nachweisen.¹⁵⁵⁹

Noch einen Schritt weiter geht *Klaus Lackhoff*¹⁵⁶⁰, welcher Art. 43 EG (heute Art. 49 AEUV) hinsichtlich seiner Funktion als freiheitsrechtliches Beschränkungsverbot ausführlich untersucht. Er qualifiziert die Niederlassungsfreiheit explizit als Gleichheits- und Freiheitsrecht. Der Unterschied zwischen gleichheitsrechtlicher und freiheitsrechtlicher Konzeption liege darin, dass die freiheitsrechtliche Konzeption den Grundfreiheiten einen absoluten Gehalt beimesse. Als Freiheitsrecht gebiete die Niederlassungsfreiheit, dass jede Maßnahme eines Verpflichteten, die geeignet ist, die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Tätigkeit tatsächlich oder potentiell unmittelbar oder mittelbar zu beeinträchtigen, gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt sein müsse. Die Niederlassungsfreiheit schütze damit allgemein die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit bei der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten, und dies unabhängig davon, ob ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliege oder nicht. Darin liege eine Chance der

¹⁵⁵⁶ So explizit *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009), § 7 II 2, Rn. 29, S. 224: „[...] stellen sich diese als Freiheitsrechte (und damit als Grundrechte) dar“.

¹⁵⁵⁷ *D. Ehlers*, ebd. (2009), § 7 II 2, Rn. 29, S. 224.

¹⁵⁵⁸ *D. Ehlers*, ebd. (2009), § 7 VII 3, Rn. 89, S. 254.

¹⁵⁵⁹ *D. Ehlers*, ebd. (2009), Rn. 89, S. 254, unter Bezugnahme auf *K. D. Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union (2006), Rn. 864.

¹⁵⁶⁰ *K. Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EG – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht? (2000) passim.

Deregulierung durch Schaffung gemeinschaftsrechtlicher Freiheit bei gleichzeitiger Reduktion des Anwendungsbereichs nationaler Regelungen.¹⁵⁶¹ Das Beschränkungsverbot wird von *Klaus Lackhoff* im Ergebnis als umfassendes Freiheitsrecht mit abwehrrechtlichem Gehalt qualifiziert.¹⁵⁶² Als entscheidendes Kriterium zur Erfassung einer staatlichen Maßnahme als Beschränkung sei auf die Wirkung einer Regelung abzustellen.¹⁵⁶³

Teilweise wird nuanciert in Bezug auf bestimmte Gewährleistungen von Grundfreiheiten unzweifelhaft von Freiheitsrechten ausgegangen, so etwa bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Dabei wird ausdrücklich der Mobilitätsaspekt in den Mittelpunkt der Argumentation gerückt. So betont *Walter Frenz*¹⁵⁶⁴, dass es sich bei den Mobilitätsrechten des Art. 45 Abs. 3 AEUV um Freiheitsrechte handele, weil sie den Arbeitnehmern unabhängig von den in den Mitgliedstaaten bestehenden Regelungen zustünden. Die Mobilitätsrechte legten unabhängig von nationalen Regelungen ein bestimmtes Freizügigkeitsniveau einheitlich in der Union fest und gingen damit über eine bloße Inländergleichbehandlung hinaus. Die Mobilitätsrechte dienten auf diese Weise dazu, den Zugang zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaates unabhängig von einer Diskriminierung zu sichern.¹⁵⁶⁵

Axel Mühl qualifiziert die Grundfreiheiten, ähnlich wie in vorliegender Untersuchung ausgehend von übergeordneten Prinzipien, bei einer Marktzugangsfunktion als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote.¹⁵⁶⁶ Die Grundfreiheiten seien keineswegs entweder gleichheitsrechtlich im Sinne eines Diskriminierungsverbotes oder freiheitsrechtlich im Sinne eines Beschränkungsverbotes zu verstehen, sondern beide „Sichtweisen“ seien zu kombinieren, womit die Grundfreiheiten eine „Doppelstruktur“ besäßen. Gleichheitsrechtliche und freiheitsrechtliche „Dimension“ wirkten parallel im Hinblick auf die Funktion der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte.¹⁵⁶⁷

5. Funktionale und wettbewerbliche Interpretation

Insbesondere *Peter-Christian Müller-Graff* qualifiziert das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten beruhend auf einer Gesamtschau von *Dassonville*-, *Cassis*-¹⁵⁶⁸ und *Keck*-Rechtsprechung¹⁵⁶⁹ als Behinderungsverbot wettbewerblicher Prägung und stellt maßgeblich auf den *Wirkungszusammenhang* einer unterschiedslosen Maßnahme ab.¹⁵⁷⁰

¹⁵⁶¹ K. Lackhoff, ebd. (2000), S. 443 unter Verweis auf P. Behrens, Die Konvergenz der Grundfreiheiten, EuR 1992, S. 145, 150.

¹⁵⁶² K. Lackhoff, ebd. (2000), S. 358-392.

¹⁵⁶³ K. Lackhoff, ebd. (2000), S. 416.

¹⁵⁶⁴ W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten (2012), S. 556-558.

¹⁵⁶⁵ W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten (2012), S. 557, Rn. 1694, unter Bezugnahme auf M. Dietrich, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union (1995), S. 467 f.

¹⁵⁶⁶ A. Mühl, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 198 ff. und im Detail zum Zusammenhang von Diskriminierung und Beschränkung S. 244 ff.

¹⁵⁶⁷ A. Mühl, ebd. (2004), S. 247.

¹⁵⁶⁸ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁵⁶⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁵⁷⁰ P.-C. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 28 EG, Rn. 57: „[...] Demgegenüber ergibt sich die Behinderung infolge unterschiedslos anwendbarer Maßnahmen [...] meist erst aus dem Wirkungszusammenhang. Die faktische Folgewirkung unterschieds-

Art. 28 EG (jetzt Art. 34 AEUV) stelle ein wesentliches Element der auf einer wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft im Sinne von Art. 4 EG¹⁵⁷¹ und Marktrecht ausgerichteten Wirtschaftsverfassung dar.¹⁵⁷² In diesem Zusammenhang betont er, dass die Mehrdimensionalität der Warenverkehrsfreiheit zur Sicherung der Marktzugangsfreiheit sowie zur Ermöglichung von Wettbewerb¹⁵⁷³, Binnenmarkteffekten¹⁵⁷⁴ und einer Integration durch Privatautonomie diene.¹⁵⁷⁵ In diesem Zusammenhang hebt er hervor, dass es einer notwendig weiten Auslegung zufolge allein auf die *objektive Eignung* einer Maßnahme ankomme, welche allerdings hinreichend substantiiert vorgetragen werden müsse, um nicht lediglich als rein hypothetisch zu gelten.¹⁵⁷⁶ Zuletzt (2014/2015) hat *Peter-Christian Müller-Graff* die Grundfreiheiten im Lichte des Unionsrechts nach Lissabon umfassend im funktionalen Kontext eines Europäischen Wirtschaftsordnungsrechts als transnationale Marktzugangsrechte *gleichheits- und freiheitsrechtlich qualifiziert*¹⁵⁷⁷, und ebenso *ausdrücklich in den Kontext einer (einheitlichen) Wettbewerbsordnung* gestellt.¹⁵⁷⁸

Im Hinblick auf die Auslegung des Beschränkungsbegriffs bei Art. 56 EG (nunmehr Art. 63 AEUV) qualifiziert *Wolfgang Kiemel* den Abbau aller Hindernisse des freien Kapitalverkehrs im Sinne einer Wettbewerbsgleichheit unter Hinweis darauf, dass das Kapital überwiegend einen hohen Mobilitätsgrad aufweise und mit einer Ware zu vergleichen sei. Gleichfalls seien Diskriminierungen als Unterfall der Beschränkung einzuordnen.¹⁵⁷⁹ *Wolfgang Kiemel* recurriert hierbei auf die entsprechende Geltung der *Das-*

los anwendbarer, einfuhrbehindernder Vorschriften besteht dann freilich meist ebenfalls darin, dass sie der einheimischen Produktion einen Wettbewerbsvorteil verschaffen“, unter Bezugnahme auf EuGH *Strafverfahren gegen Herbert Gilli und Paul Andres (Gilli)* (C-788/79, EU:C:1980:171) Rn. 10 ff.

¹⁵⁷¹ Die Systematik von Aufgaben und Tätigkeiten des Gemeinschaftsrechts wurde mit der Vertragsrevision von Lissabon revidiert, siehe Kapitel 3 B. I. 1. Der Sinngehalt von ex Art.4 EG findet sich nunmehr in mehreren Normen von EUV und AEUV, wie z.B. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 119 AEUV.

¹⁵⁷² *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 28 EG, Rn. 1 (unter Bezugnahme auf *ders.* Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht (Tübingen 1984), S. 270 ff, 280 ff, 292 ff. und 341 ff. sowie *ders.* Die wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?, *EuR* 1997, S. 433, 439 ff. und *W. Mussler*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel (Baden-Baden 1998)).

¹⁵⁷³ *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 28 EG, Rn. 2.

¹⁵⁷⁴ *P.-C. Müller-Graff*, in: ebd. (2003), Art. 28 EG, Rn. 3.

¹⁵⁷⁵ *P.-C. Müller-Graff*, in: ebd. (2003), Art. 28 EG, Rn. 7 f.

¹⁵⁷⁶ *P.-C. Müller-Graff*, in: ebd. (2003), Art. 28 EG, Rn. 63.

¹⁵⁷⁷ *P.-C. Müller-Graff*, in: Hatje/*ders.* (Hrsg.), *EnzEur* Band 4 (2015), § 1 Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht: Das System, Rn. 72 ff.

¹⁵⁷⁸ *P.-C. Müller-Graff*, in: Hatje/*ders.* (Hrsg.), *EnzEur* Band 1 (2014), § 9 Grundfreiheiten und Wettbewerbsordnung, Rn. 22 ff.

¹⁵⁷⁹ *W. Kiemel*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 56, Rn. 25-27 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 63. Auch *H. D. Jarass* erfasst Diskriminierungen als „Grundform“ der Beschränkung, vgl. *H. D. Jarass*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, *EuR* 2000, S. 705, 709, unter Bezugnahme auf *G. Hirsch*, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, *ZEuS* 1999, S. 503 ff., 509, unternimmt dann aber eine Differenzierung nach drei Beschränkungsformen und erfasst Marktzutrittsbehinderungen als Eingriff in den Kernbereich der Grundfreiheiten („core restriction“), welche unabhängig von einer Schlechterbehandlung einen

*sonville*¹⁵⁸⁰- und *Cassis*¹⁵⁸¹-Rechtsprechung auch für die Kapitalverkehrsfreiheit als Beschränkungsverbot. Nach ständiger Rechtsprechung sollten im Binnenmarkt alle Hemmnisse im Hinblick auf die Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahe kommen, beseitigt werden.¹⁵⁸² Der Raum ohne Binnengrenzen erlaube im Bereich der Grundfreiheiten nicht mehr danach zu unterscheiden, ob ein Vorgang die Binnengrenzen überschreitet oder ob er sich innerhalb eines Mitgliedstaates abspielt.¹⁵⁸³

Diese Argumentation stützt die vorliegend vertretene Konzeption der „funktionalen Transnationalität“, welche aus der umfassenden Geltung des Free Movement-Konzepts gemäß den aktuellen Stand der Integration folgt.¹⁵⁸⁴

6. Marktzugangsrecht (market access approach)

Im Zusammenhang der EuGH-Rechtsprechung u.a. zu sog. Verwendungsbeschränkungen¹⁵⁸⁵, wird seit der Entscheidung des EuGH zur Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁵⁸⁶ im Schrifttum überwiegend davon ausgegangen, dass der Gerichtshof die Warenverkehrsfreiheit auf ihre *Marktzugangsfunktion* fokussiert und folglich das Marktzugangskriterium in den Mittelpunkt stellt.¹⁵⁸⁷

Sara Dietz und *Thomas Streinz* qualifizieren das Marktzugangsprinzip als „Leitlinie“ der Grundfreiheiten und das Marktzugangskriterium als „eigenständigen Prüfungsmaßstab“.¹⁵⁸⁸ Zur Konkretisierung wird die „Markterschließungsdoktrin“ des Kartellrechts herangezogen.¹⁵⁸⁹ Demnach seien staatliche Regelungen grundsätzlich verboten, wenn sie die Markterschließung unmöglich machten. Unmöglichkeit in diesem Sinne meine nicht nur eine rechtliche Unmöglichkeit, sondern auch eine „wirtschaftliche

Verstoß darstellen, wonach die Grundfreiheiten in ihren Rechtsfolgen über ein Gleichheitsrecht hinausgehen vgl. S. 710, 712.

¹⁵⁸⁰ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

¹⁵⁸¹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁵⁸² EuGH *Französische Republik gegen die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Holzschutzmittel)* (C-41/93, EU:C:1994:196) Rn. 19.

¹⁵⁸³ Unter Verweis auf *V. Heydt*, Der Funktionswandel der EG-Grundfreiheiten infolge der Verwirklichung des Binnenmarktes, *EuZW* 1993, S. 105.

¹⁵⁸⁴ Vgl. Kapitel 3 A. I.

¹⁵⁸⁵ EuGH *Strafverfahren gegen Lars Sandström* (C-433/05, EU:C:2010:184) Rn. 32 u. 38; EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 24-28.

¹⁵⁸⁶ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁵⁸⁷ *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 65; *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 34 AEUV (EL 55 Jan. 2015), Rn. 18 und Rn. 85-87; *I. Brinker*, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar* (2012), Art. 34 AEUV, Rn. 49 und Rn. 55.

¹⁵⁸⁸ *S. Dietz/T. Streinz*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, *EuR* 2015, S. 50, 58/59.

¹⁵⁸⁹ Hiermit wird unter Verweis auf die Kommentierung von *Wolfgang Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2016), Art. 101 AEUV, Rn. 115, die im Schrifttum zu Art. 101 AEUV vertretene „Immanenztheorie“ in Bezug genommen, welche nach umstrittener Auffassung eine Einschränkung des Tatbestandes bzw. des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung jenseits des Ansatzes einer rule of reason vertritt, siehe hierzu *T. Lübbig*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 8, Rn. 21.

Unmöglichkeit“ dergestalt, dass ein rational handelnder Wirtschaftsakteur vom Marktzutritt abgehalten würde.¹⁵⁹⁰ Dieser im englisch sprachigen Schrifttum sog. *market access approach*¹⁵⁹¹ beantwortet indessen nicht, ob das Marktzugangskriterium einem gleichheits- und/oder freiheitsrechtlichem Verbot unterliegen soll. *Sara Dietz* und *Thomas Streinz* bilden zumindest exemplarisch Fallgruppen zu Werberegelungen und Verwendungsbeschränkungen und vertreten die These, dass das Marktzugangskriterium „eine notwendige Ergänzung des Diskriminierungsverbotes“ sei und als „weitere Spielart des Beschränkungsverbotes“ neben den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung trete.¹⁵⁹² Wie diese „Spielart“ zu definieren ist, bleibt im Fazit allerdings offen, mit der Feststellung, dass das Marktzugangskriterium zu konkretisieren und für die Anwendung in der Praxis zu operationalisieren sei.¹⁵⁹³ Eine Konkretisierung über die analoge Anwendung der „Markterschließungsdoktrin“ (Immanenztheorie) zu Art. 101 AEUV ist jedoch angesichts der Tatsache, dass die Immanenztheorie als Auffassung der deutschen Lehre nicht der geltenden Spruchpraxis des EuGH entspricht¹⁵⁹⁴, für eine verlässliche dogmatische Konzeptionierung des Marktzutrittskriteriums der Grundfreiheiten kaum geeignet.¹⁵⁹⁵ Zudem bietet dieser Ansatz keine Grundlage für die inhaltliche Definition von Marktzutritt / Marktaustritt, da durch eine Übertragung der teleologischen Reduktion des Beschränkungsbegriffs bei Art. 101 AEUV nicht die gleichheits- und oder freiheitsrechtliche Dimension der grundfreiheitlichen Kontrolle von unterschiedslosen Maßnahmen definiert werden kann.

Zuvor hat im deutschsprachigen Schrifttum *Axel Mühl* 2004 ausdrücklich eine Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten als Gleichheits- und Freiheitsrechte (siehe bereits zuvor 4.) bzw. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote vertreten¹⁵⁹⁶, ohne jedoch ausführlich auf die wirtschaftswissenschaftlichen Theoreme, welche die Bedingungen „offener Märkte“ mit den Voraussetzungen von freiem und gleichem Marktzutritt und/oder Marktaustritt definieren, einzubeziehen.

*Gareth Davis*¹⁵⁹⁷ konkretisiert die Marktzugangsfunktion, methodisch ähnlich wie in vorliegender Untersuchung¹⁵⁹⁸, via Parallelwertung zu den Wettbewerbsregeln und über eine Fundierung des Marktzutrittskriteriums der Grundfreiheiten mittels entspre-

¹⁵⁹⁰ *S. Dietz/T. Streinz*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 50 ff., S. 63/64.

¹⁵⁹¹ *C. Barnard*, The Four Freedoms (2013), S. 18-25.

¹⁵⁹² *S. Dietz/T. Streinz*, ebd. (2015), S. 64-66.

¹⁵⁹³ *S. Dietz/T. Streinz*, ebd., S. 72.

¹⁵⁹⁴ Siehe nur *T. Lübbig*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 8, Rn. 21.

¹⁵⁹⁵ Überdies ist die Immanenztheorie nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen, angesichts der klar geregelten Systematik von Freistellungen, Art. 101 Abs. 3 AEUV, mit einer dort regelhaft erfolgenden umfassenden Abwägung positiver und negativer Kriterien, welche zur Reduktion einer als „uferlos“ befürchteten Kontrolldichte vollkommen ausreicht.

¹⁵⁹⁶ *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 247 im Ergebnis und zur Herleitung von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot in einer „Doppelstruktur“ S. 198 ff.

¹⁵⁹⁷ *Davies, G.*, Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law, German Law Journal Vol. 11 No. 08, S. 671 ff.

¹⁵⁹⁸ Kapitel 6 A. II. 1. Die wettbewerbsökonomische „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung.

chender Anwendung der ökonomischen Theoreme zu „barriers to entry“¹⁵⁹⁹ (Theorie der Typen von Markteintrittsbarrieren).¹⁶⁰⁰

Umstritten ist, ob es sich bei der EuGH-Rechtsprechung seit den Entscheidungen zu den Rechtssachen *Kommission/Portugal (Farbfolien)*¹⁶⁰¹ und *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁶⁰² um eine Bestätigung, eine Abwandlung oder um eine Abkehr von der *Keck*-Rechtsprechung¹⁶⁰³ handelt.¹⁶⁰⁴ Weiter ist umstritten, wie sich insgesamt die Entscheidungslinie des Gerichtshofs zu den sog. Verwendungs- bzw. Nutzungsmodalitäten auf die Struktur des Beschränkungstatbestandes und die Prüfungskriterien auswirkt.¹⁶⁰⁵ Generalanwalt *Miguel Poiares Maduro* hat 2006, also zeitlich bereits vor der o.g. Rechtsprechung zu den Nutzungs- bzw. Verwendungsmodalitäten und zur Marktzugangsfunktion (2008/2009), in seinen Schlussanträgen zu der Rechtssache *Alfa Vita* bei einer Reflexion zur *Keck*-Rechtsprechung und zur Funktion der „Verkaufsmodalitäten“ drei „Hauptkriterien“ für die Subsumtion dargelegt. Danach ist zu prüfen, ob Mitgliedstaaten „Maßnahmen ergreifen, die in Wirklichkeit darauf hinauslaufen, dass die grenzüberschreitenden Sachverhalte *ungünstiger* als die rein nationalen Sachverhalte behandelt werden“.¹⁶⁰⁶ Den dafür maßgeblichen Maßstab formuliert *Miguel Poiares Maduro* wie folgt:

[Rn. 45] Drittens wird jede Maßnahme, die *geeignet* ist, den Marktzugang und das Inverkehrbringen von Produkten aus anderen Mitgliedstaaten *stärker zu behindern*, als Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne des Artikels 28 EG angesehen. Eine Maßnahme behindert den Zugang zum nationalen Markt, wenn sie die *Stellung* bestimmter Wirtschaftsteilnehmer auf dem nationalen Markt *schützt* oder wenn sie den innergemeinschaftlichen Handel gegenüber dem Handel auf dem nationalen Markt *erschwert*.“ (Hervorhebungen durch den Verf.)

Dieser Maßstab lässt sich in Zusammenschau mit seinen Ausführungen zu den notwendigen Voraussetzungen einer „Öffnung nationaler Märkte“ (Randnummer 38) weiter konkretisieren:

[Rn. 38] Es ist sicherlich wahr, dass die von den Gemeinschaftsbestimmungen über die Verkehrsfreiheit vorgeschriebene Öffnung nationaler Märkte in bestimmten Fällen auch die Wirkung einer Liberalisierung der nationalen Volkswirtschaften haben kann. Das liegt daran, dass es oft schwierig ist, zwischen einer Maßnahme, die die nationalen Wirtschaftsteilnehmer vor ausländischer Konkurrenz schützen soll, und einer Maß-

¹⁵⁹⁹ Grundlegend *J. S. Bain*, Barriers to New Competition (1956/1965). Im Überblick *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 14/15.

¹⁶⁰⁰ Hierzu im Detail Kapitel 6 A. II. 1. a) cc).

¹⁶⁰¹ EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* (C-265/06, EU:C:2008:210).

¹⁶⁰² EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁶⁰³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16/17.

¹⁶⁰⁴ *S. Dietz/T. Streinz*, a.a.O. (2015), S. 69/70 gehen von einem „Abschied der Keck-Formel“ aus.

¹⁶⁰⁵ *R. Streinz*, Europarecht (2016), § 11, Rn. 843 und Rn. 911 ff.

¹⁶⁰⁶ Schlussanträge des Generalanwaltes Poiares Maduro EuGH *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212) Rn. 41 unter Verweis in Fn. 42 auf die Schlussanträge zu den Rechtssachen C-446/03 *Marks & Spencer* sowie zu den Rechtssachen C-94/04 und C-202/04 *Cipolla* und *Macrino und Capodarte*. Die „drei Hauptkriterien“ werden in Rn. 42-45 formuliert.

nahme, die bestimmte auf dem nationalen Markt etablierte Wirtschaftsteilnehmer vor jeglicher potenzieller Konkurrenz auf diesem Markt schützt, zu unterscheiden. So schützt eine staatliche Maßnahme, die bestimmte nationale Wirtschaftsteilnehmer vor inländischer Konkurrenz schützt, sie oft auch vor ausländischer Konkurrenz. Das erklärt, warum bestimmte Maßnahmen, die die *Freiheit* der wirtschaftlichen Betätigung auf einem nationalen Markt beschränken, *auch als Beschränkungen des Zugangs* ausländischer Wirtschaftsteilnehmer zu diesem Markt angesehen werden können. Das ist der Fall bei Maßnahmen, die Erzeugnisse, Dienstleistungen, Unternehmen oder Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten *nicht diskriminieren, aber den „Status quo“ auf dem nationalen Markt schützen* und damit den Zugang neuer Wirtschaftsteilnehmer zum Markt erschweren.“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Im Schrifttum wird u.a. in der Interpretation dieser Schlussanträge von *Miguel Poires Maduro* sowie in Interpretation der EuGH-Entscheidung zur Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)* von *Stefan Leible* und *Thomas Streinz* ein „Drei-Stufen-Test“ formuliert¹⁶⁰⁷, bei dem die dritte Stufe im Sinne der Ratio des *Keck*-Urteils als eigenständiger Prüfungsmaßstab der „sonstigen Marktzugangsbehinderung“ bewertet wird.¹⁶⁰⁸ In diesem Zusammenhang weisen *Stefan Leible* und *Thomas Streinz* auf das Problem hin, dass der EuGH eine Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs schuldig bleibt, unter Hinweis auf die Ausführungen von *Jukka Snell*¹⁶⁰⁹ und *Eleanor Spaventa*¹⁶¹⁰, und es deshalb erforderlich sei, die dritte Stufe als Marktzugangskriterium zu konkretisieren.¹⁶¹¹ Andere vertreten, dass das Beschränkungsverbot im Sinne einer einheitlichen Norm bzw. eines „*single test*“¹⁶¹² zu betrachten sei, und damit faktisch nur noch das Marktzugangskriterium umfasse.

7. Dogmatisch-konzeptionelle Bewertung

Das Meinungsbild im Schrifttum zur Auslegung des Verbotmaßstabes der Grundfreiheiten (Kontrollmaßstab) zeigt heterogene¹⁶¹³ und vielfältig Erklärungsansätze.

Diejenigen Auffassungen, welche die Grundfreiheiten ausschließlich als Diskriminierungsverbote bzw. Gleichheitsrechte interpretieren (siehe 1.) stehen einerseits im Widerspruch zu der geltenden EuGH-Rechtsprechung, welche offensichtlich nicht mehr nur auf eine gleichheitsrechtliche Betrachtung abstellt, wie insbesondere die EuGH-Rechtsprechung zur „Attraktivität“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)¹⁶¹⁴ und zu dem „Bewirken“

¹⁶⁰⁷ *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 34 AEUV (EL 55 Jan. 2015), Rn. 86.

¹⁶⁰⁸ *S. Leible/T. Streinz*, ebd. Rn. 86 unter Hinweis auf *A. Brigola*, Die Metamorphose der Keck-Formel in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2012, S. 248 ff.

¹⁶⁰⁹ *J. Snell*, The notion of market access: A concept or a slogan? CMLR 2010, S. 437 ff.

¹⁶¹⁰ *E. Spaventa*, Leaving Keck behind?, European Law Review 2009, S. 914.

¹⁶¹¹ Siehe auch *S. Dietz/T. Streinz*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 50.

¹⁶¹² *J. Baquero Cruz*, Between Competition and Free Movement (2002), S. 94: “Everything points to the possibility of establishing a single test, and even a single norm”.

¹⁶¹³ Ebenso *D. Ehlers*, in ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009), § 7 II 2, Rn. 29.

¹⁶¹⁴ Kapitel 3 E. II. 4.

einer Marktzutrittsbeschränkung (EuGH *Kommission/Italien*, EuGH *Mickelsson & Roos*)¹⁶¹⁵, andererseits stehen diese Auffassungen nicht im Einklang mit dem in Kapitel 3 aufgezeigten neuen Unionstelos der Werte- und Wirtschaftsverfassung sowie mit der in Kapitel 4 hergeleiteten wettbewerbsökonomischen Funktion der Grundfreiheiten. Bei der Reflexion dieser Auffassungen ist indessen zu beachten, dass diese weitgehend zu einem Zeitpunkt vor der Revision des Unionsrechts durch den Vertrag von Lissabon (2009) begründet wurden, wenngleich vor allem *Thorsten Kingreen* seine Auffassung erst vor kurzem (2016) bestätigte und im Kontext des sich immer weiter ausdifferenzierenden Grundrechtsschutzes argumentativ sogar erweiterte.¹⁶¹⁶

Soweit die Meinung vertreten wird, für den Kernbereich der Grundfreiheiten sei ein Beschränkungsverbot und für den Randbereich ein Diskriminierungsverbot anzunehmen (siehe 2.) ist festzustellen, dass diese an die Kernbereichslehre der deutschen Grundrechtsdogmatik angelehnte Struktur von vornherein nicht die transnationale Funktion der Grundfreiheiten und deren vertragsautonome Teleologie berücksichtigt und bereits aus diesem Grund zweifelhaft erscheint. Die Konzeption eines Beschränkungsverbot als Berücksichtigungsgebot (siehe 3.) begründet einen Maßstab, der ausdrücklich über eine gleichheitsrechtliche Struktur, nämlich eine Vergleichsgruppenbildung von „Inländer“ und „Ausländer“ hinausgeht. Die hier im Mittelpunkt stehende Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Verwirklichung der Zielbestimmungen offenbart eine i.w.S. haftungsrechtliche Dogmatik, welche der vorliegend vertretenen funktionalen Methode und den Ausführungen von *Heinrich Matthies* („Verantwortung der Mitgliedstaaten“¹⁶¹⁷) nahekommt. Dies trifft ebenso auf die Ausführungen betreffend eine i.w.S. funktionale Interpretation der Grundfreiheiten von *Eberhard Grabitz, Claus Dieter Borchardt, Peter-Christian Müller-Graff* zu (siehe 5. Sowie Kapitel 1 B. II.), welche allesamt auf eine formale Differenzierung zwischen Gleichheits- und Freiheitsrecht verzichten.

Den Auffassungen im Schrifttum, welche einen freiheitsrechtlichen Verbotsmaßstab vertreten (siehe 4.) ist dem Grunde nach zuzustimmen. Überwiegend lassen diese Darstellungen jedoch weitergehende Konkretisierungen zu dem Inhalt und zu dem Bezugsmaßstab des Freiheitsrechts (Konzeption der Freiheit im Zusammenhang von transnationaler wirtschaftlicher Mobilität usw.) vermissen, womit das von den Vertretern einer nur gleichheitsrechtlichen Qualifikation (siehe 1.) richtigerweise hervorgehobene Problem der „Uferlosigkeit“ bzw. „Konturlosigkeit“ eines grundfreiheitlichen Freiheitsrechts ungelöst bleibt. Die im Schrifttum seit 2009 anzutreffende Auseinandersetzung mit der EuGH-Rechtsprechung zu den sog. Verwendungs- bzw. Nutzungsmodalitäten und zu der Marktzugangsfunktion (siehe 6.) zeigt in weiten Teilen eine durchaus kritische Haltung zu der Rechtsprechungslinie des EuGH, ohne jedoch theoretisch fundierte eigene Lösungsansätze aufzuzeigen. Die Frage nach dem Fundament und der Konzeption

¹⁶¹⁵ Kapitel 3 E. II. 7.

¹⁶¹⁶ *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36, Rn 6 („Transnationale Integrationsnormen kompensieren föderale Gefährdungslagen“) und ausführlich zur Kritik des freiheitsrechtlichen Verständnisses der Grundfreiheiten Rn. 66 ff.

¹⁶¹⁷ *H. Matthies*, Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977), S. 669 ff.

on der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten sowie die Definition des Marktzutrittskriteriums bzw. auch des Marktaustrittskriteriums (EuGH *Gysbrechts*)¹⁶¹⁸ bleiben unbeantwortet. Insgesamt ist mit einer Fokussierung auf das Kriterium des Marktzutritts die Diskussion zu einem freiheitsrechtlichen Verbotsmaßstab keinesfalls beendet, da erstens zu klären bleibt, ob die grundfreiheitliche Kontrolle eine Marktzugangsgleichheit und/oder eine Marktzugangsfreiheit umfasst, und zweitens Bezugsgegenstand und Inhalt eines freiheitsrechtlichen Maßstabes vertragsautonom unter Berücksichtigung der Unionsteologie bestimmt werden müssen.

Da die verschiedenen Ansätze im europarechtlichen Schrifttum von stark differierenden Prämissen grundfreiheitlicher Funktionen sowie unterschiedlichen Konzepten von Freiheit und Gleichheit ausgehen und überdies die Terminologie nicht einheitlich ist, lässt sich ein „Trend“ bzw. eine sich allmählich erkennbare „herrschende“ Meinung zur Interpretation von Kontrollmaßstab und Kontrolldichte der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote und Marktzugangsrechte im Schrifttum nicht ableiten. Einige Stimmen bestätigen den Anlass für die vorliegende Untersuchung und betonen, dass eine grundsätzliche Neubestimmung der Grundfreiheiten erforderlich sei.¹⁶¹⁹

Die vorliegend referierte Rechtsprechung des Gerichtshofs und das dazu bestehende Meinungsbild im neueren Schrifttum zur Frage des Maßstabs der grundfreiheitlichen Kontrolle lässt sich, jenseits der im Detail divergierenden Argumente zu den unterschiedlichen Grundfreiheiten, denen hier nicht weitere nachgegangen werden soll, fokussiert auf die Thematik der Untersuchung insoweit in Übereinstimmung bringen, als das ganz überwiegend die Notwendigkeit für eine Neujustierung und Präzisierung des Kontrollmaßstabes und der Kontrolldichte der Grundfreiheiten gesehen wird. Dabei kristallisiert sich in Rechtsprechung und Schrifttum zuletzt gleichlaufend heraus, dass eine Konzentration auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten der dafür richtige Weg ist. Dabei werden zunehmend Analogien zu der Struktur und zu dem Maßstab des wettbewerblichen Beschränkungsverbot aufzeigt¹⁶²⁰, wengleich auch diese, bis auf wenige Ausnahmen¹⁶²¹, bislang nicht theoretisch fundiert sind.

Eine exakt parallele (konvergente) Konzeption von Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot) und Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) ist auf der Anwendungsebene indessen nicht möglich, da eine gleichheits- und freiheitsrechtliche Konzeption der Grundfreiheiten die „Interessen-Trias“¹⁶²² be-

¹⁶¹⁸ Kapitel 3 E. II. 6.

¹⁶¹⁹ Zuletzt explizit R. Streinz, *Europarecht* (2016), § 11, Rn. 843 und Rn. 912; S. Dietz/T. Streinz, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 50 ff.; U. Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 42 Sept. 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 187, 191, 196 ff. C. Barnard, *The Four Freedoms* (2016), S. 21-23; J. Snell, The notion of market access: A concept or a slogan?, CMLR 2010, S. 437/438, 469 („As the term lacks a clear content“) und in der Schlussfolgerung S. 470-472; E. Spaventa, Leaving Keck behind? *European Law Review* 2009, S. 914. 923 ff.

¹⁶²⁰ Insbesondere S. Dietz/T. Streinz, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 50 ff.; U. Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 42 Sept. 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 205 ff. und S. Leible/T. Streinz, in: ebd. EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 87.

¹⁶²¹ Davies, G., Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law, *German Law Journal* Vol. 11 No. 08, S. 671 ff. m.w.N.

¹⁶²² Kapitel 1 B. I. 3.

trifft (dazu ausführlich zugleich unter B. I.). Die Dogmatik der Marktzugangsfunktion (Marktzutritt/Marktaustritt) ist in Ansehung des systemischen Zusammenhangs von Kontrolldichte und demokratisch legitimierten (Regulierungs-) Interessen der Mitgliedstaaten bei den Grundfreiheiten autonom zu bestimmen. Denn eine unmodifizierte Angleichung der grundfreiheitlichen Beschränkungsprüfung an die Konzeption der Art. 101, 102 AEUV würde das Problem der „Uferlosigkeit“ des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot nicht lösen können, da, wie zuvor bereits ausgeführt, das Beschränkungsverbot der Art. 101, 102 AEUV gegenüber Unternehmen die Anforderungen der Interessen-Triade nicht berührt. Zudem hat die wettbewerbsökonomische Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten (Kapitel 4) in der Konnexität von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln gezeigt¹⁶²³, dass entsprechend der spezifischen Funktion der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung¹⁶²⁴, das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) sich auf einseitige, nicht-unternehmerische Handlungen von Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht bezieht (vertikale Kontrolle).¹⁶²⁵ Demgemäß müssen diesen Kontrollgegenstand erfassende Subsumtionskriterien hergeleitet werden¹⁶²⁶, welche sich notwendigerweise von denen bei dem Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot) unterscheiden, da sich eben Letztere auf zweiseitige, unternehmerische Handlungen (Art. 101 AEUV) bzw. auf einseitige, unternehmerische Handlungen auf der Basis von Marktmacht (Art. 102 AEUV) beziehen (horizontale Kontrolle).¹⁶²⁷

Im Spiegel der zuvor referierten Meinungen im Schrifttum zeigt die in Kapitel 3 dargestellte EuGH-Rechtsprechung¹⁶²⁸, dass wenngleich der EuGH ausgehend von *Keck*¹⁶²⁹ bis zur Entscheidung *Mickelsson & Roos*¹⁶³⁰, Grundfreiheiten übergreifend zunehmend auf deren Marktzugangsfunktion abstellt und auch bei der Warenverkehrsfreiheit die einzelnen Kriterien der *Keck*-Formel dezidiert nicht immer prüft¹⁶³¹, eben dies nicht zwingend eine Änderung des Kontrollmaßstabs und damit der Kontrolldichte der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote darstellt, sondern zunächst einmal „nur“ eine Modifikation der Methode bzw. der Prüfungsstruktur. Abgesehen von den unbestimmten Rechtsbegriffen der „Geeignetheit“ einer Maßnahme (EuGH-*Dassonville*)¹⁶³² oder der „Attraktivität“ (EuGH-*Kraus/-Gebhard*)¹⁶³³ bzw. der Formulierung vierer Kriterien

¹⁶²³ Kapitel 4 B.

¹⁶²⁴ Kapitel 4 C.

¹⁶²⁵ Kapitel 4 B. III. 3. Funktionaler Maßnahmenbegriff.

¹⁶²⁶ Hierzu Kapitel 6 A. I. betreffend den Kontrollgegenstand und Kapitel 6 A. III. betreffend den Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot.

¹⁶²⁷ Entsprechend der bei Kapitel 4 B. IV. definierten Funktionskreise von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln und der Unterscheidung von vertikaler und horizontaler Marktverantwortung, vgl. Kapitel 4 B. III. und C. I.

¹⁶²⁸ Kapitel 3 E. II.

¹⁶²⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁶³⁰ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹⁶³¹ Siehe *C. Barnard, The Four Freedoms* (2013), S. 102 f.

¹⁶³² EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

¹⁶³³ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 32.

für die Prüfung „unterschiedsloser Maßnahmen“ (EuGH-*Gebhard*)¹⁶³⁴ und der Fokussierung auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten (seit EuGH-*Keck*¹⁶³⁵), hat der Gerichtshof den Verbotsmaßstab der „Beschränkung“ weder generell noch für die einzelnen Grundfreiheiten gleichheits- und oder freiheitsrechtlich explizit definiert. Dies mag daran liegen, dass der EuGH den Begriff „Beschränkung“ unspezifisch verwendet, was wohl aber ebenso auf den Begriff der Diskriminierung zutrifft. Unklar bleibt daher erstens ob der Marktzutritt gleichheits- und/oder freiheitsrechtlich zu kontrollieren ist, und zweitens ab welcher Wirkungsintensität von „weniger attraktiv“ das Verbot von Beschränkungen beginnt.

Unklar bleibt vor allem auch, anhand welcher Kriterien im Streitfall der Nachweis einer geringen „Attraktivität“ für die Mobilität wirtschaftlicher Leistungen geführt werden soll, oder wie eine unionsrechtlich relevante „Behinderung“ des Marktzutritts durch das betroffene Wirtschaftssubjekt im gerichtlichen Prozess zu behandeln ist. Es fehlen der Darlegung und dem Beweis zugängliche Kriterien und Variablen, mit Hilfe derer im Verwaltungsverfahren bzw. im Gerichtsprozess durch die aktiv legitimierte Partei eine „Beschränkung“ von „Marktzutritt“ und/oder „Marktaustritt“ nachgewiesen werden könnte.¹⁶³⁶ Gleichfalls fehlen auch der passiv legitimierten Partei entsprechende Kriterien für den qualifizierten Gegenbeweis. Nötig sind Subsumtionskriterien, mit deren Hilfe entweder bereits der „Geeignetheit“ einer Maßnahme zur Beschränkung auf der Ebene des Kontrollgegenstandes entgegengetreten werden kann, oder mit denen auf der Ebene des Kontrollmaßstabes, also bei der Wirkungsprüfung, jenseits der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe, eine i.w.S. (Effizienz-)Einrede erhoben, aber vor allem die Wirkungsintensität in Bezug auf den Marktzutritt und/oder Marktaustritt bewertet werden kann.

So beinhaltet die *Keck*-Formel mit dem Kriterium der „rechtlich und tatsächlich gleichen Berührtheit“ zwar grundsätzlich einen derartigen Ansatz im Sinne einer „ökonomischen Logik“, wie vor allem *Luigi Russi* betont¹⁶³⁷:

“The afore-mentioned judgment has therefore modified the applicable judicial criterion, tailoring it to the economic essence of the problem of quantitative restrictions. This being said, it is my belief that a more thorough understanding of the new approach adopted by the Court in *Keck* can be achieved by analyzing its *underlying economic logic*. In order to achieve this goal, I have taken resort to simple instruments of *microeconomic analysis* that are helpful in illustrating the effects of international trade on the internal market of a State. By following the afore-mentioned method, it is possible to: 1. provide an economic interpretation of the expression “measures having an effect equivalent to quantitative restrictions;” 2. distinguish between requirements related to the production of goods and selling arrangements; 3. clarify why selling arrangements

¹⁶³⁴ EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

¹⁶³⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 17 und in der Folgerechtsprechung seit 2008/2009, Kapitel 3 E. II. 7.

¹⁶³⁶ *G. Davies*, Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law, German Law Journal Vol. 11 No. 08, S. 671 ff.

¹⁶³⁷ *L. Russi*, Economic Analysis of Article 28 EC after the *Keck* Judgment, German Law Journal Vol. 07 No. 05, S. 479 ff.

escape Article 28 whenever they are, *de jure* and *de facto*, indistinctly applicable to all products negotiated within the internal market of a Member State; and 4. understand the reasons for the shift from the *obstacle-based* approach adopted in *Dassonville*, to a *discrimination-based* approach”¹⁶³⁸ (Hervorhebungen durch den Verf.),

doch fehlen auch hierzu konkrete markt- und mobilitätsbezogene Variablen, um einen validen Vergleich der (Funktions-)Bedingungen für konkurrierende Marktakteure bzw. deren wettbewerbliche „Chancengleichheit“ im Zielmarkt zu prüfen. So verwundert es nicht, dass in der Praxis bei der Prüfung der Grundfreiheiten eher mit „Intuition“ bzw. „Daumenpeilung“¹⁶³⁹ als mit fundierten (ökonomischen) Analysen gearbeitet wird, wie es nötig wäre und im Kartellrecht zur Selbstverständlichkeit gehört.

III. Zusammenfassung

Charakteristisch für die geltende Konzeption der Grundfreiheiten ist angesichts einer erheblichen Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe („Formeln“) zur Definition des grundfreiheitlichen Kontrollgegenstandes und Kontrollmaßstabes für „unterschiedslose Maßnahmen“, eine relative Unbestimmtheit durch Vielfalt (siehe I.). Insoweit ist den im Schrifttum vertretenen Auffassungen (siehe II.) beizupflichten, welche eine noch unzureichende Konzeption der Grundfreiheiten insbesondere als Freiheitsrechte kritisieren, auch in der zuletzt vorgenommenen Fokussierung auf deren Marktzugangsfunktion (II. 6.). Im Schrifttum besteht kein Konsens zu einer freiheitsrechtlichen Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote respektive Marktzugangsrechte (II. 7.). Neben Auffassungen, welche (weiterhin) eine ausschließlich gleichheitsrechtliche Konzeption der Grundfreiheiten als sog. (materielle) Diskriminierungsverbote vertreten (II. 1.) stehen solche Ansätze, die entweder in Anlehnung an die Grundrechtsdogmatik verschiedene Merkmale für eine Begrenzung der Kontrolldichte formulieren oder das Beschränkungsverbot in unterschiedlichen Nuancen der Interpretation anerkennen (siehe II. 2. bis 6.).

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung sollte die Bestimmung der Kontrolldichte für „unterschiedslose Maßnahmen“ von einer funktional-systemischen Herangehensweise ausgehen, d.h. einer systematischen Analyse der dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der geltenden Auslegung¹⁶⁴⁰ (hierzu sogleich nachfolgend die Abschnitte B. und C.), welche sodann den Befund für eine daran anschließende funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch fundierte (Neu-)Konzeption der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote (Mobilitätsbeschränkungsverbote) bildet (hierzu nachfolgend Kapitel 6).

¹⁶³⁸ L. Russi, ebd. S. 480.

¹⁶³⁹ So ausdrücklich J. Snell, The notion of market access: A concept or a slogan? CMLR 2010, S. 437 ff., 469: „As the term lacks a clear content, the Court may use it freely either to approve or to condemn measures that it happens to like or dislike. Market access may simply provide a sophisticated-sounding garb that conceals decisions based on intuition.”

¹⁶⁴⁰ Kapitel I A. II. 1.

Einer Konzeption, welche die Grundfreiheiten ausschließlich als Diskriminierungsverbote bzw. als materielle Diskriminierungsverbote qualifiziert, kann entsprechend dem vorliegend vertretenen Ansatz zumindest nicht in ihrer singulären Ausrichtung gefolgt werden. Erstens widerspräche eine ausschließlich gleichheitsrechtliche Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ dem Telos der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach Lissabon, demgemäß die Werte (Art. 2 EUV) der Freiheit und Gleichheit parallel und unmittelbar auch auf das Binnenmarktziel einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) sowie auf die operative Ebene der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV (via Art. 26 AEUV) ausdrücklich bezogen sind¹⁶⁴¹, und die sich in ihrer markt- und wettbewerbsbezogenen Ausprägung in den prinzipiellen Maßstäben von Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie von Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit aggregieren (unionsrechtliches Beschränkungsverbot).¹⁶⁴² Zweitens entspräche die Reduktion des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes auf ein materielles Diskriminierungsverbot nicht mehr den Erfordernissen zur Kontrolle strategisch-protektionistischer Maßnahmen gemäß dem aktuellen Stand der Integration zur Sicherung der Funktionen des Binnenmarktes (Art. 1 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 1 AEUV).¹⁶⁴³

Drittens zeigt ein Vergleich zum WTO-Recht, dass selbst im freihandelsrechtlichen Rechtssystem mittlerweile wettbewerbsrechtlich orientierte Maßstäbe bei der Kontrolle des „Freiverkehrs“ angewendet, die über eine klassische Diskriminierungsprüfung via Vergleichspaarbildung hinausgehen¹⁶⁴⁴, so dass erst Recht für das Marktintegrationsrecht der Union über das Gleichheitsrecht hinausgehende Maßstäbe zu etablieren sind.

Viertens müssen für den Schutz wettbewerblich organisierter Marktprozesse, welche in einer Sequenz von Marktaustritt und Marktzutritt zu betrachten sind¹⁶⁴⁵, die Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit zur Umsetzung des Free Movement-Konzepts¹⁶⁴⁶ notwendig parallel zusammenwirken, und zwar als sich gegenseitig ergänzende Kapazitäts- und Relationskonzeptionen.¹⁶⁴⁷

Die im Schrifttum umstrittene Frage einer sowohl gleichheits- als auch freiheitsrechtlichen Konzeption der Grundfreiheiten ist somit nach dem vorliegend vertretenen funktional-systemischen Ansatz gemäß einem functional economic approach unter Zugrundelegung der Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit) sowie unter Bezugnahme auf die hierzu referierten Auffassungen (siehe II. 3., 4., 5. und 6.) eindeutig auch für das Freiheitsrecht zu beantworten.

¹⁶⁴¹ Kapitel 3 B. III. sowie C. III., IV.

¹⁶⁴² Kapitel 3 F. und G.

¹⁶⁴³ Kapitel 1 A. I. und III. 2.

¹⁶⁴⁴ N. F. Diebold, Non-Discrimination - 'Likeness' in WTO/GATS (2013), S. 279 ff. und 334/335.

¹⁶⁴⁵ Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (2).

¹⁶⁴⁶ Kapitel 3 F. III.

¹⁶⁴⁷ Hierzu sogleich bei C. II. 1. c) cc) (3).

Indessen bedarf der gleichheits- und freiheitsrechtlich zu bestimmende sowie auf die transnationale wirtschaftliche Mobilität funktional auszurichtende Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote der (Neu-)Konzeptionierung und Konkretisierung.¹⁶⁴⁸

¹⁶⁴⁸ Hierzu Kapitel 6 A. II. und III.

B. Problemursache

Für die Problemanalyse (nachfolgend C.) und die daran anschließende funktional-wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (Kapitel 6) ist als Bezugsrahmen die Problemursache der geltenden dogmatisch-konzeptionellen Friktionen darzulegen.

Wie bereits aufgezeigt¹⁶⁴⁹, besteht im Kern folgende Situation: Die grundfreiheitliche Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ kann angesichts der Offenheit und Weite der für die Subsumtion der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote maßgeblichen Kriterien, wie „geeignet zu behindern“ und „weniger attraktiv“, erhebliche deregulatorische Wirkungen gegenüber mitgliedstaatlichen Interessen zur Folge haben. Da die Beschränkungsverbote der Grundfreiheiten auch hinsichtlich der Sekundärrechtssetzung der Union von Amts wegen zu berücksichtigende Maßstäbe objektiver Rechtmäßigkeit darstellen sowie im Wege des subjektiven Rechtsschutzes gegenüber Sekundärrechtsakten und anderem Handeln der Union geltend gemacht werden können, begrenzen die Grundfreiheiten die Handlungsspielräume der Union und die Regelungs- und Durchsetzungsmacht der Mitgliedstaaten (Interessen-Trias).¹⁶⁵⁰ Dementsprechend sind die *dogmatisch-systemischen Implikationen* der Interessen-Trias als Problemursache für die Grundlegung auf der Anwendungsebene näher zu definieren (I.) und die hiermit korrelierende Prüfungsstruktur von Regel und Ausnahme in Bezug zu nehmen (II.). Abschließend werden die für die anschließende Problemanalyse sowie die für eine (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten maßgeblichen Aspekte zusammengefasst (III.).

I. Implikationen der Interessen-Trias auf der Anwendungsebene

Angesichts der die mitgliedstaatliche Regelungsmacht erheblich begrenzenden Wirkung der Grundfreiheiten müssen die Implikationen der Interessen-Trias als Problemursache der dogmatisch-konzeptionellen Friktionen auf der Anwendungsebene beachtet werden, denn diese stellen den „limitierenden Faktor“ für die (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten dar. Denn die Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes darf nicht gegen das institutionelle Gefüge der Union verstoßen. Dabei ist erstens zu beachten, dass eben dieses Gefüge dem Wandel unterliegt, welcher unter dem Aspekt der dynamischen Auslegung des Unionsrechts gemäß dem „aktuellen Stand der Integration“ zu betrachten ist (hierzu 1.). Zweitens ist zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten bei dem Erlass von „Maßnahmen“ regelhaft in Ausübung ihrer demokratisch legitimierten Regelungsmacht handeln. Funktional bewertet repräsentiert demnach jede staatliche „Maßnahme“ den Willen der Wähler des Mitgliedstaates in der Form eines insoweit kollektiv vertretenen Individualinteresses an politischer Gestaltung (Gesetzgebung, Verwaltungshandeln), welches wirtschaftlichen Individualinteressen gegenübersteht (hierzu 2.).

¹⁶⁴⁹ Kapitel 1 B. I. 3. Supranationalität (Machtbalance und Interessen-Trias) und zuvor A.

¹⁶⁵⁰ Kapitel 1 B. 3.

1. Dynamik: „Aktueller Stand der Integration“, „Geist der Verträge“

Als Beschränkungsverbote erfassen die Grundfreiheiten eine Vielzahl nationaler Regelungen, wie beispielsweise qualitative Anforderungen an Produkte, selbst ohne eine Anknüpfung an deren Herkunft¹⁶⁵¹, Anforderungen an die Art bzw. Gestaltung von Werbung¹⁶⁵² oder Marketingstrategien¹⁶⁵³, die Preisgestaltung von Produkten¹⁶⁵⁴, Regelungen zur Verwendung von Produkten¹⁶⁵⁵, persönliche Qualifikationsanforderungen etwa für Dienstleister¹⁶⁵⁶ oder Arbeitnehmer, ja sogar „unterschiedslose“ rechtliche Anforderungen bei der Verlegung des (Verwaltungs-)Sitzes von juristischen Personen bzw. Gesellschaften¹⁶⁵⁷, oder Regelungen zur Beteiligung an oder die Kapitalausstattung von Unternehmen.¹⁶⁵⁸

Der Gerichtshof war und ist daher angehalten, die Interpretation der Grundfreiheiten unter Berücksichtigung des jeweils aktuellen integrationspolitischen Konsenses von Union und Mitgliedstaaten zu betreiben. Dem entspricht die Interpretation des Unionsrechts gemäß dem „aktuellen Stand der Integration“ (Art. 1 Abs. 2 EUV). Die *Intensität* der grundfreiheitlichen Kontrolle (Kontrolldichte) war und ist daher auch ein Gradmesser für die Akzeptanz der Rechtsprechung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten, weshalb die Konzeption der Grundfreiheiten faktisch auch durch die Politik der Mitgliedstaaten geprägt wird. Ein wichtiger Aspekt ist hierbei der sog. „Geist der Verträge“, der sich besonders in den Präambeln von EUV und AEUV abbildet. Die Präambeln von EUV und AEUV geben Aufschluss über die dem Unionsrecht innewohnende „Philosophie“, welche der EuGH bei der teleologischen Argumentation bzw. bei der dynamischen Auslegung berücksichtigt¹⁶⁵⁹, so etwa bei der Leitentscheidung in der Rechtsache *van Gend & Loos*.¹⁶⁶⁰ In jüngerer Zeit erfolgte dies z.B. in den Rechtssachen *Te-*

¹⁶⁵¹ Vgl. EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Reinheitsgebot für Bier)* (C-178/84, EU:C:1987:126); EuGH *3 Glocken GmbH und Gertraud Kritzinger gegen USL Centro-Sud und Provincia autonoma di Bolzano* (C-407/85, EU:C:1988:401).

¹⁶⁵² EuGH *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. gegen Mars GmbH (Mars)* (C-470/93, EU:C:1995:224).

¹⁶⁵³ EuGH *Alpine Investments BV gegen Minister van Financiën (Alpine Investments)* (C-384/93, EU:C:1995:126).

¹⁶⁵⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁶⁵⁵ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66); EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹⁶⁵⁶ EuGH *Klopp* (C-107/83, EU:C:1984:270); EuGH *Berufsausübung* (C-96/85, EU:C:1986:189).

¹⁶⁵⁷ EuGH *Daily Mail* (C-81/87, EU:C:1988:456) Rn. 16.; EuGH *Centros* (C-212/97, EU:C:1999:126) Rn. 34; EuGH *Überseering* (C-208/00, EU:C:2002:632) Rn. 56 ff.

¹⁶⁵⁸ EuGH *golden shares I* (C-367/98, EU:C:2002:326) Rn. 44 f.; EuGH *golden shares II* (C-483/99, EU:C:2002:327) Rn. 40 f.; EuGH *golden shares IV* (C-463/00, EU:C:2003:272) Rn. 56 f.; EuGH *golden shares V* (C-98/01, EU:C:2003:273) Rn. 43f.; EuGH *golden shares VI* (C-543/08, EU:C:2010:669) Rn. 47.

¹⁶⁵⁹ Siehe *R. Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/EGV Kommentar* (2003), *EGV Präambel*, Rn. 10. unter Hinweis auf die Rechtssachen EuGH *Consten & Grundig* (C-56 und 58/64, EU:C:1966:41); EuGH *Italienische Republik gegen Rat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* (C-32/65, EU:C:1966:42).

¹⁶⁶⁰ EuGH *van Gend & Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1) S. 24, zur Unterstützung der Argumentation, dass sich der Vertrag nicht nur an die Regierungen der Mitgliedstaaten, sondern auch an die Völker richte und daher auch Wirkungen für die einzelnen Bürger entfalte.

*lekom/Schröder*¹⁶⁶¹, *Antillean Rice Mills*¹⁶⁶² oder *Emesa Sugar*.¹⁶⁶³ Die Präambeln geben den grundsätzlichen Willen der Vertragsparteien wieder¹⁶⁶⁴ und sie dokumentieren die Grundanschauungen¹⁶⁶⁵ und den Aufgabenbereich der Union¹⁶⁶⁶, womit diese wesentliche Anhaltspunkte für die Rechtsfortbildung geben. Im Hinblick auf die veränderte Unionsteleologie seit dem Reformvertrag von Lissabon und den damit im Zusammenhang stehenden durchaus weitreichenden Änderungen in den Präambeln von EUV und AEUV, ist der „Geist“ bei der Problemanalyse (C.) und der Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (Kapitel 6) als Ausdruck eines übergeordneten integrationspolitischen Willens zu berücksichtigen.

In dem Kontext der dynamischen Auslegung unter Berücksichtigung des „Geistes“ der Verträge lässt sich erkennen, dass die extensive Auslegung der Warenverkehrsfreiheit in dem Urteil zur Rechtssache *Dassonville*¹⁶⁶⁷ (1974), welche die Entwicklung der Grundfreiheiten von Diskriminierungsverboten hin zu Beschränkungsverboten begründete und die bis heute fort gilt, integrationspolitisch motiviert war, nämlich um die damals stockende sekundärrechtlich forcierte Integration (sog. positive Integration) über eine noch intensivere Integration via Primärrecht (sog. negative Integration) zu kompensieren. In der Folgezeit war der Gerichtshof rechtspolitisch mit dem Problem der Interessen-Trias konfrontiert, denn der Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung untersagte und untersagt, vgl. Art. 5 Abs. 2 EUV¹⁶⁶⁸, eine Erweiterung von Kompetenzen der Union über den „Umweg“ von Case Law. Diese Herausforderung im Spannungsfeld von Recht und Politik¹⁶⁶⁹ besteht weiterhin. Eben dieses Spannungsfeld besteht aber nicht bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot). Denn ein Interessenkonflikt im Verhältnis von Union, Mitgliedstaaten und dem einzelnen Wirtschaftssubjekt kann bei der Kontrolle unternehmerischen Verhaltens deshalb nicht auftreten, weil sich der Kontrollgegenstand der Wettbewerbsregeln aus-

¹⁶⁶¹ EuGH *Deutsche Telekom gegen Lilli Schröder (Telekom/Schröder)* (C-50/96, EU:C:2000:72), Rn. 55.

¹⁶⁶² EuGH *Antillean Rice Mills NV gegen Rat der Europäischen Union* (C-451/98, EU:C:2001:622) Rn. 8.

¹⁶⁶³ EuGH *Emesa Sugar (Free Zone) NV gegen Aruba* (C-17/98, EU:C:2000:70) Rn. 6.

¹⁶⁶⁴ So *M. Zuleeg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Kommentar (1991), Präambel, Rn. 2. der zudem in Rn. 1 darauf hinweist, dass die Präambel zum EWG-Vertrag zum Teil schwächer als im EGKS und EAG ausgeprägt ist und der EuGH im Lichte der Präambel des EGKS-Vertrag einige Bestimmungen als Ausdruck des grundlegenden Prinzips der Solidarität zwischen verschiedenen Unternehmen interpretiert hat, unter Hinweis auf EuGH *SpA Ferriera Valsabbia u.a. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Betonstahl)* (C-154, 205, 206, 226-228, 262, 264/78 sowie 39, 31, 83, 85/79, EU:C:1980:81).

¹⁶⁶⁵ So *M. Zuleeg*, in von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Präambel EU, Rn. 3.

¹⁶⁶⁶ EuGH *Consten & Grundig* (C-56 und 58/64, EU:C:1966:41).

¹⁶⁶⁷ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

¹⁶⁶⁸ Auf der Basis des Grundsatzes der begrenzten Einzelmächtigung – vgl. zur alten Rechtslage im Gemeinschaftsrecht *Schütz/Bruha/König*, Europarecht (2004), § 5, S. 184 f. – unterscheidet der AEUV zwischen den ausschließlichen und den geteilten Kompetenzen, vgl. Art. 2 AEUV Abs. 1 und Abs. 2. siehe hierzu *R. Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 2 AEUV, Rn. 3 ff.

¹⁶⁶⁹ Siehe hierzu *U. Haltern*, Finalität, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 279 ff.

schließlich auf Handlungen *im* Markt bezieht, d.h. auf Aktionsparameter unternehmerischen Agierens.¹⁶⁷⁰ Die wettbewerbliche Kontrolle begrenzt somit die „private Freiheit“ (Privatautonomie) bzw. die „private Macht“ von Wirtschaftssubjekten als Unternehmen (seien diese privatrechtlich oder hoheitlich organisiert, wie „öffentliche Unternehmen“ i.S.v. Art. 106 Abs. 1 AEUV), aber nicht die hoheitlich wahrgenommenen Interessen von Union oder Mitgliedstaaten. Zwar dürfen sich Unternehmen nicht vollkommen autonom in ihren Aktionsparametern koordinieren (Art. 101 AEUV) bzw. ihre Marktmacht nicht „missbräuchlich“ (verantwortungslos) einsetzen (Art. 102 AEUV), doch bleiben die Regelungsvorstellungen oder gar die Durchsetzungsmacht der Mitgliedstaaten für die Bestimmung der Rahmenbedingungen des (nationalen) Marktes davon unberührt.

Demgegenüber bezieht sich der Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) in seiner funktionalen Auslegung¹⁶⁷¹ ausschließlich auf einseitiges, nicht-unternehmerisches Handeln auf der Basis von Regelungs- und Durchsetzungsmacht (funktionaler Maßnahmenbegriff).¹⁶⁷² Sämtliches Handeln (hoheitlich oder privat) mit Wirkungen *auf* den Markt unterliegt demnach der grundfreiheitlichen Kontrolle soweit sich die Maßnahme auf die transnationale wirtschaftliche Mobilität auswirken kann. Die hieraus resultierende (und integrationspolitisch gewollte) deregulierende Integrationsfunktion des subjektiven Rechtsschutzes via Grundfreiheiten stellt eine zentrale Herausforderung bei der Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot dar. Dieser Herausforderung kann erfolgversprechend nach der hier vertretenen Auffassung allerdings nur mit einer funktionalen Konzeptionierung und „Ökonomisierung“ (functional economic approach)¹⁶⁷³ der grundfreiheitlichen Kontrolle entgegnet werden (siehe Kapitel 6). Denn die Grundfreiheiten sind nicht dazu berufen, grundlegend ungelöste, d.h. integrationspolitische bzw. institutionelle Fragen der Supranationalität bzw. des Mehrebenensystems der Union oder des Föderalismus zu Lasten des subjektiven Rechtsschutzes zu verarbeiten. Eine Konzeption der Grundfreiheiten, die das in ihnen verkörperte Unionsprinzip und das Prinzip der funktionalen Integration¹⁶⁷⁴ aushöhlte, verstieße selbst gegen die Grundlagen der Union und deren individualistischen Prägung, wie diese insbesondere in der Präambel zum EUV und in Art. 2 EUV, Art. 3 EUV zum Ausdruck kommt. Es ist die Aufgabe der Politik und nicht die Aufgabe von im Binnenmarkt agierenden Wirtschaftssubjekten (Produzenten, Dienstleistern, Arbeitnehmern usw.), welche täglich ihre Existenz über die Generierung von Einnahmen im Wettbewerb sichern müssen, grundlegend offene Fragen der Integration „auf eigene Kosten“ zu lösen. Die Politik wiederum darf sich eben dieser Aufgabe von Problemlösung nicht entledigen, denn der für die Integration und die Akzeptanz der Union (Stichwort BREXIT) zentrale Individualrechtsschutz für Wirtschaftssubjekte muss hinreichend effektiv sein. Daher ist jedwede formaljuristisch geprägte Verkürzung

¹⁶⁷⁰ Kapitel 4. B. III., IV. 2. und C. I. 1.

¹⁶⁷¹ Kapitel B. II. 4.

¹⁶⁷² Kapitel 4 B. III. 3.

¹⁶⁷³ Kapitel 1 B. III. 2.

¹⁶⁷⁴ Kapitel 3 C. I. und II.

des Kontrollgegenstandes oder Kontrollmaßstabes und damit der Kontrolldichte der Grundfreiheiten, wie etwa deren Reduktion auf bloße Gleichheitsrechte¹⁶⁷⁵ oder eine einseitige Verlagerung der Beweislast bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit¹⁶⁷⁶, keine angemessene Antwort auf politisch ungelöste Fragen.

Wenngleich also die Grundfreiheiten die „Kompetenzproblematik“ nicht lösen können und auch nicht müssen¹⁶⁷⁷, so ist doch die in der Interessen-Trias zum Vorschein kommende politische Dimension der Grundfreiheiten, welche *Thorsten Kingreen* zuletzt mit dem Begriff der „föderalen Gefährdungslage“ umschreibt¹⁶⁷⁸, als ein Aspekt deren „Anders-Seins“ zu berücksichtigen, welche die in dogmatisch-konzeptioneller Hinsicht wenig stringente Rechtsprechung des EuGH in den Rechtsprechungslinien von *Cassis*¹⁶⁷⁹ und *Keck*¹⁶⁸⁰ (Stellschrauben zur Reduktion der Kontrolldichte) erklärbar macht. Daraus ist zu schließen, dass eine durchaus an den sog. Integrationsstufen¹⁶⁸¹ ausgerichtete Interpretation der Grundfreiheiten als Ausdruck der schrittweisen Integration und damit eine sukzessive Fortentwicklung des subjektiv-rechtlichen Integrationsrechts möglich bzw. notwendig ist.¹⁶⁸² Bei dieser Fortentwicklung gilt, und so auch für die Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot, dass das Unionsrecht stets als einheitliches Ganzes zu betrachten ist, d.h. Aspekte eines Normbereichs können bzw. müssen jeweils für andere Normbereiche herangezogen werden. Nur der eindeutige Wortlaut begrenzt die systematisch-teleologische Auslegung.¹⁶⁸³ Doch auch hier ist wiederum die „Philosophie“ des Unionsrechts entscheidend, dies zeigt der „*effet utile*“ besonders deutlich.

Die Notwendigkeit einer Einbeziehung u.a. der gesellschaftlichen, politischen und kulturellen Verhältnisse in die teleologisch-dynamischen Auslegung hat *Ulrich Haltern*¹⁶⁸⁴ in seinen Ausführungen zur „*Dogmatik im Kontext*“ dargelegt.¹⁶⁸⁵ Dieser Aspekt führt bei der Grundlegung auf der Anwendungsebene zu der Notwendigkeit, bei der Bestimmung der grundfreiheitlichen Kontrolldichte die Gesamtheit politischer, rechtlicher und ökonomischer Parameter in den Blick zu nehmen. In der Prüfungsstruktur ist diese „Gesamtbetrachtung im Kontext“ bei der Abwägung im Rahmen der Prü-

¹⁶⁷⁵ So aber *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Rn. 66 ff.

¹⁶⁷⁶ So aber *S. Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt (2013), S. 460-465.

¹⁶⁷⁷ Kapitel 1 B. I. 3.

¹⁶⁷⁸ *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 6: „Transnationale Integrationsnormen kompensieren föderale Gefährdungslagen als typische Begleiterscheinungen bündnischer Systeme“.

¹⁶⁷⁹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42)

¹⁶⁸⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁶⁸¹ *B. Balassa*, The Theory of Economic Integration (1961/2011), Chapter 1, S. 2; *Schütz/Bruha/König*, Europarecht (2004), § 1, S. 4 Schaubild 1: Schritte und Stufen der Integration.

¹⁶⁸² EuGH *Srl CILFIT und Lanificio di Gavardo SpA gegen Ministero della Sanità (CILFIT)* (C-283/81, EU:C:1982:335) Rn. 20.

¹⁶⁸³ Insoweit ist hier der eindeutige Wortlaut die äußerste Grenze einer systematisch-teleologischen Auslegung. Siehe hierzu *K.-D. Borchardt*, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2006), § 15, Rn. 48. Andererseits betont Klaus-Dieter Borchardt (Rn. 49 a.a.O.) hier zugleich, dass der Wortlaut der Gemeinschaftsregelung in der Regel einen erheblichen Spielraum bietet.

¹⁶⁸⁴ *U. Haltern*, Europarecht - Dogmatik im Kontext (2007), passim.

¹⁶⁸⁵ Zur Definition einer „Dogmatik im Kontext“ siehe *U. Haltern* ebd. (2007), S. 2-26.

fung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Wege einer „Ökonomisierung“ der Abwägungsmaßstäbe zu verorten und im Wege einer Werte fundierten Kosten-Nutzen-Analyse zu verarbeiten (siehe Kapitel 6 C.).

Für eine adäquate Operationalisierung der prinzipiellen Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes muss auf der Anwendungsebene eine Konzeption für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot gefunden werden, welche die Kontrolldichte nicht erhöht, sondern die Kontrolle zur Erfassung unterschiedsloser Maßnahmen, insbesondere strategisch-protektionistischer Maßnahmen, effektiviert. Denn eine „maßlose“ Kontrolle nationaler (Allgemein-) Interessen via Grundfreiheiten würde selbst gegen die Unionsverfassung verstoßen, nämlich mindestens gegen die in Art. 4 AEUV und Art. 5 AEUV normierten Grundsätze. So darf die subjektiv-rechtliche Kontrolle von Maßnahmen via Grundfreiheiten im unternehmerischen Individualinteresse nicht die nationale Gesetzgebung grundlegend konterkarieren, also den Wertungen der von Art. 4 EUV erfassten Zuständigkeitsordnung der Union nicht widersprechen¹⁶⁸⁶, welche sich nach dem Vertrag von Lissabon dezidiert in den Zuständigkeitsregelungen der Art. 2 bis 6 AEUV abbildet.¹⁶⁸⁷ Die Bestimmung der institutionell-rechtlich angemessenen Kontrolldichte des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes ist besonders im Bereich der *geteilten* Zuständigkeiten, zu denen auch der Binnenmarkt gehört, vgl. Art. 4 Abs. 2 Ziff. a AEUV, indessen diffizil, denn ihr steht die *ausschließliche* Zuständigkeit der Union für die „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ gemäß Art. 3 Abs. 1 Ziff. b AEUV gegenüber. Dieses insoweit kodifizierte und damit per se nicht auflösbare Spannungsverhältnis einer „Binnenmarktrestkompetenz“ der Mitgliedstaaten und einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union für das wettbewerblich organisierte Funktionieren des Binnenmarktes bedarf daher bei der Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes via Grundfreiheiten einer Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes, welche an der wettbewerbsökonomischen Funktion der Grundfreiheiten in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung ansetzt (vgl. Kapitel 4 C.). Dem folgend müssen die Interessen zur Verwirklichung von Free Movement dogmatisch-konzeptionell ebenso erfasst werden wie die Allgemeininteressen der Mitgliedstaaten. Insoweit lässt sich die Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes aber so ausgestalten, dass

¹⁶⁸⁶ Insoweit ist dem Ansatz von *Stefanie Valta*, dass der „Kompetenzkonflikt“ im Wege einer „praktischen Konkordanz“ verarbeitet werden kann zuzustimmen, *S. Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt (2013), S. 26 (Gegenstand der Arbeit), wenngleich nach der hier vertretenen Auffassung diese „Konkordanz“ in keinem Fall über eine einseitige Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast erfolgen darf, so aber *dies.*, S. 460-465 (Thesen und Ausblick). Vielmehr liegt die Lösung in einer auf der geltenden EuGH-Rechtsprechung basierenden, feinmaschigen Mobilitätsbeschränkungsanalyse (Kapitel 6 A. II., III.), verbunden mit einer Werte fundierten Ökonomisierung der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Kapitel 6 C.).

¹⁶⁸⁷ Bei der ausschließlichen Zuständigkeit, Art. 3 AEUV, und bei der geteilten Zuständigkeit, Art. 4 AEUV, handelt es sich um Kompetenzkategorien, nicht um eine Übertragung von Kompetenzen. Insbesondere handelt es sich bei Art. 4 AEUV nicht um eine Zuweisung von Kompetenzen an die Mitgliedstaaten. Daraus folgt, dass nicht der Union zugewiesene Zuständigkeitsbereiche in der Kompetenz der Mitgliedstaaten bleiben, vgl. *E. Lenski*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 2 AEUV, Rn. 3 ff.

die Zuständigkeitsordnung in einer wertenden und abwägenden Betrachtung umfassend berücksichtigt und die „Identität der Mitgliedstaaten“, die sich konkret z.B. ausdrückt in logisch nachvollziehbaren politischen Erwägungen im Allgemeininteresse, die auf einer gutachterlichen Basis und Rechtsfolgenabschätzung stehen und die in einer Gesetzesbegründung dezidiert zum Ausdruck kommen, nicht unterminiert wird, Art. 4 Abs. 2 EUV.¹⁶⁸⁸

Im Lichte der „individualistischen Prägung“ der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union wäre es demgegenüber nicht angemessen, die grundfreiheitliche Kontrollpflicht per se und „pauschal“ zugunsten von „Allgemeininteressen“ der Mitgliedstaaten zu reduzieren, wie dieses etwa mit den Modalitäten à la *Keck* im Wege einer faktischen Bereichsausnahme (ohne Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) erfolgt. Vielmehr ist angesichts der essenziellen Bedeutung des Individuums (Europa der Bürger) und der Privatautonomie, welche die Grundfreiheiten schützen, zu fordern, dass Mitgliedstaaten ihre Maßnahmen (insb. Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte) logisch nachvollziehbar ausführlich begründen und diese Gründe (Gesetzesbegründung) im rechtsförmlichen Verfahren auch darlegen und beweisen müssen (z.B. Gutachten, Rechtsfolgenabschätzungen etc.). Eine einseitige Entlastung der Mitgliedstaaten, etwa über eine veränderte Beweislast bei der Abwägung¹⁶⁸⁹, würde zu denselben Ergebnissen führen, wie die Modalitäten der *Keck*-Rechtsprechung, allerdings mit noch extensiverer Wirkung zu Lasten der Qualität des Individualrechtsschutzes, da der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für alle Maßnahmen gilt.

Im Ergebnis können also die Grundfreiheiten den „Kompetenzkonflikt“, welcher der supranationalen Konzeption der Union ohne Zweifel innenwohnt, nicht lösen. Daher darf die Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot nach der hier vertretenen Auffassung auch nicht an dieser politischen Problemlage ausgerichtet werden (siehe bereits Kapitel 1 A. I. und B. I. 3.). Denn politische Probleme benötigen politische Lösungen. *Niklas Luhmann* hat soziologisch-systemtheoretisch ausführlich dargelegt, dass „Kommunikationsfragen“ in den jeweiligen gesellschaftlichen (Funktions-) Systemen zu bearbeiten sind.¹⁶⁹⁰ Weder Unionsbürger oder Wirtschaftssubjekte noch nationalstaatliche Richter bzw. der EuGH sind als Teilsysteme der (europäischen) Gesellschaft dazu berufen und in der Lage, Supranationalität zu modifizieren oder zu ändern. Diese integrationspolitische Aufgabe betrifft die demokratische Willensbildung in 28 Mitgliedstaaten, welche naturgemäß nicht bei dem Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten oder bei der Beweislastverteilung „verarbeitet“ werden kann. Nicht ohne berech-

¹⁶⁸⁸ Das Gebot der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten kann durchaus eine Schranke darstellen. Dieser seit dem Vertrag von Maastricht etablierte Grundsatz (zuletzt ex Art. 6 Abs. 3 EU) betrifft das Selbstverständnis der Mitgliedstaaten im Sinne politischer, sozialer und kultureller Besonderheiten. Eine derartige Identitäts- bzw. Ultra-vires Kontrolle nimmt auch das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil in Bezug, vgl. *R. Geiger*, in: *Geiger/Khan/Kotzur* (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2010), Art. 4 AEUV, Rn. 3 und Rn. 30.

¹⁶⁸⁹ So im Ergebnis *S. Valta*, *Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt* (2013), S. 464.

¹⁶⁹⁰ Im Sinne selbstreferentieller autopoietischer, operativ geschlossener System, also als Funktionssysteme, vgl. *T. Huber*, *Systemtheorie des Rechts* (2007), S. 20/21. *Niklas Luhmann*, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994/2015) passim; *ders.* *Das Recht der Gesellschaft* (1995/2013) passim; *ders.* *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1998/2015) passim; *ders.* *Die Politik der Gesellschaft* (2002) passim.

tigten Grund hat der EuGH 1993 daher mit der *Keck*-Entscheidung aus politischer Rücksichtnahme eine „Notbremse“ gezogen. Entsprechend dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) muss es jetzt zugunsten eines effektiven Individualrechtsschutzes und zugunsten der Europäischen Integration, insbesondere zur Sicherung ihrer Akzeptanz (Stichwort BREXIT), darum gehen, diese Notbremse jetzt zu „entsperren“.

Die (vorläufige) „Entsperrung“ der Notbremse kann nach dem „aktuellen Stand der Integration“ gemäß der in vorliegender Untersuchung vorgestellten Konzeption darin liegen, im Wege einer funktional-wettbewerbsökonomischen Fundierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (gemäß dem functional economic approach) alle strategisch-protektionistischen Wirkungen mitgliedstaatlicher („unterschiedsloser“) Maßnahmen in die grundfreiheitliche Kontrolle (Mobilitätsbeschränkungsverbot) einzubeziehen. Bei einer solch funktional-wettbewerbsökonomisch ausgerichteten Konzeption sind die Mitgliedstaaten im Dienste der Individualgerechtigkeit (Chancengleichheit, Fairness) dazu verpflichtet, die (Folge-)Wirkungen ihrer Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsakte *auf* den Markt im Sinne einer Rechtsfolgenabschätzung i.w.S. umfassend zu begründen. Diese Lösung delegiert die Verantwortung für die Rahmenbedingungen nationaler Märkte (Funktionsbedingungen), welche angesichts der globalen Durchmischung von Online- und Offlinewirtschaft in der Regel ein wesentlicher Bestandteil des Binnenmarktes sein dürften (funktionale Transnationalität), zurück an die Mitgliedstaaten. Diese Verpflichtung sowie die daraus folgende Marktverantwortung (für Regelungs- und Durchsetzungsmacht) stellen sicher, dass hoheitliche Maßnahmen sorgfältig abzuwägen und ausführlich zu begründen sind. Diese Marktverantwortung zollt Respekt nicht nur für die herausgehobene Bedeutung des Individuums im europäischen Gesellschaftsmodell sowie für dessen Anspruch auf freie, gleiche und gerechte Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt, sie fördert zugleich auch die Qualität von Politik und Rechtsetzung. Eben die tendenzielle Erosion letzterer Qualität dürfte wiederum ein wesentlicher Faktor dafür sein, dass die Akzeptanz für das europäische Projekt derzeit bröckelt. Die mit vorliegender Untersuchung vorgeschlagene „Modernisierung“ der Grundfreiheiten vermag insoweit dazu verhelfen, Irritationen wie durch den BREXIT angestoßen, wieder einzudämmen. Die mit einer funktional-wettbewerbsökonomisch fundierten Konzeption der Grundfreiheiten rechtstechnisch notwendig zu modifizierende Prüfungsstruktur zur Subsumtion strategisch-protektionistischer Wirkungen von („unterschiedslosen“) Maßnahmen, lässt sich über einen functional economic approach umsetzen (Kapitel 6).

2. Wert der Demokratie: Repräsentation von nationalem „Bürgerwillen“

Ergänzend zu den vorangehenden Ausführungen (1.) ist im Hinblick auf den Problembereich der territorialitätsbezogenen Anwendung der Grundfreiheiten und die Sachverhalte der sog. Inländerdiskriminierung / discrimination à rebours¹⁶⁹¹, das Spannungsverhältnis von Individualrechtsschutz und Demokratieprinzip in die Analyse einzubeziehen.

¹⁶⁹¹ Kapitel 1 A. II. 1 f) Territoriale Transnationalität (Problembereich 6).

Unter Berücksichtigung des Demokratieprinzips als Wert der Union, Art. 2 EUV, ist bei der nachfolgenden Problemanalyse (C.) und bei der Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (Kapitel 6) zu sehen, dass die der grundfreiheitlichen Kontrolle unterliegenden nationalen Normen (des Allgemeininteresses), insbesondere soweit es sich um formelle Gesetze handelt, durch einen demokratisch legitimierten Prozess der Willensbildung entstanden sind und jede Maßnahme damit faktisch die „politische Freiheit und Gleichheit“ im Sinne von „nationalem Bürgerwillen“ repräsentiert. Überdies ist in dieser „demokratischen Dimension“ der grundfreiheitlichen Kontrolle zu berücksichtigen, dass die vielfältigen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Interessen von 28 Mitgliedstaaten, z.B. betreffend Sozialsysteme, Umweltschutzstandards, Kulturangelegenheiten, regionalen Besonderheiten etc., die politische Wirklichkeit in den Regionen betreffen und eng mit Fragen zur Finalität der Union¹⁶⁹² und zur Identität der Mitgliedstaaten verbunden sind. Die Parameter dieser Dimension lassen sich nicht in „einfachen Formeln“ verarbeiten. Spätestens seit der EuGH-Rechtsprechungslinie zu den Verwendungsmodalitäten (EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁶⁹³ bis *Mickelsson & Roos*¹⁶⁹⁴) zeigt sich, dass die dogmatische Konzeption des Beschränkungsverbotes auf der subjektiv-rechtlichen Ebene an dem „gemeinsamen institutionellen Nenner“ von Individuum, Mitgliedstaat und Union ansetzen muss. Dieser „Nenner“ ist die Marktintegrationsökonomik¹⁶⁹⁵ einer Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung¹⁶⁹⁶, welche sich über die Maßstäbe der Werteverfassung¹⁶⁹⁷, der Wirtschaftsverfassung¹⁶⁹⁸ sowie der Maßstäbe aus EuGH-Rechtsprechung zu den subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV¹⁶⁹⁹ in dem unionsrechtlichen Beschränkungsverbot als Prinzip und dessen Maßstäben abbildet.¹⁷⁰⁰

Für die subjektiv-rechtliche Operationalisierung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes via Grundfreiheiten ist also bei der Bestimmung des angemessenen „Schwellenwertes“ der Kontrolle zu beachten, dass die Durchsetzung von Free Movement im wirtschaftlichen Individualinteresse (transnationale Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit) nicht die Unionsbürger des die Maßnahme erlassenden Mitgliedstaates faktisch zu „politisch Unfreien“ bzw. „Nichtgleichen“ macht, indem das nationale Recht über Gebühr für „Gebietsfremde“ (zu deren Gunsten) außer Kraft gesetzt wird (Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten), während die bereits im Gebiet (relevanter Markt) befindlichen Akteure weiterhin an das (für sie ggf. nachteilig wirkende) Recht gebunden sind. Hier zeigt sich der *systemische Zusammenhang von Inländerdiskrimi-*

¹⁶⁹² Dazu umfassend *U. Haltern*, Finalität, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* a.a.O. S. 279 ff.

¹⁶⁹³ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁶⁹⁴ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹⁶⁹⁵ Kapitel 1 B. III. 1.

¹⁶⁹⁶ Kapitel 3 B.

¹⁶⁹⁷ Kapitel 3 C.

¹⁶⁹⁸ Kapitel 3 D.

¹⁶⁹⁹ Kapitel 3 E.

¹⁷⁰⁰ Kapitel 3 F. und G.

nierung und Unionsbürgerstatus, da Wirtschaftssubjekte in der Regel¹⁷⁰¹ „Marktbürger“ (Begriff von *Hans Peter Ipsen*)¹⁷⁰² und „Unionsbürger“ sind. Erforderlich ist demnach eine Kontrolldichte der Grundfreiheiten zu etablieren, welche „transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit“ für wirtschaftlich agierende Unionsbürger (Wirtschaftssubjekte) nur dann gegen die Interessen des Mitgliedstaates durchsetzt soweit die nationale Maßnahme strategisch-protektionistisch auf den Marktzutritt/Marktaustritt wirkt, da eben letztere Wirkung per se nicht im Allgemeininteresse liegen kann. Eine solch funktionale Kontrolle von Maßnahmen, d.h. jenseits einer formaljuristischen Teleologie von Diskriminierung oder Beschränkung, bezieht sich spezifisch auf den Markt- und Wettbewerbsprozess, welcher nach der geltenden Kompetenzordnung der Union nicht im Konflikt der Interessen von Union und Mitgliedstaaten steht.

II. Integrationspolitisch-richterrechtlich etablierte Prüfungsstruktur

Nach dem zuvor dargelegten Rahmen der institutionellen Implikationen der Interessen-Trias (siehe I.) ist nunmehr die damit korrelierende Prüfungsstruktur der Grundfreiheiten zu betrachten. Diese Prüfungsstruktur ist nach dem derzeitigen Verständnis bzw. die Kasuistik des EuGH gekennzeichnet durch fünf miteinander in Beziehung stehende *Strukturmerkmale*:

- (1) Verbotstatbestand (im Wesentlichen bestimmt durch EuGH *Dassonville*¹⁷⁰³; EuGH *Kraus/Gebhard*¹⁷⁰⁴, EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁷⁰⁵ bis EuGH *Mickelsson & Roos*,¹⁷⁰⁶ EuGH *Gysbrechts*)¹⁷⁰⁷,
- (2) ungeschriebene Bereichsausnahmen (EuGH *Keck*¹⁷⁰⁸ und die Folgerechtsprechung zu „Nicht-Modalitäten“ und „Verwendungsmodalitäten“),
- (3) ungeschriebene „zwingende Erfordernisse“ des Allgemeininteresses (EuGH *Cassis-Rechtsprechung*)¹⁷⁰⁹,
- (4) Ausnahmen des AEUV (in der Handhabung als sog. „Rechtfertigungsgründe“)¹⁷¹⁰,
- (5) Verhältnismäßigkeitskontrolle.

¹⁷⁰¹ D.h. soweit sich etwa nicht Unionsbürger (Drittstaatler) auf die in dem Binnenmarkt als Rechtsraum geltenden Regelungen zur Niederlassungsfreiheit oder zur Kapitalverkehrsfreiheit berufen.

¹⁷⁰² Vgl. *G. Nicolaysen*, *Europarecht I – Integrationsverfassung* (2002), S. 83 mit Fußnote 24.

¹⁷⁰³ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

¹⁷⁰⁴ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁷⁰⁵ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁷⁰⁶ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹⁷⁰⁷ EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730).

¹⁷⁰⁸ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁷⁰⁹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁷¹⁰ Namentlich Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1, Art. 64 AEUV.

Diese Struktur der grundfreiheitlichen Kontrolle mündet in der Rechtsprechung des EuGH regelmäßig in eine dreigliedrige Prüfungsstruktur:

- (1) Beschränkung
- (2) Ausnahmen/Rechtfertigung,
- (3) Verhältnismäßigkeit.

Im Schrifttum ist diese Struktur zuletzt nach den EuGH-Entscheidungen zu *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁷¹¹ bis *Mickelsson & Roos*¹⁷¹² umstritten. Einerseits wird eine zweistufige Prüfung vertreten, unter Rekurs auf das Marktzugangskriterium,¹⁷¹³ andererseits ein sog. „Drei-Stufen-Test“.¹⁷¹⁴ Die der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegenden ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe á la EuGH *Cassis*¹⁷¹⁵ und die ungeschriebenen Bereichsausnahmen (ohne Verhältnismäßigkeitsanforderung) á la EuGH *Keck*¹⁷¹⁶ sind im Lichte der Interessen-Trias notwendigerweise (Kasuistik) nicht rechtsdogmatisch fundiert, sondern den politischen Realitäten und institutionellen Rahmenbedingungen (siehe zuvor I.) folgende rechts- bzw. integrationspolitisch determinierte, und i.w.S. bislang auch durchaus notwendige „rechtspolitische Zugeständnisse“ an nationale Interessen. Prägend für die grundfreiheitliche Kontrolldichte in dem Spannungsfeld von Regel (Verbotstatbestand) und Ausnahme ist folglich das nicht dogmatisch sondern „faktisch“ fundierte Wechselspiel von weit ausgelegtem Verbotstatbestand und einer gleichzeitigen Reduktion desselbigen via „Modalitäten“ (Bereichsausnahmen) und ungeschriebener „zwingender Erfordernisse“ der Allgemeininteressen sowie der Möglichkeit einer Rechtfertigung beschränkender Maßnahmen mittels der im AEUV explizit kodifizierten Ausnahmen (Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1, Art. 64 AEUV). Die *Keck*-Nachfolgerechtsprechung bzw. die zuletzt fokussierte Handhabung der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte ändert an der realen Komplexität dieses Regel-Ausnahmeverhältnisse nichts und vermag die damit verbundenen dogmatischen-konzeptionellen Friktionen¹⁷¹⁷ somit auch nicht zu entschärfen.

III. Zusammenfassung

Die Bestimmung der angemessenen Kontrolldichte des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot, d.h. die Definition des „Schwellenwerts“, ab dem eine unionsrechtlich zu sanktionierende Beeinflussung des Marktes (Marktzutritt und/oder Marktaustritt) durch eine „unterschiedslose Maßnahme“ vorliegt, ist verbunden mit grundsätzlichen Fragestellungen zu der Reichweite der Supranationalität als Integrationskonzept,

¹⁷¹¹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁷¹² EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹⁷¹³ C. Barnard, *The Four Freedoms* (2013.), S. 103.

¹⁷¹⁴ S. Leible/T. Streinz, a.a.O. Art. 34 AEUV EL 55 Jan. 2015, Rn. 85/86.

¹⁷¹⁵ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁷¹⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁷¹⁷ Kapitel I A. II. 1.

welche sich in den Interessengegensätzen der hier so benannten Interessen-Trias manifestieren.¹⁷¹⁸

Die bei der Konzeptionierung der Grundfreiheiten in Rede stehenden Aspekte von Integrationspolitik und institutionell-rechtlichen Rahmenbedingungen, wie diese in Art. 4 EUV und Art. 5 EUV zum Ausdruck kommen (Identität der Mitgliedstaaten, Loyalitätsverpflichtung, Kompetenzordnung, Subsidiarität usw.), und welche als nationale „Allgemeininteressen“ den unternehmerischen Interessen an möglichst umfassender transnationaler wirtschaftlicher Mobilität gegenüberstehen, kristallisieren sich im Schrifttum zur Auslegung der Grundfreiheiten in der offenen Frage nach einer freiheitsrechtlichen Facette des Beschränkungsverbot. Insoweit ist es nicht verwunderlich und auch nicht zu kritisieren, dass die EuGH-Rechtsprechung gemessen an dogmatisch-konzeptionellen Anforderungen bisher nicht kongruent und ohne Brüche erscheint. Gemessen an funktional-wettbewerbsökonomischen Theoremen und Paradigmen ergibt sich indessen ein anderes Bild, wie bei der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung noch gezeigt wird (siehe Kapitel 6 A. II. 1.).

Angesichts der für den erfolgreichen Fortgang der Europäischen Integration bestehenden Notwendigkeit eines effektiven bzw. optimierten Individualrechtsschutzes zur Erfassung auch strategisch-protektionistischer Maßnahmen (siehe hierzu die Ausführungen in der Einleitung zum Anlass der Untersuchung, Kapitel 1 A.), ist das nicht geklärte „Anders Sein“ der Grundfreiheiten (*Thorsten Kingreen*)¹⁷¹⁹ nunmehr theoretisch zu fundieren. Denn gemessen an den Maßstäben des aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach Lissabon hergeleiteten unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Kapitel 3 F. und G.) stellt sich die relativ unbestimmte Kontrolldichte der Grundfreiheiten selbst als ein verfassungsrechtlich zu hinterfragender Zustand dar.

Die systemisch-integrationspolitische Dimension der Problemursachen dürfte „einfache“ (und rein rechtlich) fundierte Lösungswege ausschließen. Erfolgversprechend erscheint daher vielmehr eine funktional-systemische Herangehensweise, welche eine funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierte (Neu-)Konzeption der Grundfreiheiten verfolgt. Auch wegen der Interdependenzen von Kontrolldichte und Interessen-Trias (siehe zuvor I.) scheint eine (politisch akzeptable) Konzeption für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot) wohl nur über eine stringent auf wirtschaftliche Prozesse und wettbewerbsökonomische Gesetzmäßigkeiten von Markt und Wettbewerb bezogene Konstruktion möglich. Zumindest ist die aus der Supranationalität folgende politische Dimension der „Kompetenzproblematik“ auf der Ebene des subjektiven Rechtsschutzes per se nicht lösbar. Nach dem vorliegenden verfolgten Ansatz wird daher eine solche (Neu-)Konzeption für die Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ verfolgt, welche die der Supranationalität systembedingt immanente „Kollisionslage“ (von kollektivem politischen Bürgerwillen in Gestalt der staatlichen Maßnahme (siehe zuvor II.) und wirtschaftlichen Individualinteressen an einer ungehinderten transnationalen Mobilität) durch die Gewährleistung einer hinreichenden Attraktivität von Marktzutritt/Marktaustritt auf der Ebene der Werte fundierten

¹⁷¹⁸ Kapitel 1 B. I. 3. und zuvor B I.

¹⁷¹⁹ Siehe Einleitung Seite 11.

Funktionen von Markt und Wettbewerb auflöst. Eine notwendige Bedingung für die inhaltliche Konkretisierung des Verbotsmaßstabes „grundfreiheitliches Beschränkungsverbot“ ist daher die Einbeziehung ökonomischer Theoreme, insbesondere wettbewerbsökonomischer Paradigmen, welche die gemeinsame Grundlage des institutionellen und des materiellen Rechts darstellen, soweit diese der grundlegenden politisch-ökonomischen Erkenntnis von „Free Movement“ folgen (vgl. Kapitel 3 A. I.).

C. Problemanalyse: Dogmatisch-konzeptionelle Friktionen

Nachdem in dem vorherigen Abschnitt (B.) die Problemursachen der relativen Unbestimmtheit der grundfreiheitlichen Kontrolldichte für „unterschiedslose“ Maßnahmen dargelegt wurden, sind in diesem Abschnitt C. nunmehr die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der geltenden Auslegung von Tatbestand, Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit im Detail zu analysieren. Hierfür werden betreffend den Kontrollgegenstand (hierzu I.), den Kontrollmaßstab (hierzu II.) und die Ebene der Ausnahmen/Abwägung (hierzu III.) die dogmatischen Konzeptionen der jeweiligen *Strukturelemente* (Maßnahmenbegriff, Modalitäten, grenzüberschreitender Sachverhalt usw.) den parallelen Strukturelementen bei den Wettbewerbsregeln gegenübergestellt und in einem dogmatischen Befund zusammengefasst. Ziel der Problemanalyse ist es, die in der Einleitung (Kapitel 1 A. II. 1.) aufgezeigten zehn Problembereiche dogmatisch-konzeptioneller Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten als Bezugspunkt für die im anschließenden Kapitel 6 vorzunehmende funktional-wettbewerbsökonomische (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote aufzubereiten. Diesem Zweck entsprechend ist auf eine ausführliche Darstellung von Streitständen ebenso zu verzichten, wie auf eine nochmalige Wiedergabe der Entwicklung der Grundfreiheiten von Diskriminierungs- hin zu Beschränkungsverboten, zumal diese im europarechtlichen Schrifttum ausführlich besprochen wurde.¹⁷²⁰

I. Friktionen auf der Ebene des Kontrollgegenstandes

Auf der Tatbestandsebene des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens bestehen bei dem *Kontrollgegenstand* insgesamt sechs Problembereiche.¹⁷²¹ Zunächst zeigen sich Inkongruenzen bei der Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung von „unterschiedlichen“ und „unterschiedslosen“ Maßnahmen, mit der Folge einer Maßstabsdualität (hierzu 1.).¹⁷²² In diesem Zusammenhang besteht mit den in der *Keck*-Rechtsprechung etablierten „bestimmten Verkaufsmodalitäten“¹⁷²³, welche in der Folgerechtsprechung noch um „Absatz“- und „Verwendungsmodalitäten“ bzw. „Nutzungsmodalitäten“ erweitert wurden, hier zusammenfassend als „Modalitäten“ bezeichnet, ein weiterer Maßnahmentypus, welcher ein erhebliches Bestimmtheitsdefizit aufweist (hierzu 2.).¹⁷²⁴ Die formalrechtliche Differenzierung von staatlichen und privaten Maßnahmen ist entsprechend der in Kapitel 4 dargelegten Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten nach Verantwortungsbereichen gemäß dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung zu revidieren (hierzu 3.).¹⁷²⁵ Im Hinblick auf die Reichweite des Kontrollgegenstandes besteht ein Widerspruch von ökonomisch fundiertem Free Movement Konzept (Kapitel 3 A. I.) und territorial definierter Grenzüber-

¹⁷²⁰ Siehe bereits die in der Einleitung aufgeführten Nachweise in Fußnote 56, 58 und 64.

¹⁷²¹ Kapitel 1 A. II. 1. a) bis f).

¹⁷²² Problembereiche 1 bis 3, Kapitel 1 A. II. 1. a) bis c).

¹⁷²³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁷²⁴ Problembereich 4, Kapitel 1 A. II. 1. d).

¹⁷²⁵ Problembereich 5, Kapitel 1 A. II. 1. e).

schreitung im Sinne des sog. „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ (hierzu 4.).¹⁷²⁶ Die formaljuristisch geprägte Normabgrenzung von Grundfreiheiten (Konkurrenz der grundfreiheitlichen Tatbestände nach Sachmaterien bzw. Marktbereichen) sowie von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln, welche eingangs nicht als eigener Problembereich definiert wurde, konnte bereits im Rahmen der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten überwunden werden¹⁷²⁷, weshalb in diesem Abschnitt hierauf nicht mehr einzugehen ist.

1. Inkongruenzen von Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung

Die „Maßnahme“ ist zugleich praktischer Anlass und Gegenstand der grundfreiheitlichen Kontrolle. Betreffend die geltende dogmatische Konzeption der so benannten *Maßnahmentypisierung*¹⁷²⁸ und *Wirkungsdifferenzierung*¹⁷²⁹ sowie einer daraus resultierenden *Maßstabsdualität*¹⁷³⁰ (hierzu a) werden nachfolgend die dogmatischen Inkongruenzen der in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Differenzierung von „unterschiedlichen“ und „unterschiedslosen“ Maßnahmen aufgezeigt. Im Vergleich zu der funktionalen Interpretation des Unternehmensbegriffs bei den Wettbewerbsregeln (hierzu b) wird nachgewiesen, dass der grundfreiheitliche Kontrollgegenstand, wie er in der Konnexitätsanalyse von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln funktional-wettbewerbsökonomisch bestimmt wurde¹⁷³¹, über die geltende Konzeption der „Maßnahme“ nicht adäquat abgebildet werden kann, da subjektiv-rechtlicher Kontrollgegenstand („was“ wird kontrolliert) und Kontrollmaßstab („wie“ wird kontrolliert) vermengt sind. Der daraus abzuleitende dogmatische Befund (hierzu c) begründet die Notwendigkeit einer Revision des geltenden Maßnahmenbegriffs, wie diese mit der funktional-wettbewerbsökonomisch fundierten Konzeptionierung in Kapitel 6 A. I. erfolgt.

a) Dogmatische Konzeption der „Maßnahme“

Ausgehend von einer semantischen Betrachtung der im dritten Teil des AEUV kodifizierten „internen Politiken und Maßnahmen der Union“ offenbart sich zunächst, dass der Begriff „Maßnahme“ betreffend die Grundfreiheiten explizit nur bei der Wareneinfuhr- und Warenausfuhrbeschränkung, Art. 34, 35 AEUV, zu finden ist. Eine (Legal-) Definition des Begriffs fehlt indessen.

Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen [Art. 34 AEUV] / Ausfuhrbeschränkungen [Art. 35 AEUV] sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

¹⁷²⁶ Problembereich 6, Kapitel 1 A. II. 1. f).

¹⁷²⁷ Kapitel 4 B. und C.

¹⁷²⁸ Kapitel 1 A. II. 1. a) Problembereich 1.

¹⁷²⁹ Kapitel 1 A. II. 1. b) Problembereich 2.

¹⁷³⁰ Kapitel 1 A. II. 1. c) Problembereich 3.

¹⁷³¹ Kapitel 4 B. II. 4.

Im Übrigen wird der Begriff „Maßnahme“ in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen des AEUV verwendet. So findet er sich im dritten Teil des AEUV bei den Wettbewerbsregeln in Art. 106 Abs. 1 AEUV, „widersprechende *Maßnahmen*“. Jenseits hiervon wird der Begriff bei den Kompetenzvorschriften verwendet, so zur Umschreibung der in Art. 288 AEUV (ex Art. 249 EG) vorgesehenen Handlungsinstrumente, wie etwa in Art. 114 Abs. 1 AEUV (ex Art. 95 Abs. 1 EG), „und der Rat erlassen [...] die *Maßnahmen* zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“. Die zentrale Treue- bzw. Loyalitätsklausel des Art. 4 Abs. 3 EUV (ex Art. 10 EG) wiederum erfasst unter dem Begriff der „Maßnahme“ eine Vielzahl unterschiedlicher Formen von Treuepflichten, welche sich als konkrete Ausformungen aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue – nunmehr Unionstreue –, dem Grundsatz der Mitwirkungspflicht bzw. der Handlungs- und Unterlassungspflichten ergeben.¹⁷³²

Aus diesen Zusammenhängen lässt sich schließen, dass der Begriff „Maßnahme“ im geschriebenen Unionsrecht ausschließlich originäre Handlungsformen der Mitgliedstaaten oder solche der Union in Bezug nimmt. Mit der Aufnahme des Maßnahmenbegriffs in die Überschrift des dritten Abschnitts des AEUV wird insoweit das Zusammenspiel von Handlungskompetenzen der Union, gemäß sekundärrechtlicher Ermächtigungsnormen (als Instrumente der sog. positiven Integration), und der subjektiv-rechtlichen internen Politiken (als Instrumente der sog. negativen Integration) verdeutlicht. Insgesamt zeigt sich, dass der Begriff „Maßnahmen“, außer bei Art. 34, 35 AEUV und bei Art. 106 Abs. 1 AEUV, überwiegend Handlungsdirektiven (Kompetenzen i.w.S.) aus den Politiken bzw. Kompetenzen der Union betrifft.

Angesichts der mehrfachen Verwendung des Maßnahmenbegriffs im AEUV ist für den Begriff der „Maßnahme“ bei den Grundfreiheiten eine eigenständige, systematisch-teleologische Konkretisierung im Sinne eines *Tatbestandsmerkmals* erforderlich. Demgemäß zeigt die EuGH-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit, dass mit dem Begriff „staatliche Maßnahme“ bzw. „Maßnahme“ sämtliche Regelungen bzw. Handlungsformen von Mitgliedstaaten und deren Untergliederungen erfasst sind.¹⁷³³ Der Begriff der „Maßnahme“ bzw. der „staatlichen Maßnahme“ ist nach der Rechtsprechung des EuGH betreffend alle Grundfreiheiten weit auszulegen, d.h. alle Handlungen der Legislative, Exekutive, Judikative und sonstiger öffentlich-rechtlicher Körperschaften (Ge-

¹⁷³² Vgl. *M. Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 10 EG, Rn. 4 ff. In Art. 4 Abs. 3 Unterabsatz 2 und 3 EUV wurde die Regelung des Art. 10 EG übernommen und umfasst ebenso wie Art. 10 EG den Begriff der „Maßnahmen“, *W. Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 4 EUV, Rn. 63 und Rn. 94.

¹⁷³³ Vgl. zur Warenverkehrsfreiheit *bereits EuGH Rewe-Zentralfinanz eGmbH gegen Landwirtschaftskammer (Rewe)* (C-4/75, EU:C:1975:98) Rn. 3 ff.; *EuGH Riccardo Tasca* (C-65/75, EU:C:1976:30) Rn. 25 ff.; *EuGH Adrian de Peijper* (C-104/75, EU:C:1976:67) Rn. 10/11 ff. Aus dem Schrifttum siehe *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Vertrag Kommentar (2003), Art. 28 EG, Rn. 47 sowie *Tiedje/Troberg*, a.a.O. Art. 43 EG, Rn. 97; *Schütz/Bruha/König*, *Europarecht* (2004), § 11, S. 571-573, 620, Prüfungsschema Warenverkehrsfreiheit, S. 682, Prüfungsschema Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 714, Prüfungsschema Niederlassungsfreiheit, S. 752, Prüfungsschema Dienstleistungsfreiheit, S. 777, Prüfungsschema Kapitalverkehrsfreiheit.

meinden, Zweckverbände etc.) mit sämtlichen Untergliederungen fallen in den sog. Anwendungsbereich der grundfreiheitlichen Kontrolle.¹⁷³⁴

Der unbestimmte Rechtsbegriff „Maßnahmen gleicher Wirkung“ in seiner Auslegung durch den Gerichtshof bei der Warenverkehrseinfuhrfreiheit, Art. 34 AEUV, bildet so in seiner formelhaften Definition gemäß der *Dassonville*-Rechtsprechung¹⁷³⁵ den maßgeblichen Ausgangspunkt für die Einordnung der „Maßnahme“ als Grundfreiheiten übergreifendes Tatbestandsmerkmal und definiert somit auch den Anwendungsbereich des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot.¹⁷³⁶

Da die *Dassonville*-Formel in der Rechtsprechung des EuGH zugleich den Ausgangspunkt für die Bestimmung der Definition des grundfreiheitlichen *Kontrollmaßstabs* „Beschränkungsverbot“ darstellt (siehe hierzu näher sogleich unter II. 1.), ist es erforderlich, die Definition des Maßnahmenbegriffs (Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten) und die Definition des Verbotsmaßstabs „Beschränkungsverbot“ (Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten) strikt voneinander zu trennen, d.h. jeweils eigenständig systematisch-teleologisch auszulegen.¹⁷³⁷ Hierzu ist, wie bereits eingangs ausgeführt¹⁷³⁸, festzustellen, dass in Rechtsprechung und Schrifttum betreffend die Grundfreiheiten gerade keine konsequente Unterscheidung von Gegenstand und Maßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot erfolgt. Vielmehr beinhaltet die Konzeption, ausgehend von der *Dassonville*- und *Cassis*-Rechtsprechung¹⁷³⁹, eine Typisierung von sog. *unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen* – im englischsprachigen Schrifttum *distinctly und indistinctly applicable Measures*. Gemäß der *Cassis*- und *Keck*-Rechtsprechung¹⁷⁴⁰ ist eine solche Typisierung deshalb erforderlich, da beide Recht-

¹⁷³⁴ Die Reichweite des Maßnahmenbegriffs wird auch im Zusammenspiel der Grundfreiheiten mit dem unionsrechtlich determinierten (Staats-)Haftungsrecht relevant. Aus der Rechtsprechung des EuGH zur Beamtenhaftung folgt, dass neben förmlichen Verwaltungshandeln auch Realakte wie öffentliche Äußerungen oder die Veröffentlichung dienstlicher Informationen eine Haftung beim Verstoß gegen Grundfreiheiten auslösen können, vgl. im Hinblick auf die Äußerungen eines Beamten im Anwendungsbereich der RL 98/37 und Art. 28 EG Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott *A.G.M.-COS.MET s.r.l. gegen Suomen valtio und Tarmo Lehtinen (A.G.M.-COS.MET)* C-470/03, EU:C:2007:693) Rn. 78 ff. In dieser Rechtssache wird insbesondere die Notwendigkeit eines Gleichklanges zwischen der Reichweite der grundfreiheitlichen Verbotstatbestände und des Haftungsrechts deutlich. Zur Haftung für judikatives Unrecht (Verstoß eines Gerichtsurteils gegen Grundfreiheiten) vgl. EuGH *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513) Rn. 53. Eine Verletzung der Grundfreiheiten bildet insoweit den „haftungsbegründenden“ Tatbestand, während das gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsrecht den „haftungsausfüllenden“ Tatbestand darstellt.

¹⁷³⁵ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

¹⁷³⁶ Siehe hierzu bereits Kapitel 4 B. III. Bei der Funktionsbestimmung und Funktionsabgrenzung des grundfreiheitlichen Kontrollgegenstandes und grundlegenden Begründung der Notwendigkeit eines funktionalen Maßnahmenbegriffs. So zuletzt Schlussanträge des Generalanwaltes Maciej Szpunar vom 02.06.2016 EuGH *Deutsche Parkinson Vereinigung e.V. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. (DPI)* (C-148/15, EU:C:2016:394) Rn. 17.

¹⁷³⁷ So bereits *I. F. Hochbaum/R. Klotz* ausdrücklich für den Begriff der „widersprechenden Maßnahmen“ des Art. 86 Abs. 1 EG. Vgl. *Hochbaum/Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 86 EG, Rn. 40, Fn. 101.

¹⁷³⁸ Kapitel 1 A. II. 1. a) und b).

¹⁷³⁹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82); EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁷⁴⁰ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42); EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

sprechungslinien ausschließlich für sog. unterschiedslose Maßnahmen gelten sollen (dazu nachfolgend aa). Diese Typisierung bildet wiederum die Grundlage für eine Differenzierung gemäß der gleichheitsrechtlichen Wirkung einer Maßnahme in Bezug auf deren Normadressaten als unmittelbar/direkt oder mittelbar/indirekt bzw. faktisch diskriminierend oder eben beschränkend¹⁷⁴¹ – im englischsprachigen Schrifttum *discrimination* und *non-discrimination, restriction* (dazu nachfolgend bb). Darauf fußt wiederum eine Dualität des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes, d.h. eine Unterscheidung des grundfreiheitlichen Verbotes nach Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot¹⁷⁴² (dazu nachfolgend cc).

aa) „*unterschiedlich*“ vs. „*unterschiedslos*“ (Maßnahmentypisierung)

In dogmatischer Perspektive kennzeichnet das in Rechtsprechung und Schrifttum verwendete Begriffspaar „*unterschiedlich*“ und „*unterschiedslos*“ kategorisch den Typ oder anders ausgedrückt den „Charakter“ einer Maßnahme. Die Einordnung bzw. Subsumtion erfolgt hier in der Praxis auf der Basis einer *abstrakten* Gleichheitsbetrachtung: unterschiedlich = Ungleichbehandlung; unterschiedslos = Gleichbehandlung. Diese abstrakte Vergleichsbetrachtung erfasst, ohne Einbeziehung konkreter Tatsachen zur Marktform, Marktstruktur oder wettbewerbsstrategischer Aspekte des relevanten Marktes¹⁷⁴³, lediglich pauschal typisierend die gleichheitsrechtliche „Architektur“ einer Regelung – Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt etc.¹⁷⁴⁴ Die Vergleichsbetrachtung stellt sich als Unterscheidung von Gleich- oder Ungleichbehandlung dar, welche sich ausschließlich auf die Gegenüberstellung der von der streitgegenständlichen Regelung erfassten in- und ausländischen Sachverhalte in einer Orientierung an der Territorialität bezieht oder darauf, dass weder bei den Voraussetzungen noch bei den Rechtsfolgen formal zwischen verschiedenen Normadressaten unterschieden wird. So handelt es sich im Hinblick auf ein mitgliedstaatliches Gesetz z.B. dann um eine *unterschiedslose Maßnahme*, wenn der Wortlaut des Gesetzes den in- und/oder ausländischen Sachverhalt nicht formal als Anknüpfungspunkt für eine bestimmte Rechtsfolge beinhaltet (begriffsbasierter formaljuristischer Ansatz).

Beispiel EuGH *Keck*:¹⁷⁴⁵ Das Verbot eines Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis gilt objektiv betrachtet für alle Marktteilnehmer und deren Produkte auf dem französischen Markt ohne Differenzierung in gleicher Weise. Daher handelt es sich abstrakt-formal betrachtet um eine unterschiedslose Maßnahme im Sinne der geltenden Interpretation.

¹⁷⁴¹ T. Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 38, 39.

¹⁷⁴² Vgl. Schütz/Bruha/König, Europarecht (2004), § 11, S. 596.

¹⁷⁴³ Es wird nicht auf den konkret betroffenen Prätendenten/Kläger abgestellt, sondern die Maßnahme wird objektiv und losgelöst von konkreten subjektiven Marktwirkungen eingeordnet.

¹⁷⁴⁴ Vgl. P.-C. Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EWG-Kommentar (1991), Art. 30, Rn. 23 ff.

¹⁷⁴⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

Beispiel EuGH *Landungssteuer*: Bei der in dem Fall streitgegenständlichen sardischen Regionalsteuer geht Generalanwältin *Juliane Kokott*¹⁷⁴⁶ nicht von einer unterschiedlichen Maßnahme aus, da die Regionalsteuer nicht an die territoriale Herkunft des Steuerpflichtigen anknüpft, sondern allein an eine regionale Zuordnung des Wohnsitzes. Da diese spezielle Zuordnung alle Bootsbetreiber als Gegenstand der Regelung gleichermaßen betrifft, ob mit italienischer Staatsangehörigkeit oder nicht, liegt entsprechend dem formaljuristischen Ansatz in der abstrakten Vergleichsbetrachtung eine unterschiedslose Maßnahme vor.

Demgegenüber handelt es sich nach der Konzeption der hier so benannten Maßnahmentypisierung um eine *unterschiedliche Maßnahme*, wenn bereits der Wortlaut des Gesetzes entweder ausdrücklich zwischen verschiedenen in- und/oder ausländischen Normadressaten bzw. Sachverhalten differenziert oder ein Tatbestandsmerkmal aufweist, welches faktisch verschiedene Normadressaten oder Sachverhalte in unterschiedlicher Weise betrifft. Hierzu ist festzustellen, dass in der Praxis auch bei dieser Prüfung des „Faktischen“ keine Subsumtion unter Berücksichtigung der konkreten Marktverhältnisse erfolgt. Überdies ist zu beobachten, dass der EuGH bisweilen im Rahmen einer zweistufigen Beschränkungsprüfung auf die Typisierung der Maßnahme verzichtet und mit der „Beschränkung“ als Oberbegriff für sämtliche Maßnahmentypen operiert.¹⁷⁴⁷ Damit hat der EuGH das Konzept der formalen Typisierung aber nicht aufgegeben, und zwar auch nicht im Rahmen des vom Schrifttum so bezeichneten „Drei-Stufen-Tests“ (dazu näher unter II. 2.), da spätestens bei der Prüfung der Rechtfertigung einer Maßnahme über die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses gemäß der *Cassis*-Rechtsprechung¹⁷⁴⁸ weiterhin eine Typisierung und Differenzierung vom Gerichtshof, wenn auch nicht durchgängig, (zumindest derzeit noch) zugrunde gelegt wird.¹⁷⁴⁹

bb) „diskriminierend“ vs. „beschränkend“ (Wirkungsdifferenzierung)

Basierend auf der zuvor unter aa) dargelegten Maßnahmentypisierung verwenden Rechtsprechung und Schrifttum die Begriffe „diskriminierend“ und „beschränkend“ parallel zur Differenzierung der „Wirkung“ einer Maßnahme in Bezug auf den Normadressaten. Eine unterschiedslose Maßnahme hat eine *beschränkende Wirkung*, wenn die Ausübung der wirtschaftlichen Betätigung durch die Auswirkungen bzw. Rechtsfolgen einer Maßnahme behindert wird oder diese „weniger attraktiv“ erscheint. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei einer unterschiedslosen Maßnahme um eine sog. mittelbare bzw. indirekte oder materielle Diskriminierung, wenn formal betrachtet – also wiederum ohne Einbeziehung der Wirkungen – ein Merkmal vorliegt, welches faktisch überwiegend ausländische Sachverhalte in anderer Weise als rein nationale berührt. Demge-

¹⁷⁴⁶ Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* EuGH *Sardegna* (C-169/08, EU:C:2009:420) Rn. 47.

¹⁷⁴⁷ *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2013), S. 102, 103.

¹⁷⁴⁸ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁷⁴⁹ Nachweise bei *S. Leible/T. Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV Rn. 85/86.

genüber sind bei unmittelbaren Diskriminierungen, wie z.B. bei Wohnsitz-, Ansässigkeits- und Spracherfordernissen, diese Kriterien von vornherein durch Inländer „leichter“ zu erfüllen. D.h. eine unmittelbare Diskriminierung ist schon anhand ihrer Konstruktion von Tatbestand und Rechtsfolge klar als unionsrechtswidrig klassifizierbar, da die „beschränkende“ Wirkung gegenüber dem Normadressaten offensichtlich ist.¹⁷⁵⁰ Beweisprobleme zur „behindernden“ oder „beschränkenden“ Wirkung gibt es in diesem Fall nicht. Einer unterschiedslosen Maßnahme ist ihr Charakter als beschränkende und damit unionsrechtswidrige Regelung hingegen nicht „anzusehen“, und eine abstrakt-formale Einordnung auf der Ebene des Kontrollgegenstandes ist damit nicht mehr ausreichend. Ob eine beschränkende Maßnahme (=„Beschränkung“) vorliegt oder nicht, lässt sich daher nur anhand einer eingehenden Untersuchung der tatsächlichen (wirtschaftlichen) Auswirkungen einer Maßnahme ermitteln. Eben diese notwendige Analyse, welche die Wirkungen einer Maßnahme auf für den wettbewerblich organisierten Marktprozess und die transnationale Mobilität wirtschaftlicher Leistungen maßgeblichen Variablen erfasst, lässt die geltende Konzeption vermissen.

cc) Diskriminierungsverbot vs. Beschränkungsverbot (Maßstabsdualität)

Strukturell bedingen die bei aa) beschriebene Maßnahmentypisierung und die zuvor bei bb) dargelegte Wirkungsdifferenzierung, dass die Subsumtion von Diskriminierungen und Beschränkungen unterschiedlichen Wegen folgt. Dies zeigt sich in dementsprechenden Prüfungsschemata.¹⁷⁵¹ Dogmatisch betrachtet resultiert hieraus eine Dualität von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot auf der Ebene des Kontrollmaßstabes, mit der Folge einer „Spaltung“ des grundfreiheitlichen Tatbestandes. Denn diese Konzeption bedingt, dass nur unterschiedslose bzw. nicht-diskriminierende Maßnahmen als Beschränkungen einer Rechtfertigung entsprechend der *Cassis*-Rechtsprechung zugänglich sind¹⁷⁵² und nur unterschiedslose Maßnahmen „Modalitäten“ i.S.v. *Keck*¹⁷⁵³ bei der Warenverkehrseinfuhrfreiheit darstellen können. So wird trotz der Anerkennung einer Konvergenz der Grundfreiheiten¹⁷⁵⁴ weiterhin, zumindest auf der Ebene der Rechtfertigung, zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot unterschieden. Dies gilt auch für den Ansatz einer Fokussierung auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten, da diese zuletzt erfolgte Kalibrierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes betreffend den Kontrollmaßstab keine Aussage dazu trifft, wie mit der Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung, mit den *Keck*-„Modalitäten“ oder der Rechtfertigungssystematik nach *Cassis*¹⁷⁵⁵ zu verfahren ist.¹⁷⁵⁶

¹⁷⁵⁰ Zur englischsprachigen Terminologie vgl. *M. Kotzur*, in: Geiger/Kahn/Kotzur (Hrsg.), *European Union Treaties Commentary* (2015), Art. 34 TFEU, Rn. 14.

¹⁷⁵¹ Siehe *A. Brigola*, a.a.O. (2004), S. 170/171 (für Art. 34 AEUV); *C. Barnard*, a.a.O. (2013), S. 135 (für Art. 34 AEUV), S. 261 (für Art. 45, 49, 56 AEUV, S. 279/280 (für Art. 45 AEUV), S. 591-593 (für Art. 63 Abs. 1 AEUV).

¹⁷⁵² EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁷⁵³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁷⁵⁴ Einleitung Fußnote 57.

¹⁷⁵⁵ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

b) Vergleich mit den Wettbewerbsregeln

Ein Vergleich mit der Interpretation der Kontrollgegenstände bei den Wettbewerbsregeln zeigt, dass dort der Begriff „Beschränkung“, im Gegensatz zu den Grundfreiheiten bei Art. 34, 35 AEUV, im Wortlaut des Vertrages weder bei Art. 101, 102 AEUV noch bei Art. 106 oder bei Art. 107 AEUV verwendet wird. Obwohl also nach der semantischen Auslegung gar kein Anknüpfungspunkt für den Begriff einer „Beschränkung“ im Wettbewerbsrecht für Unternehmen besteht, hat der Gerichtshof gerade hier die Terminologie der „Wettbewerbsbeschränkung“ bzw. der „Beschränkung des Wettbewerbs“ etabliert.¹⁷⁵⁷ Überdies ist bemerkenswert, dass obwohl bei Art. 101 AEUV, Art. 102 AEUV und Art. 107 AEUV im Vertragstext eine „Beeinträchtigung“ in Bezug genommen wird, Rechtsprechung und Schrifttum losgelöst von diesem Wortlaut bei dem Kontrollmaßstab des wettbewerblichen Beschränkungsverbotes auf eine *Beschränkung* des Wettbewerbs abstellen bzw. auf eine „bezweckte“ oder „bewirkte“ *Wettbewerbsbeschränkung*.¹⁷⁵⁸

Betreffend den Kontrollgegenstand „Unternehmen“ wird darauf fußend durch den Gerichtshof jenseits des Wortlautes in ständiger Rechtsprechung ein sog. *funktionaler Unternehmensbegriff* vertreten.¹⁷⁵⁹ Gegenstand der Kontrolle bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot ist damit das funktional interpretierte und materiell zu prüfende sowie wettbewerbsökonomisch zu bewertende Verhalten eines Unternehmens im Markt (analog zu einer Maßnahme als staatliches „Verhalten“ bei den Grundfreiheiten), und zwar vollkommen unabhängig von der Rechtssubjektqualität und Rechtsform des Unternehmens. Markant ist hierbei, dass die in Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV aufgeführten Formen möglicher *Beeinträchtigungen* des Wettbewerbs durch unternehmerisches Verhalten verschiedenster Art („Verhinderung“, „Einschränkung“ oder „Verfälschung“) in der Entscheidungspraxis von Gerichtshof und Kommission in der Regel nicht voneinander abgegrenzt werden. Es erfolgt keine dezidierte Zuordnung von Sachverhaltsbestandteilen zu einzelnen Beschränkungsverhalten. Die Merkmale „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ sind in der Praxis daher oh-

¹⁷⁵⁶ Diese Problematik besteht im Übrigen auch bei dem aus der Unionsbürgerfreiheit folgenden Mobilitätsrecht der Art. 20, 21 AEUV. Ein gutes Beispiel für eine ausführliche Auseinandersetzung aus neuerer Zeit bieten die Schlussanträge der Generalanwältin E. Sharpston EuGH *Nicolas Bressol u.a. und Céline Chaverot u.a. gegen Gouvernement de la Communauté française (Bressol und Chaverot)* (C-73/08, EU:C:2009:396), in denen Art. 18 Abs. 1 EG (i.V.m. Art. 12, 149 Abs. 1 und Art. 150 Abs. 1 EG) als umfassendes, marktunabhängiges Zugangsrecht („Grundfreiheit ohne Markt“) ausgelegt wird. Einerseits kritisiert die Generalanwältin hier die ungenaue Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung (vgl. Rn. 46 ff.) sowie den nicht deckungsgleichen Unterschied zwischen offener und versteckter/unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung (Rn. 50), andererseits unternimmt sie den Versuch einer klareren Definition (vgl. Rn. 55), die nach der hier vertretenen Auffassung allerdings obsolet würde, soweit man Art. 18 Abs. 1 EG als Beschränkungsverbot mit einem einheitlichen Tatbestand auffasste.

¹⁷⁵⁷ Siehe nur T. Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 8, Rn. 20 ff.

¹⁷⁵⁸ I. Brinker, in: Schwarze (Hrsg.) *EU-Kommentar* (2012), Art. 101 AEUV, Rn. 42/43.

¹⁷⁵⁹ Zum funktionalen Unternehmensbegriff siehe bereits oben die Darstellung bei der Funktionsbestimmung zur staatlichen und privaten Wettbewerbsverantwortung, Kapitel 4 B. III.

ne Bedeutung und austauschbar.¹⁷⁶⁰ Im Schrifttum hat sich diese Auffassung weitgehend durchgesetzt.¹⁷⁶¹ In der kartellrechtlichen Praxis wird der Begriff „Wettbewerbsbeschränkung“ insoweit regelhaft als Oberbegriff¹⁷⁶² bzw. Tatbestandsmerkmal bei dem Kontrollmaßstab des wettbewerblichen Beschränkungsverbot verwendet und erfasst auf der Ebene des Kontrollgegenstandes alle Formen möglicher Beeinträchtigungen des Wettbewerbs *durch* Handlungen von Unternehmen *im* Markt.¹⁷⁶³

c) *Dogmatischer Befund*

Im Vergleich zu dem funktionalen Unternehmensbegriff als dem maßgeblichen Tatbestandsmerkmal des Kontrollgegenstandes bei den Wettbewerbsregeln, zeigen sich bei der Auslegung der Maßnahme als Tatbestandsmerkmal des Kontrollgegenstandes bei den Grundfreiheiten im Wesentlichen drei dogmatische Befunde. Erstens wird der grundfreiheitliche Kontrollgegenstand, das Tatbestandsmerkmal Maßnahme, durch den EuGH im Vergleich zu den Wettbewerbsregeln formaljuristisch und nicht funktional bestimmt. Dies hat zweitens zur Folge, dass der Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot, wiederum anders als bei den Wettbewerbsregeln, je nach Maßnahmentyp (Maßnahmentypisierung) variiert, d.h. je nach „Eingriffsform“, und bei den Wirkungen einer Maßnahme (Wirkungsdifferenzierung) zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot zu unterscheiden ist. Daraus folgt drittens eine Maßstabsdualität als Konsequenz der Wirkungsdifferenzierung betreffend unterschiedliche und unterschiedslose Maßnahmen. Selbst die Rechtsprechungslinie des EuGH zu den Verwendungsverboten bei den Grundfreiheiten, mit einer Fokussierung auf das Marktzugangskriterium (siehe Kapitel 3 E. II. 7. EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁷⁶⁴ bis *Mickelsson & Roos*)¹⁷⁶⁵ und der im Schrifttum beschriebene „Drei-Stufen-Test“ (siehe zuvor A. II. 6. sowie unten stehend II. 2. a)), überwindet diese fragwürdige Konzeption (noch) nicht.

Um eine adäquate Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot in der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken gemäß der wettbewerbsökonomischen Funktion der Grundfreiheiten zu erreichen, ist es erforderlich, die Vermengung von Gegenstand und Maßstab der grundfreiheitlichen Kontrolle aufzulö-

¹⁷⁶⁰ T. Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 8, Rn. 20. Ebenso E. Gonzales Díaz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), § 81, Rn. 104 unter Bezugnahme auf G. Marengo, La notion de Restriction de Concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes, S. 1218, in: Dony, Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck (1999); G. Grill, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 101 AEUV, Rn. 14.

¹⁷⁶¹ So explizit auch T. Eilmansberger, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 81 EG, Rn. 37 mit Fn. 132.

¹⁷⁶² Vgl. T. Eilmansberger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 81, Rn. 37 mit Fn. 132; T. Mäger, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2006), § 16, Rn. 68.

¹⁷⁶³ Siehe zur Herleitung und Begründung dieses Konzeptes einer Unterscheidung von horizontalem Verhalten *im* Markt und vertikalem Verhalten *auf* den Markt, Kapitel 1 B. III. 2. b) und Kapitel 4 B. III.

¹⁷⁶⁴ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁷⁶⁵ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

sen (dazu aa) und die Dualität der Kontrolle von Diskriminierungen und Beschränkungen zugunsten eines einheitlichen Beschränkungstatbestandes aufzugeben (dazu bb).

aa) Notwendigkeit der Trennung von Kontrollgegenstand und -maßstab

Die geltende Konzeption der Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung vermengt eine unspezifische Verwendung des Begriffs „Beschränkung“ in der synonymen Bezeichnung für „unterschiedslose“ Maßnahmen mit dem Inhalt des Verbotsmaßstabs „Beschränkungsverbot“. Der grundfreiheitliche Kontrollgegenstand (Maßnahme) und der grundfreiheitliche Kontrollmaßstab (Beschränkungsverbot) lassen sich angesichts dieser terminologischen Überschneidungen nicht hinreichend definieren. Die terminologische Unschärfe bedingt zugleich ein grundsätzliches strukturelles Problem, welches sich perpetuiert wiederfindet in der Rechtsprechungslinie zur Marktzugangsfunktion¹⁷⁶⁶, denn aus der Vermengung von Maßnahmen- und Beschränkungs-begriff resultiert eine sich widersprechende Dualität von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot, welche eine Definition des Marktzutrittskriteriums nicht zu leisten vermag. Erforderlich ist daher eine grundlegende Revision dieser strukturellen Inkongruenz, d.h. eine an dem Schutzgegenstand und dem Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes ausgerichtete funktionale Definition des Marktzutrittskriteriums.¹⁷⁶⁷

Vorbild hierfür ist die Konzeption des wettbewerblichen Beschränkungsverbotes der Wettbewerbsregeln. Bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot besteht eine stringent an Marktprozessen bzw. i.w.S. an Marktgesetzmäßigkeiten orientierte funktionale Interpretation als Basis für die Definition des Kontrollgegenstandes und des Kontrollmaßstabes. Bei dem Kontrollgegenstand (Verhalten von Unternehmen) wird auf die konkreten Wirkungen des unternehmerischen Verhaltens *im* Markt abgestellt, d.h. auf die Beeinflussung der Marktstruktur und das Marktverhalten von Konkurrenten in einem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt. Eine abstrakt-generelle Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung von unternehmerischem Verhalten ist nicht notwendig.¹⁷⁶⁸ Vielmehr wird bei Art. 101, 102 AEUV im Sinne eines einheitlichen Beschränkungstatbestandes entweder von einem Oberbegriff der „Beschränkung“ des Wettbewerbs, einer „Wettbewerbsbeschränkung“ oder eben von der „Maßnahme“ eines funktionalen Unternehmens ausgegangen.¹⁷⁶⁹ Der konzeptionelle Vergleich von Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung bei den Grundfreiheiten mit dem funktionalen Unternehmensbegriff bei den Wettbewerbsregeln verdeutlicht, dass einerseits eine Trennung von Kontrollgegenstand (Unternehmen) und Kontrollmaßstab (wettbewerbliches Beschränkungsverbot) erforderlich ist, und andererseits eine kongruente und einheitliche Definition des Kontrollgegenstandes (Unternehmen) im Wege ei-

¹⁷⁶⁶ So auch C. Barnard, *The Four Freedoms* (2013), S. 19: “While the discrimination and market access tests use different language, there is considerable overlap between the two models. For example, quantitative restrictions for goods, refusal of entry/deportation of persons, and directly and indirectly discriminatory measures, by definition, hinder market access.”

¹⁷⁶⁷ Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) und III. 1.

¹⁷⁶⁸ Kapitel 3 E. I.

¹⁷⁶⁹ Siehe nur T. Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 8, Rn. 20/21.

ner funktional-wettbewerbsökonomischen Teleologie (funktionaler Unternehmensbegriff) möglich aber auch nötig ist. Für die Grundfreiheiten und das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot wurde in Kapitel 4 eine solch funktionale Auslegung des Maßnahmenbegriffs ausgehend von einem funktional bestimmten Kontrollgegenstand bereits hergeleitet.¹⁷⁷⁰

bb) Notwendigkeit eines einheitlich definierten Kontrollmaßstabes

Die bei der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten aus der *Maßnahmentypisierung* und *Wirkungsdifferenzierung* resultierende *Maßstabsdualität* von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot, welche den inkongruenten Zustand eines doppelten Maßstabs zur Kontrolle unterschiedlicher Maßnahmen (Diskriminierungsverbot) und unterschiedsloser Maßnahmen (Beschränkungsverbot) kennzeichnet, muss in Orientierung an der Struktur des wettbewerblichen Beschränkungsverbot zugunsten eines einheitlichen Kontrollmaßstabes (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) als Mobilitätsbeschränkungsverbot revidiert werden.¹⁷⁷¹ Denn die konzeptionelle Schwäche der Maßstabsdualität offenbart sich besonders deutlich in Grenzfällen von mittelbarer Diskriminierung und Beschränkung. In der Praxis besteht daher nicht ohne Grund eine Tendenz kaum mehr exakt zu prüfen, sondern unter dem Oberbegriff der „Beschränkung“ sämtliche Wirkungsformen von Maßnahmen zu erfassen. So werden in der EuGH-Rechtsprechung gelegentlich unterschiedliche Maßnahmen der „alten“ Lesart (diskriminierende Regelungen) als Beschränkungen subsumiert, ohne weiter zu differenzieren.

Beispiel EuGH *VALE*¹⁷⁷² (grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften): „[...] begründet diese Regelung eine *unterschiedliche* Behandlung von Gesellschaften in Abhängigkeit davon, ob es sich um eine innerstaatliche oder um eine grenzüberschreitende Umwandlung handelt; diese *unterschiedliche Behandlung ist geeignet*, Gesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat davon abzuhalten, von der [...] Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen und stellt somit eine *Beschränkung* im Sinne von Art. 49 AEUV und Art. 54 AEUV dar.“ (Hervorhebung durch den Verf.).

Der Vergleich von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln zeigt, dass ein einheitlicher Maßstab der Kontrolle sämtlicher „Maßnahmen“ (im Sinne aller Ausprägungen unternehmerischen Verhaltens) auf der Basis eines funktionalen Unternehmensbegriffs möglich ist. Bemerkenswert ist daher, dass trotz der aus der Rechtsprechung zu den Wettbewerbsregeln zuletzt für die Grundfreiheiten adaptierten Terminologie „*Bezwecken*“ und „*Bewirken*“, welche einem einheitlichen Kontrollgegenstand der Art. 101, 102 AEUV folgt, aber auf die „*Finalität*“ im Sinne eines subjektiven Tatbestandes unternehmerischen Entscheidens im Wettbewerb abstellt, wie z.B. in EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁷⁷³, die Maßstabsdualität ohne weitere Begründung beibehalten

¹⁷⁷⁰ Kapitel 4 B. II. 4 (Ergebnis: Funktional definierter Kontrollgegenstand) und B. III. 3. (Ergebnis: Funktionaler Maßnahmenbegriff).

¹⁷⁷¹ Kapitel 6 A.

¹⁷⁷² EuGH *VALE Építési kft. (VALE)* (C- 378/10, EU:C:2012:440) Rn. 36.

¹⁷⁷³ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66):

wurde. Dies gilt ebenso für die Adaption der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten im Schrifttum zu dem sog. „Drei-Stufen-Test“.¹⁷⁷⁴ Wegen der begrifflichen und inhaltlichen Überschneidung des Beschränkungsbegriffs bei dem Kontrollgegenstand (Beschränkung als Maßnahmentyp) und bei dem Verbotsmaßstab (Beschränkung als Maßstab) besteht eine dogmatisch-konzeptionell problematische Korrelation von Maßnahmencharakter und Verbotsmaßstab (unterschiedslose Maßnahme = Beschränkungsverbot; unterschiedliche Maßnahme = Diskriminierungsverbot). Damit ist eine klare Abgrenzung von „Eingriffsform“ und Wirkungsanalyse auch im Rahmen einer Fokussierung der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten unmöglich, denn der Marktzutritt ist nicht der Maßstab des Verbotes, sondern das geschützte Instrument eines Wirtschaftssubjektes, um transnational in den potenziellen Wettbewerb einzutreten.¹⁷⁷⁵

Insgesamt ist damit festzustellen, dass bei den Grundfreiheiten unter Vernachlässigung der tatsächlichen ökonomischen Implikationen der Zusammenhänge von Marktstrukturen, Marktfunktionen und Wettbewerbsformen sowie deren Funktionsbedingungen für den transnationalen Marktzugang¹⁷⁷⁶, im Vergleich zu der funktional-wettbewerbsökonomisch ausgerichteten Struktur bei den Wettbewerbsregeln, eine erhebliche teleologische Divergenz besteht, die der Funktion der Grundfreiheiten in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung nicht gerecht wird. Hier ist die grundsätzliche Frage aufgeworfen, ob das Konzept für die Kontrolle staatlicher Macht in Bezug auf die Wirkungen von staatlichen Maßnahmen *auf* den Markt weniger präzise sein darf als die Kontrolle unternehmerischer Macht *im* Markt. Dies ist aus den in Kapitel 4 dargelegten Gründen¹⁷⁷⁷ zu verneinen, denn die Verantwortung für hoheitliche Regelungs- und Durchsetzungsmacht ist im Vergleich zu der Verantwortung für unternehmerisches Autonomieverhalten oder unternehmerische Marktmacht gemäß der Unionsteleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung im Lichte des Leitbildes einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft keine Geringere.

2. Praktisch unmögliche Definition von „Modalitäten“ als Bereichsausnahme

Der EuGH hat 1993 mit der bereits in Kapitel 3 in Bezug genommenen *Keck*-Rechtsprechung¹⁷⁷⁸ (dort zu dem Kriterium des Marktzugangs als subjektiv-rechtlicher Maßstab des Beschränkungsverbotes) eine faktische Bereichsausnahme bei der Wareneinfuhrbeschränkung, Art. 34 AEUV, installiert und hierfür einen weiteren Typus von unterschiedslosen Maßnahmen eingeführt, die sog. „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ (hierzu sogleich unter a), aa), (1)). Später hat der Gerichtshof hieraus abgeleitet weitere Typen unterschiedsloser Maßnahmen formuliert (hierzu sogleich a), aa), (2) – (4)). Diese mannigfaltigen Bereichsausnahmen werden vorliegend zusammenfassend als „Modalitäten“ bezeichnet und in der geltenden dogmatischen Konzeption dokumentiert (a))

¹⁷⁷⁴ Hierzu sogleich Abschnitt II. 2.

¹⁷⁷⁵ Siehe hierzu ausführlich Kapitel 6 A. II. 1. a), cc).

¹⁷⁷⁶ Ähnlich Generalanwalt Yves Bot in EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2006:646).

¹⁷⁷⁷ Kapitel 4 B. III. und C. Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung.

¹⁷⁷⁸ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905), Kapitel 3 E. II. 5.

sowie der funktionalen Auslegung des Kontrollgegenstandes bei den Wettbewerbsregeln gegenübergestellt (b)). Anschließend wird die Notwendigkeit einer Revision dieser Konzeption von Bereichsausnahmen als dogmatischer Befund und Ausgangspunkt für eine funktional-wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeptionierung begründet (c)).

a) *Dogmatische Konzeption der Modalitäten*

Das Urteil in der Rechtssache *Keck*¹⁷⁷⁹ ist in der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, soweit ersichtlich, der einzige Ansatz einer „formelhaft“ begründeten Reduktion des Kontrollgegenstandes, und zwar in Form einer Ergänzung der Konzeption unterschiedsloser Maßnahmen um „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ als Typus einer per se wirkungsneutralen unterschiedslosen Maßnahme. Die rechtspolitische Begründung für diese formalisierte Zurücknahme der Kontrolldichte der Warenverkehrseinfuhrfreiheit hat der Gerichtshof in Randnummer 14 seiner Entscheidungsgründe¹⁷⁸⁰ deutlich formuliert:

[Rn. 14] Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Artikel 30 EWG-Vertrag (jetzt Art. 34 AEUV) berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als *Beschränkung* ihrer geschäftlichen *Freiheit* auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist, hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen (Hervorhebung durch den Verf.).

Intendiert war demnach eine sowohl aus prozessökonomischer als auch aus integrationspolitischer Sicht veranlasste Reduktion bereits des Gegenstandes der grundfreiheitlichen Kontrolle betreffend die sich als „Beschränkung auswirkenden“ Maßnahmen. Hierbei muss zunächst gesehen werden, dass dies zwar dem Grunde nach nicht neu war, da der EuGH bereits im Vorfeld zu der *Keck*-Entscheidung in mehreren Verfahren die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV (ex Art. 28 EG) abgelehnt hatte, jedoch zuvor eine typisierte Einschränkung der Warenverkehrseinfuhrfreiheit nicht formuliert wurde.¹⁷⁸¹ Der *Keck*-Rechtsprechung liegt damit ein neuer Typ von Maßnahme zugrunde, welcher eine Abgrenzung von unterschiedslosen Maßnahmen in der Gestalt sog. bestimmter Verkaufsmodalitäten und sog. produktbezogenen Maßnahmen erforderlich macht. Letzterer Maßnahmentyp soll dem Kontrollmaßstab des Beschränkungsverbotes weiterhin ohne Einschränkung unterfallen. Beide Begriffe bzw. Maßnahmentypen konnten indessen durch den Gerichtshof bis heute nicht hinreichend definiert werden.

Dogmatisch gesehen wurde mit der *Keck*-Rechtsprechung auf der Tatbestandsebene eine Bereichsausnahme betreffend unterschiedslose Maßnahmen formuliert. Diese Kon-

¹⁷⁷⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁷⁸⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 14.

¹⁷⁸¹ So etwa EuGH *Bußgeldverfahren gegen Sergius Oebel (Oebel)* (C-155/80, EU:C:1981:177) Rn. 20; EuGH *Joseph Henri Thomas Blesgen gegen Belgischer Staat (Blesgen)* (C-75/81, EU:C:1982:117) Rn. 9; EuGH *Torfaen* (C-145/88, EU:C:1989:593) Rn. 14. Siehe zu dieser Rechtsprechungslinie vor der *Keck*-Entscheidung ausführlich und mit einer Systematisierung in sechs Gruppen *K. Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr (1998), S. 35-91.

zeption einer „absoluten“ Reduktion der grundfreiheitlichen Kontrolldichte steht im deutlichen Gegensatz zu der „relativen“ Reduktion der Kontrolldichte, welche bereits 1979 durch die *Cassis*-Doktrin mit den „zwingenden Erfordernissen“¹⁷⁸² etabliert wurde. In der prozessualen Perspektive unterscheiden sich die Konzeptionen erheblich. Bei den „zwingenden Erfordernissen“ des Allgemeininteresses liegt die Beweislast bei der passivlegitimierten Partei, d.h. bei dem „beschränkenden“ Mitgliedstaat. Zudem lässt die Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, welche bei den Modalitäten ausdrücklich nicht erforderlich ist, einen erheblichen Interpretationsspielraum über die Abwägung im Rahmen der Interessen-Trias von europäischen, mitgliedstaatlichen und individuellen wirtschaftlichen Interessen zu. Die *Keck*-Formel lässt jedoch als Tatbestandslösung demgegenüber bereits konzeptionell keinen Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. für eine Abwägung von Wirkungen einer Maßnahme, obwohl diese nach dem Modell der „rule of reason“ oder im Sinne eines Kriteriums der „Spürbarkeit“ auf der Tatbestandsebene hätte installiert werden können. Dogmatisch-konzeptionell betrachtet wirkt die *Keck*-Formel daher wie eine Bereichsausnahme, welche sich in kodifizierter Form bei den Grundfreiheiten nur bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 45 Abs. 4 AEUV für den Bereich der „öffentlichen Verwaltung“ findet. Die Logik der *Keck*-Formel gründet sich damit auf eine rechtspolitisch zwar nachvollziehbare, aber rechtlich mehr als zweifelhafte Konstruktion, wie nachfolgend weiter ausgeführt wird.

aa) Dualismus Produktbezogenheit vs. Verkaufsmodalität

Die Struktur der sog. *Keck*-Formel ergibt sich aus den Begründungserwägungen der Randnummern 11 bis 17 des *Keck*-Urteils.¹⁷⁸³ In den Randnummern 15 und 16 differenziert der Gerichtshof zwischen „produktbezogenen Regelungen“ und „bestimmten Verkaufsmodalitäten“. Produktbezogene Regelungen sollen weiterhin dem Kontrollgegenstand, d.h. dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV unterliegen, womit derartige unterschiedslose Maßnahmen nur durch „zwingende Erfordernisse“ im Sinne der *Cassis*-Doktrin „gerechtfertigt“ werden können bzw. den enumerativen Rechtfertigungsgründen des Art. 36 AEUV unterfallen. Bezüglich dieser Kategorie von unterschiedslosen staatlichen Regelungen soll es demnach bei dem Prüfungsraaster bleiben, welches bereits vor dem *Keck*-Urteil galt. Als produktbezogene (unterschiedslose) staatliche Maßnahmen nennt der Gerichtshof demgegenüber beispielhaft die „Bezeichnung, Form, Abmessung, das Gewicht, die Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung der Waren.“¹⁷⁸⁴ Im Gegensatz dazu soll nach den Ausführungen des Gerichtshofs in Randnummer 16 der Urteilsgründe schon keine „Geeignetheit zu behindern“ im Sinne der *Dassonville*-Formel gegeben sein¹⁷⁸⁵, wenn die unterschiedslose Maßnahme

¹⁷⁸² EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁷⁸³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁷⁸⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 15.

¹⁷⁸⁵ Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, es handele sich hier nicht um eine Frage der „Geeignetheit“ im Sinne der *Dassonville*-Formel, sondern um eine Modifikation der *Cassis*-Formel, so z.B. K. Hammer, Handbuch zum freien Warenverkehr, S. 137 mit Fn. 711. Wie hier jedoch ausdrücklich

als „bestimmte Verkaufsmodalität“ einzustufen ist. Im Unterschied zu den Ausführungen bezüglich produktbezogener Regelungen umschreibt der Gerichtshof dabei aber nicht näher, welche Voraussetzungen eine staatliche Maßnahme in concreto erfüllen muss, um als „bestimmte Verkaufsmodalität“ zu gelten. In Randnummer 17 der Urteilsgründe wird indessen zusätzlich ausgeführt, dass staatliche Maßnahmen als „Verkaufsmodalität“ nicht geeignet sein dürfen, den *Zugang* für ausländische Waren stärker zu versperren oder zu behindern als für inländische Produkte.¹⁷⁸⁶ Aus den Erwägungen in Randnummer 12 der Urteilsgründe kann darüber hinaus entnommen werden, dass „finale“ Maßnahmen, d.h. solche, die eine Beschränkung „bezwecken“, nicht unter den Begriff der Verkaufsmodalitäten fallen können.¹⁷⁸⁷ In Zusammenschau mit den Erwägungen in Randnummer 13 wird erkennbar, dass eine „Verkaufsmodalität“ durchaus grundsätzlich das Absatzvolumen beschränken darf, sofern diese Beschränkung nur den Bereich der Absatzförderung betrifft, also z.B. die Werbung oder das Marketing für ein Produkt. Ersichtlich ist hingegen nicht, welche Faktoren oder Kriterien eine „bestimmte Verkaufsmodalität“ charakterisieren und wie intensiv eine grundsätzlich mögliche Beschränkung des Absatzvolumens sein darf. Damit bleiben also die eigentlichen Parameter zur Qualifikation einer Maßnahme als „bestimmte Verkaufsmodalität“ unklar. Insbesondere werden keine der Darlegung und dem Beweis zugänglichen Kriterien beschrieben, mithilfe derer die Wirkung einer Verkaufsmodalität auf die konkreten und den Marktzugang bestimmenden Markt- und Wettbewerbsverhältnisse festzustellen wäre. Stattdessen hat der EuGH in der post *Keck*-Rechtsprechung unterschiedliche Varianten von „Modalitäten“ ihrem Typus nach beschrieben (siehe nachfolgend (1) – (4)).

(1) „bestimmte Verkaufsmodalität“

Sämtliche nationale Maßnahmen betreffend Öffnungszeiten, Verkaufs- und Beschäftigungsverbote, insbesondere an Sonn- und Feiertagen, fallen nach der Folgerechtsprechung zum *Keck*-Urteil¹⁷⁸⁸ in die Kategorie der „Verkaufsmodalitäten“ bzw. der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ und sind damit nicht vom Kontrollgegenstand des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot erfasst.¹⁷⁸⁹ Der Gerichtshof hat dies überwiegend damit begründet, dass derartige Regelungen nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ware selbst stünden, sondern das „Wann“, mithin nur den Zeitpunkt des Verkaufs festlegen. Dies gelte aber für alle Wirtschaftsteilnehmer in gleichem Maße

auch S. O. Hödl, Die Beurteilung von verkaufsbehindernden Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt (1997), S. 204 und 209; W. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.) EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 34 AEUV, Rn. 43.

¹⁷⁸⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 17: „...Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung ... nicht geeignet, den Zugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun“.

¹⁷⁸⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 12: „... Nationale Regelungen, die ... allgemein verbieten, bezwecken keine Regelung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten“.

¹⁷⁸⁸ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁷⁸⁹ EuGH *Punto Casa SpA Sindaco del Comune di Capena u.a.* (C-69 und 258/93, EU:C:1994:226) Rn. 12; EuGH *Strafverfahren gegen Tankstation 't Heukske vof und J.B.E.Boermans* (C-401 und 402/92, EU:C:1994:220) Rn. 12; EuGH *Semeraro Casa gegen Sindaco del Comune di Erbusco u.a.* (C-418 bis 421/93 u.a., EU:C:1996:242) Rn. 15.

und berühre deshalb den Absatz der in- und ausländischen Waren rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise.

In der Rechtsprechung vor *Keck* hatte der Gerichtshof indessen seit der Entscheidung in der Rechtssache *Torfaen*¹⁷⁹⁰ im Wesentlichen unter Berufung auf die in der Rechtssache *Oebel*¹⁷⁹¹ entwickelten Grundsätze stets festgestellt, dass Ladenschlussregelungen zwar grundsätzlich „Maßnahmen gleicher Wirkungen“ seien, diese jedoch nach der *Cassis*-Formel gerechtfertigt wären, da Ladenschlussregelungen

„Ausdruck bestimmter politischer und wirtschaftlicher Entscheidungen sind, da sie eine Verteilung der Arbeitszeiten und der arbeitsfreien Zeiten sicherstellen sollen, die den landesweiten oder regionalen sozialen und kulturellen Besonderheiten angepasst ist, deren Beurteilung beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts Sache der Mitgliedstaaten ist.“¹⁷⁹²

Solche Regelungen der Ladenöffnungszeiten sind daher als zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses zu qualifizieren. Daraus ist ersichtlich, dass sich im Ergebnis an der Binnenmarktkonformität derartiger Regelungen aus der Sicht des EuGH nichts geändert hat, sondern „nur“ die Prüfungsstruktur sowie die *Darlegungs- und Beweislast* angepasst wurde. Statt einer Ausnahmeregelung mit der Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unter der Kategorie der „zwingenden Erfordernisse“, scheiden „Verkaufsmodalitäten“ per se aus dem unionsrechtlichen Kontrollbereich aus, wobei gegenüber der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast nicht erhöht sondern nivelliert wurden. Insoweit liegt hierin zugleich eine Modifikation der *Cassis*-Formel. Dogmatisch kann die *Keck*-Formel daher i.w.S. als Regel zur Darlegungs- und Beweislast i.S.e. Konkretisierung der „Geeignetheit“ gemäß der *Dassonville*-Formel aufzufassen sein, aber ebenso als der *Cassis*-Formel vorgelagerter „Filter“.

(2) „Absatzmodalität“ (Vertriebsregelung)

Unter der Überschrift der „Vertriebsbeschränkungen“ werden Beschränkungen des Vertriebes im eigentlichen Sinne erfasst. Der Bereich der Betriebsförderung durch Werbung und Marketing und dessen Beschränkung durch staatliche Maßnahmen werden dagegen als gesonderte Fallgruppe der Werbebeschränkungen erfasst. Hinsichtlich monopolistischer Vertriebsstrukturen hat der Gerichtshof etwa in der Rechtssache *Crespelle*¹⁷⁹³ das Erfordernis einer Betriebsgenehmigung (Gebietsmonopol) nicht als „Verkaufsmodalität“ eingestuft, da hier in dem unmittelbar auf die Einfuhr folgenden Stadi-

¹⁷⁹⁰ EuGH *Torfaen* (C-145/88, EU:C:1989:593).

¹⁷⁹¹ EuGH *Oebel* (C-155/80, EU:C:1981:177) Rn. 20.

¹⁷⁹² Vgl. EuGH *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne gegen SIDEF Conforama u.a.* (C-312/89, EU:C:1991:3) Rn. 11; EuGH *Strafverfahren gegen André Marchandise u.a.* (C-332/89, EU:C:1991:94) Rn. 12; EuGH *Council of the City of Stoke-on-Trent und Norwich City Council gegen B & Q plc* (C-169/91, EU:C:1992:519) Rn. 11.

¹⁷⁹³ EuGH *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle gegen Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne* (C-323/93, EU:C:1994:368) Rn. 29.

um eine wirtschaftliche Belastung des Importeurs vorläge. Im Ergebnis war die Maßnahme allerdings nach Art. 36 AEUV (zuvor Art. 30 EG) gerechtfertigt. In zwei weiteren Entscheidungen zu Vertriebsmonopolen (1995) hat der Gerichtshof dann u.a. jedoch ein Apothekenmonopol hinsichtlich des Verkaufs von Säuglingsmilch¹⁷⁹⁴ sowie ein staatliches Tabakwarenmonopol¹⁷⁹⁵ als bloße „Absatzmodalität“ eingestuft. Insbesondere in den Urteilsgründen zur Rechtssache *Säuglingsmilch*¹⁷⁹⁶ hat der Gerichtshof den Begriff der „Verkaufsmodalitäten“ im Hinblick auf die Beurteilung von Vertriebsmonopolen näher konkretisiert. Nach den dortigen Ausführungen sei ein Verkaufsmonopol zwar grundsätzlich geeignet, die Verkäufe zu lenken und zu kanalisieren, da einige Vertriebswege verbindlich ausgeschlossen würden, was sich negativ auf die Einfuhren auswirken könne, und dies vor allem dann, wenn tatsächlich nur der Absatz von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten berührt werde. Wenn jedoch eine derartige Beschränkung die kommerzielle Freiheit der in- und ausländischen Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen einschränke, ohne sich auf die Merkmale der erfassten Erzeugnisse selbst zu erstrecken, seien nur „Modalitäten des Absatzes“ betroffen und zwar insoweit, als eine allgemeine Bestimmung von Verkaufsstellen vorliege.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof auch in der Rechtsprechung vor *Keck* bei der Beurteilung von Vertriebsbeschränkungen überwiegend, wenn auch mit zum Teil erheblich unterschiedlichen Begründungsansätzen, bereits den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV (damals Art. 28 EG bzw. Art. 30 EWG-Vertrag) verneinte.¹⁷⁹⁷ Hier gilt daher das gleiche, wie bereits das zu den Regelungen bezüglich der Öffnungszeiten, Verkaufs- und Beschäftigungsverbote festgestellte. Im Ergebnis fallen nach dieser Auslegung Vertriebsmonopole nicht unter den Kontrollgegenstand der Warenverkehrseinfuhrfreiheit. Insoweit fußt seit *Keck* die Begründung für eine solche Bereichsausnahme auf einer rechtspolitisch begründeten Linie, mit der weiteren Klarstellung, dass derartige Regelungen ohne Abwägung bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfung als eine Fallgruppe der „Verkaufsmodalitäten“ dem Kontrollmaßstab des Beschränkungsverbotes entzogen sind, da es sich nicht um eine „geeignete Maßnahme“ im Sinne der *Dassonville*-Formel handelt.

(3) „Verwendungsmodalität“/„Nutzungsmodalität“

Eine weitere Entwicklung zeichnet sich seit 2008 beginnend mit der Entscheidung zur Rechtssache *Kommission/Portugal (Farbfolien)*¹⁷⁹⁸ ab, dort betreffend das Verbot

¹⁷⁹⁴ EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Griechische Republik (Säuglingsmilch)* (C-391/92, EU:C:1995:199) Rn. 20.

¹⁷⁹⁵ EuGH *Strafverfahren gegen Giorgio Domingo Banchemo (Banchemo)* (C-387/93, EU:C:1995:439) Rn. 43, 44.

¹⁷⁹⁶ EuGH *Säuglingsmilch* (C-391/92, EU:C:1995:199) Rn. 13 ff.

¹⁷⁹⁷ EuGH *Blesgen* (C-75/81, EU:C:1982:117) Rn. 9; EuGH *Direction générale des impôts u.a. gegen Marie-Louise Forest u.a. (Forest)* (C-148/85, EU:C:1986:438) Rn. 17 ff.; EuGH *H. Krantz GmbH & Co. gegen Ontvanger der Directe Belastingen und Staat der Nederlanden* (C-69/88, EU:C:1990:97) Rn. 11, 12; EuGH *Quiettlynn Limited und Brian James Richards gegen Southend Borough Council* (C-23/89, EU:C:1990:300) Rn. 9 bis 11.

¹⁷⁹⁸ EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* (C-265/06, EU:C:2008:210) Rn. 31 ff.

der Anbringung farbiger Folien an Kfz-Glasscheiben. Unter der Bezeichnung sog. „Verwendungsmodalitäten“ bzw. „Nutzungsmodalitäten“ sollen solche unterschiedslosen Maßnahmen, welche lediglich eine bestimmte Art der Verwendung von Produkten regeln, nicht dem Kontrollgegenstand des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot unterfallen. Dieser Ansatz wurde in weiteren Entscheidungen bestätigt, welche wie einleitend und in Kapitel 1 sowie in Kapitel 3 E. II ausgeführt gemeinsam haben, dass der Gerichtshof in diesen Verfahren verstärkt auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten abstellt.

Generalanwalt *Yves Bot* hat sich in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁷⁹⁹ deutlich gegen die Etablierung einer weiteren Kategorie von Modalitäten ausgesprochen. Hierbei hat er sich insbesondere auseinandergesetzt mit den Schlussanträgen von Generalanwältin *Juliane Kokott* zur Rechtssache *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*,¹⁸⁰⁰ mit den Schlussanträgen von Generalanwalt *Poiares Maduro* zur Rechtssache *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos*¹⁸⁰¹ sowie mit den Vorschlägen von Generalanwalt *Jacobs* zu einer De-minimes-Regelung in den Schlussanträgen zu der Rechtssache *Leclerc-Siplec*.¹⁸⁰² Die von Generalanwalt *Yves Bot* angeführten Argumente gegen eine Fortsetzung des Modalitätenansatzes der *Keck*-Rechtsprechung¹⁸⁰³ gehen im Kern von der Notwendigkeit einer materiellen Maßnahmenprüfung aus, welche ohne eine Bereichsausnahme via Modalitäten sämtliche unterschiedslose Maßnahmen ohne Maßnahmentypisierung¹⁸⁰⁴ erfasst. Nach seinem Vorschlag soll erst im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit über eine Interessenabwägung¹⁸⁰⁵ eine wertende Analyse erfolgen, deren Ergebnis über das Vorliegen einer Beschränkung entscheidet.¹⁸⁰⁶ Der EuGH hat in seiner Entscheidung zu der Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)* diese Argumentation erkennbar nicht aufgenommen.¹⁸⁰⁷

¹⁷⁹⁹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2006:646).

¹⁸⁰⁰ Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2006:782).

¹⁸⁰¹ Schlussanträge des Generalanwaltes *Miguel Poiares Maduro* EuGH *Alfa Vita Vassilopoulos AE und Carrefour Marinopoulos AE gegen Elliniko Dimosio und Nomarchiaki Aftodioikisi Ioaninnon (Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos)* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212) Rn. 24 ff.

¹⁸⁰² Schlussanträge des Generalanwaltes *Francis Geoffrey Jacobs* EuGH *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec gegen TF1 Publicité SA und M6 Publicité SA (Leclerc-Siplec)* (C-412/93, EU:C:1994:393) Rn. 34 ff.

¹⁸⁰³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁸⁰⁴ Schlussanträge des Generalanwaltes *Yves Bot*, EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2006:646) Rn. 105.

¹⁸⁰⁵ Schlussanträge des Generalanwaltes *Yves Bot*, EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2006:646) Rn. 101.

¹⁸⁰⁶ Eben diesem Ansatz folgt die in Kapitel 6 C. vorgestellte Revision der geltenden Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Wege einer Werte fundierten „Ökonomisierung“ der Abwägung.

¹⁸⁰⁷ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 33 bis 37.

(4) „Nicht-Modalität“ (Umfeldregelung)

Jenseits der Maßnahmentypisierung von vertriebsbezogenen Regelungen bzw. Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen unterschiedslosen Maßnahmen hat der EuGH parallel an seinem bereits vor der *Keck*-Rechtsprechung entwickelten offenen Ansatz von allgemein, also nicht typisierten, zu mittelbar wirkenden unterschiedslosen Maßnahmen festgehalten.¹⁸⁰⁸ Nach diesem Ansatz werden solche Regelungen der Mitgliedstaaten von vornherein nicht als „Maßnahmen“ von dem Kontrollgegenstand erfasst, welche sich nur „hypothetisch“ auswirken können. Dies nimmt der Gerichtshof an, soweit die streitgegenständlichen Regelungen hinsichtlich ihrer beschränkenden Wirkung zu ungewiss und zu indirekt bzw. zu mittelbar erscheinen.¹⁸⁰⁹ Diese Rechtsprechung gilt auch für die Warenverkehrsausfuhrfreiheit gemäß Art. 35 AEUV.¹⁸¹⁰ Fraglich ist indes die Geltung der „Nicht-Modalitäten“ für alle anderen Grundfreiheiten in ihrer Auslegung als Beschränkungsverbote.

Abgesehen davon, dass sich die nur „hypothetische“ Wirkung mit Kriterien zur Prüfung des sog. „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ überschneidet, bestehen deutliche Parallelen zu der *Groenveld*-Rechtsprechung bei Art. 35 AEUV, nach der nur „spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme“ verbotene Maßnahmen darstellen. Das Kriterium der „Spezifität“ ist faktisch genau die umgekehrte Voraussetzung zu dem Begriff „ungewiss“ bzw. „indirekt“. In beiden Fällen ist jedoch unklar, wie diese Adjektive für die Beschränkungsprüfung konkretisiert werden können. Zuletzt hat der Gerichtshof in dem Urteil *Gysbrechts*¹⁸¹¹ ohnehin eine Relativierung der *Groenveld*-Rechtsprechung¹⁸¹² vorgenommen¹⁸¹³ und damit auch mittelbar die Konstruktion der „Nicht-Modalitäten“ infrage gestellt. Damit besteht nunmehr zwar eine gewisse Komplementarität bei der Auslegung von Art. 34 AEUV und Art. 35 AEUV¹⁸¹⁴, doch ist damit keine praktikable Definition zur Reduktion des Kontrollgegenstandes oder gar des Kontrollmaßstabes der Grundfreiheiten verbunden.

bb) Verknüpfung zur „gleichen rechtlichen und tatsächlichen Berührtheit“

Wie bereits ausgeführt (unter dem Aspekt des freiheits- und gleichheitsrechtlichen Maßstabes des subjektiven Rechts der Grundfreiheiten)¹⁸¹⁵ wird sowohl in der Entscheidung zur Rechtssache *Keck*¹⁸¹⁶ selbst als auch in weiteren Entscheidungen des

¹⁸⁰⁸ EuGH *Oebel* (C-155/80, EU:C:1981:177) Rn. 20; EuGH *Blesgen* (C-75/81, EU:C:1982:117) Rn. 9.

¹⁸⁰⁹ U. Brinker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 34 AEUV, Rn. 41; S. Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 42 Sept. 2010, Art. 34 AEUV, Rn. 65 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung in Fn. 2.

¹⁸¹⁰ S. Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 42 Sept. 2010, Art. 35 AEUV Rn. 9.

¹⁸¹¹ EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730) Rn. 40 bis 44.

¹⁸¹² EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253) Rn. 7.

¹⁸¹³ S. Leible/T. Streinz a.a.O. Art. 35 AEUV, Rn. 14 f.

¹⁸¹⁴ Ausdrücklich S. Leible/T. Streinz *ebd.* Art. 35 AEUV, Rn. 17.

¹⁸¹⁵ Kapitel 3 E. II. 5.

¹⁸¹⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

EuGH¹⁸¹⁷ neben der Typisierung einer Maßnahme als Modalität zusätzlich die Wirkung auf den Marktzugang als weitere Voraussetzungen genannt. Danach ist eine unterschiedslose Maßnahme nur dann als „Verkaufsmodalität“ oder „Verwendungsmodalität“ einzustufen, wenn diese Maßnahme den Absatz der in- und ausländischen Waren „rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise berührt“. Unklar ist allerdings, was der Gerichtshof mit der „gleichen Berührtheit“ meint. In Verbindung mit den Ausführungen in Randnummer 17 der *Keck*-Urteilsgründe¹⁸¹⁸ könnte dies einerseits bedeuten, dass hier zusätzlich zur typisierenden Einstufung als „Verkaufsmodalität“ eine materielle Vergleichsprüfung zur *Wirkungsintensität* hinsichtlich der möglichen Absatzbeschränkungen für in- und ausländische Produkte erfolgen muss, da der *Marktzugang* für ausländische Erzeugnisse eben nicht *stärker* behindert werden darf als für inländische. Dann wäre eine Vergleichsprüfung am Maßstab der Wirkungsweise der Regelung erforderlich, was bedeuten würde, dass sogar objektiv eine Ungleichbehandlung vorliegen dürfte, solange nur die Auswirkungen, z.B. hinsichtlich der Kostenparameter einer wirtschaftlichen Leistung, für in- und ausländische Wirtschaftsteilnehmer gleich sind. Damit wären diese also nicht „geeignet“ im Sinne der *Dassonville*-Formel den Warenverkehr zu behindern. Andererseits könnte diese Passage auch als Einschränkung der Reichweite der „bestimmten Verkaufsmodalität“ betreffend *diskriminierende Absatzregelungen*, d.h. unterschiedliche Maßnahmen, zu verstehen sein. Das würde bedeuten, dass der Gerichtshof für den Bereich der Verkaufsmodalitäten die Warenverkehrseinfuhrfreiheit gemäß Art. 34 AEUV, entsprechend der Konzeption der Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung, auf eine Funktion als Diskriminierungsverbot zurückgeführt hätte.¹⁸¹⁹ Dann käme es indessen lediglich auf eine Vergleichsprüfung im „klassischen Sinne“ an. Die Differenzierung zwischen unterschiedlich und unterschiedslos auf der Tatbestandsebene wäre damit obsolet.

b) Vergleich mit den Wettbewerbsregeln

Eine mit der *Keck*-Formel vergleichbare Reduktion des Kontrollgegenstandes findet keine Entsprechung in der Spruchpraxis von Kommission und Gerichtshof zu dem Kartell- oder Beihilfenrecht. Auch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „Spürbarkeit“ bei Art. 101, 102 AEUV, welches teilweise mit der *Keck*-Rechtsprechung¹⁸²⁰ bei

¹⁸¹⁷ EuGH *Dynamic Medien Vertriebs GmbH gegen Avides Media AG (Altersfreigabe)* (C-244/06, EU:C:2008:85) Rn. 29; EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland (Direktbelieferung von Krankenhäusern)* (C-141/07, EU:C:2008:492) Rn. 29; EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 33 bis 37; EuGH *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft gegen LIBRO Handelsgesellschaft mbH (Buchpreisbindung)* (C-531/07, EU:C:2009:276) Rn. 17; EuGH *golden shares VI* (C-543/08, EU:C:2010:669) Rn. 67; EuGH *Ker-Optika bt gegen ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet (Ker-Optika)* (C-108/09, EU:C:1010:725) Rn. 51; EuGH *Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik (golden shares VII)* (C-212/09, EU:C:2011:717) Rn. 64; EuGH *Valev Visnapuu gegen Kihlakunnansyyttäjä and Soumen valtio – Tullihallitus (Visnapuu)* (C-198/14, EU:C:2015:751) Rn. 103.

¹⁸¹⁸ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 17.

¹⁸¹⁹ So etwa Schlussanträge des Generalanwaltes Miguel Poiares Maduro EuGH *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212) Rn. 24 ff.

¹⁸²⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

den Grundfreiheiten über einen „De-minimes-Ansatz“ (z.B. Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Leclerc Siplec*¹⁸²¹) in Verbindung gebracht wird, beinhaltet keine Definition von nicht unter den wettbewerblichen Verbotstatbestand fallenden Maßnahmen, d.h. Verhalten von Unternehmen im Markt, sondern „Schwellenwerte“, welche im Wesentlichen durch Marktanteile bestimmt werden. Diese Konzeption von Marktanteilsschwellen passt konzeptionell indessen nicht zu den Grundfreiheiten, da Mitgliedstaaten im Bereich ihrer Regelungsbefugnisse i.d.R. über eine umfassende Autonomie und Macht verfügen, insbesondere bei der Gesetzgebung, und daher im Sinne der kartellrechtlichen Typologie per se als (demokratisch legitimierte) Monopolisten gelten. Vergleichbar wäre eher noch die aus dem common law bzw. dem U.S. amerikanischen Antitrustrecht herrührende *rule of reason*. Indessen folgt die *Keck*-Formel einer anderen Konzeption als die *rule of reason*. Während bei Letzterer im Rahmen der Wirkungsprüfung bereits auf der Ebene des Tatbestandes positive und negative Wirkungen einer beschränkenden Maßnahme auf den Wettbewerb gegeneinander abgewogen werden¹⁸²², sollen gemäß der *Keck*-Formel gerade ohne materielle Prüfung bzw. Abwägung bestimmte unterschiedslose Maßnahmen, eben die „Modalitäten“, dem Verbotstatbestand per se nicht unterliegen.

c) Dogmatischer Befund

Ein Vergleich der Funktionsweise der „Modalitäten“ bei den Grundfreiheiten mit den i.w.S. „Schwellenwerten“ („Spürbarkeit“) bei den Wettbewerbsregeln zeigt, dass die *Keck*-Formel eine Kombination aus Bereichsausnahme (Tatbestandsreduktion um Modalitäten) und Konkretisierung des gleichheitsrechtlichen Maßstabs (rechtlich und tatsächlich gleiche Berührtheit) darstellt und damit dogmatisch betrachtet sowohl den Kontrollgegenstand als auch den Kontrollmaßstab des Beschränkungsverbotes betrifft.

In einigen Schlussanträgen von Generalanwältinnen und Generalanwälten mehrten sich kritische Stimmen zu der *Keck*-Rechtsprechungslinie.¹⁸²³ Dementsprechend konzentriert sich der dogmatische Befund auf die konzeptionellen Implikationen der Modalitäten im Hinblick auf deren hier als notwendig erachteten Revision. Für eine Überwindung der Modalitäten-Rechtsprechung sprechen systematisch-strukturelle Argumente (dazu aa), die konzeptionelle Schwäche der Modalitäten (dazu bb), integrationspolitische Argumente (dazu cc) sowie teleologische Aspekte (dazu dd).

¹⁸²¹ Schlussanträge des Generalanwaltes Francis Geoffrey Jacobs EuGH *Leclerc-Siplec* (C-412/93, EU:C:1994:393) Rn. 34 ff.

¹⁸²² I. Brinker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 101, Rn. 48.

¹⁸²³ Schlussanträge der Generalwältin Christine Stix-Hackl EuGH *DocMorris* (C-322/01, EU:C:2003:147) Rn. 74 ff.; Schlussanträge des Generalanwaltes Francis Geoffrey Jacobs EuGH *Leclerc-Siplec* (C-412/93, EU:C:1994:393) Rn. 34 ff.; Schlussanträge des Generalanwaltes Francis Geoffrey Jacobs EuGH *Konsumentombudsmannen gegen De Agostini Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB (Agostini)* (C-34 bis 36/95, EU:C:1996:333) Rn. 95 ff.; Schlussanträge des Generalanwaltes Miguel Poiras Maduro EuGH *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212) Rn. 24 ff.; Schlussanträge des Generalanwaltes Yves Bot, EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2006:646) Rn. 101 ff.; Schlussanträge des Generalanwaltes Yves Bot, EuGH *Scotch Whisky Association u.a. gegen Lord Advocate und Advocate General for Scotland (Scotch Whisky)* (C-333/14, EU:C:2015:525) Rn. 54 ff.

aa) Systematisch-strukturelle Argumente für eine Revision

Im Zusammenspiel von Kontrollgegenstand, Kontrollmaßstab, Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit sind fünf systematisch-strukturelle Aspekte und Effekte der Modalitäten-Konzeption zu würdigen. Betreffend den Kontrollgegenstand stellen die Modalitäten erstens eine *Kategorie des Maßnahmentypus unterschiedslose Maßnahme* dar. Zweitens wirken die Modalitäten in der Struktur des Beschränkungstatbestandes faktisch als *ungeschriebene Bereichsausnahme*. Im Hinblick auf den Kontrollmaßstab setzt die *Keck-Formel* drittens an dem Merkmal der „Geeignetheit“ an (EuGH *Dassonville*)¹⁸²⁴ und *reduziert formal die Kontrolldichte*, ohne jedoch das Kriterium des Marktzugangs zu konkretisieren. Die „gleiche rechtliche und tatsächliche Berührtheit“ verortet die Modalitäten lediglich als Bezugspunkt für die Subsumtion der Verkaufsmodalitäten auf der Ebene des Kontrollgegenstandes. Betreffend die Ebene der Rechtfertigung bilden die Modalitäten viertens einen *Filter vor der Cassis-Formel* und erübrigen damit eine Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. In prozessualer Perspektive bedeutet die Modalitätenrechtsprechung fünftens eine *Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast für die passivlegitimierte Partei*, da ohne das Erfordernis eines materiellen Nachweises der schlüssige Vortrag zum Vorliegen einer Modalität genügt. Umfängliche Darlegungen, wie bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei den „zwingenden Erfordernissen“ bleiben der passivlegitimierten Partei, in der Regel einem Mitgliedstaat als Maßnahmenurheber, erspart.

Diese fünf strukturellen Aspekte verdeutlichen in ihrer Gesamtheit, dass das mit der *Keck-Rechtsprechung*¹⁸²⁵ betonte und in der Nachfolgerechtsprechung zu den Verwendungsmodalitäten fokussierte *Marktzugangskriterium* ohne eine Revision dieser formaljuristisch geprägten Konzeption von Modalitäten keiner stimmigen Kontur zugeführt werden kann, da die Modalitäten-Rechtsprechung als dogmatisch-konzeptioneller „Fremdkörper“ eine kongruente Struktur von Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab verhindert. Über die in der EuGH-Rechtsprechung zuletzt selbst erkennbare Relativierung von *Keck* hinausgehend sprechen bereits die hier ausgeführten strukturellen Argumente sowohl gegen die Übertragung der *Keck-Formel* von der Warenverkehrseinfuhrfreiheit auf andere Grundfreiheiten als auch dafür, die *Keck-Rechtsprechung* insgesamt zugunsten einer materiellen Wirkungsprüfung unter Fokussierung auf das Marktzugangskriterium zu revidieren.

bb) Argument der konzeptionellen Schwäche von Modalitäten

Über die zuvor bei aa) aufgeführten systematisch-strukturellen Argumente hinaus, spricht auch die konzeptionelle Schwäche von Modalitäten für eine Überwindung der *Keck-Rechtsprechung*. Jenseits der bereits theoretisch kaum leistbaren Abgrenzung von „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ und sog. produktbezogenen Maßnahmen bzw. von bloßen „Umfeldregelungen“ oder „Verwendungsmodalitäten“ gegenüber beschränkenden unterschiedslosen Maßnahmen, bleibt fraglich, wie die „Neutralität“ einer Maß-

¹⁸²⁴ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

¹⁸²⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

nahme in Bezug auf die vielfältigen Parameter von Marktprozessen im transnationalen Wettbewerb durch einen rein rechtlichen Begriff erfasst werden soll. Auch eine Konkretisierung des Marktzugangskriteriums ist damit nicht möglich. Ganz im Gegenteil, gerade Modalitäten sind in der Lage, betrachtet man ihre tatsächlichen Wirkungen auf den potentiellen Wettbewerb, den Marktzugang evident zu beschränken¹⁸²⁶ (siehe hierzu im Detail Kapitel 6 A. III.). Dies gilt auch für den Begriff der „Absatzmodalitäten“ (Vertriebsregelungen), da Waren stets zum Verkauf „bestimmt“ sind und daher alle staatlichen Maßnahmen - Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte etc. – welche „bestimmte“ Verkaufsbedingungen als Vertriebsbeschränkung ausgestalten zumindest potenziell auf den Wettbewerb wirken. Dies gilt insbesondere bei entsprechender Marktengde bzw. hoher Produktdiversifikation, weil sich dort solche Regelungen auf die Vermarktungschancen in der strategischen Dimension des Wettbewerbs auswirken können. Gerade vor dem Hintergrund der möglichen Beeinflussung nationaler Gesetzgebung durch Lobbyisten (siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 6 zu „politischen Märkten“¹⁸²⁷) können die sogenannten „Modalitäten“ als „Schutzschirm“ für solche staatlichen Regelungen wirken, welche einige Wirtschaftsteilnehmer strategisch im Wettbewerb schwächen und dadurch andere (im Zweifel die der Lobbyisten) stärken. Mit den „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ werden solche strategischen Wirkungen von unterschiedslosen Maßnahmen kategorisch von der grundfreiheitlichen Kontrolle ausgenommen, da „Modalitäten“ das Ergebnis einer typisierenden Fallgruppenbildung darstellen, welche die strategischen Wirkungen derselben ausblenden.¹⁸²⁸ Auch die Eingrenzung auf „rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise den Absatz berührende Maßnahmen“ kann diese Schwäche des typisierenden Modalitätenkriteriums nicht relativieren, da auch dieser „Formel“ bislang eine praktisch handhabbare Konkretisierung fehlt. *Peter-Christian Müller-Graff* hat die *Keck*-Formel daher treffend als „wertungsverdeckende Ergebnisformel“ bezeichnet.¹⁸²⁹

Eine Fortführung der *Keck*-Rechtsprechung erscheint wenig sinnvoll, da ihre bei der Warenverkehrsfreiheit bestehende konzeptionelle Schwäche bei den anderen Grundfreiheiten perpetuiert würde. Überdies wendet der Gerichtshof die „Modalitäten“ nicht bei der Warenausfuhrfreiheit, Art. 35 AEUV, an. D.h. auch die sich bei allen Grundfreiheiten stellende Frage der Kontrolldichte des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot für Sachverhalte der Marktaustrittsbeschränkung (Grundfreiheiten als „Wegzugsfreiheiten“), würde mit der Übertragung der *Keck*-Formel keiner sinnvollen Lösung zugeführt. Überdies passen die Modalitäten bereits ihrer Konzeption nach nicht auf die relevanten Marktbedingungen der Personenverkehrsfreiheiten, Art. 43 AEUV und Art. 49 AEUV, und der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV.

¹⁸²⁶ So explizit auch Generalanwalt Yves Bot in seinen Schlussanträgen zu der Rechtssache EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2006:646).

¹⁸²⁷ Kapitel 6 A. II. 1. a) bb) (2) Strategischer Protektionismus und politische Märkte.

¹⁸²⁸ *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EWG-Kommentar (1991), Art. 30, Rn. 252.

¹⁸²⁹ *P.-C. Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.) EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 49 AEUV, Rn. 62.

cc) Integrationspolitische Argumente (dynamische Auslegung)

Für eine Revision der „Modalitäten“ i.S.d. *Keck*-Rechtsprechung sprechen neben den zuvor bei aa) und bb) getroffenen Feststellungen auch integrationspolitische Argumente, welche gemäß dem aktuellen Stand der Integration nach Lissabon im Wege der dynamischen Auslegung zu berücksichtigen sind. Der historische Rückblick in die 1990er Jahre verdeutlicht, dass mit der *Keck*-Rechtsprechung politische Rahmenbedingungen zu berücksichtigen waren, welche aus heutiger Sicht nur noch eingeschränkt gelten bzw. im veränderten Kontext des Unionsrechts nach dem Vertrag von Lissabon anders zu bewerten sind.

Der *Keck*-Rechtsprechung liegen nach den Erwägungen des Gerichtshofs im Wesentlichen *rechtspolitische* Motive zur Reduktion des weiten Verbotstatbestandes der Warenverkehrseinfuhrfreiheit zugrunde¹⁸³⁰ (siehe bereits oben bei a)). Zur Urteilsbegründung wurde insbesondere die Prozessökonomie, „hohe Zahl der Fälle“, und die Rücksichtnahme gegenüber den Mitgliedstaaten im Bereich der nationalen Wirtschafts-gesetzgebung ausdrücklich in Bezug genommen und darauf abgestellt, dass nicht jede Maßnahme, welche die wirtschaftliche Handlungsfreiheit einschränkt, unionsrechtlich relevant sein soll bzw. darf. Hierbei ist zu sehen, dass die Urteilsfindung im Kontext der kontroversen *Maastricht*-Debatte sowie der engagierten, aber nicht minder umstrittenen Etablierung der Europäischen Währungsunion erfolgte.¹⁸³¹ In dieser politisch diffizilen Gemengelage zwischen europapolitischen Interessen an weiteren Integrationsschritten einerseits und den nationalen Interessen zur Gestaltung der „eigenen“ Märkte andererseits, war es eine nachvollziehbare Strategie des EuGH über eine deutlich sichtbare, ja interessengeleitete Reduktion der grundfreiheitlichen Kontrolldichte den gemeinsamen Weg aller Mitgliedstaaten zu einer Währungsunion sowie einer daran anschließenden politischen Union nicht zu gefährden.

Anders als in den 1970er und 1980er Jahren, hier waren u.a. die integrationsforcierende sog. Binnenmarktstrategie und die Einheitliche Europäische Akte zentrale Instrumente, stand Anfang der 1990er Jahre vordergründig nicht mehr die Überwindung von mitgliedstaatlichem Protektionismus oder eine rasche Liberalisierung im Fokus. Vielmehr geriet das Spannungsverhältnis von supranationaler Union und (noch) souveränen Mitgliedstaaten zunehmend in das Blickfeld. Dies zeigte sich beispielsweise in Deutschland betreffend die Frage der „legitimen Reichweite“, insbesondere des Anwendungsvorrangs des supranationalen Europarechts im Verhältnis zu nationalen Verfassungen, unter anderem in der sog. *Solange-Rechtsprechung* des Bundesverfassungsgerichtes.¹⁸³² Neben Diskussionen zur Europäischen Identität, zur Identität der Mitgliedstaaten oder

¹⁸³⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 14.

¹⁸³¹ Zusammenfassend betr. die Konferenz der Mitgliedstaaten im niederländischen Maastricht 1991 zur künftigen Architektur Europas, A. Hatje/ S. von Förster, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR* Band 1, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (2014), § 6, S. 321, Rn. 36 – 38. Siehe auch die Schlussfolgerung zur ausführlichen Analyse der *Keck*-Rechtsprechung bei K. Hammer, *Handbuch zum freien Warenverkehr* (1998), S. 239 f.

¹⁸³² Hierzu in der Reflexion zu unterschiedlichen „Auffassungen von Verfassung“ G. Nicolaysen, *Der Streit zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof*, in: Bruha/Hesse/Nowak (Hrsg.), *Welche Verfassung für Europa?* (2001), S. 91 ff.

zu dem neuen Unionsbürgerstatus – Einführung der Unionsbürgerschaft mit dem Vertrag von Maastricht – standen überdies die Themen Demokratie(-defizit) und mitgliedstaatliche Kompetenzen im Mittelpunkt des europapolitischen Diskurses. Die vielerorts artikulierten divergierenden Interessen konnte der Gerichtshof bei der Auslegung der Warenverkehrsfreiheit nicht ignorieren, wollte er seine eigene Position und die Akzeptanz seiner Rechtsprechung nicht in Frage stellen. Zumal eine durchaus nicht unprekäre Kompetenzdebatte geführt wurde, welche insbesondere auch durch das *Maastricht-Urteil* des Bundesverfassungsgerichts sowie ähnliche Entscheidungen anderer Verfassungsgerichte befördert wurde. Insoweit schien es legitim, für einen gewissen Zeitraum der integrationspolitischen „Instabilität“ eine richterrechtliche „Notbremse“ zu ziehen. Eine solch integrationspolitisch intendierte Rechtsprechung darf aber bereits ihrer Natur nach nur als Interimslösung gelten, zumindest muss sie teleologisch an der heutigen Verfassungswirklichkeit und den gesellschaftspolitischen Verhältnissen nach der Vertragsrevision von Lissabon gemessen werden. Soweit also der EuGH auf die hohe Zahl der Fälle einer Inanspruchnahme der Warenverkehrsfreiheit zur Überwindung mitgliedstaatlicher Regelungen als maßgebliche Begründung für die Reduktion der Kontrolldichte in seiner Urteilsbegründung zu *Keck* abstellt¹⁸³³, ist ersichtlich, dass unter Berücksichtigung des aktuellen Standes der Integration zu dem Zeitpunkt der Entscheidungsfindung (1991-1993) primär rechtspolitische Erwägungen maßgeblich waren.¹⁸³⁴ Aus der heutigen Perspektive betrachtet bedeutet dies, dass angesichts veränderter politischer Verhältnisse und der neuen Vertragsarchitektur von EUV und AEUV diese Begründung an Stichhaltigkeit erheblich eingebüßt hat. Umso mehr sollte das mit den „Modalitäten“ der *Keck*-Rechtsprechung¹⁸³⁵ 1993 installierte Verfahren eines *judicial self restraint* im Lichte der Vertragsrevision von Lissabon (2009) zugunsten einer funktionalen Methode in eine neue Richtung gelenkt werden, welche den Individualrechtsschutz vermehrt berücksichtigt.

dd) Teleologische Argumente aus der Wertverfassung

Über die zuvor erörterte integrationspolitisch fundierte Notwendigkeit einer verstärkten Berücksichtigung von i.w.S. Effizienzgesichtspunkten des Individualrechtsschutzes bei der Konturierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens hinausgehend, ist als weiterer Aspekt für eine Revision der Modalitätenrechtsprechung die Werteverfassung der Union (siehe Kapitel 3 B. und C.) einzubeziehen.

Die Entwicklung der Unionsteleologie geht immer deutlicher dahin, auf die Bedeutung des Einzelnen abzustellen.¹⁸³⁶ Die mit dem Vertrag von Lissabon vorgenommene Weichenstellung, den Begriff der „Grundsätze“ des Gemeinschaftsrechts durch den Be-

¹⁸³³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 14.

¹⁸³⁴ Deutlich sichtbar aus dem gesamten Umfeld der Entscheidung sowie aus Schlussanträgen von Generalanwälten in anderen Verfahren, vgl. K. Hammer, Handbuch zum freien Warenverkehr (1998), S. 92-105.

¹⁸³⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁸³⁶ So ausdrücklich J. P. Terhechte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 41 Juli 2010, Art. 3 EUV, Rn. 24.

griff der „Werte“ zu ersetzen, erhebt Letztere zum leitenden Gedanken des Unionsrechts.¹⁸³⁷ *Meinhard Hilf* und *Frank Schorkopf* stellen hierzu ausdrücklich fest, dass sich die Unionsrechtsordnung mit Art. 2 AEUV weiter ausdifferenziert, „indem sie im Ergebnis die Auslegung und Anwendung des Rechts am Maßstab von Grundsätzen oder Prinzipien einfordert“.¹⁸³⁸ Im Kontext des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes geht es hierbei, wie in Kapitel 3 mit der Herleitung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes gezeigt wurde, insbesondere um die verfassungsrechtlich fundierte Notwendigkeit einer Berücksichtigung der Wertgehalte von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit in der Zusammenschau mit dem Binnenmarktziel und dem Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, vgl. Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV. Wenngleich diese Werte in ihren auf den Binnenmarkt bezogenen Maßstäben für die teleologische Auslegung der subjektiv-rechtlichen Grundfreiheiten einer weiteren Konkretisierung bedürfen, haben bereits die prinzipiellen Betrachtungen in Kapitel 3 gezeigt, dass etwa der Aspekt der Chancengleichheit, bezogen auf den Binnenmarkt die *Marktgerechtigkeit i.w.S.*, bei der Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes angemessen zu berücksichtigen ist. Dies bedeutet, dass verbliebene mitgliedstaatliche Kompetenzen bzw. Regelungsbefugnisse betreffend die nationalen Märkte in einem „Europa der Bürger“ nicht a priori, d.h. insbesondere nicht via „Modalitäten“ als Bereichsausnahmen von Grundfreiheiten, die wirtschaftlichen Freiheits-, Gleichheits- und Gerechtigkeitsgehalte der Einzelnen überwiegen dürfen. Dem steht aber die Ratio der *Keck*-Rechtsprechung entgegen, denn eben dort stützt der EuGH in Randnummer 14 seine Entscheidung mit der Bezugnahme auf eine „Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit“.¹⁸³⁹ In systematisch-teleologischer Sicht jedoch ist diese im Jahr 1993 gefundene Begründung von nicht justiziablen „Modalitäten“ heute im Lichte des aktuellen Standes der Integration unter Berücksichtigung eines auf transnationale wirtschaftliche Beziehungen und deren zivilrechtlichen Grundlagen bezogenen Gerechtigkeitsgedankens¹⁸⁴⁰ nicht mehr haltbar.

Auch das Argument, dass die mitgliedstaatlichen Normen selbst in einem angemessenen Wettbewerb zueinander stünden, im Sinne des *Systemwettbewerbs* bzw. Wettbewerbs der Systeme¹⁸⁴¹, darf am Maßstab der Individualgerechtigkeit nicht dazu führen, dass „staatlicher Wettbewerb“ regelhaft zu Lasten des Einzelnen geht, indem nationales Recht über formal definierte „Modalitäten“ der grundfreiheitlichen Kontrolle entzogen wird. Denn die Kodifikation von Gleichheit, Freiheit und Gerechtigkeit, Art. 2 EUV, er-

¹⁸³⁷ *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 41 Juli 2010, Art. 2 EUV, Rn. 11

¹⁸³⁸ *M. Hilf/F. Schorkopf*, ebd. Rn. 11.

¹⁸³⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 14.

¹⁸⁴⁰ Siehe hierzu grundsätzlich in Bezug auf ein systematisches Funktionsdefizit des Marktes sowie zu Allokations- und Verteilungsoptimum als Aspekte der Gerechtigkeit *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 195 und S. 101 ff.

¹⁸⁴¹ Insbesondere die komplexe und ungelöste Systemfrage des Verhältnisses von mitgliedstaatlichen Kompetenzen bzw. Regulierungsinteressen zu wirtschaftlichen Mobilitätsinteressen der Wirtschaftssubjekte und Unionsbürgern in der Kollision zweier nationaler Rechtssysteme. Zu den integrationspolitischen Aspekten des Systemwettbewerbs, *P. Bernholz*, *Kompetenzordnung und Systemwettbewerb in der Europäischen Union*, in: Bruha/Nowak (Hrsg.), *Die Europäische Union nach Nizza* (2003), S. 85 ff.

fordert angesichts ihrer Koppelung mit dem Binnenmarktziel sowie mit dem Leitbild einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“, Art. 3 Abs. 3 EUV, eine Prinzipienbasierte Erstreckung eben dieser Werte auf die binnenmarktbezogenen Grundfreiheiten, welche über Art. 2, 3. Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV geboten ist (vgl. Kapitel 3). Um also den Aspekt der Marktgleichheit bzw. der Chancengleichheit im Wettbewerb im subjektiven Rechtsschutz erfassen zu können, muss die faktische Bereichsausnahme der *Keck*-„Modalitäten“ aufgegeben und durch eine an konkreten wettbewerbsökonomischen Parametern orientierte Wirkungsanalyse für das Marktzugangskriterium ersetzt werden. Anstelle einer formal typisierenden und damit viel zu groben Unterscheidung zwischen „Modalitäten“ und produktbezogenen Regelungen sind Subsumtionskriterien erforderlich, welche der wirtschaftlichen Realität hoch diversifizierter Märkte über feinmaschige Variablen gerecht werden. Anstelle kaum noch überschaubarer Fallgruppenbildungen kann sodann zur Vereinfachung der Praxis auf eine an Marktverhältnissen orientierte Typisierung von Wettbewerbssituationen zurückgegriffen werden, wie sie im Kartellrecht mit den GVO bekannt sind. Denn trotz der geäußerten Kritik zu den GVO als „straight jacket“ („Zwangsjacken“), wären diese gegenüber der jetzigen Handhabung der *Keck*-Formel immer noch deutlich weniger „zwanghaft“ als nicht definierbare Modalitäten, abgesehen davon, dass diese auch ein erhebliches Maß an Rechtssicherheit bieten, was von den „Modalitäten“ gemäß *Keck* nicht behauptet werden kann. Unionsteleologisch schließlich spricht gegen die Konzeption von formaljuristisch determinierten Bereichsausnahmen via Modalitäten im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung, dass sie die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen mitgliedstaatlichen Regelungsinteressen und privatwirtschaftlichen (Marktfreiheits-)Interessen in einen formal determinierten Begriff verlagert und eine umfassende Abwägung im Einzelfall unter Berücksichtigung von Aspekten der Marktgleichheit und Chancengleichheit verhindert.¹⁸⁴²

Das von dem Gerichtshof mit *Cassis*¹⁸⁴³ und *Keck*¹⁸⁴⁴ verfolgte Anliegen, bloße „Unbequemlichkeiten“ oder marginale Erschwernisse der transnationalen wirtschaftlichen Mobilität von der grundfreiheitlichen Kontrolle auszunehmen, ist seit *Dassonville*¹⁸⁴⁵ der wesentliche Aspekt bei der Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot. Diese Herkulesaufgabe gilt es nach über 35 Jahre lang andauernden Versuchen einer Eingrenzung des grundfreiheitlichen Verbotsmaßstabes nunmehr unter Emanzipation von formalen Ansätzen systemisch und funktional-wettbewerbsökonomisch anzugehen. Hier besteht unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten die Notwendigkeit eine inhaltliche Konzeption und eine dieser folgende Prüfungsstruktur für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot zu entwickeln, welche es ermöglicht, im nationalen Rechtsstreit die Beschränkung des Marktzutritts und/oder Marktaustritts auf der

¹⁸⁴² Hierauf hat u.a. *Peter-Christian Müller-Graff* unter Bezugnahme auf die bereits vor dem *Keck*-Urteil maßgebliche Rechtsprechung zur Eingrenzung des weiten Beschränkungstatbestandes hingewiesen, siehe *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 28, Rn. 249 a.E. und Rn. 260-262.

¹⁸⁴³ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

¹⁸⁴⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁸⁴⁵ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

Basis ökonomisch relevanter Variablen darzulegen und beweisen zu können.¹⁸⁴⁶ Denn ein wettbewerbsökonomisch fundierter Begriff, wie der des Marktzugangs, lässt sich systemlogisch weder abstrakt noch formaljuristisch definieren, geschweige denn ausschließlich unter rechtlichen Gesichtspunkten prüfen.

ee) Zusammenfassung

Der mit der *Keck*-Rechtsprechung etablierte Maßnahmentypus „unterschiedsloser Maßnahmen“ als „Modalitäten“¹⁸⁴⁷ bedarf aus systematisch-struktureller, dogmatisch-konzeptioneller, integrationspolitischer und teleologischer Perspektive einer Revision. Erstens sollte die Bereichsausnahme der Modalitäten zugunsten einer funktional an Marktprozessen ausgerichteten materiellen Wirkungsprüfung aufgegeben werden.¹⁸⁴⁸ Zweitens kann das Kriterium der „tatsächlich und rechtlich gleichen Berührtheit“ zur Konkretisierung des Kontrollmaßstabes in der marktgleichheitsrechtlichen Perspektive von Marktzutritt und Marktaustritt herangezogen werden.¹⁸⁴⁹ Drittens lässt sich die *Keck*-Rechtsprechung als Beweislastregel in die Prüfung der Beschränkung von Marktzutritt /Marktaustritt integrieren.¹⁸⁵⁰

3. Friktionen der formalen Differenzierung staatlicher vs. privater Maßnahmen

Im Zweiten Teil der Untersuchung haben die Ausführungen zur komplementären staatlichen und privaten Marktverantwortung in der Abgrenzung von wettbewerblichem und grundfreiheitlichem Beschränkungsverbot gezeigt¹⁸⁵¹, dass eine formaljuristische Unterscheidung von hoheitlichen und privaten Maßnahmen, also eine Bestimmung des „Anwendungsbereichs“ der Grundfreiheiten anhand der Rechtssubjektqualität des Normadressaten als Staat oder Privat, weder dogmatisch konsequent möglich noch praktisch hinreichend durchführbar ist.

Die sich bei einem Verzicht auf eine formale Unterscheidung von staatlichen und privaten Maßnahmen stellende Folgefrage einer direkten Anwendung der Wettbewerbsregeln auf hoheitliche Maßnahmen sowie hierzu invers einer direkten Anwendung der Grundfreiheiten auf privates Verhalten, wurde dogmatisch-konzeptionell mit der Gegenüberstellung der Anwendungsbereiche von Art. 106 Abs. 1 AEUV, Entzugstatbeständen und horizontaler Direktwirkung der Grundfreiheiten umfassend erörtert.¹⁸⁵² Dort hat sich an der Schnittstelle von Entzugstatbeständen und horizontaler Direktwirkung der Grundfreiheiten, welche jeweils den Kontrollgegenstand der Wettbewerbsregeln (Entzugstatbestände bei hoheitlichen „Umgehungsmaßnahmen“) und der Grundfreiheiten (horizontale Direktwirkung bei privaten Maßnahmen mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht) erweitern, gezeigt, dass über eine klare Zuordnung von Verant-

¹⁸⁴⁶ Kapitel 6 A. III.

¹⁸⁴⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

¹⁸⁴⁸ Kapitel 6 A. II. und III.

¹⁸⁴⁹ Kapitel 6 A. II. 1. a) cc).

¹⁸⁵⁰ Kapitel 6 A. III.

¹⁸⁵¹ Kapitel 4 B. III. und C.

¹⁸⁵² Kapitel 4 B. III.

wortungsbereichen im Wege einer funktional-wettbewerbsökonomischen Abgrenzung der Kontrollgegenstände in der Unterscheidung von Wirkungen *auf* den Markt (vertikale Machtkontrolle) und Wirkungen *im* Markt (horizontale Machtkontrolle) eine kongruente dogmatische Konzeption besteht.

Der Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten erfasst in funktional-wettbewerbsökonomischer Interpretation – analog zu dem funktionalen Unternehmensbegriff bei den Wettbewerbsregeln - *einseitige, nicht-unternehmerische Handlungen von Rechts-subjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht* (funktionaler Maßnahmenbegriff). Dieser funktionale Maßnahmenbegriff ist mit der Unterscheidung von unternehmerisch (Wettbewerbsregeln) und nicht-unternehmerisch (Grundfreiheiten) nicht versucht, das in den Mitgliedstaaten höchst heterogen ausgestaltete Verhältnis von Staat und Privat unter formalrechtlichen Gesichtspunkten zu „ordnen“. Vielmehr wird mit Blick auf die durch das unionsrechtliche Beschränkungsverbot geschützte transnationale Mobilität allein auf die wettbewerbsökonomisch relevante Konstruktion und Wirkung einer unternehmerischen (horizontalen) oder nicht-unternehmerischen (vertikalen) Maßnahme auf den wettbewerblich organisierten Marktprozess abgestellt.

Dementsprechend ist eine Maßnahmentypisierung im Wege einer formalen Differenzierung von staatlichen und privaten Maßnahmen, also eine Unterscheidung nach der Rechtssubjektqualität des Maßnahmenurhebers als staatlich oder privat, aus den in Kapitel 4¹⁸⁵³ bereits ausgeführten Gründen nicht erforderlich. Insoweit ist für die Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote festzustellen, dass mit einer funktionalen Maßnahmenqualifikation (siehe hierzu Kapitel 6 A. I.) sowie einer funktional-wettbewerbsökonomischen Prüfung von Beschränkungen der Mobilität (vgl. Kapitel 6 A. II. und III. Mobilitätsbeschränkungsanalyse) nicht die Gefahr besteht, dass die systemisch-institutionellen Vorgaben der Interessen-Trias¹⁸⁵⁴ verletzt würden. Dies setzt allerdings voraus, dass die Interessen der Mitgliedstaaten im Rahmen einer umfassenden Abwägung hinreichend berücksichtigt werden. Hierfür wird in Kapitel 6 (siehe dort C.) eine dementsprechend aufgewertete Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgestellt, bei der im Wege einer Werte und Allgemeininteressen als „externe Kosten“ berücksichtigenden Kosten-Nutzen-Analyse eine ausführliche und „ökonomisierte“ Abwägungsprüfung erfolgt.

4. Widerspruch von Free Movement und territorialer „Grenzüberschreitung“

Anknüpfend an die grundlegenden Ausführungen zu der prinzipiellen Bedeutung des Free Movement-Konzepts und dessen objektiv-rechtlichen Verkörperung in dem unionsrechtlichen Beschränkungsverbot¹⁸⁵⁵, betrifft die Auslegung des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ einen Kernbereich der grundfreiheitlichen Dogmatik. Für eine subjektiv-rechtlich adäquate Umsetzung des Free Movement Konzepts ist es daher erforderlich, die physische, geographisch-territoriale Sichtweise von „Grenzüberschrei-

¹⁸⁵³ Kapitel 4 B. III. 2.

¹⁸⁵⁴ Kapitel 1 B. I. 3. und zuvor B. I.

¹⁸⁵⁵ Kapitel 3 A. I. und F. III.

tung“ zu überwinden. Hiervon ausgehend wird nachfolgend die „Grenzüberschreitung“ in der geltenden dogmatischen Konzeption dargestellt (a)) und der Auslegung von Zwischenstaatlichkeit bei den Wettbewerbsregeln gegenübergestellt (b)). Anschließend wird die Notwendigkeit einer funktional-wettbewerbsökonomischen Revision begründet (c)).

a) *Dogmatische Konzeption der „Grenzüberschreitung“*

Nach der geltenden Konzeption bestimmt das Kriterium „grenzüberschreitender Sachverhalt“ den sog. *Anwendungsbereich des Unionsrechts*. Im Schrifttum kommt dies bei den Grundfreiheiten in der Benennung als sog. Anwendungsvoraussetzung zum Ausdruck.¹⁸⁵⁶ Damit wird deutlich, dass die Grundfreiheiten nach verbreiteter Auffassung nicht die allgemeine wirtschaftliche Handlungsfreiheit schützen, sondern nur die *grenzüberschreitende* wirtschaftliche Betätigung im Binnenmarkt.¹⁸⁵⁷ Für diese Argumentation wird vor allem auf den Wortlaut „zwischen den Mitgliedstaaten“ rekurriert.¹⁸⁵⁸ Soweit das Kriterium als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten¹⁸⁵⁹ oder teilweise sogar im Sinne eines Tatbestandsmerkmals¹⁸⁶⁰ verstanden wird, gilt als erforderlich, dass der streitgegenständliche Sachverhalt tatsächlich über das physisch zu betrachtende Territorium eines Mitgliedstaates hinausreicht. Anhand welcher Kriterien dies zu prüfen ist bzw. ab welchem „Schwellenwert“ von einem derart grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Sachverhalt auszugehen ist, wird wiederum kontrovers beurteilt.¹⁸⁶¹

Hinsichtlich der subjektiv-rechtlichen Umsetzung der Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot und der Konkretisierung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten ist in den Blick zu nehmen, dass sich die Bestimmung des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ und die Definition des Marktzutrittskriteriums überschneiden. Dies wird besonders deutlich bei einer Betrachtung von Fallkonstellationen in denen nach der geltenden Interpretation betreffend eines *nicht physisch mobilen Wirtschaftssubjektes* ein sog. Inlandssachverhalt angenommen wird, wie etwa im klassischen Fall der EuGH-Entscheidung zum *Reinheitsgebot für Bier*.¹⁸⁶²

¹⁸⁵⁶ Siehe zu der Einordnung des „grenzüberschreitenden Bezugs“ in die Struktur der Grundfreiheiten S. Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 33. Ebenso zu der Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel bei Art. 101 AEUV, H. Schröter/P. Voet van Vormizeele, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 101, AEUV, Rn. 190.

¹⁸⁵⁷ W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten (2012), S. 108 f. Rn. 273 und Rn. 276/277 m.w.N. aus dem Schrifttum.

¹⁸⁵⁸ So ausdrücklich D. Ehlers, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009), S. 219, Rn. 23.

¹⁸⁵⁹ T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 16.

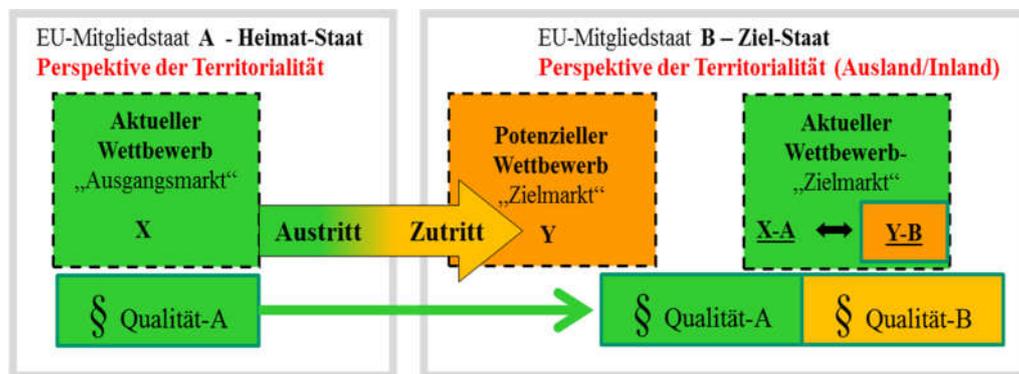
¹⁸⁶⁰ So ausdrücklich U. Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 34 AEUV, Rn. 19.

¹⁸⁶¹ Dem muss hier dem Zweck der dogmatischen Analyse entsprechend im Detail nicht weiter nachgegangen werden. Siehe zu den unterschiedlichen Ansätzen der Interpretation im Überblick bei S. Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34, Rn. 33 sowie W. Frenz, a.a.O. (2012), S. 108 ff. Rn. 273 ff.

¹⁸⁶² EuGH *Reinheitsgebot für Bier* (C-178/84, EU:C:1987:126).

Der Sachverhalt dieser EuGH-Entscheidung steht exemplarisch für die Situation, dass ein „Inländer“ (z.B. Y im Mitgliedstaat B, dem sog. *Heimatstaat*) mit einem ausländischen Konkurrenten (z.B. X aus Mitgliedstaat A, dem sog. *Herkunftsstaat*) auf dem aus Sicht von Y heimischen Markt in Mitgliedstaat B konfrontiert wird. Aus Sicht von X handelt es sich um den sog. *Zielstaat* und in der wirtschaftlichen Betrachtung um einen *Zielmarkt*. Legitimiert über das sog. *Herkunftsprinzip* bzw. das *Prinzip der gegenseitigen Anerkennung* (EuGH *Cassis*) und via Geltung des *Anwendungsvorrangs*, ist das Wirtschaftssubjekt X in der Lage, für seine wirtschaftliche Leistung, sei es ein Produkt, eine Dienstleistung oder die Niederlassung einer Gesellschaft, gemäß den rechtlichen Regelungen seines Heimatstaates die wirtschaftliche Leistung im Zielmarkt (in Mitgliedstaat B) zu gestalten. Kurz gesagt, X kann seinen Status und sein Heimatrecht aus dem Mitgliedstaat A in den Zielmarkt „mitnehmen“. Wenn er dies nicht möchte, kann er sich aber ebenso, und zwar autonom und freiwillig, für die Vorgaben des Rechts des Zielstaates B entscheiden. So kommt es zu der Konstellation, dass in einem sachlich und örtlich relevanten Markt eines Mitgliedstaates – hier B – ein Wirtschaftssubjekt – hier X aus Mitgliedstaat A – faktisch (d.h. nicht durch die Regelungen von Kollisionsrecht (IPR)) gleichsam eine freie Rechtswahlmöglichkeit für das Recht von Mitgliedstaat A oder B hat. Demgegenüber unterliegt das konkurrierende, physisch immobile Wirtschaftssubjekt Y in dem Mitgliedstaat B uneingeschränkt sowie ohne jegliche Rechtswahlmöglichkeiten zwingend den Regelungen seines Heimatstaates B.

Abbildung-12: Abstrakt-schematische Darstellung des Sachverhaltes EuGH *Reinheitsgebot für Bier*.



© Marco Keser

Der „grenzüberschreitende Sachverhalt“ wird gemäß der geltenden Konzeption nur aus der Perspektive eines den Marktaustritt aus dem Heimatstaat und den Marktzutritt in einem Zielstaat verfolgenden Wirtschaftssubjektes (im obigen Beispiel X aus A) angenommen, nicht aber aus der Perspektive des Wirtschaftssubjektes, welches sich bereits im Zielmarkt befindet (im obigen Beispiel Y in B).

Sofern also das Recht des Zielmarktes (im obigen Beispiel das Recht in Mitgliedstaat B), z.B. für die Qualität von Produkten oder für die Erbringung von Dienstleistungen höhere oder andere Anforderungen an die wirtschaftliche Leistung stellt als das Recht des Herkunftsstaates (im obigen Beispiel das Recht in Mitgliedstaat A), wird aus der Sicht des nicht physisch mobilen Wirtschaftssubjektes (im Beispiel Y in B) von dem Fall einer sog. Inländerdiskriminierung bzw. eine *discrimination à rebours* respektive umgekehrten Diskriminierung gesprochen. Dogmatisch-konzeptionell bedeutet dies, dass sich „Grenzüberschreitung“ und „Marktzutritt“ faktisch zu einem Merkmal der Erfassung physischer Mobilität verbinden, wobei die Wettbewerbsverhältnisse im potenziellen Wettbewerb, welche bereits ohne physische Mobilität transnational sind, nicht beachtet werden.

Die Rechtsprechung des EuGH befindet sich hierzu im Fluss und bietet im Detail ein buntes Kaleidoskop an Argumenten bezüglich des grenzüberschreitenden Sachverhaltes. So hat der Gerichtshof bereits in dem *Keck*-Urteil 1993¹⁸⁶³ sowie später 1997 in der Entscheidung zu der Rechtssache *Pistre*¹⁸⁶⁴ das Kriterium des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ sehr weit ausgelegt. In Folgeentscheidungen, wie etwa in der Rechtssache *Karner*¹⁸⁶⁵ unter Bezugnahme auf die Rechtssache *Guimont*¹⁸⁶⁶, hat der EuGH diesen Ansatz fortgeschrieben. Unter Berücksichtigung des Kooperationsverhältnisses zu den nationalen Gerichten stellte der EuGH 2012 u.a. in den Entscheidungen zu den Rechtssachen *Susisalo u.a.*¹⁸⁶⁷ und *Duomo Gpa*¹⁸⁶⁸ sodann ausdrücklich darauf ab, dass selbst bei einem rein auf das Inland beschränkten Sachverhalt eine Antwort des Gerichtshofs auf eine Vorlagefrage für das vorlegende Gericht „von Nutzen sein kann“, wenn das nationale Recht dem Inländer die gleichen Rechte zuerkennt, die einem EU-Ausländer zustünden, wenn er von dem Unionsrecht Gebrauch machte.

Beispiel EuGH *Susisalo u.a.*¹⁸⁶⁹: Streitgegenständlich ist eine nationale Regelung in Finnland betreffend die Erlaubnis zum Betreiben von Apotheken, mit unterschiedlichen Voraussetzungen, je nachdem ob es sich um eine private Apotheke oder um eine solche der Universität Helsinki handelt. Fraglich ist, welche Vertragsverhältnisse im potentiellen Wettbewerb relevant sind.

Beispiel EuGH *Duomo Gpa*¹⁸⁷⁰: Streitgegenständlich ist eine nationale Regelung in Italien, welche für die Übertragung öffentlicher Dienstleistungen, konkret die Aufgabe zur Abrechnung, Festsetzung und Betreibung von Abgaben und sonstigen Einnahmen,

¹⁸⁶³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁸⁶⁴ EuGH *Strafverfahren gegen Jacques Pistre u.a. (Pistre u.a.)* (C-321 bis 324/91 EU:C:1997:229) Rn. 44/45.

¹⁸⁶⁵ EuGH *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH gegen Troostwijk GmbH (Karner)* (C-71/02, EU:C:2004:181) Rn. 19/20.

¹⁸⁶⁶ EuGH *Strafverfahren gegen Jean-Pierre Guimont (Guimont)* (C-448/98, EU:C:2000:663) Rn. 21 ff.

¹⁸⁶⁷ EuGH *Marja-Liisa Susisalo, Olli Tuomaala und Merja Ritala (Susisalo u.a.)* (C-84/11, EU:C:2012:374) Rn. 20.

¹⁸⁶⁸ EuGH *Duomo Gpa Srl u.a. gegen Comune di Baranzate u.a. (Duomo Gpa)* (C-357 bis 359/10, EU:C:2012:283) Rn. 25 ff.

¹⁸⁶⁹ EuGH *Susisalo u.a.* (C-84/11, EU:C:2012:374).

¹⁸⁷⁰ EuGH *Duomo Gpa* (C-357 bis 359/10, EU:C:2012:283).

eine Mindestkapitalsumme von Euro 10 Mio. voraussetzt und Unternehmen, welche die Voraussetzung nicht erfüllen, von dem Vergabeverfahren ausschließt.

Zuletzt hat sich der EuGH in den Jahren 2012 und 2013 in mehreren Vorabentscheidungsverfahren betreffend die Niederlassungsfreiheit intensiver mit den Voraussetzungen zu der Darlegungs- und Beweislast betreffend den Nachweis eines „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ auseinandergesetzt.¹⁸⁷¹ Hierbei stand jene für die Praxis entscheidende Frage der schwierigen Abgrenzung zwischen nur „hypothetischen“ oder „spekulativen Auswirkungen“ auf den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr zu solchen im Raum, welche zumindest potenziell geeignet sind, die wirtschaftliche Mobilität zu begrenzen oder „weniger attraktiv“ zu machen. Generalanwältin *Juliane Kokott* hat in ihren verbundenen Schlussanträgen zu den Rechtssachen *Airport Shuttle Express* sowie *Crono Service u.a.*¹⁸⁷² die Rechtsprechung zu dieser Abgrenzungsfrage wie folgt in grundsätzlicher Weise interpretiert:

[Rn. 32] In seiner jüngeren Rechtsprechung scheint der Gerichtshof dieses Spannungsverhältnis zwischen „hypothetisch“ und „keineswegs ausgeschlossen“ ansatzweise aufgelöst zu haben. Er belässt es im Urteil *Duomo Gpa u.a.* nicht bei einer pauschalen, unbelegten und nicht weiter substantiierten Feststellung, dass Angehörige anderer Mitgliedstaaten an der in den Ausgangsverfahren fraglichen Tätigkeit ein „*Interesse*“ haben könnten, sondern *konkretisiert dieses „Interesse“*, aufgrund dessen ein grenzüberschreitender Bezug gegeben und mithin der Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV eröffnet ist, *unter Hinweis auf bestimmte Anhaltspunkte*. Diese entnimmt er nicht ausschließlich den Vorabentscheidungsersuchen, sondern, darüber hinausgehend, auch *dem Vortrag der Verfahrensbeteiligten* (Hervorhebung durch den Verf.).

[Rn. 33] *Ein solcher „konkretisierender“ Ansatz ermöglicht es, in der Rechtspraxis des Gerichtshofs rein Hypothetisches von keinesfalls Ausgeschlossenem zu unterscheiden*. Angeknüpft wird letztlich an die Aufgabenteilung zwischen Gerichtshof und vorlegendem Gericht. Es darf, von Evidenzfällen abgesehen, nicht Sache des Gerichtshofs sein, bei auf Anhieb nicht grenzüberschreitenden Konstellationen anhaltspunktlos Erwägungen dazu anzustellen, ob und, wenn ja, inwiefern es „*keineswegs ausgeschlossen*“ sein könnte, dass Angehörige anderer Mitgliedstaaten ein dem jeweiligen Ausgangsverfahren entsprechendes „*Interesse*“ haben könnten [...] (Hervorhebung durch den Verf.).

Die Interpretation von Generalanwältin *Juliane Kokott* bestätigt zunächst die Notwendigkeit einer grundsätzlich weiten Auslegung des grenzüberschreitenden Bezugs. Darüber hinausgehend plädiert sie in Randnummer 33 erstens in dem verfahrensrechtli-

¹⁸⁷¹ EuGH *Airport Shuttle Express scarl u.a. gegen Comune di Grottaferrata (Airport Shuttle Express)* (C-162 und 163/12, EU:C:2014:74) Rn. 41 ff.–; EuGH *Crono Service scarl u.a. gegen Roma Capitale u.a. (Crono Service u.a.)* (C-419 und 420/12, EU:C:2014:81) Rn. 34 ff.; EuGH *Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona gegen Generalidad de Cataluna (Caixa)* (C-139/12, EU:C:2014:174) Rn. 39 ff. EuGH *Liliana Tudoran u.a. gegen SC Suport Colect SRL (Tudoran u.a.)* (C-92/14, EU:C:2014:2051) Rn. 35 ff.

¹⁸⁷² Verbundene Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* EuGH *Airport Shuttle Express* und *Crono Service u.a.* (C-162 und 163/12, C-419 und 420/12, EU:C:2013:617) Rn. 32/33.

chen Kontext des Vorabentscheidungsverfahrens dafür, die Anforderungen an die Darlegungslast für das vorliegende Gericht zu erhöhen, womit mittelbar auch die Darlegungs- und Beweislast der Prätendenten in dem nationalen Verfahren strenger zu handhaben ist. In der Konsequenz führte ein nicht hinreichend detaillierter Vortrag betreffend des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ sodann zur Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens, zumindest hinsichtlich dieser konkreten Frage. Besonders markant ist zweitens die Hervorhebung des Perspektivenwechsels, und zwar auf der *subjektiven Ebene*, nämlich die ausdrückliche Einbeziehung des „Interesses“ eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Wirtschaftsteilnehmers, der potenziell in dem betrachteten „Inlandsmarkt“ mit den bereits etablierten Unternehmen in den Wettbewerb treten könnte. Soweit dieses „Interesse“, gemessen an dem detaillierten und konkreten Vortrag der Parteien und des vorlegenden Gerichts, „keineswegs ausgeschlossen“ werden kann, müsste von einem „grenzüberschreitenden Sachverhalt“ ausgegangen werden, so wie der Gerichtshof u.a. bereits in seinen Entscheidungsgründen zu der Rechtssache *Duomo Gpa Srl* ausgeführt hat.¹⁸⁷³

Eine ähnliche Situation bestand in der zuvor im Jahr 2010 vom EuGH entschiedenen Rechtssache *Sbarigia*.¹⁸⁷⁴ Streitgegenständlich war dort eine gesetzliche Regelung in Italien und deren administrative Umsetzung in Rom via Gesundheitsbehörde, Gemeinde und Apothekenkammer, welche bestimmte Öffnungszeiten und vor allem Betriebsferien für Apotheken vorschreibt. Einer Apotheke in Rom wurde eine Ausnahmegenehmigung von den gesetzlich vorgeschriebenen Betriebsferien erteilt, einer anderen, aktuell konkurrierenden Apotheke in Rom, nicht. In diesem Verfahren ist der Gerichtshof, entgegen der Argumentation von Generalanwalt *Niilo Jääskinen*¹⁸⁷⁵, im Ergebnis aufgrund fehlenden grenzüberschreitenden Sachverhaltes zu der Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens gelangt, ohne jedoch in eine materielle Prüfung des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“, wie von dem Generalanwalt ausdrücklich plädiert, einzutreten. Der EuGH hat in den nachfolgenden Verfahren in den Jahren 2012 und 2013 diese Entscheidung hinsichtlich der konkreten Handhabung der Prüfung des grenzüberschreitenden Sachverhaltes präzisiert¹⁸⁷⁶, weshalb der Fall heute, detaillierten Parteivortrag unterstellt, voraussichtlich zugunsten eines „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ zu entscheiden wäre. Dies liegt darin begründet, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass Apotheken aus anderen Mitgliedstaaten ein „Interesse“ daran haben könnten, ebenso in Rom eine Niederlassung zu etablieren, hiervon jedoch durch die selektive Befreiung einer einzigen Apotheke von den Betriebsferien abgeschreckt werden könnten.

¹⁸⁷³ EuGH *Duomo Gpa* (C-357 bis 359/10, EU:C:2012:283) Rn. 25 ff.

¹⁸⁷⁴ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388). Hierzu die Schlussanträge von Generalanwalt *Niilo Jääskinen* EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134).

¹⁸⁷⁵ Schlussanträge von Generalanwalt *Niilo Jääskinen* EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134) Rn. 27 bis 38.

¹⁸⁷⁶ EuGH *Airport Shuttle Express* (C-162 und 163/12, EU:C:2014:74) Rn. 41 ff.–; EuGH *Crono Service u.a.* (C-419 und 420/12, EU:C:2014:81) Rn. 34 ff.; EuGH *Caixa* (C-139/12, EU:C:2014:174) Rn. 39 ff. EuGH *Tudoran u.a.* (C-92/14, EU:C:2014:2051) Rn. 35 ff.

b) Vergleich mit den Wettbewerbsregeln

Eine Beeinträchtigung des Handels „zwischen den Mitgliedstaaten“ ist auch bei Art. 101, 102 AEUV maßgeblich. Die hier explizit so bezeichnete „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ wird bei Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV weitgehend identisch verwendet.¹⁸⁷⁷ Die „Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“¹⁸⁷⁸ wird weit ausgelegt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist bereits ausreichend, dass sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar, mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann“.¹⁸⁷⁹

Auffällig ist hier die Ähnlichkeit mit der *Dassonville*-Formel (welche den Verbotmaßstab der Grundfreiheiten definiert), nach der bereits die Möglichkeit einer Beeinflussung des Warenverkehrs für eine Verletzung der Grundfreiheit ausreicht. In den *Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 EG* gibt die Kommission Hinweise zu der Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel. Bemerkenswert ist, dass der EuGH bei Art. 102 AEUV seit langem die Auswirkungen auf die Wettbewerbsstrukturen betrachtet und auch dann ein Eingreifen des Missbrauchstatbestandes bejaht, wenn das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens auf das Gebiet eines Mitgliedstaates begrenzt bleibt, soweit dieses darauf abzielt, einen Konkurrenten zu verdrängen und dies Auswirkungen auf den Wettbewerb in dem Gemeinsamen Markt haben kann.¹⁸⁸⁰

Angesichts der Parallelitäten ist es also wahrscheinlich, dass der EuGH bereits mit der 1997 ergangenen *Pistre*-Entscheidung zur Warenverkehrsfreiheit¹⁸⁸¹, welche weit weniger auf die physische „Grenzüberschreitung“, als materiell auf die Marktwirkungen abgestellt hat, genau diesen weiten Ansatz verfolgt. Dies zeigt, dass an die Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln gleiche Anforderungen bzgl. deren transnationalen Funktion zu stellen sind, wenngleich bei den Wettbewerbsregeln – anders als bei den Grundfreiheiten – die Beeinträchtigung „spürbar“ sein muss. Dieser Unterschied ist jedoch insoweit irrelevant, als es bei den Grundfreiheiten aufgrund der regelhaften „Marktmacht“ von Staaten (in der Form von Regelungs- und Durchsetzungsmacht via Gesetzgebungsmonopol, Strafmonopol usw.), und der „Regelungs- und/oder Durchsetzungsmacht“ von Privaten bei der horizontalen Direktwirkung, von vornherein nicht auf Marktanteile und eine dementsprechende „Spürbarkeit“ im Sinne der kartellrechtlichen

¹⁸⁷⁷ So bereits zum Gemeinschaftsrecht *T. Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.) EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 82, Rn. 79.

¹⁸⁷⁸ Art. 101 AEUV ist anwendbar soweit unternehmerische Verhaltensweisen „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind“. Art. 102 AEUV erfasst den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wenn diese „dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“.

¹⁸⁷⁹ EuGH *NV L'Oréal und SA L'Oréal gegen PVBA „De Nieuwe AMCK (L'Oréal)“* (C-31/80, EU:C:1980:289).

¹⁸⁸⁰ EuGH *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Commercial Solvents)* (C- 6 und 7/73, EU:C:1974:18) Rn. 33.

¹⁸⁸¹ EuGH *Pistre u.a.* (C-321 bis 324/91EU:C:1997:229) Rn. 44, 45.

Handhabung ankommen kann. Hoheitliche Maßnahmen sind angesichts ihrer uneingeschränkten Durchsetzbarkeit daher gemessen an der Dogmatik und Terminologie des wettbewerblichen Beschränkungsverbot per se „spürbar“. Im Kartellrecht genügt nach der weiten Interpretation der Zwischenstaatlichkeitsklausel zudem bereits eine *potenziell* spürbare Beeinträchtigung.¹⁸⁸² Dem folgend hat der EuGH im Wettbewerbsrecht bisher nur selten eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten verneint und auch in der Entscheidungspraxis der Kommission spielt das Kriterium eine eher untergeordnete Rolle.¹⁸⁸³ In der Bagatellbekanntmachung¹⁸⁸⁴ wurde eine quantitative Konkretisierung über Marktanteilsschwellen für Unternehmen abgebildet. Hieran sind über Art. 106 Abs. 1 AEUV sodann auch öffentliche Unternehmen gebunden.

Eine ebenso weite Auslegung von Transnationalität vertritt der EuGH bei dem Beihilfenverbot, Art. 107 AEUV. Zum Nachweis einer Handelsbeeinträchtigung genügt hier, dass der Begünstigte einer Wirtschaftstätigkeit nachgeht und in einem Markt tätig ist, in dem Handel zwischen Mitgliedstaaten besteht. Eine Beeinträchtigung liegt also selbst dann vor, wenn das begünstigte Unternehmen selbst keine Ausfuhrgeschäfte vornimmt, da auch die Unterstützung der heimischen Produktion die Chancen der Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten verringert, auf diesem Markt Fuß zu fassen (Marktstrukturschutz). Das Fehlen einer grenzüberschreitenden Tätigkeit des von einer Beihilfe begünstigten Unternehmens schließt eine Handelsbeeinträchtigung gerade nicht aus, wenn das inländische Angebot zu Lasten der Einfuhr- und Absatzchancen der Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten gefördert wird.¹⁸⁸⁵ Eine Beeinträchtigung kann daneben auch in der Stärkung der *Marktposition* gegenüber konkurrierenden, selbst nur potenziellen Importen bestehen. Auch eine der Höhe nach nur geringfügige Beihilfe kann den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, wenn in der Branche, in der das begünstigte Unternehmen tätig ist, intensiver Wettbewerb herrscht oder Überkapazitäten bestehen.¹⁸⁸⁶ Weder verhältnismäßig geringe Beihilfen noch die geringe Größe

¹⁸⁸² EuGH *Miller International Schallplatten GmbH gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Miller)* (C-19/77, EU:C:1978:19) Rn. 14, 15; EuGH *Ferriere Nord SpA Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Ferrier)* (C-219/95 P, EU:C:1997:375) Rn. 19; EuGH *Carlo Bagnasco u.a. gegen Banca Popolare di Novara soc. Coop. Arl. (BNP) u.a. (Bagnasco)* (C-215/96, EU:C:1999:12) Rn. 48.

¹⁸⁸³ Vgl. G. Grill, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Vorbem. Art. 101-106 AEUV, Rn. 19 mit Nachweisen aus der EuGH-Rechtsprechung.

¹⁸⁸⁴ ABl. C 368/13 (2001).

¹⁸⁸⁵ EuGH *Französische Regierung gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Fonds industriel)* (C-102/87, EU:C:1988:391) Rn. 19; EuGH *Italienische Republik gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Textil- und Bekleidungssektor)* (C-303/88, EU:C:1991:136) Rn. 27; EuGH *Königreich Spanien gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Textil- und Schuhsektor)* (C-278 bis 280/92, EU:C:1994:325) Rn. 40; EuGH *Italienische Republik gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Beschäftigungsbeihilfen)* (C-310/99, EU:C:2002:143) Rn. 84; Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, § 42, Rn. 10.

¹⁸⁸⁶ Vgl. EuGH, *Italienische Republik gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Kraftfahrzeugsektor)* (C-305/89, EU:C:1991:142) Rn. 25-28; EuG *Het Vlaamse Gewest gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Vlaamse Gewest)* (T-214/95, EU:T:1998:77) Rn. 49; EuG *Regione Friuli Venezia Giulia gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Friuli Venezia)* (T-288/97, EU:T:2001:115) Rn. 44; EuG *Regione autonoma della Sardegna gegen Kommission der Eu-*

eines begünstigten Unternehmens schließen die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten aus.¹⁸⁸⁷ In allen Varianten muss Handel zwischen den Mitgliedstaaten nur bestehen oder zukünftig stattfinden können. Umfasst ist daher nicht nur der aktuelle, sondern auch der potentielle Wettbewerb, also die Marktzutrittschance. Andererseits darf die Möglichkeit des Handelsverkehrs nicht bloß hypothetisch sein (äußerste Grenze).¹⁸⁸⁸ Ein nicht nur hypothetischer Handelsverkehr ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn irgendwo in einem Mitgliedstaat der streitgegenständliche Markt zumindest auch grenzüberschreitend bedient wird.¹⁸⁸⁹

Ein entscheidender Unterschied bei der Auslegung und praktischen Handhabung des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ bei dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot einerseits und der „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot andererseits ist, dass der Gerichtshof und die Kommission bisweilen eine materielle Prüfung innerhalb der marktwirkungsbezogenen Beschränkungsprüfung vornehmen und das Merkmal der „Zwischenstaatlichkeit“ erst nach der „Wettbewerbsbeschränkung“ bzw. dieses inzidenter prüfen, wengleich die Rechtsprechung uneinheitlich ist.¹⁸⁹⁰ Zentral ist hierbei ein weiterer Gesichtspunkt, nämlich dass der Begriff des „zwischenstaatlichen Handels“ nicht wörtlich verstanden, sondern anhand der Wertungen der allgemeinen Vertragsziele sowie anhand der politischen Zielsetzungen der Wettbewerbsregeln weit ausgelegt und materiell subsumiert wird.¹⁸⁹¹ So wird etwa bei Art. 101 AEUV anhand der Gesamtheit objektiver Umstände geprüft, ob sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung, im Sinne der „Maßnahme“ des Unternehmens, unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinflussen kann.¹⁸⁹² Berücksichtigung findet vor allem auch eine Betrachtung der Marktgegenseite, so etwa, wenn Waren aus Sicht der Verbraucher durch eine abgestimmte Klausel zu

ropäischen Gemeinschaften (Regione autonoma della Sardegna) (T-171/02, EU:T:2005:219) Rn. 84 bis 87.

¹⁸⁸⁷ EuGH *Textil- und Schuhsektor* (C-278 bis 280/92, EU:C:1994:325) Rn. 42; EuGH *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrs-Gesellschaft Altmark GmbH (Altmark Trans)* (C-280/00, EU:C:2003:415) Rn. 81; EuGH *Italienische Republik gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften* (C-298/00 P, EU:C:2004:240) Rn. 54.; EuGH *Administración del Estado gegen Xunta de Galicia (Xunta de Galicia)* (C-71/04, EU:C:2005:493) Rn. 41 f.; EuGH *The Queen auf Antrag von Eventech Ltd gegen Parking Adjudicator (Eventech)* (C-518/13, EU:C:2015:9) Rn. 68.

¹⁸⁸⁸ So EuGH *Altmark Trans* (C-280/00, EU:C:2003:415) Rn. 79.

¹⁸⁸⁹ Diese Konzeption entspricht auf der subjektiv-rechtlichen Ebene bereits weitgehend der vorliegend vertretenen funktionalen Transnationalität gemäß dem Free Movement-Konzept, vgl. Kapitel 3 A. I.

¹⁸⁹⁰ Siehe hierzu *H. Schröter/ P. Voet van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2015), Art. 101 AEUV, Rn. 190.

¹⁸⁹¹ Vgl. *H. Schröter/ P. Voet van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), ebd. (2015), Art. 101 AEUV, Rn. 192 ff.

¹⁸⁹² Siehe hierzu die umfangreichen Nachweise aus der Rechtsprechung des EuGH in Rn. 193, Fn. 960 bei *H. Schröter/ P. Voet van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), ebd. (2015), Art. 101 AEUV.

dem Ausschluss von Gewährleistung in subjektiver Weise (Präferenzentscheidung) „weniger attraktiv“ werden.¹⁸⁹³

c) *Dogmatischer Befund*

Die Reflexion zur geltenden Auslegung und Handhabung des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ bei den Grundfreiheiten in der Gegenüberstellung zu der Auslegung der „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ bei den Wettbewerbsregeln verdeutlicht, dass ein wesentlicher Unterschied sowohl in der dogmatischen Konzeption als auch in der Prüf-dichte besteht. Hierbei ist hervorzuheben, dass die Definition für „Zwischenstaatlich-keit“ bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot weitgehend der *Dassonville*-Formel entspricht, welche bei den Grundfreiheiten die Auslegung als sog. Beschrän-kungsverbote begründet hat.¹⁸⁹⁴ Die in der Rechtsprechung des EuGH seit 2012 bereits erfolgte Teilrevision zur Handhabung des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ in der Weise, dass gegenüber älteren Entscheidungen auf eine detaillierte Darlegung abgestellt wird, zeigt dementsprechend eine deutliche Annäherung an die Auslegung und Handha-bung zur Zwischenstaatlichkeit bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot. Insbe-sondere die Einbeziehung einer konkreten Betrachtung der potenziellen Wettbewerbs-verhältnisse – das sog. „Interesse“ des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Un-ternehmens“ – zeigt diese Parallelen deutlich auf.

aa) *Strukturell-systematische Argumente für eine Revision*

Ob eine „Grenzüberschreitung“ vorliegt oder nicht, ist zwar zunächst eine durch Tatsachen darzulegende Sachverhaltsfrage, jedoch entscheidet diese zugleich über den Umfang der Kontrolle und damit über die Reichweite von Marktzugang- und Marktaus-gang. Die Frage nach einem freiheitsrechtlichen Kontrollmaßstab des grundfreiheitli-chen Beschränkungsverbot und der damit untrennbar verknüpften inhaltlichen Kon-kretisierung des Marktzutrittskriteriums ist damit zugleich eine Frage der Bestimmung von Transnationalität.¹⁸⁹⁵ Unabhängig von der Einstufung des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ als Anwendungsvoraussetzung oder als ungeschriebenes Tatbestands-merkmal der Grundfreiheiten, bestimmt dieses Kriterium wie die Zwischenstaatlich-keitsklausel im Wettbewerbsrecht (Art. 101, 102, 107 AEUV) die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf einen konkreten Sachverhalt. Gleichzeitig ist, wie sich im Zusam-

¹⁸⁹³ EuGH *SA ETA Fabriques d'Ébauches gegen SA DK Investment und andere (ETA)* (C-31/85, EU:C:1985:494) Rn. 12/13 – *ETA Fabrique d'Ébauches*. Zur Berücksichtigung von Aspekten der Wahlfreiheit der Marktgegenseite siehe zuletzt *P. Nihoul*, „Freedom of choice“: the emergence of a powerful concept in European competition law, in: *Nihoul/Charbit/Ramundo* (Hrsg.), *Choice* (2016), S. 9 ff., S. 22/23 zu dem Mechanismus; *P. Behrens*, The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law, in: ebd. (2016), S. 123 ff.

¹⁸⁹⁴ Kapitel 3 E. II. 1.

¹⁸⁹⁵ Ähnlich *T. Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 727: „Als transnationale Integrationsnormen dienen die Grundfreiheiten dem Abbau der spezifisch grenzüberschreitenden Schutzdefizite im Binnenmarkt (föderale Gefährdungslage). Sie erheben aber nicht den grundrechtlichen Anspruch, vor allen unverhältnismäßigen Freiheitsbeeinträchtigungen zu schützen“.

menhang der *Keck*-Rechtsprechung¹⁸⁹⁶ und der dort streitig geführten Diskussion zur Notwendigkeit eines Spürbarkeitserfordernisses zeigt, die „Zwischenstaatlichkeit“ direkt mit der Wirkungsprüfung bei der „Beschränkung“ verknüpft. Die Ausführungen zu dem Free Movement-Konzept¹⁸⁹⁷ haben überdies gezeigt, dass im Unionsrecht Transnationalität funktional zu definieren ist (*funktionale Transnationalität*). Maßgeblich ist damit nicht das reale Überschreiten einer physischen (Staats-)Grenze, sondern der transnationale wirtschaftliche Sachverhalt, welcher durch aktuelle und/oder potenzielle Vertrags- und Leistungsbeziehungen zwischen aktuellen (Teil-)Märkten oder zu potenziellen Zielmärkten bestimmt wird.

bb) Teleologische Argumente und subjektivierte Interpretation

In der teleologischen Perspektive der veränderten Unionsteleologie nach Lissabon zeigt sich, dass der Aspekt der Transnationalität eine subjektive Komponente umfasst und insoweit auch als „*subjektive Anwendungsvoraussetzung*“ fungiert. Dies wird mit dem zuletzt in der Rechtsprechung eingeführten Kriterium des „Interesses“ (siehe oben) bestätigt. Hiermit wird berücksichtigt, dass transnationale wirtschaftliche Vorgänge immer auf dem Verhalten bzw. der Mobilität natürlicher Personen und/oder Gesellschaften in ihrer Funktion als Wirtschaftssubjekte basieren. Dies bedingt einen Funktionszusammenhang von Grundfreiheiten und Unionsbürgerfreiheit, Art. 20, 21 AEUV, betreffend die stets hinter einer wirtschaftlichen Aktivität stehenden natürlichen Personen.¹⁸⁹⁸

Die Transnationalität wirkt daher faktisch als subjektive Anwendungsvoraussetzung im Rahmen der Anwendungsregel, dass sich „nicht mobile“ Wirtschaftssubjekte gegenüber ihrem Heimatstaat nicht auf die Grundfreiheiten berufen dürfen, und zwar selbst dann nicht, wenn diese den im aktuellen Wettbewerb tatsächlich mobilen Konkurrenten, d.h. Wirtschaftssubjekten aus anderen Mitgliedstaaten, im Heimatstaat gegenüberstehen, welche von ihrer wirtschaftlichen Freizügigkeit transnational Gebrauch machen. Letztere bringen, wie zuvor ausgeführt, „ihr Heimatrecht“ via primär rechtlicher Wirkung des Herkunftslandprinzips (*Cassis-Doktrin*) mit. Dies hat zur Folge, dass sich zwei Wirtschaftssubjekte im aktuellen Wettbewerb in einem relevanten Markt mit zwei divergierenden Rechtssystemen gegenüberstehen. Paradoxe Weise kommen die Wirtschaftssubjekte in ihrem Heimatstaat gerade durch die Nicht-Ausübung von Mobilität, also ihrer wirtschaftlichen Freiheit, in einen gleichheitsrechtlichen Konflikt. Diese Frikation ist nunmehr an den Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot unter Berücksichtigung der veränderten Unionsteleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung gemäß Art. 2 EUV unter dem Gesichtspunkt der transnationalen Mobilitätsgleichheit (Markt- und Wettbewerbsgleichheit), der transnationalen Mobilitätsfreiheit (Markt-

¹⁸⁹⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁸⁹⁷ Kapitel 3 A. I. Hierzu ausführlich in der Revision Kapitel 6 A. I. 1. b).

¹⁸⁹⁸ Aus der funktionalen Verknüpfung folgt eine weitere Erkenntnis: Soweit bei der Warenverkehrs-, Dienstleistungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit nicht natürliche Personen, sondern Gesellschaften (Personengesellschaften oder juristische Personen) Adressaten von Maßnahmen sind, ist eine parallele Anwendung dieser Freiheiten sowie der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) angezeigt.

und Wettbewerbsfreiheit) und damit auch unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit (Chancengleichheit im Wettbewerb) neu zu bewerten.¹⁸⁹⁹

Soweit die Transnationalität, d.h. der „grenzüberschreitende Sachverhalt“, im Sinne einer Anwendungsvoraussetzung oder sogar als Tatbestandsmerkmal für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ausgelegt wird, bewirkt diese Handhabung funktional betrachtet und bildlich ausgedrückt die „juristische Spaltung“ eines einheitlichen wirtschaftlichen Sachverhaltes: innerhalb eines „relevantes Marktes“ bzw. betreffend das konkrete Konkurrentenverhältnis im aktuellen Wettbewerb wird rechtlich mit zweierlei Maß gemessen, da das Beschränkungsverbot nur für eine Seite des Wettbewerbs gilt, nämlich ausschließlich für das tatsächlich physisch mobile Wirtschaftssubjekt/-objekt. Die hierin bestehende strukturelle Ungleichheit, gemessen am Maßstab der Wettbewerbschancen in dem relevanten Markt, bewirkt zugleich eine Einschränkung der Freiheit im Sinne des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes, da die faktische Rechtswahlmöglichkeit über die Geltung des Herkunftslandprinzips einen Aktionsparameter im Wettbewerb darstellt, der nicht mehr frei wählbar ist.¹⁹⁰⁰ Bei diesen Sachverhalten kommt es zu einer durch das geltende unionsrechtliche System bedingten per se Schlechterbehandlung des physisch nicht mobilen Wirtschaftssubjektes, und zwar unter Außerachtlassung der Tatsache, dass die physische Mobilität unter wettbewerbsökonomischen Gesichtspunkten nicht maßgeblich sein kann, für die Bewertung von Marktverhältnissen, was die Rechtsprechung zur weiten Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel im Kartell- und Beihilfenrecht hinreichend ausführlich dargelegt hat. Für den Onlinehandel bzw. die Industrie 4.0. sind physische Grenzen und damit tatsächliche Grenzüberschreitungen ohnehin irrelevant.

Die aus der „juristischen Spaltung“ eines einheitlichen wirtschaftlichen Sachverhaltes resultierende tatsächliche und/oder rechtliche Ungleichbehandlung¹⁹⁰¹, die sog. umgekehrte Diskriminierung (*discrimination à rebours*), muss bei der Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes konsequenterweise auch als Frage einer „umgekehrten Beschränkung“ gedacht werden, wobei die Folgeproblematik hier darin besteht, dass sich Situationen der Inländer-„Beschränkung“ zwangsläufig häufen.¹⁹⁰² Wenn die Sachverhalte der umgekehrten Beschränkung nicht kontrolliert würden, hätte dies zur Konsequenz, dass die Kontrolldichte des grundfreiheitlichen Beschränkungs-

¹⁸⁹⁹ Kapitel 3 F. (Die Gesamtheit der Maßstäbe als Inhalt des Prinzips) sowie C. III, IV. (Maßstäbe der Werteverfassung).

¹⁹⁰⁰ Im Rahmen der Auslegung der Niederlassungsfreiheit wird dieses Phänomen einer Kollision von Wettbewerbsgleichheit/-freiheit und dem Erfordernis der „Zwischenstaatlichkeit“ unter dem Aspekt der *Rechtswahlfreiheit* diskutiert. Aus der Rechtsprechungslinie EuGH *Überseering* (C-208/00, EU:C:2002:632) und EuGH *Inspire Art* (C-167/01, EU:C:2003:512) ergibt sich eine derartige Freiheit zur faktischen Rechtswahl – freilich nicht im echten kollisionsrechtlichen Sinne, da nicht das Recht eines anderen Mitgliedstaates für sich „mitgenommen“ wird, sondern eine wirtschaftliche Leistung, unter den Bedingungen des Rechts eines anderen Mitgliedstaates transferiert wird. Dennoch avanciert das anwendbare Statut Gesellschaftsrecht zum Aktionsparameter bei dem Markt für Niederlassungen

¹⁹⁰¹ Bemerkenswerter Weise soll gerade diese nach der *Keck*-Rechtsprechung, EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16, selbst im Bereich der „Verkaufsmodalitäten“ nicht erlaubt sein.

¹⁹⁰² U. Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), 42. EL Sept. 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 202.

verbotes je nach der „Richtung“ der Beschränkung (Heimat- oder Zielstaat) variierte. Hier bestünde ein weiterer Wertungswiderspruch zu der Kontrolldichte bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot, bei welchem die „Richtung“ der Beschränkung unmaßgeblich ist. Das grundfreiheitliche und das wettbewerbliche Beschränkungsverbot sollten indessen strukturell gleich, d.h. konvergent ausgelegt werden, da diese, wie gezeigt wurde¹⁹⁰³, zielidentische und komplementäre Normen in einem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung darstellen.

Gemäß dem Free Movement-Konzept des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes geht es nicht um „Grenzüberschreitung“ im territorialen Sinne, sondern um funktionale Transnationalität im Sinn von Wettbewerbsverhältnissen, welche stets am Maßstab der internen Politiken zu messen sind.

cc) Zusammenfassung

Ausgehend von der (noch) uneinheitlichen Rechtsprechung zur Auslegung des „grenzüberschreitenden Sachverhalts“ soll ohne den *aktiven* Gebrauch von Mobilität, d.h. „soweit kein Merkmal des Sachverhaltes physisch über die Grenzen eines Landes hinausweist“, das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot nicht für das immobile Wirtschaftssubjekt bzw. den sog. „reinen Inlandssachverhalt“ gelten. Gemäß dieser Auslegung von Zwischenstaatlichkeit ermöglichen die Grundfreiheiten damit ausschließlich dem aktiv mobilen Wirtschaftssubjekt eine faktisch freie Rechtswahl zwischen dem Recht des Herkunftslandes oder dem Recht des Zielstaats. Soweit das mobile Wirtschaftssubjekt über den Marktzutritt in dem Zielstaat das Recht seines Herkunftsstandortes über die Berufung auf das Herkunftslandprinzip faktisch „wählt“, wird der gegenüberstehende Konkurrent im aktuellen Wettbewerb mit einem Konkurrenten konfrontiert, dem das betriebswirtschaftlich betrachtet günstigere Recht (da weniger Kosten verursachend) eines anderen Mitgliedstaates zur Verfügung steht. Der Wettbewerb zwischen den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten (Mitgliedstaat ohne Regulierung oder mit geringerem Regulierungsniveau versus Mitgliedstaat mit stärkerer Regulierung), d.h. der sog. *Systemwettbewerb*, wird damit im transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt eines relevanten Marktes, also im konkreten Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Wirtschaftssubjekten oder Wirtschaftsobjekten, auf der individualrechtlichen Ebene ungleich relevant.

Für eine adäquate Ausrichtung der grundfreiheitlichen Kontrolle an dem Free Movement-Konzept des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes ist es indessen erforderlich, die geographische Konzeption von „Grenzüberschreitung“, der eine abstrakte und nicht-wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde liegt und welche sich an den physischen Staatsgrenzen der Mitgliedstaaten orientiert, zu revidieren. Das derzeitige Prüfungsregime ist daher durch eine funktionale und auf den Marktprozess bezogene Auslegung i.S.e *transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes* abzulösen.¹⁹⁰⁴ Da sich die Garantie wirtschaftlicher Mobilität auf den gesamten geographischen Raum des Bin-

¹⁹⁰³ Kapitel 3 B. III., Kapitel 4 A. und C.

¹⁹⁰⁴ Siehe Kapitel 6 A. I. 1. b).

nenmarktes bezieht und die supranationale Konzeption der Europäischen Union gebietet, transnationale Sachverhalte der subjektiv-rechtlichen Kontrolle durch die Grundfreiheiten zu unterstellen, muss sich die Kontrolle von Wirtschaftsintegrationsrecht auf die tatsächlich maßgeblichen wirtschaftlichen Prozess des Binnenmarktes beziehen. Dieses sind aus der subjektiven Perspektive der im Binnenmarkt agierenden Wirtschaftssubjekte die Vertrags- und Leistungsbeziehungen, welche durch die „funktionale Transnationalität“ von Angebot und Nachfrage in der Offline- und der Online-Wirtschaft geprägt sind. Die Marktwirklichkeit lässt sich so funktional erfassen und im Rahmen des Kontrollgegenstandes verorten (Kapitel 6 A. I.). Hier kommt es darauf an, geeignete Kriterien für die Subsumtion von Transnationalität zu etablieren. Da die Maßnahme gemäß dieser subjektiv-rechtlichen Interpretation von Free Movement (funktionaler Transnationalität) hinsichtlich ihrer Wirkungen auf transnationale Vertragsbeziehungen hin zu untersuchen ist, muss – wie im Wettbewerbsrecht für Unternehmen – eine materielle Wirkungsanalyse erfolgen. Die formalrechtliche Interpretation von Grenzüberschreitung im Sinne eines „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ ist daher zugunsten einer funktional-wettbewerbsökonomisch determinierten Funktion von Transnationalität aufzugeben.

Dieser hier vertretene *functional economic approach* ist sowohl mit dem allgemeinen Territorialitätsprinzip zur Abgrenzung der hoheitlichen Jurisdiktionen vereinbar, als auch mit der Achtung von Territorialität gemäß Art. 4 EUV. Denn der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten betrifft keine Zuständigkeitsfrage, da es sich bei den Grundfreiheiten in Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot um die subjektiv-rechtliche Anwendung eines Prinzips handelt, was der ureigensten Konzeption der Supranationalität entstammt, für welche die Mitgliedstaaten gerade ihre Befugnisse an die Union übertragen haben. Insoweit ist weder die Kompetenzfrage noch die Subsidiarität für die funktionale Auslegung von Transnationalität relevant. Davon streng zu unterscheiden ist die Bestimmung der angemessenen Kontrolldichte, welche, wie zu der Interessen-Trias erörtert¹⁹⁰⁵, nicht „maßlos“ sein darf. Insoweit ist das „Wie“, d.h. die „Intensität“ der grundfreiheitlichen Kontrolle (Kontrollmaßstab) streng zu unterscheiden von dem „Was“ der Kontrolle (Kontrollgegenstand). Da die Mitgliedsstaaten einer umfassenden Marktverantwortung für ihr Handeln mit Wirkungen auf den Markt unterliegen, wie in Kapitel 4 umfassend dargelegt wurde¹⁹⁰⁶, ist der Verantwortungsbereich über eine funktional-wettbewerbsökonomischen Interpretation von Transnationalität“ an der verfassungsrechtlich vorgegebenen Teleologie von „Binnenmarktbezug“ entsprechend dem Free Movement-Konzept auszurichten.

¹⁹⁰⁵ Kapitel 1 B. I. 3 und zuvor B. I.

¹⁹⁰⁶ Kapitel 4 B. II. und III. sowie C.

5. Ergebnis

Die Problemanalyse zu den dogmatischen Friktionen auf der Ebene des Kontrollgegenstandes der Grundfreiheiten zu den Problembereichen 1 bis 6¹⁹⁰⁷ hat gezeigt, dass eine Neubestimmung der geltenden Konzeption erforderlich erscheint, da ansonsten eine subjektiv-rechtlich adäquate Operationalisierung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens gemäß der wettbewerbsökonomischen Funktion der Grundfreiheiten nicht gewährleistet wäre.

¹⁹⁰⁷ Kapitel I A. II. 1 a) bis f).

II. Friktionen auf der Ebene des Kontrollmaßstabs

Während auf der Regelbildungsebene die aus der Rechtsprechung des EuGH zu der Auslegung der Grundfreiheiten folgenden grundlegenden Maßstäbe für die Begründung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens als Prinzip dargelegt wurden¹⁹⁰⁸, sind nunmehr auf der Anwendungsebene erstens die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen dieser Rechtsprechung aufzuzeigen, welche zur relativen Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote¹⁹⁰⁹ führen (dazu 1.). Zweitens ist auf die Konzeption des geltenden Prüfungsrasters zur Umsetzung der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten einzugehen, also auf das Marktzutrittskriterium und dessen relative Unbestimmtheit¹⁹¹⁰ (dazu 2.). Die in diesem Abschnitt aufgezeigten dogmatisch-konzeptionellen Friktionen auf der Ebene des Kontrollmaßstabes legitimieren im Ergebnis eine funktional-wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes, wie diese anschließend in Kapitel 6 vorgestellt wird.¹⁹¹¹

1. Relative Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes

Die hoch umstrittene Frage, ob die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote eine freiheitsrechtliche Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ umfassen¹⁹¹², stellt sich als Problem der inhaltlichen Ausgestaltung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes dar, welches im Lichte der Notwendigkeit einer adäquat subjektiv-rechtlichen Operationalisierung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens einer Lösung zugeführt werden muss. In einem ersten Schritt wird dafür nachfolgend zunächst die dogmatische Konzeption des Beschränkungsbegriffs aufgezeigt (a)). In einem zweiten Schritt wird diese Konzeption derjenigen bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln vergleichend gegenübergestellt (b)). In einem dritten Schritt wird hieraus ein dogmatischer Befund formuliert (c)).

a) Dogmatische Konzeption der „Beschränkung“

Die „Beschränkung“ ist als Terminus für den Inhalt des Verbotes der grundfreiheitlichen Kontrolle (Kontrollmaßstab) ebenso wenig definiert wie der Begriff des „Marktzutritts“ bzw. der „Marktzugangsbeschränkung“ im Zusammenhang der „Beschränkung“ (hierzu aa)). Überdies werden die Termini „unterschiedslose Maßnahme“, „Beschränkung“ und „Beschränkungsverbot“ synonym verwendet und offenbaren eine unbestimmte Konzeption für die Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ (hierzu bb)). Im Wesentlichen wird der Inhalt des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes definiert durch die Kombination dreier Begriffe – „geeignet zu behindern“, „weniger attraktiv“,

¹⁹⁰⁸ Kapitel 3 E. II. 1.

¹⁹⁰⁹ Problembereich 7, Kapitel 1 A. II. 1. g).

¹⁹¹⁰ Problembereich 8, Kapitel 1 A. II. 1. h).

¹⁹¹¹ Kapitel 6 A. II. Kontrollmaßstab: Transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit sowie A. III. Herleitung von Prüfungsstruktur und Subsumtionskriterien.

¹⁹¹² Siehe zuvor Kapitel 3 A. II.

„Marktzugang“. Diese Begriffe bieten jedoch angesichts ihrer relativen Unbestimmtheit keine hinreichende konzeptionelle Grundlage für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot (hierzu cc.).

aa) Der offene Beschränkungs begriff im AEUV

Für den Terminus „Beschränkung“, im englisch sprachigen Raum „restriction“, ist zunächst auf der Ebene der Wortlautauslegung festzustellen, dass dieser a priori keine Aussage über die inhaltliche Ausgestaltung bzw. Reichweite eines Verbotsmaßstabes trifft, denn es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff ohne nähere Umschreibung oder Legaldefinition im AEUV. Schon begriffslogisch sind diskriminierende und nicht-diskriminierende „Beschränkungen“ denkbar. So wird mit dem Begriff der Beschränkung zwar i.w.S. der Gegenstand des Verbotes bezeichnet, jedoch kann aus dieser Bezeichnung nicht abgeleitet werden, auf welchen Maßstab von Gleichheit und/oder Freiheit sich das Verbot bezieht oder mit anderen Worten, ob nur ein Gleichheitsrecht (respektive Diskriminierungsverbot) oder auch ein Freiheitsrecht (respektive Beschränkungsverbot) umfasst ist. Damit ist der Terminus „Beschränkung“ ein relativ beliebiges „Label“.

Auch die Textfassung der Grundfreiheiten im AEUV ist wenig ergiebig. Aus der Semantik¹⁹¹³ ergibt sich, dass weder der Begriff „mengenmäßige Einfuhr- oder Ausfuhrbeschränkungen“ bei Art. 34, 35 AEUV (Warenverkehrseinfuhr- und Warenverkehrsausfuhrfreiheit) noch der Wortlaut „Beschränkungen“ bei Art. 49 Abs. 1 Satz 1 AEUV (Niederlassungsfreiheit), Art. 56 Abs. 1 AEUV (Dienstleistungsfreiheit), Art. 63 Abs. 1 AEUV (Kapitalverkehrsfreiheit) und bei Art. 63, Abs. 2 AEUV (Zahlungsverkehrsfreiheit) oder gar die „gerechtfertigten Beschränkungen“ bei den Ausnahmen in Art. 45 Abs. 3 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit), per se einen bestimmten Verbotsmaßstab vorgeben. Insbesondere die Struktur der Arbeitnehmerfreizügigkeit zeigt, dass die Ausnahmen für „Beschränkungen“, Art. 45 Abs. 3 AEUV, sowohl die „Freizügigkeit“, Art. 45 Absatz 1 AEUV, als auch die „unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer“, Art. 45 Abs. 2 AEUV, umfassen, d.h. der Kategorie einer „Beschränkung“ gemäß Art. 45 Absatz 3 AEUV unterfallen. Ganz ähnlich deutet der bei den vertraglich kodifizierten Ausnahmen für die Warenverkehrsfreiheit bestehende unmittelbare Zusammenhang von „verschleierte Beschränkungen des Handels“ und „willkürlicher Diskriminierung“ unter dem zuvor genannten Oberbegriff der „Beschränkung“ in Art. 36 Satz 2 AEUV darauf hin, dass die Beschränkung sowohl gleichheitsrechtlich relevante aber auch darüber hinausgehende, nämlich „verschleierte“, freiheitsrechtlich relevante Maßnahmen umfasst.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich, dass die Formulierung der subjektiv-rechtlichen internen Politiken im AEUV a priori einen freiheitsrechtlichen Maßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes nicht ausschließt, da weder die Hervorhebung des Gebots der sogenannten Inländergleichbehandlung bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit

¹⁹¹³ Nuancen des semantischen Inhaltes ergeben freilich sich aus den im Unionsrecht gleichermaßen verbindlichen Sprachfassungen.

(Art. 45 Abs. 2 AEUV „Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung“) noch die in der Niederlassungsfreiheit in Bezug genommene sogenannte Eingliederung in einen anderen Mitgliedstaat (Art. 49 Absatz 2 AEUV „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“) oder deren systematischer Zusammenhang mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, Art. 18 AEUV, belegen, dass zwingend nur eine gleichheitsrechtliche Funktion der Grundfreiheiten im Sinne eines Diskriminierungsverbotes vertragskonform wäre.¹⁹¹⁴ Systematisch-teleologisch ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass sich die Grundfreiheiten teleologisch deutlich von Art. 18 AEUV unterscheiden, insbesondere durch ihre wettbewerbsökonomische Funktion in der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV¹⁹¹⁵, d.h. durch ihre auf dem Free Movement-Konzept fußende¹⁹¹⁶ vertragsautonome Funktion als subjektiv-rechtliche internen Politiken des AEUV in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung.¹⁹¹⁷ Überdies zeigt der Zusammenhang von primärrechtlicher Wirtschaftsintegration (negative Integration) und deren sekundärrechtliche Absicherung (positive Integration), dass etwa bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV, und der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, die Verwirklichung eines Marktzugangs ohne „Beschränkungen“ nicht ohne Weiteres durch eine Inländergleichbehandlung via Rechtsangleichungsmaßnahmen, welche in Art. 46, 48, 50, 53 AEUV¹⁹¹⁸ explizit aufgeführt sind, zu erreichen ist.

Sämtliche Formulierungen bei den Grundfreiheiten im Vertragstext des AEUV können im Ergebnis daher lediglich die Annahme stützen, dass ein Diskriminierungsverbot bzw. die Inländergleichbehandlung, hier verstanden als Gleichheitsrecht, den *Mindestgehalt* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes darstellt. Damit offenbart sich, dass ein darüber hinausgehender Kontrollmaßstab, im Sinne eines Freiheitsrechtes, anhand des Vertragstextes insbesondere wegen der uneinheitlichen Verwendung des Beschränkungsbegriffes nicht verifizierbar ist.¹⁹¹⁹

¹⁹¹⁴ So aber *A. Brigola*, Das System der EG-Grundfreiheiten (2004), S. 172 und S. 216 mit Fn. 871, der ausgehend von der These einer „spezifischen Beschränkung“, welche regelmäßig der faktischen Diskriminierung entsprechen soll, die Grundfreiheiten als Gleichheitsrechte qualifiziert und postuliert, dass derjenige, der sich in einen anderen Mitgliedstaat auf Dauer integrieren will, ein Mehr an Beschränkungen hinnehmen müsse. Fraglich bleibt hier, wieviel „mehr“ hingenommen werden müsste und anhand welcher Kriterien das „Mehr“ zu bewerten wäre.

¹⁹¹⁵ Kapitel 3 B. III. und Kapitel 4 A.

¹⁹¹⁶ Kapitel 3 A. I.

¹⁹¹⁷ Siehe Kapitel 4 C. Die Auffassung, dass die Grundfreiheiten als *leges specialis* eine Konkretisierung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes darstellen, welches sich, anders als die Grundfreiheiten, „nur“ auf natürliche Personen bezieht, ist daher wenig stichhaltig. Die eigenständige Teleologie der Grundfreiheiten in ihrer vertragsautonomen Qualität als subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV zeigt sich in der Konnexitätsordnung der Grundfreiheiten, Kapitel 4 B. I. 3. b), sowie in der Konnexität mit den Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln, Kapitel 4 B.

¹⁹¹⁸ I.d.F. des EG-Vertrages (Nizza) Art. 40, 41, 44, 47 EG.

¹⁹¹⁹ Teilweise wird im Schrifttum bereits aus dem Wortlaut der Grundfreiheiten ein Rückschluss auf die Funktion als Beschränkungsverbot bzw. auf einen freiheitsrechtlichen Kontrollmaßstab gezogen, *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009), § 7 II, S. 223, 224.

bb) Unterschiedslose Maßnahme = Beschränkung = Beschränkungsverbot

Eine wesentliche Schwäche der geltenden Konzeption des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes besteht darin, dass der Begriff der „*Beschränkung*“ im Zusammenhang der Grundfreiheiten weder durch den Gerichtshof noch durch das Schrifttum dogmatisch-konzeptionell erfasst ist.¹⁹²⁰ Dies liegt darin begründet, dass der Terminus „*Beschränkung*“ unspezifisch sowie in einer Vermengung von Maßnahmenkonzeption (Kontrollgegenstand) und Beschränkungskonzeption (Kontrollmaßstab) in dreifacher Weise verwendet wird.

Erstens dient der Begriff der Kennzeichnung sog. *unterschiedsloser Maßnahmen* (siehe hierzu bereits zuvor unter I. 1. Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung)¹⁹²¹, indem Letztere von Rechtsprechung und Schrifttum teilweise synonym als „*Beschränkungen*“ bezeichnet werden. Hiermit sind solche staatlichen Handlungen, wie insbesondere gesetzliche Regelungen gemeint, welche zwar nicht zwischen einem in- und ausländischen Sachverhalt bzw. nach der Herkunft differenzieren, jedoch die grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit i.w.S. beeinflussen bzw. eben „*beschränken*“. Abzugrenzen sind diese „*beschränkenden*“ bzw. *unterschiedslosen Maßnahmen* nach dem vorherrschenden Verständnis von sog. *unterschiedlichen Maßnahmen*, welche synonym auch als diskriminierende Maßnahmen oder einfach als Diskriminierungen bezeichnet werden.¹⁹²²

Zweitens wird die „*Beschränkung*“ als Oberbegriff für eine nicht-diskriminierende *Wirkung* von *unterschiedslosen Maßnahmen* verwendet, in Abgrenzung zu solchen *unterschiedlichen Maßnahmen*, die diskriminieren, d.h. im Sinne des allgemeinen Gleichheitssatzes gleiches ungleich behandeln. Diese Differenzierung wird auf der Ebene des Beschränkungstatbestandes im Zusammenhang der *Keck-Rechtsprechung*¹⁹²³ und der Folgerechtsprechung zur Marktzugangsfunktion (*Kommission/Portugal (Farbfolien)*¹⁹²⁴, *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁹²⁵ und *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*¹⁹²⁶) relevant, bei der nicht mehr auf die typische Konstruktion einer Maßnahme als unterschiedlich oder unterschiedslos fokussiert wird, sondern auf deren Wirkung betreffend den Marktzutritt. Diese an Gleichheitskriterien orientierte Unterscheidung von diskriminierender und nicht-diskriminierender *Beschränkung* wurde oben bereits zusammenfassend als *Wirkungsdifferenzierung* benannt (siehe oben zu I. 1.).¹⁹²⁷

¹⁹²⁰ U. Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), 42. EL Sept. 2010, Art. 45 AEUV, Rn. 196. Siehe auch T. Schürmann, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (2010), Art. 63, Rn. 22: Fehlende Definition des Begriffs *Beschränkung* bei der Kapitalverkehrsfreiheit.

¹⁹²¹ Kapitel I A. II. 1. a) und b) Problembereiche 1 und 2.

¹⁹²² Siehe etwa M. Rolshoven, „*Beschränkungen*“ des freien Dienstleistungsverkehrs (2002), der verschiedene Kategorien von *Beschränkungen* bildet, S. 121 ff, und *unterschiedslose Maßnahmen* als „*diskriminierungsfreie Beschränkungen*“ bewertet, S. 206 ff.

¹⁹²³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁹²⁴ EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* (C-265/06, EU:C:2008:210).

¹⁹²⁵ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁹²⁶ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹⁹²⁷ Kapitel I A. II. 1. c) Problembereich 2.

Drittens wird in Rechtsprechung und Schrifttum kumulativ zu den vorgenannten Differenzierungen die „Beschränkung“ zugleich als Synonym für den inhaltlichen Maßstab des grundfreiheitlichen Verbotstatbestandes – „Beschränkungsverbot“ – verwendet. Nach umstrittener Auffassung geht das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten hierbei über die Funktion eines klassischen Gleichheitsrechtes, respektive Diskriminierungsverbotes, hinaus und ist von diesem zu unterscheiden. In dieser Sichtweise liegt die Notwendigkeit einer Abgrenzung begründet, zwischen dem Verbotsmaßstab eines Gleichheitsrechtes (Diskriminierungsverbot) und dem eines Freiheitsrechtes (Beschränkungsverbot), wobei umstritten ist, ob das Beschränkungsverbot einen freiheitsrechtlichen Maßstab umfassen darf (siehe zuvor A. II.). Teilweise wird indessen der Begriff Beschränkungsverbot auch als Oberbegriff für beide Formen verwendet. Dieser Zustand der hier mit dem Oberbegriff der *Maßstabsdualität* bezeichnet wurde (siehe oben bei I. 1.)¹⁹²⁸, wird durch den im Schrifttum so bezeichneten „Drei Stufen Test“ perpetuiert.

cc) *Maßstab*: „geeignet zu behindern“, „weniger attraktiv“, „Marktzugang“

In der Rechtsprechung werden als Maßstäbe im Wesentlichen die unbestimmten Rechtsbegriffe „geeignet zu behindern“ (EuGH-*Dassonville*)¹⁹²⁹, „weniger attraktiv“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)¹⁹³⁰ und „Marktzugangskriterium“ (EuGH *Keck*¹⁹³¹ bis *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*¹⁹³²) genannt, aber inhaltlich nicht explizit definiert. Damit werden alle *möglichen Auswirkungen* einer unterschiedslosen Maßnahme auf den innergemeinschaftlichen Handel im Sinne des „Bewirkens“ einer Beschränkung erfasst.

Der durch die interpretatorische Offenheit sehr große Radius dieser Konzeption kennzeichnet die „Philosophie“ des EuGH, die Grundfreiheiten als umfassende Mobilitätsrechte (gemäß hier vertretener Auffassung zur Verwirklichung des Free Movement-Konzepts) auszulegen um den Binnenmarkt (als transnationales Tauschsystem) bzw. das integrationspolitisch motivierte Binnenmarktziel (effektiv i.S.e. normativ-funktionalen Allokationsoptimums¹⁹³³) zu verwirklichen. Bereits in den 1970er Jahren, also zu einer Zeit als das *Weißbuch über den Binnenmarkt*¹⁹³⁴ noch in weiter Ferne lag und die Integration dringend positive Impulse benötigte, war dies eine rechtspolitisch höchst wirksame Taktik. Damals wirkte die „negative Integration“ via Grundfreiheiten quasi als „Beschleuniger“ für die zeitweise aufgrund mitgliedstaatlicher (protektionistischer) Widerstände stockende „positive Integration“ über die Rechtsangleichung per Verordnungen und Richtlinien. Jedoch ist es dem EuGH (und ebenso dem europarechtlichen Schrifttum) bis heute nicht gelungen die unbestimmten Rechtsbegriffe in einer

¹⁹²⁸ Kapitel 1 A. II. 1. c) Problembereich 3.

¹⁹²⁹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

¹⁹³⁰ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁹³¹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

¹⁹³² EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹⁹³³ Das Allokationsoptimum wird vorliegend im Sinne der von *Peter Behrens* hergeleiteten normativ-ökonomischen Funktion verstanden, siehe *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 83-85.

¹⁹³⁴ *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Kom(85) 310 endg. vom 14.06.1985, Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat.

Weise mit „Leben zu füllen“, die für den nationalen Rechtsanwender definitorisch eindeutig wäre.

Soweit der Gerichtshof bzw. das Schrifttum auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten abstellen, bleibt offen, auf welchen Maßstab für den Marktzugang zu rekurren ist. Denn auch im Rahmen der Rechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten verwendet der EuGH den Begriff der Beschränkung unspezifisch, zuletzt überwiegend als Oberbegriff für jegliche Eingriffe in die Grundfreiheiten, sei es in Form von Ungleichbehandlungen, d.h. direkten oder mittelbaren Diskriminierungen im Wege sog. unterschiedlicher Maßnahmen, oder von „Erschwerungen“ des grenzüberschreitenden Handels, d.h. unterschiedslose Maßnahmen¹⁹³⁵, welche den Marktzugang „weniger attraktiv“ machen. Ein Rückschluss auf eine bestimmte inhaltliche Ausgestaltung des Verbotsmaßstabes der Grundfreiheiten als Marktzugangsgleichheits- und/oder Marktzugangsfreiheitsrecht ist nicht möglich, da unklar ist, was genau eine „Erschwerung“ kennzeichnet und anhand welcher Kriterien diese zu messen wäre.

b) Vergleich mit den Wettbewerbsregeln

Wie bereits im Zweiten Teil der Untersuchung ausgeführt wurde, umfasst der Kontrollmaßstab des wettbewerblichen Beschränkungsverbot freiheits- und gleichheitsrechtlichen Maßstäbe¹⁹³⁶, welche allerdings einer dynamischen Auslegung anhand der jeweils herrschenden wettbewerbspolitischen Auffassungen bzw. wettbewerbstheoretischen Strömungen unterliegen.¹⁹³⁷ Insgesamt zeigt damit die geltende Interpretation des wettbewerblichen Beschränkungsverbot eine Teleologie, welche einer adäquaten Umsetzung der Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot¹⁹³⁸ entspricht.

Die Gegenüberstellung der Ausgestaltung des Verbotsmaßstabes von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln¹⁹³⁹ sowie die Inhaltsbestimmung des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot hat gezeigt¹⁹⁴⁰, dass bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot eine *Interdependenz von Wettbewerbsfreiheit und -Wettbewerbsgleichheit* besteht. Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Unternehmen im Wettbewerb verlangt nicht nur, die Wirtschaftssubjekte (Unternehmen) untereinander nicht zu diskriminieren, sondern auch vergleichbare wirtschaftliche Sachverhalte ohne sachlichen Grund nicht unterschiedlich zu behandeln.¹⁹⁴¹ Jenseits der von Kommission und Gerichtshof in Bezug genommenen wettbewerbstheoretischen Konzepte kann in dogmatischer Perspektive daher festgehalten werden, dass es *keine Wettbewerbsfreiheit ohne Wettbewerbsgleichheit* und umgekehrt *keine Wettbewerbsgleichheit ohne Wettbewerbsfreiheit* geben kann. Denn die Ausübung von Freiheit, d.h. die

¹⁹³⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 11 ff.; EuGH *Kommission/Italien (Anhang)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 33 ff.; EuGH *Presidente del Consiglio dei Ministri gegen Regione Sardegna (Sardegna)* (C-169/08, EU:C:2009:709) Rn. 29 ff.

¹⁹³⁶ Kapitel 3 E. I. 1.

¹⁹³⁷ Kapitel 3 D. II. 4. Inhaltsbestimmung des Wettbewerbsprinzips als Schutzobjekt und E. I. 3.

¹⁹³⁸ Kapitel 3 F.

¹⁹³⁹ Kapitel 3 E. I. und II.

¹⁹⁴⁰ Kapitel 3 D. II. 4. und 5.

¹⁹⁴¹ Vgl. *V. Skouris/D. Kraus*, in: MüKo EuWettbR (2007), Einl. Rn. 381.

freie Wahl von Aktionsparametern zur Positionierung einer wirtschaftlichen Leistung im Wettbewerb (Marktverhalten), setzt gleiche Funktionsbedingungen in dem Markt voraus (Marktstruktur). Dabei ist weiter zu berücksichtigen, dass „Freiheit nicht gleich Freiheit“ ist. Freiheit muss im Hinblick auf den jeweiligen Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab einer Norm weiter konkretisiert werden. D.h. die konkret „gewollten“ (politisch, gesamtgesellschaftlich, ökonomisch) Freiheitsräume sind normenspezifisch zu definieren. Dies ist für die Auslegung der Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot) ebenso entscheidend wie für die Konkretisierung des transnationalen Mobilitätsfreiheitsrechts bei den Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot).

Weiter zeigt der Vergleich zu dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot für die Ausgestaltung des transnationalen Mobilitätsfreiheitsrechts, dass zu unterscheiden ist zwischen einem Wettbewerbsvorteil, welcher „durch Leistung“ erlangt ist und einem Vorteil, der „ohne Leistung“ besteht. Denn bei der Betrachtung von Gleichheit und Freiheit in Bezug auf den Wettbewerb als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot wird deutlich, dass der Kern einer *Beschränkung*, und damit der Fokus bei der Prüfung einer Beschränkung, bei den Wettbewerbsregeln darin besteht, zu analysieren, *wie* ein Wirtschaftssubjekt (Unternehmen) einen Wettbewerbsvorteil erlangt. Diese Analyse kann sich auf den aktuellen Wettbewerb beziehen („erlangt hat“) oder den potenziellen Wettbewerb („künftig erlangen könnte“). Dafür ist entscheidend, wie der Begriff des *Wettbewerbsvorteils* / *Competitive Advantage* – zu definieren ist.¹⁹⁴² Vereinfacht ausgedrückt ist ein Wettbewerbsvorteil dadurch charakterisiert, dass es einem Wirtschaftssubjekt gelingt, z.B. aufgrund von besserer Qualität, eines besseren Images der Leistung oder eines günstigeren Preises, etwa auf der Basis einer günstigeren Kostenstruktur als Ergebnis effizienter Planung, sich eine quantitativ größere Bindung an Verträge bzw. Leistungsbeziehungen mit der Marktgegenseite zu verschaffen als konkurrierende Unternehmen. Ganz konkret beleg- und beweisbar drückt sich ein Wettbewerbsvorteil also dadurch aus, dass *quantitativ* mehr Vertragsabschlüsse und/oder sonstige Leistungsbeziehungen oder *qualitativ* bessere Vertragsbeziehungen mit der Marktgegenseite bestehen, für die jeweils Gegenleistungen fällig werden, die sodann dem Unternehmen als Einnahme zufließen.¹⁹⁴³

Dogmatisch-konzeptionell betrachtet ist also bei der Beschränkungsprüfung in ökonomischer Hinsicht zu analysieren, ob aus der Perspektive der betrachteten Wirtschaftssubjekte höhere Einnahmen (aktueller Wettbewerb) oder künftige Einnahmehancen

¹⁹⁴² Bei der Betrachtung von Wettbewerbsvorteilen wird häufig auf das Verständnis des Competitive Advantage von *Michael E. Porter* rekurriert. Siehe hierzu im Überblick *J. Magretta*, Understanding Michael Porter, *The Essential Guide to Competition and Strategy* (2012), S. 63 ff. mit einer Kurzdefinition sowie einem Schaubild auf S. 87/88: „[...] a complete definition of competitive advantage: a difference in relative price or relative costs that arises because of differences in the activities being performed [...]. Wherever a company has achieved competitive advantage, there must be differences in activities. But those differences can take two distinct forms. A company can be better at performing the same configuration of activities, or it can choose a different configuration of activities“.

¹⁹⁴³ Siehe zur Analyse von Wettbewerbsvorteilen *H. Hungenberg*, *Strategisches Management in Unternehmen* (2011), S. 195 ff.

(potenzieller Wettbewerb) *durch Leistung* erwirkt werden oder gar durch *nicht-Leistung*¹⁹⁴⁴, nämlich ohne Leistung, etwa mittels zweiseitiger Koordination (Art. 101 AEUV) oder einseitiger Marktmacht (Art. 102) bzw. kollusiver Marktmacht (Fusionskontrolle) oder durch staatlich verschaffte Ressourcenvorteile (Art. 107 AEUV, Art. 106 AEUV, Entzugstatbestände). Diese Differenzierung bildet sich in der Übersicht zu dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung ab.¹⁹⁴⁵ Gegenstand der konkreten Beschränkungsprüfung muss demnach sein *wie*, d.h. mit welchen „Maßnahmen“ im Sinne von Methoden, Verhalten etc., ein Unternehmen seine Einnahmen erzielt, die zu einem Vorsprung im Gewinn und in der Kapitalausstattung führen. Hier hilft in der Praxis zunächst eine vergleichende Betrachtung vom Ergebnis her, d.h. eine Bewertung, wie ein Unternehmen gegenüber dem anderen „bilanziell dasteht“. Hierfür lassen sich die relevanten Unternehmensdaten vergleichen, insbesondere in der Analyse der Kapitalausstattung versus Einnahmen versus Aufwand und dem daraus resultierenden „Unternehmensstatus“ i.w.S.¹⁹⁴⁶

c) *Dogmatischer Befund*

Als erster dogmatischer Befund ist zu erkennen, dass die Unbestimmtheit des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes, resultierend aus dem offenen Beschränkungs-begriff im AEUV und der Vielfalt unbestimmter Rechtsbegriffe der EuGH-Rechtsprechung, keine hinreichend subjektiv-rechtliche Umsetzung der Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot gewährt und damit die Notwendigkeit eines Perspektivenwechsels unter Berücksichtigung der in Kapitel 4 hergeleiteten wettbewerbsökonomischen Funktion der Grundfreiheiten indiziert (dazu aa)). Als zweiter Befund zeigt der Vergleich der Kontrollmaßstäbe von wettbewerblichem und grundfreiheitlichem Beschränkungsverbot, dass bei den Wettbewerbsregeln mit erheblich weniger, aber dafür deutlicher definierten Begriffen, ein einheitlicher Beschränkungstatbestand (Wettbewerbsbeschränkung) in adäquat subjektiv-rechtlicher Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot konzipiert wurde (dazu bb)). Drittens ist für die subjektiv-rechtliche Operationalisierung der prinzipiellen Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot zur Sicherung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität via Grundfreiheiten eine Tatbestandsstruktur für die freiheits- und gleichheitsrechtliche Kontrolle von Maßnahmen erforderlich, mit welcher der „Schwellenwert“ nicht mit den Implikationen der Interessen-Trias kollidiert (dazu cc)). Insbesondere ist bei der Konzeptionierung zu berücksichtigen, dass der grundfreiheitliche Kontrollmaßstab unmit-

¹⁹⁴⁴ In dogmatisch-konzeptioneller Perspektive wird hier eine Parallele zu der Struktur und Teleologie des zivilrechtlichen Bereicherungsrechts sichtbar, bei dem es, vereinfacht ausgedrückt, u.a. um die Betrachtung von *Zuweisungsgehalten* und die Grundlagen von Leistungen geht. Dieser Telos wurde in Kapitel 3 bei der Prinzipienherleitung aus der Verfasstheit der Union als Bestandteil der Werte- und Wirtschaftsverfassung herausgestellt, siehe dort B. II. 1. Gegenstand: Freiheit und Gleichheit von *Zuordnung und Zuordnungswechsel*.

¹⁹⁴⁵ Kapitel 4 C.

¹⁹⁴⁶ Siehe hierzu im Überblick *F. G. von Kanitz*, Bilanzkunde für Juristen (2010), S. 376, Rn. 1040 ff. Gesamtbewertungsverfahren, Einzelbewertungsverfahren und Mischformen. Insbesondere auch Rn. 1043 „Basis realisierter Marktpreise“ und Rn. 1044 „Basis fiktiver Marktpreise“.

telbar die Regelungs- und Gestaltungsmacht der Mitgliedstaaten sowie der Union begrenzt, und zwar auch bzgl. des für den wettbewerblich organisierten Binnenmarkt und dessen Teilmärkte¹⁹⁴⁷ notwendigen „Ordnungsrahmens“, welcher das (wirtschaftsbezogene) Recht als Funktionsbedingung für Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit der Marktverhältnisse darstellt. Schließlich wird der dogmatische Befund zur relativen Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes zusammengefasst (dd)).

aa) Notwendigkeit eines Perspektivenwechsels

Die der *Dassonville*-Rechtsprechung¹⁹⁴⁸ immanente Problematik einer Erfassung potenziell „geeigneter“ Maßnahmen kumuliert in ihrer Kombination mit dem unbestimmten Kriterium der „Attraktivität“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)¹⁹⁴⁹ sowie der ungeklärten Definition des Schwellenwertes für die Marktzugangsbeschränkung (EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*¹⁹⁵⁰ bis *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*¹⁹⁵¹) oder eine Marktaustrittsbeschränkung (EuGH *Gysbrechts*)¹⁹⁵² zu einer relativen Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes. Der wirtschaftsverfassungsrechtliche Maßstab „Verwirklichung“ und „Funktionieren“ des Binnenmarktes (Art. 26 Abs. 1 AEUV) verlangt mehr als das Konzept „Diskriminierungsverbot“ zu leisten vermag, denn der Vergleichsmaßstab bei dem Diskriminierungsverbot stützt sich im Wesentlichen auf das Konzept von Territorialität, welches dem Free Movement-Konzept gemäß der aktuellen Stand der Integration nicht mehr entspricht.¹⁹⁵³

Die dogmatisch-konzeptionelle Schwäche der geltenden Auslegung der grundfreiheitlichen Kontrolle nährt den Boden für nicht nachlassende Kritik. Die Ansätze im Schrifttum, welche vorschlagen, die Grundfreiheiten auf ihre Funktion als Diskriminierungsverbote zurückzuführen bzw. das Beschränkungsparadigma auf ein Gleichheitsrecht zu reduzieren¹⁹⁵⁴ oder die Grundfreiheiten im Lichte der Kompetenzordnung zumindest auf der Ebene der Rechtfertigung über eine Beweislastregel bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit per se zugunsten der Mitgliedstaaten weniger extensiv auszulegen¹⁹⁵⁵, haben daher dem Grunde nach zwar durchaus ihre Berechtigung, soweit sie die geltende *Konturlosigkeit* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes infrage stellen. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Konsequenz aus dem Befund der relativen Unbestimmtheit des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes jedoch gerade *nicht* darin bestehen, den „einfachen Weg“ eines „Rückschritts“ zu wählen und die im Dienste der europäischen Integration notwendigerweise weite Auslegung der Grund-

¹⁹⁴⁷ *Teilmärkte* sind hier nicht als nationale Märkte in Abgrenzung durch die Grenzen der Mitgliedstaaten zu verstehen, sondern als sachlich, örtlich und zeitlich relevante Märkte, deren Radius sich vollkommen unabhängig von den territorial definierten Grenzen der Mitgliedstaaten definiert.

¹⁹⁴⁸ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

¹⁹⁴⁹ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁹⁵⁰ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

¹⁹⁵¹ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

¹⁹⁵² EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730).

¹⁹⁵³ Siehe bereits in der Einleitung sowie Kapitel 1 A. I. und Kapitel 3 A. I.

¹⁹⁵⁴ Siehe oben A. II. 1.

¹⁹⁵⁵ *S. Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt (2013), S. 460-465.

freiheiten als transnationale Mobilitätsfreiheitsrechte einseitig zu Lasten des Individualrechtsschutzes zu verkürzen. Vielmehr können nach der Überzeugung des Verfassers die richterrechtlich etablierten Formeln der „Geeignetheit“, „Attraktivität“ sowie des „Marktzugangs“ und „Marktausgangs“ mithilfe eines methodischen Perspektivenwechsels einer dogmatisch kongruenten sowie praktisch handhabbaren Struktur zugeführt werden. Hierfür ist die funktional-wettbewerbsökonomisch geprägte Teleologie von transnationaler Mobilitätsfreiheit und -gleichheit (Kontrollmaßstab) mit einem ebenso funktional bestimmten Maßnahmenbegriff (Kontrollgegenstand) geeignet, eine adäquate Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot sicher zu stellen (functional economic approach¹⁹⁵⁶), ohne die Kompetenzordnung der Union negativ zu tangieren.

bb) Argumente für den einheitlichen Beschränkungstatbestand („entrave“)

Angesichts des gegenwärtigen Standes der Integration, bei dem offensichtliche Formen des Protektionismus eine zunehmend untergeordnete Rolle spielen¹⁹⁵⁷, und der Erkenntnis, dass eine Konzentration auf das Marktzugangskriterium die Erfassung aller Typen von Maßnahmen ermöglicht, erscheint eine Typisierung von Sachverhalten und die damit verbundene Aufspaltung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabs in Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot (Maßstabsdualität) als teleologisch unhaltbar und praktisch kaum mehr handhabbar. Überdies war und ist unabhängig von der Rechtsprechungslinie zu dem Marktzugangskriterium zu beobachten, dass der EuGH überwiegend auf eine trennscharfe Unterscheidung zwischen diskriminierenden Maßnahmen einerseits und Beschränkungen andererseits verzichtet bzw. keine systematische Vorgehensweise erkennen lässt.¹⁹⁵⁸ Als Beispiel sei hier nur Rn. 42 aus der Begründung des EuGH zur Rechtsache *Morellato* wiedergegeben. Danach stellt ein Gebot oder Verbot

„[...] keine mengenmäßige Beschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung [...] dar[...], sofern es ohne Unterschied auf einheimische und eingeführte Erzeugnisse anwendbar ist und nicht in Wirklichkeit eine Diskriminierung der eingeführten Erzeugnisse darstellt.“¹⁹⁵⁹ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Die im Schrifttum vertretene Auffassung, dass die bisherige Lösung zugunsten eines einheitlichen Beschränkungstatbestandes („entrave“) aufzugeben sei¹⁹⁶⁰, ist daher konzeptionell überzeugend, bedarf jedoch einer weiteren Ausgestaltung. Die Problema-

¹⁹⁵⁶ Kapitel 1 B. III. 2.

¹⁹⁵⁷ So ausdrücklich *E. Pache*, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), *Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis* (2006), § 10, Rn. 23, unter Bezugnahme auf *A. Mühl*, *Diskriminierung und Beschränkung* (2004), S. 112 f. der hervorhebt, dass das Beschränkungsverbot heute in der Praxis mittlerweile eine weitaus größere Rolle als das Diskriminierungsverbot spielt, auch im Lichte eines Bewusstseinswandels dahingehend, dass gerade unterschiedslos wirkende Hemmnisse für den Binnenmarkt einer effektiven Verwirklichung der Grundfreiheiten entgegenstehen können. Siehe auch Kapitel 1 A. I.

¹⁹⁵⁸ Für viele: EuGH *Attanasio Group Srl gegen Comune di Carbognano (Attanasio Group)* (C-384/08, EU:C:2010:133) Rn. 45; EuGH *Tommaso Morellato gegen Comune Padova (Morellato)* (C-416/00, EU:C:2003:475) Rn. 42.

¹⁹⁵⁹ EuGH *Morellato* (C-416/00, EU:C:2003:475) Rn. 42.

¹⁹⁶⁰ *W. Hakenberg*, *Europarecht* (2015), S. 91, Rn. 357.

tik der Wirkungsdifferenzierung erübrigt sich nur bei einer konsequenten Trennung von Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab, da bei einem einheitlichen Beschränkungstatbestand eine Wirkungsanalyse betreffend die Wirkungen einer Maßnahme auf den Marktzugang und/oder Marktausgang unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweislast einzig auf der Ebene des Kontrollmaßstabes erfolgen kann. Im englischsprachigen Schrifttum wird der Verzicht auf eine Typisierung und Wirkungsdifferenzierung bei gleichzeitiger Konzentration auf das Marktzugangskriterium unter dem Aspekt des *market access approach* ausdrücklich vertreten¹⁹⁶¹, jedoch wurde noch keine hinreichende Konzeptionen zur Definition des Beschränkungstatbestandes entwickelt.

cc) Schwellenwert von Mobilitätsfreiheit im Lichte der Interessen-Trias

Die Grundfreiheiten können dem einzelnen Wirtschaftssubjekt aus den zur Interessen-Trias ausgeführten Gründen¹⁹⁶² kein grenzenloses wirtschaftliches Freiheitsrecht gewähren. Die Reichweite des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot muss daher auf einer systematischen Grundlage so definiert werden, dass die Kontrolle der Bedingungen transnationaler wirtschaftlicher Mobilität nicht gegen die institutionellen Vorgaben des Unionsrechts verstößt. Zugleich kann unter (Markt-) Gerechtigkeitsgesichtspunkten im Lichte des Leitbildes einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft¹⁹⁶³ nicht akzeptiert werden, dass der Individualrechtsschutz im transnationalen Wettbewerb wegen ungelöster Kompetenzkonflikte der supranationalen Union unangemessen verkürzt wird. Dieser Gesichtspunkt ist vor allem auch integrationspolitisch relevant, soweit die Akzeptanz für das Fortschreiten der Integration im Raum steht. Die institutionell-rechtlich begründete Notwendigkeit zur Berücksichtigung der „Kompetenzsensibilität“ der grundfreiheitlichen Kontrolle rechtfertigt daher keinesfalls deren Unbestimmtheit hinzunehmen. Zudem wird eine Berücksichtigung von berechtigten Allgemeininteressen der Mitgliedstaaten durch eine relativ unbestimmte Konzeption der grundfreiheitlichen Kontrolle bzw. eine „pauschale“ Rückführung auf ein Diskriminierungsverbot sicher nicht effektiver gewährleistet als durch eine funktional-wettbewerbsökonomisch determinierte freiheits- und gleichheitsrechtliche Dogmatik (*functional economic approach*) in Verbindung mit einer aufgewerteten Abwägungsprüfung im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, wie vorliegend vertreten (siehe Kapitel 6 C.).

Bei der Bestimmung des angemessenen Schwellenwertes der grundfreiheitlichen Kontrolle liegt der zu beachtende Unterschied zwischen den Verbotstatbeständen von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln hinsichtlich des Kontrollmaßstabes indessen darin, dass das wettbewerbliche Beschränkungsverbot die Privatautonomie im horizontalen Verhältnis zwischen Akteuren im Markt begrenzt, während das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot die Interessen der Mitgliedstaaten mit einer vertikalen Kontrolle tangiert.¹⁹⁶⁴ Eine im Gegensatz zu dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot engere, z.B. nur gleichheitsrechtliche Auslegung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbo-

¹⁹⁶¹ C. Barnard, *The Four Freedoms* (2010), S. 103 ff.

¹⁹⁶² Kapitel 1 B. I. 3. und zuvor B. I.

¹⁹⁶³ Siehe zum Gehalt der Gerechtigkeit nach Art. 2 Satz 2 EUV die Ausführungen bei Kapitel 3 C. III.

¹⁹⁶⁴ Zur Unterscheidung vertikaler und horizontaler Kontrolle Kapitel 1 B. III. 2. c) und Kapitel 4 B. III.

tes als Diskriminierungsverbot, wäre ersichtlich „nur“ wegen der institutionell-rechtlich veranlassten Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Interessen und der Rücksichtnahme auf die mitgliedstaatliche („Rest“-)Souveränität angezeigt, soweit wegen des Anwendungsvorrangs die Grundfreiheiten jedes den Marktzugang „weniger attraktiv“ machende Recht im transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt verdrängen. Eine solch enge Auslegung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot widerspricht indessen der *Marktgerechtigkeit*¹⁹⁶⁵ und dem *Free Movement-Konzept*.¹⁹⁶⁶ Denn die gemäß dem aktuellen Stand der Integration maßgebliche *funktionale Transnationalität* fußt nicht mehr auf dem Prinzip der Territorialität. Insoweit ist aus der Perspektive des Individualrechtsschutzes die Privatautonomie entscheidend und hier die Frage, wie weit die Mitgliedstaaten durch „Maßnahmen“ die Privatautonomie von Wirtschaftssubjekten, in ihrer konkreten Gestalt aktueller sowie potenzieller transnationaler Leistungs- und Vertragsbeziehungen, durch unterschiedslose Maßnahmen beschränken dürfen (Interessen der Mitgliedstaaten vs. wirtschaftliche Interessen der Wirtschaftssubjekte).

In der subjektiv-freiheitsrechtlichen Perspektive von transnationaler wirtschaftlicher Mobilität geht es daher bei der Kontrolle unterschiedsloser Maßnahmen im Zusammenhang des Marktzutritts um die Gegenüberstellung des Radius individueller Entscheidungsfreiheit zur Verwirklichung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität (Aktionsradius) und mitgliedstaatlicher Souveränität. Der dafür grundlegend angemessene Maßstab zur Kontrolle von Beschränkungen ist von dem Gerichtshof bereits hinreichend festgestellt, betrachtet man die Privatautonomie als Bezugspunkt der dogmatischen Konzeption. Denn mit der Übertragung des weiten kartellrechtlichen Kontrollmaßstabes auf die Grundfreiheiten (definiert von dem EuGH 1966 in seiner *Consten & Grundig* Rechtsprechung¹⁹⁶⁷ und sodann übertragen auf die Warenverkehrsfreiheit¹⁹⁶⁸ mit EuGH *Dassonville*¹⁹⁶⁹ und später via EuGH *Gebhard*¹⁹⁷⁰ auf alle Grundfreiheiten angewendet) sind die unionsrechtlichen Anforderungen zur Einschränkung der Privatautonomie für hoheitliche (vertikale) Beschränkungen und unternehmerische (horizontale) Beschränkungen vom Grundsatz her gleich ausgerichtet. Dies entspricht teleologisch der in Art. 106 Abs. 1 AEUV herausgestellten Wertung, welche mit dem sog. Besserstellungsverbot von öffentlich-rechtlich verfassten und privatrechtlich organisierten Unternehmen zum Ausdruck kommt und der damit einhergehenden Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen.¹⁹⁷¹ Aus dieser wertenden Betrachtung folgt für

¹⁹⁶⁵ Als Ausfluss des Leitbildes der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, im Sinne von i.w.S. wirtschaftlicher (Verteilungs-), „Gerechtigkeit“, Art. 2 Satz 2 EUV i.V.m. dem Binnenmarktziel, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV. Für die Ebene der Werteverfassung siehe Kapitel 3 C. III. und IV. Werte fundierte Integrationsfreiheit/-gleichheit.

¹⁹⁶⁶ Kapitel 3 A. I.

¹⁹⁶⁷ EuGH *Consten & Grundig* (C-56 und 58/64, EU:C:1966:41).

¹⁹⁶⁸ Da die *Dassonville*-Formel zeitlich nach der *Consten & Grundig* Rechtsprechung EuGH *Consten & Grundig* (C-56 und 58/64, EU:C:1966:41) etabliert und nahezu wortgleich formuliert wurde, ist nach der hier vertretenen Auffassung davon auszugehen, dass die wettbewerbsfreiheitsrechtliche Konzeption auf die Ebene der Grundfreiheiten übertragen wurde.

¹⁹⁶⁹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

¹⁹⁷⁰ EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

¹⁹⁷¹ Kapitel 4 B. II. 1. a) aa) (1) und Kapitel 4 III. 2.

die Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes, dass es nicht mehr um die Frage des „Ob“ eines freiheitsrechtlichen Kontrollmaßstabes gehen kann, sondern im Kern „nur“ noch darum, *wie* ein angemessener Ausgleich zwischen Privatautonomie/Entscheidungsfreiheit (Individualinteresse) und den Allgemeininteressen der Mitgliedstaaten bzw. den Interessen der Union zu finden ist. Damit ist die Grenzlinie zwischen wirtschaftlicher Entscheidungsfreiheit als Ausdruck der Privatautonomie und adäquater Umsetzung von Allgemeininteressen nicht „begrifflich“ sondern funktional zu bestimmen, nämlich gemäß der Gesetzmäßigkeiten des Bezugsgegenstandes der grundfreiheitlichen Kontrolle (Free Movement-Konzept). Dies zeigt auch der Vergleich zu den Wettbewerbsregeln, denn bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot geht es demgegenüber um die Frage, wie „weit“ das Beschränkungsverbot die Privatautonomie und Handlungsfreiheit des einen Unternehmens in der Balance zur Privatautonomie und Handlungsfreiheit des anderen Unternehmens zu begrenzen hat, um den Wettbewerb „funktionsfähig“ zu halten bzw. die Wettbewerbsfreiheit (Handlungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte als geschütztes Marktverhalten) aller Unternehmen (Marktstruktur) zu sichern.¹⁹⁷² Der Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes darf dementsprechend also nur solche unterschiedslosen Maßnahmen erfassen, welche sich nachweislich als i.w.S. offen oder strategisch protektionistisch wirkende Regelungen identifizieren lassen. D.h. die Interessen der Mitgliedstaaten müssen gemäß dieser Wertung dann zurückstehen, wenn mit einer Maßnahme ein gezielter („bezwecken“) oder faktisch („bewirken“) strategisch auf die transnationale Mobilität einwirkender Protektionismus besteht. Diese Konzeption entspricht dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV), da auf diese Weise die einleitend beschriebenen Formen von „modernem (strategischem) Protektionismus“¹⁹⁷³ von der grundfreiheitlichen Kontrolle erfasst werden, welche gerade keiner Legitimation durch das Allgemeininteresse von Mitgliedstaaten unterliegen und somit nicht die Interessen-Trias bzw. die „Kompetenzfrage“ tangieren.

Das auf der Ebene der vertikalen Kontrolle via Grundfreiheiten bestehende Spannungsfeld zwischen der *Entscheidungsfreiheit* der Wirtschaftssubjekte auf der einen Seite (Privatautonomie) und der notwendigen *Gestaltungsfreiheit* der Mitgliedstaaten für die Rahmenbedingungen ihrer Märkte auf der anderen Seite (politisch und demokratisch legitimierte Normsetzung) durch die strikte Ablehnung eines Freiheitsrechts aufzulösen, wie die Auffassungen im Schrifttum, welche die Grundfreiheiten auf eine Funktion als Diskriminierungsverbote reduzieren bzw. freiheitsrechtliche Gehalte negieren¹⁹⁷⁴, geht daher fehl. Diese Auffassungen sind mit dem Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot)¹⁹⁷⁵ und dem davon umfassten Free Movement-Konzept¹⁹⁷⁶ nicht vereinbar, da sie die *systembedingte Interdependenz von Freiheit und Gleichheit im wettbe-*

¹⁹⁷² Kapitel 3 D. II. 4. c) und d) sowie E. I.

¹⁹⁷³ Einleitung Kapitel 1 A.

¹⁹⁷⁴ Siehe oben A. II. 1. bis 2.

¹⁹⁷⁵ Kapitel 3 G.

¹⁹⁷⁶ Kapitel 3 A. I.

werblichen Marktprozess und die Komplexität der wirtschaftlichen Realität globalisierter Märkte a priori ausblenden.

Das unionsrechtliche Beschränkungsverbot verbürgt als Prinzip die in Art. 2 EUV kodifizierten Werte der Freiheit und Gleichheit in ihren ökonomischen Gehalten des Free Movement-Konzepts als Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie als Markt- und Wettbewerbsgleichheit.¹⁹⁷⁷ Ohne Markt- und Wettbewerbsfreiheit (Möglichkeit wirtschaftlicher Entscheidungen auf der Grundlage des gegebenen Rahmens, begrenzt durch die Freiheit anderer Marktteilnehmer) kann es aber keine Markt- und Wettbewerbsgleichheit (gleiche rechtliche Rahmenbedingungen für gleiche wirtschaftliche Sachverhalte) geben, und ohne Markt und Wettbewerbsgleichheit kann es keine hinreichende Markt- und Wettbewerbsfreiheit für alle Marktteilnehmer geben. Zudem bestünde mit der Ablehnung freiheitsrechtlicher Gehalte ein verfassungsrechtlich problematisches Ungleichgewicht zwischen grundfreiheitlichem und wettbewerbslichem Beschränkungsverbot, welches der Wertung von Art. 106 AEUV (Besserstellungsverbot öffentlicher Unternehmen) und den sog. Entzugstatbeständen widerspräche.¹⁹⁷⁸ Schließlich ist die Ablehnung freiheitsrechtlicher Gehalte des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes auch deshalb problematisch und nicht mehr zeitgemäß, da eine rein gleichheitsrechtliche Ausgestaltung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes gerade diejenigen Wirtschaftssubjekte strukturell benachteiligte, welche besonders subtilen, nämlich wettbewerbsstrategisch wirkenden Beschränkungen unterliegen.

Die Bestimmung der unionsverfassungsgemäßen grundfreiheitlichen Kontrolldichte kann unter Berücksichtigung der institutionell-rechtlichen Anforderung der Interessentriade demnach, ohne die reale wirtschaftliche Komplexität auszublenden, nur im Wege einer funktionalen inhaltlichen Konkretisierung sowie Verfeinerung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes erfolgen, wobei für die Rechtspraxis hinreichende Variablen für die Prüfung der „Attraktivität“ des Marktzugangs zu definieren sind (siehe hierzu Kapitel 6 A. II. und III.). Notwendig sind der Darlegung und dem Beweis zugängliche Kriterien, wie diese im Wettbewerbsrecht bereits existieren. Im Hinblick auf die konkrete Bestimmung des „Schwellenwertes“ für den Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot sind die nachfolgend aufgeführten drei Bedingungen (a) bis (c) zu erfüllen.

(1) Klärung von Bezugsmaßstab und Inhalt von „Freiheit“

Aufgrund nicht hinreichend bestimmter Kriterien und einer unzureichenden inhaltlichen Bestimmtheit des Beschränkungsbegriffs wird die im Schrifttum geführte Diskussion zur Frage, ob die Grundfreiheiten als Freiheitsrechte definiert und konturiert werden können, notwendigerweise weitgehend „abstrakt“ geführt, wobei unterschiedliche Konzeptionen von „Freiheit“ im Raum stehen. Selbst diejenigen Ansätze, welche das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten als freiheitsrechtlichen Maßstab interpre-

¹⁹⁷⁷ Kapitel 3 F.

¹⁹⁷⁸ Siehe Kapitel 4 II. und III.

tieren, lassen jeweils eine explizite Definition des zugrundeliegenden Freiheitsbegriffs vermissen.¹⁹⁷⁹

Eine per se Qualifikation der Grundfreiheiten als Freiheitsrechte träge für sich genommen noch keine Aussage über den Bezugsmaßstab (worauf bezieht sich die grundfreiheitliche Freiheit?) und den Inhalt von Freiheit einerseits sowie die Reichweite des Freiheitsrechtes andererseits (was ist die Konzeption von transnationaler wirtschaftlicher Freiheit?). Auch ein Freiheitsrecht kann nicht unbegrenzt gelten, da bereits die Freiheit des einen Wirtschaftssubjektes die Freiheit des anderen begrenzt. Selbst unter dem Aspekt der Konvergenz von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln¹⁹⁸⁰ kann daher eine eindeutige Definition des Kontrollmaßstabes für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot nicht a priori gelingen. Wie bereits ausgeführt wurde hat sich insbesondere das jüngere englisch sprachige Schrifttum eingehender mit dem Verhältnis der Beschränkungsdefinition von Wettbewerbsregeln und Grundfreiheiten auseinandergesetzt. So vertritt *Kamiel Mortelmans* unter Bezugnahme auf die Schlussanträge von Generalanwalt *Walter Van Gerven* in der Rechtssache *Torfaen*¹⁹⁸¹ die Auffassung, dass die Ähnlichkeit der *Dassonville*-Formel mit der Definition der Wettbewerbsbeschränkung in der Rechtssache *Consten & Grundig* den Ausgangspunkt für eine konvergente Auslegung der Grundfreiheiten und Wettbewerbsvorschriften bilden könne.¹⁹⁸² Ähnlich argumentieren *Jules Stuyck*¹⁹⁸³ und *P. VerLoren van Themaat*.¹⁹⁸⁴ Angesichts der in Kapitel 3 hergeleiteten objektiv-rechtlichen Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes¹⁹⁸⁵ ist es indessen nicht einmal notwendig, auf das Konvergenzargument i.e.S. abzustellen, da sich ein gleichlaufender Kontrollmaßstab von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln bereits grundlegend aus deren Werte- und Zielidentität ergibt.¹⁹⁸⁶ Hieraus folgt, dass sich der Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten auf das Wettbewerbsprinzip als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes bezieht und damit ein gleichheits- und freiheitsrechtlicher Maßstab zum Schutz des Wettbewerbs betreffend den Schutz des Binnenmarktes als Schutzgegenstand des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes gelten muss. Die Abgrenzung von grundfreiheitlichem und wettbewerblichem Beschränkungsverbot geschieht daher nicht über unterschiedliche Kontrollmaßstäbe, sondern über jeweils spezifische Kontrollgegenstände, wie sich diese in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung abbilden.¹⁹⁸⁷

¹⁹⁷⁹ Siehe zuvor A. II.

¹⁹⁸⁰ Kapitel 4 B. III. 2 c).

¹⁹⁸¹ Schlussanträge des Generalanwaltes *Walter Van Gerven* EuGH *Torfaen* (C-145/88, EU:C:1989:279) Rn. 22.

¹⁹⁸² *K. Mortelmans*, Towards convergence in the application of the rules on Free Movement and on Competition?, CMLR 38 (2001), S. 623: "Both judgments illustrate the primary and overriding objective of the provisions on free movement and competition: the establishment and operation of the Common Market. This common objective is a perfect point of departure for convergence".

¹⁹⁸³ *J. Stuyck*, „Libre circulation et concurrence: les deux piliers du Marché commun“, in: *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck* (1999), S. 1479.

¹⁹⁸⁴ *P. VerLoren van Themaat*, „Gaat de Luxemburgse rechtspraak over de vier vrijheden en die over het mededingingsbeleid uiteenlopen?“, SEW 1996, S. 398.

¹⁹⁸⁵ Kapitel 3 F.

¹⁹⁸⁶ Kapitel 3 B. III. und Kapitel 4 A.

¹⁹⁸⁷ Kapitel 4 C.

(2) Bestimmung eines funktionalen Freiheits- und Gleichheitsbegriffs

Das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit zueinander sowie deren jeweiligen Konzepte sind im Detail vielschichtig und unterliegen, je nach wissenschaftlicher Disziplin, unterschiedlichsten „Definitionen“. So ist etwa nach dem staatsrechtlichen Verständnis *Freiheit* (im formellen Sinne) gegeben, wenn die Gleichheit vor dem Gesetz durch den Staat garantiert wird. *Gleichheit* besteht, wenn staatliche Privilegierungen einzelner Subjekte und damit Diskriminierungen anderer fehlen.¹⁹⁸⁸ In „politisch-philosophischer“ Lesart lassen sich Freiheit und Gleichheit wiederum einer Unterscheidung von *negativer Freiheit* und *positiver Freiheit* unterziehen¹⁹⁸⁹ usw.¹⁹⁹⁰

Wenngleich sich markt- und wettbewerbsunspezifische „Definitionen“ von Freiheit und Gleichheit nur bedingt für die Interpretation der Grundfreiheiten als supranationale Normen heranziehen lassen, so sind doch deren grundlegenden Konzeptionen ein maßgeblicher Kristallisationspunkt. So entspricht etwa das o.g. staatsrechtliche Verständnis von Gleichheit, übertragen auf den subjektiven Rechtsschutz im transnationalen Binnenmarktprozess, dem Gleichheitserfordernis hinsichtlich der den Markt bestimmenden Rahmenbedingungen (Fehlen staatlicher Privilegierungen einzelner Subjekte). Zu Letzteren zählt zuvorderst das nationale (Wirtschafts-)Recht, das der grundfreiheitlichen Kontrolle unterliegt. Bemerkenswerter Weise wird in der *Keck*-Formel des EuGH mit dem Passus „tatsächlich und rechtlich gleiche Berührtheit“¹⁹⁹¹ genau dieser Aspekt von Rahmenbedingungen aufgenommen. Funktional marktbezogen betrachtet der EuGH mit diesem Passus im Zusammenhang des Marktzugangskriteriums die Notwendigkeit rechtlicher und tatsächlicher *Marktgleichheit* in Bezug auf die *Funktionsbedingungen* wirtschaftlichen Agierens, was aus wettbewerbsökonomischer Sicht die *Marktstruktur*

¹⁹⁸⁸ Siehe grundlegend zu dem Verhältnis von Freiheit und Gleichheit sowie zu deren Funktionen im verfassungsrechtlichen Kontext *M. Kriele*, Freiheit und Gleichheit, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (1983), S. 129 ff, S. 145: „Die Allgemeinheit des Gesetzes kann nur dann Gleichheit herstellen, wenn sich die durch sie begründeten Freiheitsbeschränkungen an den Maßstäben einer freiheitssichernden demokratischen Verfassungsordnung legitimieren lassen. Wie aber, wenn die formale Gleichheit des allgemeinen Gesetzes mit materieller Ungleichheit zusammentrifft [...]“ und S. 152 f. zu „Privilegien und Diskriminierungen“. Zur Freiheit als Verfassungsprinzip grundlegend *E. Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht (1976), S. 137 ff., insb. auch S. 246 ff. „Das ‚innere System‘ der Freiheitsrechte“, mit der Feststellung auf S. 246, „daß das einzelne Freiheitsrecht als Norm selbst nur Konkretisierung des hinter ihm liegenden *Prinzips der Freiheit* ist“ (Hervorhebung durch den Verf.).

¹⁹⁸⁹ Siehe nur *Immanuel Kant* in der Differenzierung von negativer Freiheit (i.w.S. als Ausdruck des Willens als Kausalität lebender Wesen) und positiver Freiheit (i.w.S. als Kausalität nach unandelbaren Gesetzen bzw. eines unbedingt praktischen Gesetzes, der Vernunft in Prinzipien usw.), vgl. *I. Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Dritter Abschnitt (1961/2016), S. 88/89, S. 90 ff. („Freiheit muss als Eigenschaft des Willens aller vernünftigen Wesen vorausgesetzt werden“) und in der Schlussanmerkung S. 111/112. *Isaiah Berlin*, der sich mit der Freiheit als Leitbegriff der Humanität und eines zentralen Begriffs der politischen Theorie auseinandergesetzt hat, untersuchte verschiedene Freiheitskonzepte und ihre politischen Implikationen, wobei er kurz gefasst negative und positive Freiheit konzeptionell wie folgt gegenübergestellt hat: negative Freiheit als Abwesenheit eines Zwangs von „außen“, und positive Freiheit als Ausübung eines „inneren“ Willens, vgl. *I. Berlin*, Freiheit (1969/2011), S. 197 ff., S. 201-210 (negative Freiheit), S. 211 ff. (positive Freiheit).

¹⁹⁹⁰ Zu den konzeptionellen Facetten siehe *G. Stratenwerth*, Freiheit und Gleichheit (2007) passim.

¹⁹⁹¹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

einbezieht. Eine formal determinierte Freiheit durch Gleichheit reicht indessen nicht aus um transnationale Mobilität im Binnenmarkt im Sinne funktionaler Transnationalität zu gewährleisten. Nötig ist vielmehr eine umfassende Entscheidungs-, Handlungs- und Wahlgleichheit sowie -freiheit, welche sich gerade auf die im Wettbewerbsprozess für den transnationalen Leistungsaustausch relevante Faktoren bezieht, nämlich auf die Aktionsparameter von Wettbewerbsstrategien zur Verwirklichung von transnationaler wirtschaftlicher Mobilität im potenziellen Wettbewerb durch Marktzutritt und Marktaustritt. Insoweit entspricht die hier notwendige Freiheit einer „positiven Freiheit“.¹⁹⁹²

Grundsätzlich umfasst die Handlungs- und Wahlfreiheit¹⁹⁹³ gegenüber der bloß formellen Freiheit (im o.g. staatsrechtlichen Sinn) die Möglichkeit, individuelle Entscheidungen „frei“ zu treffen und durchzusetzen.¹⁹⁹⁴ Der Umfang dieser i.w.S. *materiellen Freiheitsgewährleistung* steht daher in direktem Zusammenhang mit der gesetzlichen Regulierungsdichte für den Wirtschaftsraum in den Mitgliedstaaten der Union. In einem marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaftssystem wie dem der Europäischen Union, vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV, welches auf dezentraler Planungskompetenz, Koordination der Einzelpläne, d.h. der einzelnen Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten zu Wettbewerbsstrategien, durch Angebot und Nachfrage sowie das Privateigentum an den Produktionsmitteln beruht, wird der Rahmen der materiellen Freiheit somit im Wesentlichen (noch) durch das (Wirtschafts-)Recht der Mitgliedstaaten bestimmt, soweit keine unionsrechtliche Harmonisierung (Richtlinien) oder Rechtsvereinheitlichung (Verordnungen) vorliegt. Die materielle Freiheit (oder auch positive Freiheit) korrespondiert insoweit unmittelbar mit dem Prinzip der Privatautonomie bzw. der Garantie eigentumsrechtlicher Positionen, wie sie auch im Unionsrecht ihren Ausdruck finden, vgl. Art. 345 AEUV. Diese materielle Freiheit umfasst damit auch die *Vertragsfreiheit*, welche als Teilgewährleistung wiederum Vertragsabschluss und Vertragsinhaltsfreiheit beinhaltet.¹⁹⁹⁵ *Friedrich August von Hayek* hat den funktionalen Kern der Vertragsfreiheit auf folgende Formel gebracht:

„Vertragsfreiheit, wie Freiheit auf allen anderen Gebieten, bedeutet tatsächlich, daß Statthaftigkeit eines bestimmten Aktes nur von *allgemeinen Regeln* abhängt und nicht von einer speziellen Genehmigung durch eine Behörde“. [...] Das schließt die Möglichkeit nicht aus, daß das Recht nur jene Verträge anerkennt, die bestimmten allgemeinen Bedingungen genügen oder daß der Staat Regeln zur Auslegung von Verträgen

¹⁹⁹² I. Berlin, Freiheit (1969/2011), S. 211: „Die ‚positive‘ Bedeutung des Wortes ‚Freiheit‘ leitet sich aus dem Wunsch des Individuums ab, sein eigener Herr zu sein. Ich will, daß mein Leben und meine Entscheidungen von mir abhängen und nicht von irgendwelchen äußeren Mächten. Ich will das Werkzeug meiner eigenen, nicht fremden Willensakte sein. Ich will Subjekt, nicht Objekt sein.“

¹⁹⁹³ Welche auch als *materielle* Freiheit bezeichnet wird, Siehe zum Verhältnis formeller und materieller Gleichheit und Freiheit bezogen auf die deutsche Verfassung wiederum M. Kriele, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (1983), S. 145 ff.

¹⁹⁹⁴ Grundlegend F.A. von Hayek, Die Verfassung der Freiheit (1971/2005), S. 13 ff. „Freiheit und Freiheiten“. Siehe auch F. A. von Hayek, Der Sinn des Wettbewerbs, in: ders. Individualismus und wirtschaftliche Ordnung (1952), S. 122 ff.

¹⁹⁹⁵ Zum Inhalt des Privatrechts und der Vertragsfreiheit in funktionaler, ökonomischer Perspektive zusammenfassend F. A. von Hayek, ebd. (1971/2005), S. 314-316.

aufstellt, die die ausdrücklich vereinbarten Bedingungen ergänzen“. (Hervorhebung durch den Verf.).

Genau auf solche „allgemeinen Regeln“ im Sinne von gleich wirkenden *Funktionsbedingungen* müssen sich die Kontrollmaßstäbe von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln gleichermaßen konzentrieren und sicherstellen, dass hoheitliche Maßnahmen und/oder private Verhaltensweisen nur „gleich auf den Wettbewerb wirkende Rahmen“ setzen. D.h. es muss eine *Wirkungskontrolle* erfolgen, welche die individuelle Freiheit von Wirtschaftssubjekten für transnationales Mobilitätsverhalten im Markt (die Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit¹⁹⁹⁶ als Voraussetzung von freiem Marktverhalten) zum Gegenstand hat.

Im Unterschied zur grundrechtlichen Freiheitsdogmatik, welche sich auf die *nicht mobilitäts- bzw. marktspezifische Begrenzung staatlicher Macht* sowie die Verantwortlichkeit des Nationalstaates für seine Bürger bzw. die Sicherung von „Institutionen“ bzw. „Rechtsinstituten“ der Union gründet¹⁹⁹⁷, bezieht sich die durch das unionsrechtliche Beschränkungsverbot verkörperte Markt- und Wettbewerbsfreiheit, welche durch die Werte und Ziel identischen subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV zu garantieren ist, auf das integrationspolitisch geprägte Binnenmarkt- und das Wettbewerbsprinzip. Daraus folgt, dass etwa die abwehrrechtliche Argumentation der deutschen Grundrechtsdogmatik, welche bereits eine Einbeziehung der sog. Statuslehre ausdrückt¹⁹⁹⁸, nämlich den sog. *Status activus*¹⁹⁹⁹, nicht bzw. jedenfalls nicht ohne spezifisch unionsrechtliche Korrekturen auf die Dogmatik der Grundfreiheiten in ihrer Qualität als interne Politiken der Union übertragen werden kann. Eine pauschale Übersetzung national geprägter Rechtsfiguren negierte die spezifische Qualität des wirtschaftlichen Integrationsrechts der Union, die daraus folgende autonome Qualität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV sowie den besonderen Charakter der Grundfreiheiten als wettbewerblich geprägte, transnationale Mobilitätsrechte, wie diese in Kapitel 4 nachgewiesen wurde. Den internen Politiken des AEUV liegt in der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union ein anderer „Status“ zugrunde als den Grundrechten, insbesondere denen einer nationalen Staatsverfassung. Es ist daher nicht angezeigt, die freiheitsrechtliche Dogmatik der Grundrechte auf die Grundfreiheiten zu übertragen.²⁰⁰⁰ Vielmehr sind die grundfreiheitlichen Verbotsmaßstäbe vertragsautonom herzuleiten,

¹⁹⁹⁶ Begriff des Verfassers, siehe hierzu Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (1) (c).

¹⁹⁹⁷ Zur Funktion der Unionsgrundrechte Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (3. Aufl. 2009), § 14 III 1, Rn. 32 ff.

¹⁹⁹⁸ Grundlegend G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1905), S. 81 ff. Siehe auch BVerfG Urt. v. 2. Mai 1967 – *Sozialversicherungsträger* – BVerfGE 21, 362, 369; BVerfG Urt. v. 1. März 1979 – *Mitbestimmung* – BVerfGE 50, 290, 337; BVerfG Beschluss v. 31. Oktober 1984 – *Zahntechniker-Innung* – BVerfGE 68, 193, 205, sowie Pjeroth/Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II (2007), Rn. 57 ff.

¹⁹⁹⁹ Dem Verfassungstext des deutschen Grundgesetzes können jedenfalls keine Aussagen bzgl. der Grundrechtsfunktionen entnommen werden. Diese haben sich erst aus Rechtsprechung und Lehre sowie der Verfassungswirklichkeit entwickelt.

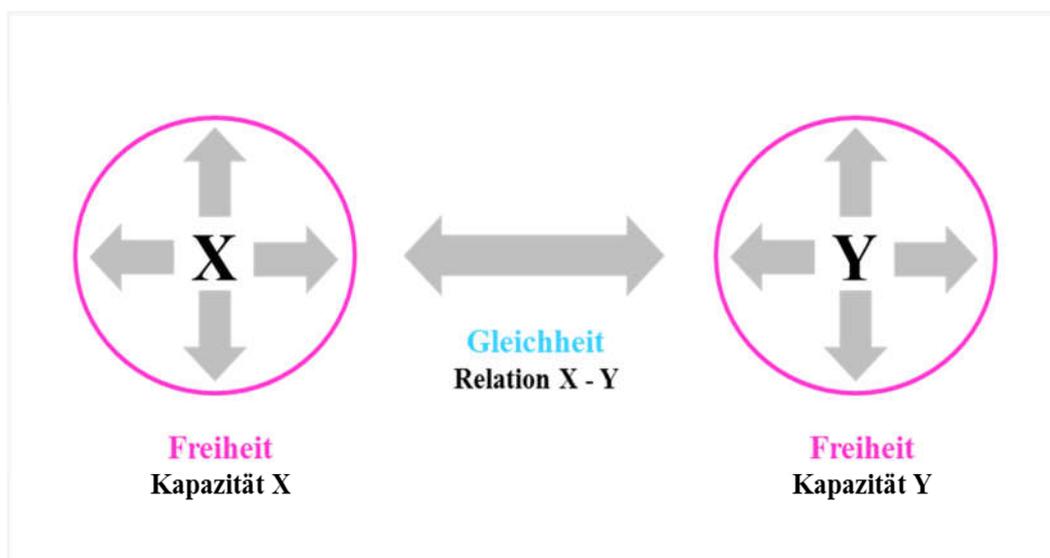
²⁰⁰⁰ So explizit auch J. H. Klement, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 477.

ausgehend von den objektiv-rechtlichen Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot.

(3) Reduktion auf funktionale Kerngehalte

Gemäß dem vorliegend vertretenen functional economic approach²⁰⁰¹ müssen für die Grundfreiheiten spezifische Bestimmung von Freiheit und Gleichheit, d.h. für die Konkretisierung des subjektiv-rechtlichen Kontrollmaßstabs „grundfreiheitliches Beschränkungsverbot“, „Freiheit“ (Transnationale Mobilitätsfreiheit) und „Gleichheit“ (Transnationale Mobilitätsgleichheit) losgelöst von Definitionsfacetten unterschiedlicher wissenschaftlicher Disziplinen und Denkschulen vertragsautonom auf einen *funktional mobilitätsspezifischen Gehalt* reduziert werden.²⁰⁰² Insofern ist eine auf den wettbewerblich organisierten Marktprozess bezogene *funktionale Reduktion von Freiheit und Gleichheit* zu definieren, (aa) bis (cc).

Abbildung-13: Vertragsautonom funktionale Reduktion des Freiheits- und Gleichheitsbegriffs: Die Gleichheit als Relationskonzeption und die Freiheit als Kapazitätskonzeption.



Marco Keser ©

(a) Gleichheit als Relationskonzeption

Gleichheit lässt sich für den Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot auf den „funktionalen Kerngehalt“ einer *Relationskonzeption* d.h. auf ein *Relationsdenken* bzw. ein *Relationsverhältnis*²⁰⁰³ reduzieren. Im Mittelpunkt dieser

²⁰⁰¹ Kapitel 1 B. III. 2.

²⁰⁰² Zu einem i.w.S. konzeptionell-systemischen Ansatz von Freiheit und Gleichheit R. Alexy, Theorie der Grundrechte (1985), S. 194 ff. (Freiheit) sowie S. 309 ff. (Das Allgemeine Freiheitsrecht) und S. 357 ff. (Das Allgemeine Gleichheitsrecht).

²⁰⁰³ Siehe hierzu in der grundlegenden Umsetzung Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (b) und 2. b) sowie III. 1. b).

Konzeption einer „funktionalen Gleichheit“ steht das (Wettbewerbs-)Verhältnis zweier Wirtschaftssubjekte oder Wirtschaftsobjekte (X – Y) zueinander, welches in Bezug auf für die transnationale Mobilität maßgebliche Bedingungen zu betrachten ist.

Demnach umfasst die Definition funktionaler Gleichheit im Sinne des Relationskonzeptes die Relation von einem Wirtschaftssubjekt X (z.B. Handwerker in Mitgliedstaat A) oder einem Wirtschaftsobjekt (z.B. Röstkaffee aus Mitgliedstaat A) zu einem Wirtschaftssubjekt Y (Handwerker desselben Gewerks wie X in Mitgliedstaat B) oder zu einem Wirtschaftsobjekt (Röstkaffe aus Mitgliedstaat B), und zwar in Bezug auf die *Wirkungen* der für den sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt (Branche) maßgeblichen *Funktionsbedingungen* in der gegebenen Marktstruktur *auf die Entscheidung* von X versus Y (Relation der Wirkungen einer Maßnahme auf die Entscheidung) *zur transnationalen Mobilität* der Leistung und deren betriebswirtschaftlichen Auswirkungen im Verhältnis X versus Y (Relation der Wirkungen einer Maßnahme auf leistungsinterne Funktionen, wie Kosten, Know-how, Kapitalausstattung etc.).

(b) *Freiheit als Kapazitätskonzeption*

In der funktional-wettbewerbsökonomischen Teleologie lässt sich für den Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes „Freiheit“ auf den „funktionalen Kerngehalt“ einer *Kapazitätskonzeption* reduzieren, d.h. auf ein *Kapazitätsdenken* bzw. *Kapazitätsverhältnis* (von X und Y) eingrenzen.²⁰⁰⁴

Demnach umfasst die Definition „funktionaler Freiheit“ den *Aktionsradius* eines Wirtschaftssubjektes (X und Y), also das „Bündel“ möglicher Entscheidungen zur Nutzung von Aktionsparametern als *Strategievariablen* zur Verfolgung transnationaler Wettbewerbsstrategien (Anzahl möglicher Entscheidungsvarianten im Sinne einer Entscheidungskapazität), und zwar mit dem Ziel des Marktzutritts und/oder des Marktaustritts zu einem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt im potenziellen Wettbewerb. Der Aktionsradius ist damit Ausdruck für den Umfang des möglichen Marktverhaltens zielführender Wettbewerbsstrategien²⁰⁰⁵ (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit).

(c) *Funktionszusammenhang von Freiheit/Gleichheit (Gerechtigkeit)*

Anhand der vorgenannten Definitionen von *funktionaler Gleichheit* (Relationskonzeption) und *funktionaler Freiheit* (Kapazitätskonzeption) wird sichtbar, dass die Kontrolle der (wettbewerbsökonomisch determinierten) *Wirkungen* von Maßnahmen in der Relation von X zu Y (Gleichheitsrecht) isoliert wenig Sinn ergäbe, wenn nicht zugleich die Einwirkung einer Maßnahme auf den Grad an möglichen Entscheidungen zur Nutzung von Aktionsparametern mit dem Ziel der Verfolgung einer transnationalen Wettbewerbsstrategie in die Kontrolle einbezogen würde (Freiheitsrecht). Zudem ist eine weitere Relationsbetrachtung in der Kombination von Freiheit und Gleichheit nötig, nämlich der Vergleich möglicher Entscheidungen in den *Wettbewerbsverhältnissen*, al-

²⁰⁰⁴ Siehe hierzu in der grundlegenden Umsetzung Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (c) und 2. a) sowie III. 1. c).

²⁰⁰⁵ Spieltheoretisch fundiert abbildbar in einer *Strategietaxonomie*, siehe *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 39 ff.

so der Kapazität von X in der Relation zu der Kapazität von Y. Hierin zeigt sich die *systemische Interdependenz von transnationaler Mobilitätsgleichheit und -freiheit*, weshalb Freiheit und Gleichheit nicht in einem Stufenverhältnis zueinander stehen, sondern sich sequentiell wechselseitig ergänzen²⁰⁰⁶, und zwar wettbewerbsökonomisch betrachtet durchaus im Sinne von „Marktgerechtigkeitskonzepten“ bzw. als wechselseitig wirkende Instrumente zur Sicherung von (Binnenmarkt-) *Gerechtigkeit*, welche den grundlegenden Maßstab für den wirtschaftlichen Wettbewerb in einer sozialen Marktwirtschaft bildet, vgl. Art. 2 Satz 2 EUV, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV.²⁰⁰⁷

Die Freiheitskonzeption als funktional-wettbewerbsökonomisches „Kapazitätsparadigma“, welches einen Aktionsradius möglicher wirtschaftlicher Entscheidungen und daraus folgender Handlungen (den Einsatz von Aktionsparametern im Wettbewerb zur Verfolgung von Wettbewerbsstrategien) beschreibt, und die Gleichheitskonzeption als „Relationsparadigma“, sind damit zwei Seiten einer unionsrechtlichen „Gerechtigkeitsmedaille“. Der hierbei maßgebliche marktbezogene „Gerechtigkeitsbegriff“ ist der übergeordnete Maßstab von „Freiheit“ und „Gleichheit“ in der Verwirklichung des Binnenmarktziels gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft. Die subjektiv-rechtliche Operationalisierung der prinzipiellen Maßstäbe von Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie von Markt- und Wettbewerbsgleichheit²⁰⁰⁸ via Grundfreiheiten als transnationale Mobilitätsfreiheitsrechte und Mobilitätsgleichheitsrechte (Mobilitätsbeschränkungsverbote)²⁰⁰⁹, lässt sich daher nur im Zusammenspiel funktional definierter Maßstäbe verwirklichen.

dd) Zusammenfassung

Angesichts der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV²⁰¹⁰ darf die (vertikale) Kontrolle staatlicher Maßnahmen nicht weniger konkret sein als die (horizontale) Kontrolle der Handlungen von Unternehmen. Die Parallelbetrachtung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln hat überdies gezeigt, dass die Konzeption eines einheitlichen Beschränkungstatbestandes auch für die Grundfreiheiten (entrave) möglich ist. Damit lassen sich die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen bei dem *Kontrollgegenstand*²⁰¹¹ und bei dem *Kontrollmaßstab*²⁰¹² der Grundfreiheiten überwinden.

Für den Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes besteht in Umsetzung der Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbots²⁰¹³ daher nicht die Frage eines entweder oder von Freiheits-/Gleichheitsrecht, sondern die Frage *wie* Freiheit und Gleichheit in der operativen Konkretisierung des Free Movement-Konzepts

²⁰⁰⁶ Hierzu im Detail die wettbewerbsökonomische „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung, Kapitel 6 A. II. 1. a) cc) (2) Maßstäbe für die Entscheidungsfreiheit in Mobilitätsphasen.

²⁰⁰⁷ Kapitel 3 C. III., IV.

²⁰⁰⁸ Kapitel 3 F. I. und II.

²⁰⁰⁹ Kapitel 3 F. III. und Kapitel 6 A. II. und III.

²⁰¹⁰ Kapitel 3 B. III. und Kapitel 4 A. I.

²⁰¹¹ Problembereiche 1 bis 6, Kapitel 1. A. II. 1 a) bis f).

²⁰¹² Problembereiche 7 und 8, Kapitel 1 A. II. 1 g) und h).

²⁰¹³ Kapitel 3 F.

gemäß dem market access approach der EuGH-Rechtsprechung²⁰¹⁴ unter Berücksichtigung des institutionellen Rahmens der Interessen-Trias²⁰¹⁵ zu definieren sind. Ein grundfreiheitliches Freiheitsrecht, bezogen auf transnationale Marktprozesse, d.h. auf die transnationale Mobilität wirtschaftlicher Leistungen und Gegenleistungen, kann und muss eine anderes Freiheitsrecht sein als das aus der grundrechtlichen Dogmatik herrührende Freiheitsrecht, etwa der allgemeinen Handlungsfreiheit oder der Unternehmerfreiheit. Freiheit und Gleichheit lassen sich hierbei auf ein Kapazitätskonzept der funktionalen Freiheit und ein Relationskonzept der funktionalen Gleichheit reduzieren. Die institutionell-rechtlichen Implikationen der Interessen-Trias setzen dabei die äußerste Grenze der grundfreiheitlichen Kontrolldichte in der funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Definition von transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit. Mit der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten dürfte die Einhaltung der institutionellen Vorgaben der Interessen-Trias kaum durchgängig zu gewährleisten sein, angesichts der unbestimmten und nicht definierten Begriffe „geeignet zu behindern“ und „weniger attraktiv“ sowie des bisher nicht hinreichend konkretisierten Marktzugangskriteriums. Da gemäß dem Unionstelos der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach Lissabon auch Gerechtigkeit (Marktgerechtigkeit, im Sinne von Chancengleichheit und Fairness) zu garantieren ist²⁰¹⁶, darf der Individualrechtsschutz im transnationalen Wettbewerb nicht wegen grundlegend ungelöster Fragen der Supranationalität unangemessen verkürzt sein. Somit erscheint es lohnend, die geltende Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch neu zu konzipieren. Das hierfür erforderliche theoretische Fundament liefert eine Marktintegrationsökonomik als Werte fundierte Wettbewerbsökonomik.²⁰¹⁷

2. Unzureichendes Prüfungsraster für das Marktzutrittskriterium

Für die zuletzt durch den EuGH fokussierte Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten und das dafür nötige Marktzutrittskriterium²⁰¹⁸ fehlt ein der Darlegung und dem Beweis zugängliches Prüfungsraster. Überdies ist die Prüfungsstruktur der Grundfreiheiten umstritten, was wiederum eine logische Konsequenz aus dem zuvor dargelegten (I. und II. 1.) unklaren Umfang der grundfreiheitlichen Kontrolle ist. Im Einzelnen muss hier nicht auf die zahlreichen Varianten der im Schrifttum dargestellten Prüfungsschemata eingegangen werden. Entscheidend sind die zuvor dargelegten dogmatisch-konzeptionellen Friktionen des Beschränkungstatbestandes, welche zugleich und not-

²⁰¹⁴ Kapitel 3 E. II. 5. bis 7.

²⁰¹⁵ Kapitel 1 B. I. 3 und zuvor B. I.

²⁰¹⁶ Kapitel 3 C. III., IV.

²⁰¹⁷ Kapitel 1 B. III. 1.

²⁰¹⁸ Siehe Kapitel 3 E. II. 7. und zuvor A. I. und II. 6. Das Kriterium des Marktzugangs bzw. Marktzutritts wurde bei den Grundfreiheiten, soweit ersichtlich, erstmals ausdrücklich 1993 mit der *Keck*-Entscheidung, EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) als eigenständiges Kriterium hervorgehoben und zuletzt seit 2008/2009 mit den Entscheidungen zu den Rechtssachen betreffend sog. Verwendungsmodalitäten, insb. EuGH *Kommission/Portugal (Farbfolien)* (C-265/06, EU:C:2008:210) und EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) bis hin zu EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) erneut fokussiert.

wendigerweise ein unzureichendes Prüfungsrasters nach sich ziehen. Demgemäß werden nachfolgend verschiedene Ansätze zur Konkretisierung der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten bzw. zur Marktzutrittsprüfung unter Konzentration auf den zuletzt sog. „Drei-Stufen-Test“ dargelegt (a)) und der Prüfung bei Art. 101 AEUV beispielhaft gegenübergestellt (b)). Im Ergebnis werden die verschiedenen Konzeptionen in einem dogmatischen Befund zusammenfassend bewertet (c)).

a) *Der sog. „Drei-Stufen-Test“*

aa) *Miguel Poiares Maduro (EuGH Alfa Vita)*

In seinen Schlussanträgen zu der Rechtssache *Alfa Vita*²⁰¹⁹ hat Generalanwalt Miguel Poiares Maduro drei von ihm sog. „Hauptkriterien“ formuliert, welche aus seiner Sicht die Anforderungen der geltenden Rechtsprechung zusammenfassen, d.h. bis zu dem Zeitpunkt seiner Ausführungen im Jahr 2006, welche vor den Entscheidungen des EuGH (2008/2009) zu der Fokussierung der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten liegen:

[43] „Erstens stellt der Gerichtshof [...] fest, dass *jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit* verboten ist, unabhängig davon, ob sie unmittelbar oder mittelbar erfolgt. [...]“.

[44] „Zweitens steht fest, dass die *Belastung von Waren*, die sich in der Gemeinschaft im Verkehr befinden [...] mit *zusätzlichen Kosten* ein Handelshindernis schafft, das hinreichend gerechtfertigt werden muss. Hierzu sei jedoch klargestellt, dass nicht jede Belastung mit zusätzlichen Kosten verwerflich ist. [...] Als Handelsbeschränkung können zusätzliche Kosten nur qualifiziert werden, wenn sie daraus resultieren, dass die nationalen Vorschriften die besondere Situation der eingeführten Erzeugnisse und insbesondere nicht berücksichtigen, dass diese Erzeugnisse bereits den Vorschriften ihres *Herkunftsstaates* genügen mussten. [...]“.

[45] „Drittens wird jede Maßnahme, die *geeignet ist, den Marktzugang und das Inverkehrbringen von Produkten aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern*, als Maßnahme gleicher Wirkung [...] angesehen. Eine Maßnahme behindert den Zugang zum nationalen Markt, wenn sie die Stellung bestimmter Wirtschaftsteilnehmer auf dem nationalen Markt *schützt* oder wenn sie den innergemeinschaftlichen Handel gegenüber dem Handel auf dem nationalen Markt *erschwert*. [...]“.²⁰²⁰

Im Kontext der weiteren Ausführungen in den Randnummern 46 ff. der Schlussanträge wird deutlich, dass Miguel Poiares Maduro ersichtlich von einer Normen übergreifenden Konzeption von „Verkehrsfreiheiten“ ausgeht, welche er zudem mit den An-

²⁰¹⁹ Schlussanträge des Generalanwaltes Miguel Poiares Maduro EuGH *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212) Rn. 42-46.

²⁰²⁰ Schlussanträge des Generalanwaltes Miguel Poiares Maduro EuGH *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212) Rn. 43-45.

forderungen an eine „effektive Unionsbürgerschaft“ in Randnummer Rn. 51 seiner Schlussanträge verknüpft.

Damit wird ein ganzheitliches Konzept skizziert, welches das Individuum in den Mittelpunkt der Kontrolle staatlicher Maßnahmen stellt, nämlich einerseits das Individuum als Wirtschaftssubjekt (wirtschaftliche Mobilität/Grundfreiheiten) und andererseits das Individuum als Unionsbürger (nicht-wirtschaftliche Mobilität/Unionsbürgerfreizügigkeit). Damit verbinden sich wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Mobilität zu einem *einheitlichen Ansatz von Free Movement*, wobei der Maßstab der Kontrolle die „Geeignetheit“ einer Maßnahme ist, die Ausübung der Grundfreiheiten „weniger attraktiv“ zu machen:

[Rn. 51] „Ich füge hinzu, dass sich eine solche Harmonisierung der Systeme der Verkehrsfreiheiten angesichts der Anforderungen einer *effektiven Unionsbürgerschaft* aufzudrängen scheint. Es wäre wünschenswert, dass *dieselbe Regelung* für alle Unionsbürger gälte, die von ihrer Freizügigkeit *und* der Freiheit, Dienstleistungen, Waren oder Kapital in den Verkehr bringen, sowie von ihrer Freiheit, sich im Gemeinschaftsgebiet aufzuhalten oder den Sitz ihrer Aktivitäten auf das Gemeinschaftsgebiet zu verlegen, Gebrauch machen wollen. So ist jede Maßnahme die „geeignet ist, die Ausübung dieser Grundfreiheiten zu behindern oder *weniger attraktiv zu machen*, als Verstoß gegen den EG-Vertrag anzusehen.“²⁰²¹

Die durchaus grundlegenden Ausführungen von *Miguel Poiares Maduro* gehen daher nach der Ansicht des Verfassers weit über das hinaus, was im Schrifttum als „Drei-Stufen-Test“ (dazu sogleich unter cc)) in eher „prüfungstechnischer“ Hinsicht rezipiert wurde. Denn in den Verbindungslinien von Grundfreiheiten (Verkehrsfreiheiten) und Unionsbürgerstatus zeigt sich ein reziprok geltendes Mobilitätsprinzip im „Raum“ der Union, welches sich in der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach Lissabon noch viel deutlicher als im Gemeinschaftsrecht mit dem „doppelten Raumbezug“ ausdrückt, in Art. 3 Abs. 2 EUV: „Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, [...]“; und in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV: „Die Union errichtet einen Binnenmarkt“. In ähnlicher Ausrichtung hat *Nikolaos Kotalakidis* (2000) den untrennbaren Zusammenhang von Integration und Unionsbürgerstatus im Wertekontext formuliert:

„Vielmehr strebt das heutige Integrationsverständnis in der Union [...] eine umfassende [...] auch politische und soziale Integration auf der *Grundlage einer gemeinsamen Wertidentität* an. Die Verwirklichung dieser umfassenden Integration wird durch jede Form der Diskriminierung bzw. Beschränkung der Unionsbürgerrechte behindert.“ (Hervorhebung durch den Verf.).²⁰²²

²⁰²¹ Schlussanträge des Generalanwaltes Miguel Poiares Maduro EuGH *Alfa Vita/Carrefour Marinopoulos* (C-158 und 159/04, EU:C:2006:212) Rn. 52.

²⁰²² *N. Kotalakidis*, Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft (2000), S. 245.

Bezieht man diese Gedanken nunmehr auf den Ansatz der individuellen Freiheit im wirtschaftlichen Zusammenhang von Markt und Wettbewerb (*Walter Eucken*²⁰²³, *Alfred Müller-Armack*²⁰²⁴, grundlegend ebenso *Friedrich August von Hayek*²⁰²⁵), oder wie *Peter Behrens* es ausgedrückt hat, auf die „individuelle Freiheit als Planungsautonomie“²⁰²⁶, so wird deutlich, dass hinter *jeder* wirtschaftlichen Betätigung, sei es als Warenproduzent, Warenhändler, Dienstleister, Arbeitgeber/Arbeitnehmer, Kapitalinvestor usw., stets natürliche Personen stehen, und zwar entweder als einzelne Wirtschaftssubjekte (singuläre Entscheidung) oder in der kollektiven Form der Institution eines Unternehmens (kollektive Entscheidung²⁰²⁷). Jedes Wirtschaftssubjekt, das durch die Grundfreiheiten in der transnationalen wirtschaftlichen Mobilität geschützt wird, ist auch Unionsbürger und damit zugleich in der „Mobilitätsfreiheit/-gleichheit der Person“ geschützt durch die Unionsbürgerfreizügigkeit (Art. 20, 21 AEUV). Dieser Befund soll verdeutlichen, dass es bei der Konzeptionierung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote und Marktzugangsrechte ganz maßgeblich darauf ankommt, auf das Individuum und dessen Entscheidungsfreiheit (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit²⁰²⁸) abzustellen. Denn die Grundfreiheiten schützen nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis nicht abstrakt den Binnenmarkt, sondern die wirtschaftliche Mobilität von Wirtschaftssubjekten in dem Raum der Union, der in jedem Fall eine Willensbildung und *Entscheidung zur wirtschaftlichen Mobilität* (Movement) vorausgeht. Eben diese Entscheidung muss unter gleichen und freien Rahmenbedingungen möglich sein. Oder kurz ausgedrückt, *nicht der Markt bestimmt das Individuum, sondern das Individuum den Markt*, und zwar über seine individuellen (privatautonomen) Pläne.

bb) EuGH Kommission/Italien (Anhänger)

Der EuGH hat in seinen Entscheidungsgründen zu der Grundsatzentscheidung (Große Kammer) in der Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁰²⁹, denen zwei Schlussanträge vorausgingen (Schlussanträge des Generalanwaltes *Philippe Léger* vom 5. Oktober 2006 und von *Yves Bot* vom 8. Juli 2008), nicht explizit zu einem „Drei-

²⁰²³ *W. Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952/2004), S. 175 ff. (Freiheit und Macht), S. 264 ff. (Offene Märkte), S. 275 ff. (Vertragsfreiheit). Zum konstitutionenökonomischen Ansatz, der individuelle Freiheit für die „täglichen Entscheidungen der Marktakteure in der Marktwirtschaft“ voraussetzt, siehe *B. Hansjürgens*, *Walter Eucken und das Denken in Verfassungen*, in: *Pies/Leschke* (Hrsg.), *Walter Euckens Ordnungspolitik* (2002), S. 45 ff.

²⁰²⁴ *A. Müller-Armack*, *Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft* (1974), S. 90: „Sie alle müssten auf das gemeinsame Ziel der Errichtung einer Marktwirtschaft mit [...] der Freiheit in der Entwicklung der schöpferischen Kräfte des wirtschaftenden Menschen – Arbeiter wie Unternehmer – und der Sicherung sozialer Gerechtigkeit abgestellt sein.“

²⁰²⁵ Grundlegend *F. A. von Hayek*, *Die Verfassung der Freiheit* (1971/2005), S. 13 ff. „Der Wert der Freiheit, Freiheit und Freiheiten“..

²⁰²⁶ *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 14.

²⁰²⁷ Geschäftsführung, Vorstand usw.

²⁰²⁸ Begriff des Verfassers, siehe hierzu Kapitel 6 A. I. 1. a) cc) (1) (c) Strategievariablen als Entscheidungsgegenstand (aa) Entscheidungsfreiheit (Aktionsradius von Strategievariablen).

²⁰²⁹ *EuGH Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

Stufen-Test“ oder zu einem „Overruling“ der Keck-Rechtsprechung ausgeführt.²⁰³⁰ Ein Novum liegt in dieser Entscheidung indessen darin, dass der EuGH auf die *Sicht der Marktgegenseite*, deren Verhalten und dessen Auswirkungen auf den Zugang zum Markt rekurriert:

[Rn. 56] „Hierzu ist festzustellen, dass ein Verbot der Verwendung eines Erzeugnisses im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erheblichen *Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher* hat, das sich wiederum auf den *Zugang* des Erzeugnisses zum Markt des Mitgliedstaates auswirkt.“

[Rn. 57] „Denn die Verbraucher, die wissen, dass sie ihr Kraftfahrzeug nicht mit einem eigens dafür konzipierten Anhänger verwenden dürfen, haben praktisch kein Interesse daran, einen solchen Anhänger zu kaufen [...]. Damit verhindert Art. 56 der Straßenverkehrsordnung die Nachfrage nach derartigen Anhängern auf dem betreffenden Markt und behindert somit deren Einfuhr.“

[Rn. 58] „Soweit das in Art. 56 der Straßenverkehrsordnung angeordnete Verbot dazu führt, den *Zugang* zum italienischen Markt für Anhänger zu versperren, die eigens für Kradfahrzeuge konzipiert und in anderen Mitgliedstaaten als der Italienischen Republik rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, stellt es eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen dar, die nach Art. 28 EG verboten ist, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt kann.“²⁰³¹

Dieser Ansatz entspricht i.w.S. einer Entwicklung, welche sich derzeit im Kartellrecht unter dem Oberbegriff „consumer choice approach“ ausdifferenziert.²⁰³² Hierbei geht es vereinfacht gesagt und kurz gefasst darum, den Verbotsmaßstab an der Wahlfreiheit der Marktgegenseite auszurichten und die „Offenheit“ des Marktes daran zu messen, ob auf der Anbieterseite genügend Kontrahenten für Vertragsabschlüsse zu unterschiedlichen Qualitäten oder Konditionen zur Verfügung stehen, unter denen die Nachfrage als Marktgegenseite (wie z.B. der Endverbraucher) wählen kann. Nach der Theorie von *Erich Hoppman* wäre dies (wie bereits in Kapitel 3 D. dargelegt²⁰³³) die notwendige Freiheit im Wettbewerb, welche sich einerseits in der Freiheit der Wirtschaftssubjekte zum Einsatz ihrer *Aktionsparameter*²⁰³⁴ (Freiheit im Parallelprozess) ausdrückt, andererseits als (Wahl-) Freiheit, zwischen den Marktpartnern zu wechseln (Freiheit im Austauschprozess). So betrachtet der EuGH in *Kommission/Italien (Anhänger)* die Marktzutrittsbeschränkung der italienischen Straßenverkehrsordnung, in dem er auf den (strategischen) Effekt der Maßnahme auf die Nachfrageseite abstellt und des-

²⁰³⁰ Anderer Ansicht *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 85/86.

²⁰³¹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 56-58.

²⁰³² Ausführlich hierzu jüngst *P. Nihoul*, „Freedom of choice“: the emergence of a powerful concept in European competition law, in: Nihoul/Charbit/Ramundo (Hrsg.), *Choice* (2016), S. 9 ff., S. 22/23 zu dem Mechanismus; *P. Behrens*, The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law, in: ebd. (2016), S. 123 ff.

²⁰³³ Kapitel 3 D. II. 4. c) aa) Freiheitsparadigma (Entscheidungsfreiheit, Marktverhalten).

²⁰³⁴ Siehe zu der Variable „Aktionsparameter“ sogleich noch unter bb).

sen Rückwirkung auf die Angebotsseite. Damit wird, ganz im Sinne der Konzeption von *Erich Hoppmann*, sowohl die *Freiheit im Parallelprozess*, nämlich das Angebot von Anhängern zur Benutzung mit Krafrädern, und die *Freiheit im Austauschprozess*, nämlich die Nachfrage nach Anhängern in der Wahlfreiheit der Käufer für eine bestimmte Kombination von Fahrzeug und Anhänger, als Maßstab für das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten herangezogen und zum Maßstab der Beschränkung des Marktzutritts erhoben.

Der zweite markante Aspekt der Entscheidung ist darin zu erkennen, dass die Rechtmäßigkeit der Maßnahme im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Ergebnis über die Beweislast entschieden wird. Hierzu führt der EuGH aus:

[Rn. 66] „Die italienische Republik hat hierzu [...] vorgetragen, dass der Betrieb eines aus einem Kradfahrzeug und einem Anhänger bestehenden Gespanns im Straßenverkehr die Verkehrssicherheit gefährde. Zwar obliegt dem Mitgliedstaat, der sich zur Rechtfertigung des Hindernisses für den freien Warenverkehr auf ein zwingendes Erfordernis beruft, der Nachweis, dass seine Regelung angemessen und zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels erforderlich ist. Diese Beweislast geht jedoch nicht so weit, dass er positiv belegen müsste, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen lasse.“²⁰³⁵

Mit einer derartigen Konzeption, von sehr weit verstandenem Verbotsmaßstab (Marktzutrittskriterium auf Basis der *Dassonville*-Formel, mit der Ergänzung um die freiheitsrechtliche Definition i.S.v. *Erich Hoppmann*) und einer „per se Beweislastregel“ zugunsten von Maßnahmenurhebern, wird im Ergebnis faktisch die gleiche (geringe) Kontrolldichte erreicht, wie mit den „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ der *Keck*-Formel. Dies ist nach der Interpretation des Verfassers ein wesentlicher Aspekt der Urteilsbegründung, weniger ein (hier im Übrigen nicht vom EuGH zitierter) „Stufentest“. Denn die Geltung des Diskriminierungsverbotes (als Mindeststandard) und die Geltung des sog. Herkunftslandprinzips (als Grundsatz im Freiverkehr) sind systemisch betrachtet keine Aspekte der Prüfungsstruktur, sondern Bestandteil der inhaltlichen Konzeption des Verbotsmaßstabes „Beschränkungsverbot“ (Kontrollmaßstab). Dogmatisch-konzeptionell betrachtet verlagert sich mit der „per se Beweislastregel“ die Bereichsausnahme („bestimmte Verkaufsmodalitäten“) der *Keck*-Rechtsprechung in den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Jens Dammann* hat sich ausführlich mit den im Detail vielschichtigen Interdependenzen von materiellem Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten auseinandergesetzt²⁰³⁶, die hierbei eine Rolle spielen. Im Rahmen der Untersuchung wird hierauf in Kapitel 6 A. III. (Herleitung von Prüfungsstruktur und Subsumtionskriterien) und Kapitel 6 C. (Werte fundierte Ökonomisierung der Verhältnismäßigkeit) zurückzukommen sein. An dieser Stelle sei aber bereits ange-

²⁰³⁵ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 66.

²⁰³⁶ *J. Dammann*, *Materielles Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten* (2007), passim. Zu den Zusammenhängen von Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 301 ff. (dort „grundfreiheitliche Belastungsverbote“ benannt).

merkt, dass das Verbot der italienischen Straßenverkehrsordnung nach der Ansicht des Verfassers in seiner konkreten Ausgestaltung über eine normativ-wettbewerbsökonomische Betrachtung der im Sachverhalt entscheidenden Funktionsmechanismen des Kompatibilitätswettbewerbs im Ergebnis als Beschränkung am Maßstab von Art. 34 AEUV (Produktmarkt) und Art. 56 AEUV (Transportdienstleistungen) anzusehen ist. Dies gilt, soweit der italienische Staat nicht gutachterlich darlegt und beweist, dass das Sicherheitsrisiko einer Kombination von Kraftrad und Anhänger theoretisch und empirisch wesentlich höher liegt als bei anderen Transportformen, etwa Fahrradkurieren.

cc) *Schrifttum*

Bereits im Schrifttum zur Interpretation der EuGH *Keck*-Entscheidung wurde eine drei Stufen umfassende Struktur vertreten.²⁰³⁷ In dem jüngeren Schrifttum seit 2008 zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten wird die Ausgestaltung des Prüfungsrasters der Grundfreiheiten auf die Frage nach der Definition des Marktzutrittskriteriums konzentriert. So weist *Eleanor Spaventa*²⁰³⁸ darauf hin, dass bei der Prüfung des Marktzugangs, soweit hiermit eine Kontrolle jeglicher unterschiedsloser Maßnahmen verbunden sei und die „Grenzüberschreitung“ zunehmend weit ausgelegt werde, ein angemessener Ausgleich zwischen den Anforderungen an einen funktionierenden Binnenmarkt und den berechtigten Interessen von Mitgliedstaaten gefunden werden müsse, wofür jedoch wiederum eine verfassungsrechtliche Begründung erforderlich sei²⁰³⁹:

“It is not clear from the rulings whether the Keck selling-arrangements doctrine has been consigned to the history books [...]. The Court’s open embracement of an *unqualified market access test* raises questions both as to the boundaries of Art. 28 EC and to the *theoretical basis which justifies a market access approach*.” (Hervorhebungen durch den Verf.).

Catherine Barnard wiederum markiert die Überschneidung der Prüfung von Diskriminierung und Marktzutritt:

„While the discrimination and market access tests use different language, there is considerable overlap between the two models“²⁰⁴⁰.

Des Weiteren führt sie zu dem Kriterium der „Attraktivität“ sowie zu dem Kriterium des Marktzugangs u.a. unter Bezugnahme auf *Jukka Snell*²⁰⁴¹ aus, dass dieses eine klare Definition vermissen lasse – „As the term lacks a clear content“²⁰⁴². Ein eigenes Modell zur Prüfung stellt *Catherine Barnard* indessen nicht vor.

²⁰³⁷ Vgl. *K. Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr (1998), S. 109/110.

²⁰³⁸ *E. Spaventa*, Leaving Keck behind?, *European Law Review* 2009, S. 914 ff., 929.

²⁰³⁹ *E. Spaventa*, ebd. (2009), S. 914.

²⁰⁴⁰ *C. Barnard*, The Four Freedoms (2016), S. 19, unter Bezugnahme in Fußnote 74 auf die Schlussanträge von Generalanwalt Mengozzi *EuGH Laval* (C-341/05, EU:C:2007:291).

²⁰⁴¹ *J. Snell*, The notion of market access: A concept or a slogan?, *CMLR* 2010, S. 437.

²⁰⁴² *C. Barnard*, The Four Freedoms (2013), S. 23 ff.

Im deutschsprachigen Schrifttum wiederum zeigen sich Stufenmodelle/-Tests in den unterschiedlichsten Ausprägungen. Bereits vor den Entscheidungen des EuGH zu *Kommission/Portugal (Farbfolien)* und *Kommission/Italien (Anhänger)* sowie *Mickelson & Roos (Wassermotorräder)* hat Axel Mühl (2004), ausgehend von einem gleichheits- und freiheitsrechtlichen Verständnis der grundfreiheitlichen Kontrolle bei der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten²⁰⁴³, in einem explizit sog. „Stufenmodell“ differenziert nach der „Eingriffsqualität“ einer Maßnahme. Dafür bildet er vier sog. „Beeinträchtigungsklassen“: offene Diskriminierung (höchste Eingriffsqualität), versteckte Diskriminierung, bloße Beschränkung und sonstige Maßnahmen (keine binnenmarktbehindernde Wirkung).²⁰⁴⁴ Ausdruck der von Stufe zu Stufe abnehmenden Eingriffsqualität sei die Zunahme der Anforderungen an die tatbestandliche Prüfung der Grundfreiheiten.²⁰⁴⁵ Eine Konkretisierung dieser „Stufen“ erfolgt unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH anhand von ausgewählten Beispielen.²⁰⁴⁶ Weitergehende Kriterien für die Prüfung einer „bloßen Beschränkung“ in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten werden indessen nicht aufgezeigt.

Die von Alexander Brigola (2004) sog. „3-Stufen-Theorie“²⁰⁴⁷ umfasst demgegenüber eine Differenzierung von „Eingriffen“ in der Form von sog. „offenen oder unmittelbaren (direkten) Diskriminierungen“ (erste Stufe), sog. „versteckten oder mittelbaren (indirekten) Diskriminierungen“ (2. Stufe) und von „allen sonstigen Beschränkungen“ (dritte Stufe). Nach Stefan Leible und Thomas Streinz²⁰⁴⁸ leitet sich wiederum ein sog. „Drei-Stufen Test“ aus der 2009 getroffenen EuGH-Entscheidung zur Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁰⁴⁹ ab. Abweichend von der „3-Stufen-Theorie“ nach Alexander Brigola²⁰⁵⁰ ist der „Drei-Stufen-Test“ dort wie folgt aufgebaut: (erste Stufe) Diskriminierungsverbot, (zweite Stufe) Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, (dritte Stufe) Marktzugangsbehinderung. Betont wird, dass sich dieser Ansatz auf „gewohntem Terrain“ bewege aber einen „anderen dogmatischen Zugriff“ wähle.²⁰⁵¹ Dabei solle die erste Stufe - Diskriminierungsverbot - die gleichheitsrechtliche Komponente der *Keck*-Rechtsprechung erfassen, womit die *Keck*-Formel „vom Kopf auf die Füße“ gestellt worden sei, indem die „rechtlich und tatsächlich gleiche Berührtheit“ (*Keck* Rn. 17)²⁰⁵² nunmehr selbst als erster und eigenständiger Prüfungsmaßstab fungiere und nicht bloß als eine Bedingung für Verkaufsmodalitäten (dort als „Rückausnahme“ bezeichnet²⁰⁵³) diene.²⁰⁵⁴ Die zweite Stufe ziehe „Konsequenzen“ aus der Entscheidung

²⁰⁴³ A. Mühl, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 245.

²⁰⁴⁴ A. Mühl, ebd. (2004), S. 245/246.

²⁰⁴⁵ A. Mühl, ebd., (2004), S. 247.

²⁰⁴⁶ A. Mühl, ebd., (2004), S. 324-327 zur Diskriminierung und S. 328 ff. zur „Beschränkung“.

²⁰⁴⁷ A. Brigola, Das System der EG-Grundfreiheiten (2004), S. 169 ff

²⁰⁴⁸ S. Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 85/86.

²⁰⁴⁹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁰⁵⁰ A. Brigola, Das System der EG-Grundfreiheiten (2004), S. 169-172.

²⁰⁵¹ S. Leible/T. Streinz, ebd. unter Verweis auf A. Brigola, Die Metamorphose der *Keck*-Formel in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2012, S. 248.

²⁰⁵² EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 17.

²⁰⁵³ Diese Bezeichnung entstammt dem Schrifttum zur Analyse der *Keck*-Entscheidung (EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905)), vgl. R. Streinz, Das Verbot des Apothekenversandhandels mit

*Cassis de Dijon*²⁰⁵⁵ und umschreibe nichts anderes als den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Die dritte Stufe erhebe die Ratio des *Keck*-Urteils zu einem eigenständigen Prüfungsmaßstab, der nach sonstigen Marktzugangsbehinderungen frage.

Zuletzt geht *Rudolf Streinz* davon aus, dass der „Drei-Stufen-Test“ weitgehend die „*Keck*-Formel“ ersetzt. Er überträgt den Test in das Prüfungsschema zum freien Warenverkehr wie folgt²⁰⁵⁶ (mit sprachlichen Anpassungen und Hervorhebungen des Verf. zur verständlichen Darstellbarkeit des Flussdiagramms):

I. Tatbestand

1. Lex specialis im Unionsrecht?, 2. Ware, 3. Staatliche Maßnahme, 4. Grenzüberschreitender Bezug, 5. Mittel- oder unmittelbare, tatsächliche oder potenzielle Einfuhrbehinderung – „*Dassonville*-Formel“.
6. Einschränkung des Tatbestandes:
 - (1.) *Diskriminierung* (auf Inlands- und Importprodukte unterschiedlich anwendbar). Wenn ja, dann ist der Tatbestand erfüllt. Wenn nein, dann ist (2.) zu prüfen.
 - (2.) *Verstoß gegen Herkunftslandprinzip* („dual burden“/*Keck*: Produktbezogene Regelung). Wenn ja, dann ist der Tatbestand erfüllt. Wenn nein, dann ist (3.) zu prüfen.
 - (3.) *Marktzutrittshindernis* (*Keck*: Bestimmte Verkaufsmodalitäten, wirkt unterschiedlich). Wenn ja (=wirkt unterschiedlich), dann ist der Tatbestand erfüllt. Wenn nein (=bestimmte Verkaufsmodalität), dann ist der Tatbestand nicht erfüllt (Einschränkung der *Dassonville*-Formel).

II. Rechtfertigung

1. Schranke: Art. 36 AEUV, „Zwingender Erfordernisse“ (gem. *Cassis*).
2. Schranken-Schranke: Verhältnismäßigkeit (Art.36 AEUV, „notwendig“, *Cassis*).

Rudolf Streinz betont, dass für den Binnenmarkt der entscheidende Ansatzpunkt das „Marktzugangsrecht“ sei und das Abstellen auf das Kriterium eines „spezifischen Marktzugangshindernis“ für eine inhaltlich sachgerechte Abgrenzung geeignet sei, „die sich weniger an Begrifflichkeiten, als an der tatsächlichen Bedeutung für den freien Warenverkehr orientiert“. Gleichwohl reflektiert *Rudolf Streinz* den „Drei-Stufen-Test“ kritisch²⁰⁵⁷:

„So richtig die Intention ist, die Grundfreiheiten hinsichtlich nichtdiskriminierender Beschränkungen auf bloße Marktzugangsfreiheiten zu reduzieren [...], bedürfen die vom EuGH hier entwickelten Kriterien und ihre Anwendung im konkreten Fall der Präzision und der Stetigkeit, um zu überzeugenden und vor allem berechenbaren Resultaten zu kommen.“

Arzneimitteln – Eine Verkaufsmodalität im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung?, EuZW 2003, S. 37, 41 unter Hinweis auf *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EUV/EGV (2003), Art. 30 EGV, Rn. 252 ff.

²⁰⁵⁴ So *S. Leible/T. Streinz*, ebd.

²⁰⁵⁵ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²⁰⁵⁶ *R. Streinz*, Europarecht (2016), S. 351, Rn. 924, Schaubild 8.

²⁰⁵⁷ *R. Streinz*, ebd. (2016), S. 318, Rn. 843.

Im Ergebnis postuliert er, das es „um die gewünschte Entlastungsfunktion zu erreichen und nicht uferlos Bereiche der nationalen Rechtsordnung auf den Prüfstand des Unionsrechts [...] zu stellen“ darauf ankomme, die Rechtsprechung „berechenbarer zu machen“ und „geeignete Kriterien und Maßstäbe für eine wirklich relevante Marktzugangsbehinderung zu finden“.²⁰⁵⁸

b) *Vergleich mit der Prüfung bei Art. 101 AEUV*

Stefan Leible und *Thomas Streinz* schlagen im Zusammenhang des „Drei-Stufen-Tests“ (siehe zuvor a)) zur Konkretisierung der Prüfung einer Marktzugangsbehinderung zwei Schritte in einem Vergleich mit der Prüfung bei Art. 101 AEUV vor. Erstens solle der relevante Markt anhand „ökonomischer Eckdaten in seiner räumlichen, sachlichen und zeitlichen Dimension“ bestimmt werden. Hierzu wird Bezug genommen auf die EuGH-Entscheidung zur Rechtssache *DocMorris*.²⁰⁵⁹ In einem zweiten Schritt wäre die Frage zu beantworten, ob der Zugang zu dem relevanten Markt behindert wird. Zur Beurteilung der dafür maßgeblichen ökonomischen Rahmenbedingungen sollten kartellrechtliche Wertungen herangezogen werden. Dies sei hier in Anlehnung an die zu Art. 101 AEUV geltende Markterschließungsdoktrin zu prüfen, wobei der dort geltende „Immanenzgedanke zur teleologischen Reduktion“ herangezogen werden könne. Soweit gemäß der Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV die Markterschließung derart wichtig für den Binnenmarkt sei, dass ausnahmsweise keine verbotene Abrede vorliege, könne dieser Maßstab analog auch als Maßstab bei der Prüfung des Marktzugangskriteriums bei den Grundfreiheiten angewendet werden.²⁰⁶⁰ Nicht weiter dargelegt wird jedoch, anhand welcher Annahmen eine Parallelwertung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln erfolgen soll. Ebenso wenig wird begründet, wie die in Bezug genommene Markterschließungsdoktrin des Kartellrechts – welche auf das Marktverhalten von Unternehmen zugeschnitten ist und die Begrenzung privatautonomer Macht betrifft – auf die Überprüfung von hoheitlichen Maßnahmen souveräner Staaten übertragen werden kann.²⁰⁶¹

c) *Dogmatischer Befund*

Zu den im Schrifttum in den unterschiedlichsten Facetten dargelegten „Drei-Stufen-Test“ ist zunächst kritisch anzumerken, dass nicht unmittelbar erkennbar ist, wie sich die jeweiligen Prüfungsstrukturen aus der Rechtsprechung des EuGH seit der Entscheidung zu der Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁰⁶² genau ableiten lassen. Darüber hinaus bleibt das Kernproblem der angemessenen Kontrolldichte, also die in

²⁰⁵⁸ R. Streinz, ebd. (2016), S. 344/345, Rn. 912.

²⁰⁵⁹ EuGH *DocMorris* (C-322/01, EU:C:2003:664), vgl. insb. dort Rn. 71 ff. und Rn. 122. Zur Einordnung in die Beschränkungsprüfung nach *Keck* und zur Prüfung des Marktzugangskriteriums, siehe R. Streinz, Das Verbot des Apothekenversandhandels mit Arzneimitteln – Eine Verkaufsmodalität im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung? *EuZW* 2003, S. 37, 42/43.

²⁰⁶⁰ S. Leible/T. Streinz, ebd. Rn. 87.

²⁰⁶¹ Unter Berücksichtigung der Grundsätze in Art. 4 EUV, der bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen zur Bestimmung der Rahmenbedingungen ihrer nationalen Märkte usw.

²⁰⁶² EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

der Einleitung angesprochene Grundproblematik zur Auslegung der Grundfreiheiten im Spannungsfeld der Interessen-Trias, auch mit dieser Struktur ungelöst.²⁰⁶³ Der „Schwellenwert“, d.h. ab wann genau eine Beschränkung des Marktzutritts oder eine Beschränkung des Marktaustritts vorliegt, ist damit noch nicht hinreichend bestimmbar.²⁰⁶⁴ Schließlich fehlen der Darlegung und dem Beweis zugängliche Kriterien, welche die juristische Subsumtion eines beschränkten Marktzutritts und/oder Marktaustritts ermöglichen würden.

Die von *Stefan Leible* und *Thomas Streinz* aufgezeigte Perspektive einer an ökonomischen Paradigmen orientierten Prüfung von Marktzugang, die von *Sara Dietz* und *Thomas Streinz* (2015) weiter ausgeführt wurde²⁰⁶⁵, ist zu begrüßen. Bereits Generalanwalt *Walter van Gerven* hatte 1992 sowie 1993 in seinen Schlussanträgen zu der Rechtssache *Keck* (wettbewerbs-)ökonomische Erwägungen angeführt²⁰⁶⁶, jedoch wurde sein ökonomischer Ansatz, welcher bereits dem Grunde nach auf die zentrale Funktion des Marktzutrittskriteriums rekurriert, von dem Schrifttum nach *Keck* und vor *Kommission/Italien (Anhänger)*, soweit ersichtlich, noch nicht ausführlicher rezipiert. Eine Ausnahme bilden etwa die Darstellungen von *Peter-Christian Müller-Graff*²⁰⁶⁷ und von *Kristina Hammer*.²⁰⁶⁸

Eine (Neu-)Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotese erfordert zugleich eine Anpassung von Prüfungsstruktur und Prüfungskriterien. Die im Schrifttum vertretenen „Stufenmodelle“ bzw. „Tests“ reichen (noch) nicht aus, um hinreichend genau gleichheits- und freiheitsrechtliche Facetten von Marktzutritt und Marktaustritt in den Zusammenhängen der maßgeblichen transnationalen Markt- und Wettbewerbsprozesse zu erfassen. Insbesondere erfordert die Prüfung einer Beschränkung des Marktzutritts und/oder Marktaustritts, die wirtschaftliche Mobilität als einen dynamischen Prozess von Mobilitätsphasen zu erfassen, worauf in Kapitel 6 bei der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung im Detail einge-

²⁰⁶³ So ausdrücklich auch *S. Leible/T. Streinz*, ebd.

²⁰⁶⁴ So ausdrücklich auch *S. Leible/T. Streinz*, ebd. unter Bezugnahme auf *Jukka Snell* und *Eleanor Spaventa*.

²⁰⁶⁵ *S. Dietz/T. Streinz*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 50 ff., S. 58 ff.

²⁰⁶⁶ Schlussanträge des Generalanwaltes *Walter van Gerven* EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1992:448) Rn. 4; Schlussanträge des Generalanwaltes *Walter van Gerven* EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:160) Rn. 4 ff.

²⁰⁶⁷ *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 28 EG, Rn. 1 ff., insb. R. 254: „Statt eine Ausgrenzung mit dem Terminus der ‚bestimmten Verkaufsmodalitäten‘ zu versuchen, ist [...] an eine Ausgrenzung solcher Absatzbehinderungen zu denken, die [...] nicht aus sonstigen Maßnahmen folgen, welche den Marktzugang oder die Wettbewerbsfähigkeit eingeführter Waren spezifisch beeinträchtigen [...]“, unter Hinweis auf *Ulrich Becker*, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Artikel 30 EG-Vertrag, EuR 1994, S. 162 ff.

²⁰⁶⁸ *K. Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr (1998), S. 96 ff. *Kristina Hammer* rekurriert in ihrer ausführlichen Analyse der Rechtsprechung vor und nach *Keck* ausdrücklich auf die Notwendigkeit, das Marktzugangskriterium in den Mittelpunkt der Prüfung zu stellen und dieses weiter zu konkretisieren, so insb. S. 125-127, S. 164 „[...] Abgrenzungsprobleme, die nur unter Zuhilfenahme des Kriteriums der marktzugangsbeschränkenden Wirkung zu lösen sind.“, S. 240: „Maßgebliches Kriterium ist – auch im Hinblick auf andere Grundfreiheiten – die zugangsbeschränkende Wirkung“.

gangen wird.²⁰⁶⁹ Eine unmodifizierte Übertragung der zu den Wettbewerbsregeln geltenden Grundsätze, wie beispielsweise die von *Stefan Leible* und *Thomas Streinz* bzw. von *Sara Dietz* und *Thomas Streinz* in Bezug genommene Markterschließungsdoktrin (siehe cc)), ist deshalb nicht möglich, da die Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten mit einer *vertikalen* Kontrolle von Maßnahmen mit Wirkungen *auf* den Markt, wie in Kapitel 4 hergeleitet²⁰⁷⁰, eine andere Konzeption zur Prüfung von Marktzutritts- und Marktaustrittsbeschränkungen bedürfen als die Wettbewerbsregeln, welche eine *horizontale* Kontrolle des Gebrauchs von Aktionsparametern *im* Markt betreffen.

3. Ergebnis

Die Problemanalyse zu den dogmatischen Friktionen auf der Ebene des Kontrollmaßstabes hat gezeigt, dass angesichts der relativen Unbestimmtheit des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes²⁰⁷¹ und dessen ebenso relativ unbestimmten Marktzutrittskriteriums²⁰⁷² eine (Neu-)Konzeption des Kontrollmaßstabes erforderlich ist. Eine funktional-wettbewerbsökonomisch fundierte Konzeptionierung kann dabei an das wettbewerbliche Beschränkungsverbot angelehnt werden, darf aber diesem aus den in Kapitel 4 dargelegten Gründen zur Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten (Unterscheidung einer *vertikale* Kontrolle von Regelungs- und Gestaltungsmacht durch den Funktionskreis der Grundfreiheiten und einer *horizontalen* Kontrolle von Macht durch den Funktionskreis der Wettbewerbsregeln) nicht gleichgestellt werden.

Die Ursache der relativen Unbestimmtheit der grundfreiheitlichen Kontrolle von Maßnahmen liegt in einer Kaskade unbestimmter Rechtsbegriffe („geeignet zu behindern“, „weniger attraktiv“, „Marktzutritt“) sowie einer fehlenden markt- und wettbewerbsbezogenen Definition von Freiheit und Gleichheit. Für eine adäquate subjektivrechtliche Umsetzung der Maßstäbe des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot (siehe Kapitel 3 F. und G.) müssen daher der Bezugsgegenstand (das Free Movement-Konzept) und der Inhalt von marktbezogener Freiheit und Gleichheit unter Berücksichtigung des Gerechtigkeitsbegriffs für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch „übersetzt“ und definiert werden (hierzu Kapitel 6 A. II.). Ausgehend hiervon ist sodann das bislang noch unzureichend ausdifferenzierte Prüfungsraster für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot unter Einbeziehung des Marktzutrittskriterium neu zu strukturieren und inhaltlich mit der Darlegung und dem Beweis zugänglichen Subsumtionskriterien neu zu konzeptionieren und zu konkretisieren (hierzu Kapitel 6 A. III.).

²⁰⁶⁹ Kapitel 6 A. I. 1. a) cc) (2).

²⁰⁷⁰ Kapitel 4 B. III. und C.

²⁰⁷¹ Problembereich 7, Kapitel 1 A. II. 1. g).

²⁰⁷² Problembereich 8, Kapitel 1 A. II. 1. h).

III. Inkongruenz von Tatbestand, Ausnahmen und Abwägung

Über die vorangehend dargelegte relative Unbestimmtheit von Kontrollgegenstand (zuvor I.) und Kontrollmaßstab (zuvor II.) hinausgehend, zeigt die geltende Konzeption der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte eine Inkongruenz in dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von (Beschränkungs-)Tatbestand und Rechtfertigung/Verhältnismäßigkeit. Im Folgenden werden diese Inkongruenzen im Kontext der im AEUV kodifizierten Ausnahmen sowie der richterrechtlich etablierten „zwingenden Erfordernisse“ gemäß der *Cassis*-Rechtsprechung²⁰⁷³ einerseits (dazu nachfolgend 1.) und der Abwägungsprüfung bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit andererseits (dazu nachfolgend 2.) näher dargelegt.

1. Dogmatisch-konzeptionelle Friktionen von Tatbestand und Ausnahmen

Die im AEUV enthaltenen Ausnahmen zu den Grundfreiheiten (Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1, Art. 64 AEUV), welche im Schrifttum auch als „geschriebene Rechtfertigungsgründe“ bezeichnet werden, sowie die „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis*-Rechtsprechung, die weithin als „ungeschriebene Rechtfertigungsgründe“ gelten, zeigen dogmatisch-konzeptionelle Friktionen, welche insbesondere mit den Problembereichen 1 bis 3 bei dem Kontrollgegenstand (Maßnahmentypisierung, Wirkungsdifferenzierung und Maßstabsdualität)²⁰⁷⁴ und mit der relativen Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabs²⁰⁷⁵ korrelieren.²⁰⁷⁶ Ausgehend von der geltenden Konzeption von Ausnahmen als „Rechtfertigungsgründe“ (a) zeigt ein Vergleich von *Cassis*-Rechtsprechung²⁰⁷⁷ bei den Grundfreiheiten und Freistellungen via GVO und Art. 101 Abs. 3 AEUV bei den Wettbewerbsregeln (b) die Notwendigkeit einer Revision der Konzeption von „Rechtfertigungsgründen“ bei den Grundfreiheiten (c).

a) *Geltende Konzeption von Ausnahmen als „Rechtfertigungsgründe“*

Gemäß der geltenden Auslegung des Regel-Ausnahmeverhältnisses von Beschränkungstatbestand, Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit werden bei der Prüfung der Grundfreiheiten sowohl die im AEUV kodifizierten Ausnahmen (Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1, Art. 64 AEUV) als auch die richterrechtlich etablierten Ausnahmen, also die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses (EuGH *Cassis*²⁰⁷⁸), als „Rechtfertigungsgründe“ bezeichnet und regelhaft nach der Feststellung einer Beschränkung geprüft. Dogmatisch-konzeptionell bestehen indes Unterschiede zwischen diesen beiden Kategorien von Ausnahmen, welche aufgrund ihrer Interdependenz mit dem Beschränkungstatbestand (hier: Kontrollgegenstand und

²⁰⁷³ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²⁰⁷⁴ Kapitel 1 A. II. 1. a) bis c).

²⁰⁷⁵ Problembereich 7, Kapitel 1 A. II. 1. g).

²⁰⁷⁶ Problembereich 9, Kapitel 1 A. II. 1. i).

²⁰⁷⁷ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²⁰⁷⁸ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

Kontrollmaßstab) für die Funktionsfähigkeit der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte relevant sind.

aa) Kodifizierte Ausnahmen (AEUV)

Für sämtliche Grundfreiheiten sind im AEUV Ausnahmen formuliert, welche allgemein im Sinne von *Rechtfertigungsgründen* interpretiert werden.²⁰⁷⁹ Am ausführlichsten sind diese für die Warenverkehrsfreiheit in Art. 36 Satz 1 AEUV unter vier Gesichtspunkten geregelt.²⁰⁸⁰ Des Weiteren finden sich Rechtfertigungsgründe für die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 45 Abs. 3 AEUV (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit), für die Niederlassungsfreiheit in Art. 52 AEUV (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit), welche über die Verweisung in Art. 62 AEUV ebenso für die Dienstleistungsfreiheit gelten, und für die Kapitalverkehrsfreiheit in Art. 65 Abs. 1 Ziff. b AEUV (öffentliche Ordnung oder Sicherheit).²⁰⁸¹ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind diese Ausnahmen grundsätzlich eng auszulegen.²⁰⁸²

Die dogmatische Konzeption dieser im AEUV normierten Ausnahmen betrifft unmittelbar die institutionell-rechtliche Dimension der grundfreiheitlichen Kontrolle, d.h. die Interessen-Trias²⁰⁸³, und ist geprägt durch eine ausdrückliche Berücksichtigung grundlegender Interessen der Mitgliedstaaten, welche originäre Aufgaben des Staates von i.w.S. sicherheits- und ordnungsrechtlichen Materien betreffen. Die Ausnahmen tragen damit entsprechend dem geltenden Konzept von Supranationalität dem Umstand Rechnung, dass der Unionsgesetzgeber seine Zuständigkeit (noch) nicht in allen Bereichen ausübt und deshalb die insoweit (noch) souveränen Mitgliedstaaten weiterhin für den Schutz der in den Ausnahmetatbeständen aufgeführten Materien (national autonom) tätig werden dürfen.²⁰⁸⁴ Angesichts dieser klaren Verortung in dem Bereich des i.w.S. Sicherheits- und Ordnungsrechts besteht grundsätzlich keine dogmatisch-konzeptionelle Inkongruenz mit der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten. Dies gilt aber nur, soweit die im AEUV kodifizierten Ausnahmen gemäß der geltenden Auslegung für alle Typen von Maßnahmen gelten, also für unterschiedliche / diskriminierend und unterschiedslose / beschränkende, denn im Hinblick auf die noch zu konkretisierenden Kriterien „Marktzutritt“ und „Marktaustritt“ sind die Ausnahmen für alle Maßnahmentypen

²⁰⁷⁹ *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 36 AEUV, Rn. 1.

²⁰⁸⁰ Öffentliche Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit (1); Schutz der Gesundheit, des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen (2); Schutz des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert (3); Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums (4).

²⁰⁸¹ Eine Sonderstellung nimmt insoweit die in Art. 36 Satz 1 AEUV aufgeführte Rechtfertigung aus Gründen des *gewerblichen und kommerziellen Eigentums* ein. Hier handelt es sich nicht um ein klassisches Allgemeingut, sondern um gewerbliche Schutzrechte in Form von Ausschließlichkeitsrechten (rechtliche Monopole). In der Praxis besteht hier ein Spannungsfeld zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums als Eigentumsrecht im Sinne des Art. 345 AEUV sowie der tatsächlichen Ausübung dieser Rechte als Verhalten, welches am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV aber auch am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen ist.

²⁰⁸² Zur Warenverkehrsfreiheit *U. Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2000), Art. 30, Rn. 1; EuGH *Irish Souvenirs* (C-113/80, EUC:1981:139) Rn. 7.

²⁰⁸³ Kapitel 1 B. I. 3. und zuvor B. I.

²⁰⁸⁴ So ähnlich für die Ausnahmen zu der Warenverkehrsfreiheit *W. Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 36 AEUV, Rn. 2.

gleichermaßen relevant. Sofern also solche Ausnahmen von einem Mitgliedstaat, oder im Falle der horizontalen Direktwirkung von einem Privaten²⁰⁸⁵, im Rechtsstreit zur Rechtfertigung einer die wirtschaftliche Mobilität beschränkenden Maßnahme vorgebracht werden, liegt bei diesem als passiv legitimierter Partei die Darlegungs- und Beweislast für das Überwiegen seiner Interessen gegenüber dem transnationalen Mobilitätsinteresse, welches sich durch einen ungehinderten Marktzutritt / Marktaustritt auszeichnet. Darüber hinaus muss die Ausnahme in dem konkreten Sachverhalt gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geeignet und erforderlich sein, um das mit ihr geschützte Ziel bzw. deren Zweck erreichen zu können.

bb) Ungeschriebene Ausnahmen (Cassis-Rechtsprechung)

Die mit den unbestimmten Kriterien „Geeignetheit zu behindern“/„weniger attraktiv“ für die Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote einhergehende extensive Kontrolldichte bewegte den EuGH Ende der 1970er Jahre dazu, neben den im Vertrag enumerativ aufgeführten Ausnahmen (siehe zuvor aa)), weitere „ungeschriebene Ausnahmen“, von dem EuGH bezeichnet als sog. „zwingende Erfordernisse“, zur Rechtfertigung von unterschiedslosen / nicht-diskriminierenden bzw. beschränkenden Maßnahmen zu etablieren. Diese offene, da enumerative Konzeption von Ausnahmen hat der Gerichtshof erstmals 1979 mit dem Urteil in der Rechtssache *Cassis de Dijon*²⁰⁸⁶ richterrechtlich etabliert. Diese Rechtsprechung gibt den Mitgliedstaaten weitreichende Spielräume, sofern die jeweilige Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.²⁰⁸⁷ Begründet hat der EuGH diese Konzeption in Randnummer 8 seiner Entscheidungsgründe, welche im Schrifttum auch als sog. *Cassis-Formel* bezeichnet wird, wie folgt:

[...] „Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um *zwingenden Erfordernissen* gerecht zu werden [...]. (Hervorhebung durch den Verf.).

Abgesehen davon, dass die Terminologie für diese Kategorie von „ungeschriebenen Ausnahmen“ zu den grundfreiheitlichen Verboten variiert – bisweilen wird auch von „zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses“, „zwingenden Allgemeininter-

²⁰⁸⁵ Auf die umstrittene Frage, ob sich Private in den Fällen der horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten überhaupt auf Rechtfertigungsgründe berufen können, da diese ihrem Sinn und Zweck nach ggf. nur auf Staaten zugeschnitten sind, kann und muss hier nicht näher eingegangen werden. In Betracht käme hier voraussichtlich allenfalls, dass die Privaten als „Sachwalter“ öffentlicher Interessen, wie etwa für die Sicherheit oder den Umweltschutz, agieren. Siehe hierzu befürwortend *S. Wernicke*, Privatwirkung (2002), S. 263 unter Hinweis auf den strukturellen Zusammenhang betreffend ex Art. 86 Abs. 2 EG (jetzt Art. 106 Abs. 2 AEUV).

²⁰⁸⁶ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

²⁰⁸⁷ Wenngleich heute alle „zwingenden Erfordernisse“ wiederum im Lichte der Grundrechte einschränkend auszulegen sind – im Sinne einer „Schranken-Schranke“, vgl. z.B. EuGH *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH gegen Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (Omega)* (C-36/02, EU:C:2004:614) Rn. 33 ff.; EuGH *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft u.a. gegen Magyar Állam (Berlington Hungary u.a.)* (C-98/14, EU:C:2015:386) Rn. 74 ff.

sen“ oder Interessen des „Gemeinwohls“ gesprochen –, ist im Schrifttum die dogmatische Einordnung dieser Ausnahmen sowie die Interpretation der *Cassis*-Rechtsprechung nach wie vor umstritten.²⁰⁸⁸ Dieser Diskurs bedarf angesichts des fokussierten Gegenstandes der Untersuchung an dieser Stelle keiner detaillierten Erläuterung. In den Blick zu nehmen sind aber die Interdependenzen der richterrechtlichen Ausnahmekonzeption mit dem Beschränkungstatbestand (Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab) im Hinblick auf die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten. Denn im unmittelbaren Zusammenhang mit der *Maßnahmentypisierung* (Problembereich 1), *Wirkungsdifferenzierung* (Problembereich 2) und Maßstabsdualität (Problembereich 3)²⁰⁸⁹ sowie der *Modalitäten* (Problembereich 4)²⁰⁹⁰ begründet bzw. perpetuiert die *Cassis*-Konzeption die Maßstabsdualität von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot, welche der Typisierung und Wirkungsdifferenzierung unterschiedlicher und unterschiedsloser Maßnahmen folgt. Dies hat seine Ursache darin, dass nach der ursprünglichen Konzeption des EuGH (*Cassis* und *Gebhard*) die Ausnahmen der „zwingenden Erfordernisse“ ausschließlich für die „Rechtfertigung“ unterschiedsloser Maßnahmen gelten. Soweit diese Konzeption aufrechterhalten würde, was allerdings zunehmend durch den EuGH faktisch selbst in Frage gestellt ist²⁰⁹¹, wäre eine Konkretisierung des Beschränkungsverbotes in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten nicht möglich, da sich die Kriterien „Marktzutritt“ und „Marktaustritt“ nicht im Sinne der Maßnahmentypisierung, Wirkungsdifferenzierung und Maßstabsdualität „formal standardisieren“ lassen (dazu im Detail sogleich unter c)).

So plädiert *Ulrich Becker*²⁰⁹² für eine Einordnung der Ausnahmen nach der *Cassis*-Rechtsprechung²⁰⁹³ als „negatives Tatbestandsmerkmal“, wonach „zwingende Erfordernisse“ auch zur Rechtfertigung unterschiedlicher Maßnahmen herangezogen werden könnten. Dies würde Abgrenzungsprobleme erübrigen und entspräche der Funktion dieser Rechtsfigur, einen Rechtsgüterausgleich zu sichern. Wenngleich der Verortung auf der Ebene des Kontrollgegenstandes hier nicht gefolgt wird, weil die „zwingenden Erfordernisse“ nach der hier vertretenen Konzeption als typisierte Ziele bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu implementieren sind (siehe hierzu im Detail Kapitel 6 B. I. 2.), ist jedoch der Notwendigkeit, die in der Praxis oftmals „gekünstelte“ Differenzierung zugunsten einer kongruenten dogmatischen Konzeption aufzugeben, zuzustimmen. Insoweit zeigt ein Vergleich mit der Freistellungssystematik bei den Wettbewerbsregeln (sogleich unter b)), dass eine ökonomisch fundierte und auf Marktprozesse ausgerichtete Konzeption von Ausnahmen mit dem Beschränkungsverbot harmoniert und sich eine formale Differenzierung von Maßnahmentypen sodann erübrigt.

²⁰⁸⁸ Siehe nur *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 361 ff.

²⁰⁸⁹ Kapitel 1 A. II. 1. a) bis c) sowie zuvor Abschnitt I. 1.

²⁰⁹⁰ Kapitel 1 A. II. 1. d) sowie zuvor Abschnitt I. 2.

²⁰⁹¹ Siehe zuletzt die zusammenfassende Kommentierung von *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht (2015), Art. 34 AEUV, Rn. 192 ff. Rn. 196/197.

²⁰⁹² *U. Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU Kommentar (2000), Art. 30 EGV, Rn. 43.

²⁰⁹³ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

b) Vergleich mit den Wettbewerbsregeln

Die Regel-Ausnahme-Konzeption bei den Wettbewerbsregeln folgt bei Art. 101 AEUV einer eigenen, *zweistufigen Struktur* von Verbot und Freistellung.²⁰⁹⁴ Der Freistellungstatbestand des Art. 101 Abs. 3 AEUV beinhaltet, anders als die für Grundfreiheiten kodifizierte Ausnahmen, im AEUV formulierte Kriterien (zwei positive und zwei negative), welche kumulativ erfüllt werden müssen.²⁰⁹⁵ Eine der *Cassis-Rechtsprechungslinie*²⁰⁹⁶ entsprechende Rechtsprechung ist für die Wettbewerbsregeln daher nicht notwendig, da die Freistellung anhand dieser Kriterien materiell geprüft wird und insoweit dem Grunde nach bzw. per se enumerative Möglichkeiten von Ausnahmen bietet, sofern diese vier Kriterien erfüllt sind. Der Gerichtshof bzw. das Gericht Erster Instanz haben daher, soweit ersichtlich, bis heute keine richterrechtlich definierten „ungeschriebenen Freistellungsmöglichkeiten“ analog zu der *Cassis-Rechtsprechung* bei den Grundfreiheiten jenseits der im Vertrag kodifizierte Systematik des Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. der sekundärrechtlich erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) entwickeln müssen. Dies ist konsequent, da die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV i.e.S. anders als *Cassis* auch keine enumerativen Ausnahmegründe liefert, sondern einer ökonomisch ausgerichteten Konzeption folgend dem Rechtsanwender zwei positive und zwei negative Kriterien zur konkreten Beurteilung der ökonomischen *Wirkungen* einer Maßnahme²⁰⁹⁷ (hier als Handlung von Unternehmen) an die Hand gibt.

Ebenso verhält es sich mit den Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO), welche sämtlich, einer generellen Systematik sog. weißer und schwarze Klauseln folgend, erlaubte und verbotene Verhaltensweisen beschreiben. Soweit in der Praxis ein Bedürfnis für weitere Freistellungen erkannt wird, welche nicht von den bereits existierenden GVO gedeckt sind, ist über eine weitere Sekundärrechtssetzung eine Ergänzung bestehender GVO oder die Schaffung neuer GVO möglich.²⁰⁹⁸ Der Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV gilt damit, ebenso wie die Verbote der Grundfreiheiten, nicht „schränkenlos“. Gegenüber der eher unübersichtlichen Kasuistik bei den Grundfreiheiten werden regelmäßig wiederkehrende und insofern „standardisierbare“ Fälle der Freistellung durch die Gruppenfreistellungsverordnungen erfasst. Die nicht unter eine GVO fallenden Sachverhalte können wiederum unter Rückgriff auf Art. 101 Abs. 3 AEUV von dem Verbot ausgenommen werden. Insoweit fungiert Art. 101 Abs. 3 AEUV im System der Wettbewerbsvorschriften als „Auffangtatbestand“.²⁰⁹⁹ Sinn und Zweck der Freistellung ist grundsätzlich eine Öffnung gegenüber außerwettbewerblichen Zielen

²⁰⁹⁴ Ausführlich hierzu und zu den systematischen Aspekten, E. Gippini-Fournier/K. Mojzesowicz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 21 ff.

²⁰⁹⁵ D.-E. Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2010), Art. 101, Rn. 42.

²⁰⁹⁶ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²⁰⁹⁷ Siehe hierzu K. M. Meessen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Art. 81 Abs. 3 EG, Rn. 27 ff.

²⁰⁹⁸ GVO werden auf Grundlage der in Art. 103 AEUV enthaltenen Ermächtigungsgrundlage in Verbindung mit Art. 101 Abs. 3 AEUV erlassen.

²⁰⁹⁹ So auch K. M. Meessen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Art. 81 Abs. 3, Rn. 1.

der Unionspolitik, deren Verfolgung an anderen Stellen des Vertrages vorgesehen ist. A priori lässt sich der Umfang der Öffnung allerdings nicht bestimmen. Es ist nach Inhalt und Rang des jeweiligen Vertragsziels zu unterscheiden und über mögliche Zielkonflikte ist unter Berücksichtigung genereller politischer Vorgaben durch Abwägung unbestimmter Rechtsbegriffe zu entscheiden.²¹⁰⁰

Bei den geschriebenen Rechtfertigungsgründen der Grundfreiheiten werden demgegenüber kodifizierte sachliche Gründe, wie öffentliche Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, herangezogen und die Beschränkung am Maßstab dieser Gründe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen. Ebenso verhält es sich mit den „zwingenden Erfordernissen“ des Allgemeininteresses, welche übergeordnete – *nicht-wirtschaftliche* – Maßgaben darstellen, die ebenso am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Abwägung von Allgemeininteressen der Mitgliedstaaten mit dem Interesse des in seiner Grundfreiheit beschränkten Individuums bzw. mit dem Interesse der Union) zu prüfen sind.

Eine hiervon zu unterscheidende Konzeption liegt bei Art. 106 Abs. 1 AEUV (öffentliche Unternehmen) und bei Art. 107 AEUV (Beihilfenverbot) vor. Insbesondere die Rechtfertigungsebene bei Art. 106 AEUV folgt einer eigenen Konzeption. Bei Art. 106 Abs. 2 AEUV besteht eine markt- bzw. sachgebietsübergreifende Ausnahmeklausel für öffentliche Unternehmen bzw. für Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten. Ihre Auslegung bezüglich des Begriffes der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ sowie des „Finanzmonopols“ im Zusammenhang mit Art. 14 AEUV betrifft das Verhältnis von wirtschafts- und sozialpolitischen Belangen der Mitgliedstaaten im Bereich „unternehmerischer Sonderaufgaben“.²¹⁰¹ Die sog. staatliche Daseinsvorsorge folgt mit einem „Versorgungsauftrag“ eigenen Regeln und kann daher nicht mit den eher am Gemeinwohl orientierten Rechtfertigungsgründen der Grundfreiheiten gleich gesetzt werden. Auch die Ausnahmen zu dem Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV, welche in Art. 107 Abs. 2 als Legalausnahmen und in Art. 107 Abs. 3 AEUV als Freistellungen in einem Katalog aufgeführt werden, unterscheiden sich strukturell und inhaltlich von den Rechtfertigungsgründen der Grundfreiheiten. Ein wesentlicher Unterschied besteht vor allem in verfahrensrechtlicher Dimension darin, dass für Legalausnahmen und Freistellungen ausschließlich die Kommission zuständig ist und hier kein private enforcement wie bei den Kartellvorschriften Art. 101, 102 AEUV gemäß der VO 1/2003 gilt.

Dogmatisch-konzeptionell lässt sich im Vergleich der Ausnahmekonzeptionen von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln insgesamt feststellen, dass die *Cassis*-Rechtsprechung²¹⁰² im Hinblick auf die nicht abschließende Konzeption von enumerativ möglichen „Ausnahmen“ – den „zwingenden Erfordernissen“ – dem Grunde nach zwar eine „Kopie“ der Freistellungskonzeption darstellt, jedoch die Einbeziehung ökonomi-

²¹⁰⁰ Vgl. K. M. Meessen, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Art. 81 Abs. 3 EG, Rn. 20.

²¹⁰¹ C. Koenig/J. Paul, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 106, Rn. 36 und 40; D.-E. Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2010), Art. 106 AEUV, Rn. 8.

²¹⁰² EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

scher Variablen und eine Orientierung an der Wirkung einer Maßnahme auf die wettbewerblichen Gesetzmäßigkeiten der transnationalen Marktprozesses gerade vermissen lässt. Im Gegensatz zur Konzeption von Freistellungen basieren die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses auf einer Bildung von typisierten Ausnahmen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung, welche von einer am Einzelfall orientierten Verallgemeinerung ausgeht. Ein wesentlicher Unterschied in der praktischen Prüfung besteht daher darin, dass bei der Prüfung der „zwingenden Erfordernisse“ nicht die konkreten (ökonomischen) Wirkungen einer Maßnahme in den Blick genommen werden, sondern eine anhand juristischer Argumente orientierte formaljuristisch geprägte Abwägung im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgt.

Angesichts des im Rahmen der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten festgestellten Konnexitätsverhältnisses von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung²¹⁰³, ist kein Grund ersichtlich, die Ausnahmen zu dem Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten nicht ebenso mittels ökonomischer Kriterien zu bewerten und damit die inkongruente *Cassis*-Rechtsprechung²¹⁰⁴ zugunsten einer an die Systematik der Freistellung angelehnten materiellen Prüfung mittels ökonomisch determinierbarer Variablen zu revidieren (siehe Kapitel 6 B. und C.).

c) Dogmatischer Befund

Dogmatisch-konzeptionell betrachtet widerspricht die *Cassis*-Rechtsprechung²¹⁰⁵ nicht nur dem Grundsatz einer engen Auslegung von Ausnahmen im Unionsrecht²¹⁰⁶, sondern sie perpetuiert unnötig die Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung von unterschiedlichen/diskriminierenden und unterschiedslosen/beschränkenden Maßnahmen. Die daraus folgende Maßstabsdualität von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot zeigt in der Parallelwertung zu den Wettbewerbsregeln, dass diese Konzeption mit der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten nicht zu vereinbaren ist.

Mit Blick auf die inkongruente Konzeption der *Cassis*-Rechtsprechung²¹⁰⁷ ist im Lichte der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV insoweit ausdrücklich der Argumentation von *Thorsten Kingreen* zu folgen, nach der die *Cassis/Gebhard*-Doktrin insgesamt als konzeptionell überholt gilt und aufzugeben ist.²¹⁰⁸

Im Rahmen des Ansatzes von *Thorsten Kingreen*, welcher die Grundfreiheiten in ihrer Funktion als transnationale Teilhabe- und Schutzgewährrechte auf materielle Diskriminierungsverbote reduziert (diesem Ansatz wird vorliegend aus den in Abschnitt A. II. aufgezeigten Gründen ausdrücklich nicht gefolgt), werden mit einem eigens entwi-

²¹⁰³ Kapitel 4 C.

²¹⁰⁴ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²¹⁰⁵ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²¹⁰⁶ *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 350 mit umfassenden Nachweisen in Fn. 35.

²¹⁰⁷ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²¹⁰⁸ *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 113-115, 151 ff, 182.

ckelten Prüfungsschema²¹⁰⁹ die vom Gerichtshof entwickelten immanenten Schranken bereits auf der Tatbestandsebene durch die Prüfung einer materiellen Diskriminierung ersetzt. Innerhalb des Prüfungspunktes „grenzüberschreitender Bezug“ werden die Wirkungen einer staatlichen Maßnahme in den Begriff der „Ungleichbehandlung“ einbezogen. Rechtfertigungsgründe sind demnach allein den kodifizierten Ausnahmen zu entnehmen und als *qualifizierte Gesetzesvorbehalte* zu verstehen. Als „Schranken-Schranke“ fungieren bei dieser Lösung das Verhältnismäßigkeitsprinzip und Art. 36 Satz 2 AEUV, wobei letztere Norm analog für alle Grundfreiheiten gelten soll.²¹¹⁰ *Thorsten Kingreen* argumentiert überdies, dass die *Cassis*-Rechtsprechung²¹¹¹ mitsamt ihrer Verhältnismäßigkeitsprüfung zur „Verarbeitung des Kompetenzkonfliktes“, also bzgl. der vorliegend so bezeichneten Interessen-Trias, ungeeignet sei, da sich die Kompetenzverteilung nicht im Wege einer einzelfallabhängigen Verhältnismäßigkeitsprüfung dogmatisch verarbeiten lasse.²¹¹² Die im Rahmen der *Cassis*-Rechtsprechung entwickelten Rechtsgüter seien im Übrigen ohnehin Bestandteil der „öffentlichen Ordnung“ der geschriebenen Rechtfertigungsgründe.²¹¹³ Die Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten seien daher einheitlich nur über die kodifizierten Schranken zu rechtfertigen.²¹¹⁴ Die den Grundfreiheiten entgegenstehenden geschriebenen Rechtfertigungsgründe seien normabgeleitet und ließen sich durch die Bezugnahme auf die auch durch das Gemeinschaftsrecht, heute Unionsrecht, geschützten Rechtsgüter und die nationalen Rechtsordnungen auch meist sicher bestimmen. Im Übrigen sei es Aufgabe der EuGH Rechtsprechung, dem Begriff „öffentliche Ordnung“ ein gemeinschaftsrechtliches, nunmehr unionsrechtliches, Gepräge zu geben.²¹¹⁵ Entscheidend sei allein die Tatsache, dass durch die einheitliche Verortung der Rechtfertigungsgründe die mitunter fast willkürlich anmutende Klassifizierung der den Grundfreiheiten entgegenstehenden Schutzgüter vermieden werde.

Die von *Thorsten Kingreen* und *Axel Mühl*²¹¹⁶ vertretene Qualifikation sowohl der geschriebenen als auch der ungeschriebenen Ausnahmen als „ordre public Vorbehalte“ löst die dogmatisch-konzeptionellen Inkongruenzen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten (noch) nicht gänzlich zufriedenstellend auf. Nach der hier vertretenen und weiter in Kapitel 6 B. und C. begründeten Auffassung können die verbleibenden Friktionen nur durch eine funktional-wettbewerbsökonomische Konzeption der Grundfreiheiten aufgelöst werden, welche sowohl die im AEUV kodifizierten Ausnahmen als auch die „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis*-Rechtsprechung²¹¹⁷ aus ökonomischer Sicht als „Externalitäten“ bzw. i.w.S. als „externe Kosten“ begreift und damit die Kon-

²¹⁰⁹ *T. Kingreen*, ebd. (1999) S. 182-187.

²¹¹⁰ *T. Kingreen*, ebd. S. 187.

²¹¹¹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²¹¹² *T. Kingreen*, ebd. S. 113.

²¹¹³ *T. Kingreen*, ebd. S. 163.

²¹¹⁴ Ähnlich auch *B. Weiher*, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, S. 183 und S. 75 m.w.N. in Fn. 117, die zumindest den „Umweltschutz“ als zwingenden Grund des Allgemeininteresses als Bestandteil der geschriebenen Rechtfertigungsgründe auffasst.

²¹¹⁵ *T. Kingreen*, a.a.O. (1999), S. 163.

²¹¹⁶ *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 349.

²¹¹⁷ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

zeption von Rechtfertigungsgründen bzw. Schranken aufgibt. Diese ökonomische Betrachtung der Funktionsweise von Ausnahmen löst sich bewusst von grundrechtlichen Strukturen und ermöglicht eine umfassende Verarbeitung der institutionell-rechtlichen Implikationen der Interessen-Trias im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, und zwar unter wertenden Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten (siehe hierzu im Detail Kapitel 6 C. III. Angemessenheit: Normative Effizienz).

2. Unbestimmtheit der Abwägungsmaßstäbe bei der Verhältnismäßigkeit

Die Struktur und Konzeption der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit stehen ebenso wie die zuvor unter 1. erörterten „Rechtfertigungsgründe“/Ausnahmen in einem interdependenten Verhältnis zu dem Beschränkungstatbestand (Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab). Da sowohl die im AUEV kodifizierten Ausnahmen als auch die richterrechtlich etablierten „zwingenden Erfordernisse“ dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen müssen (lediglich die geschriebene Bereichsausnahme bei Art. 45 Abs. 4 AEUV und die Modalitäten der *Keck*-Rechtsprechung²¹¹⁸ sind hiervon ausgenommen, da diese bereits die Tatbestandsmäßigkeit einer Maßnahme ausschließen) folgt den dogmatisch-konzeptionellen Friktionen bei dem Kontrollgegenstand (Problembereiche 1 bis 6)²¹¹⁹, der relativen Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes/Marktzutrittskriteriums (Problembereiche 7 und 8)²¹²⁰ und der Inkongruenz der *Cassis*-Rechtsprechung (Problembereich 9)²¹²¹ eine relative Unbestimmtheit der Abwägung gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Problembereich 10).²¹²²

Zur Legitimation einer funktional-wettbewerbsökonomisch modifizierten Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist zunächst die dogmatische Konzeption und Struktur im Status quo darzulegen (a) und der Abwägungsprüfung bei den Wettbewerbsregeln gegenüberzustellen (b)). Die für den weiteren Gang der Untersuchung maßgeblichen Implikationen werden in einem dogmatischen Befund (c)) zusammengefasst.

a) Dogmatische Konzeption der Abwägung

Im Wechselspiel von positiver und negativer Integration, d.h. von Binnenmarktsekundärrechtsetzung und Durchsetzung transnationaler wirtschaftlicher Mobilität via Grundfreiheiten, erfüllt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Wesentlichen zwei Funktionen. Erstens stellt er, als objektiver Grundsatz der Werte- und Wirtschaftsverfassung, zunächst eine eigenständige Rechtmäßigkeitsvoraussetzung dar. Dies normieren ausdrücklich Art. 5 Abs. 4 EUV sowie das *Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit*.²¹²³ Bei Letzterem werden

²¹¹⁸ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905)

²¹¹⁹ Kapitel 1 A. II. 1. a) bis f) und zuvor Abschnitt I.

²¹²⁰ Kapitel 1 A. II. 1. g) und h) und zuvor Abschnitt II.

²¹²¹ Kapitel 1 A. II. 1. i) und zuvor Abschnitt III. 1.

²¹²² Kapitel 1 A. II. 1. j).

²¹²³ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13.12.2007, ABl. Nr. C 306, S. 150.

Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität ausdrücklich miteinander verknüpft.²¹²⁴ Zweitens fungiert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei den Grundfreiheiten i.w.S. als „Schrankenregelung“²¹²⁵ für die Ausnahmen respektive Rechtfertigungsgründe und zugleich als Schranke bzw. Schranken-Schranke der Grundrechte, welche wiederum die Ausnahmen begrenzen. Mit Blick auf die Interessen-Trias²¹²⁶ wirkt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze mitgliedstaatlicher Regelungs- und Durchsetzungsmacht betreffend solche Maßnahmen, die die Mobilität wirtschaftlicher Leistungen beschränken. Damit wird erkennbar, dass sich Kontrollgegenstand / Kontrollmaßstab des Beschränkungsverbotes und der Abwägungsgegenstand / Abwägungsmaßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit spiegelbildlich gegenüberstehen. Hierin zeigt sich insbesondere im Vergleich mit dem Konzept der „rule of reason“ (US Antitrustrecht), welche eine Abwägung bereits auf der Tatbestandsebene vorsieht, dass infolge der stärker ausdifferenzierten Struktur von Tatbestand, Ausnahmen und Abwägung eine bereits aus Gründen der Darlegungs- und Beweislast deutliche Unterscheidung nötig ist und die Strukturmerkmale konzeptionell aufeinander abgestimmt werden müssen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bildet in der Spruchpraxis des EuGH zunehmend den Schwerpunkt der grundfreiheitlichen Prüfung²¹²⁷, da wegen der weiten sowie relativ unbestimmten Definition des Beschränkungsverbotes und der bisher fehlenden Konkretisierung des Marktzutrittskriteriums die Ebene der Ausnahmen den Rechtsstreit maßgeblich entscheidet. Bei der Abwägung wird die streitgegenständliche Maßnahme daher regelmäßig mit den in den kodifizierten oder ungeschriebenen Ausnahmen formulierten Zielen bzw. Zwecken – wie z.B. Öffentliche Ordnung, Öffentliche Sicherheit, Gesundheitsschutz, Verbraucherschutz, Umweltschutz usw. – gerechtfertigt. Insoweit begründen sowohl die im AEUV kodifizierten Ausnahmen als auch die „zwingenden Erfordernisse“ nach *Cassis*²¹²⁸ typischerweise stets die sog. „Geeignetheit“ als erste Stufe der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von insgesamt drei Stufen der „Geeignetheit“ (1), „Erforderlichkeit“ (2), „Angemessenheit“ (3).

Im Hinblick auf die *Prüfdichte der Abwägung* nimmt der EuGH²¹²⁹ in der Regel eine zweistufige Prüfung vor und gliedert die Prüfung in „Geeignetheit“ und „Erforderlichkeit“ der Maßnahme. Teilweise wird als dritte Ebene die „Angemessenheit“ einbe-

²¹²⁴ Bei dem Handeln der Union ergänzt das Verhältnismäßigkeitsprinzip das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer Kompetenzausübungsschranke betreffend das „Wie“ des Unionshandelns, während das Subsidiaritätsprinzip, Art. 5 Abs. 3 EUV, bestimmt, „ob“ die Union handeln soll, vgl. R. Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 5 EUV, Rn. 41.

²¹²⁵ M. Keser, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Binnenmarktrechtsetzung, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt (2004), S. 142. Siehe zu den Funktionen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausführlich O. Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (2003), S. 494 ff.

²¹²⁶ Kapitel 1 B. I. 3. und zuvor B. I.

²¹²⁷ Siehe zuletzt nur EuGH *Berlington Hungary u.a.* (C-98/14, EU:C:2015:386) Rn. 62 ff.; EuGH *Scotch Whisky* (C-333/14, EU:C:2015:845) Rn. 51 ff.

²¹²⁸ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

²¹²⁹ Umfassend zu dieser Thematik F. Schwab, Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Untersuchung der Prüfungsdichte (2002), S. 119 ff. Zu dem Aspekt der Konvergenz der Grundfreiheiten S. 245 ff.

zogen. Die Handhabung ist nicht einheitlich. Ebenso wenig einheitlich ist die Verortung im Prüfungsaufbau. Einerseits wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf der Rechtfertigungsebene zusammen mit den Rechtfertigungsgründen geprüft²¹³⁰, andererseits als gesonderter Prüfungspunkt nach den Rechtfertigungsgründen, ähnlich einer Gesamtabwägung, unter Bezugnahme auf zuvor dargestellte Rechtfertigungsgründe.²¹³¹ Dies ist in dogmatisch-konzeptioneller Hinsicht indessen nicht von hoher Relevanz, da (wie sich in Kapitel 6 C. im Detail zeigen wird) sich die „Erforderlichkeit“ und die „Angemessenheit“ in der funktionalen Betrachtung hinsichtlich ihrer Abwägungsmaßstäbe überschneiden.

Die „Geeignetheit“ einer Maßnahmen als Gegenstand der Abwägung (Abwägungsgegenstand) umfasst die Prüfung, ob die Maßnahme ein legitimes Ziel bzw. einen bestimmten Zweck verfolgt und dem Grunde nach geeignet ist, das Ziel oder den Zweck erreichen zu können. Zu beurteilen ist dies anhand des Maßstabes (Abwägungsmaßstab) einer auf Tatsachen gestützten Wahrscheinlichkeitsbeurteilung unter Einbeziehung der mitgliedstaatlichen Beweggründe, wobei der Gerichtshof hier ein Nachprüfungsrecht hat, wengleich den Mitgliedstaaten in der Regel ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden wird.²¹³²

Der Abwägungsgegenstand bei der „Erforderlichkeit“ als zweite Stufe der Abwägungsprüfung ist eine Ziel/Zweck-Mittel-Relation. Unter mehreren in Betracht kommenden Maßnahmen muss der Mitgliedstaat im Rahmen seines Ermessens diejenige auswählen, welche die transnationale wirtschaftliche Mobilität des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes am wenigsten beeinträchtigt, um das mit der Maßnahme verfolgte Ziel (bzw. den Zweck) zu erreichen. Hier kommt ein gleichheitsrechtliches Relationskonzept der Verhältnismäßigkeit als Abwägungsmaßstab zum Tragen. Im Vergleich zu der streitgegenständlichen, also der realen Maßnahme, darf gemäß einer hypothetischen Gleichheitserwägung mit einer fiktiven Maßnahme kein weniger oder gar nicht die Grundfreiheiten beschränkendes Instrument ersichtlich sein. Eine Maßnahme ist also insbesondere dann nicht „erforderlich“, wenn das mit ihr verfolgte Ziel z.B. bereits durch ebenso wirksame Anforderungen des Herkunftsmitgliedstaates erreicht werden kann. Hier zeigt sich die Verbindung der Prüfung der „Erforderlichkeit“ zu dem mit der *Cassis*-Rechtsprechung²¹³³ etablierten Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. In der Praxis geht es hierbei um die vom EuGH oftmals in den Blick genommene Problematik sog. Doppelbelastungen, d.h. um Sachverhalte in denen die mobile

²¹³⁰ EuGH *Berlington Hungary u.a.* (C-98/14, EU:C:2015:386) Rn. 62ff.; EuGH *Europäische Kommission gegen Republik Zypern* (C-515/14, EU:C:2016:30) Rn. 53 ff.

²¹³¹ EuGH *Scotch Whisky* (C-333/14, EU:C:2015:845) Rn. 51 ff.; EuGH *Europäische Kommission gegen Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland* (C-172/13, EU:C:2015:50) Rn. 25 ff.

²¹³² EuGH *Omega* (C-36/02, EU:C:2004:614) Rn. 31; EuGH *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte Budurești gegen Gheorghe Jipa (Jipa)* (C-33/07, EU:C:2008:296) Rn. 25; EuGH *Ilonka Sayn-Wittgenstein gegen Landeshauptmann von Wien (Sayn-Wittgenstein)* (C-208/09, EU:C:2010:806) Rn. 87; EuGH *Nabiel Bogendorff von Wolffersdorff gegen Standesamt der Stadt Karlsruhe u.a. (Bogendorff von Wolffersdorff)* (C-438/14, EU:C:2016:401) Rn. 72.

²¹³³ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

wirtschaftliche Leistung parallel ähnliche oder identische Anforderungen des Herkunfts- und des Zielstaates erfüllen muss und dadurch etwa zusätzliche Kosten entstehen.

In dogmatischer Hinsicht bedeutet dies, dass sich das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bzw. das Herkunftsprinzip/Ursprungslandprinzip (*Cassis*-Rechtsprechung) und die Prüfung der Erforderlichkeit einer Maßnahme überschneiden.²¹³⁴ Denn die Begründung für die Unanwendbarkeit der beschränkenden Maßnahme des Zielstaates ist im Ergebnis die gleiche: Im Binnenmarkt fußt das Ursprungslandprinzip, so hat *Peter-Christian Müller-Graff* es formuliert, auf einer

„Anerkennung rechtlicher, technischer und prozeduraler Regeln der verschiedenen Mitgliedstaaten als gleichwertig und damit auf dem Gedanken des wechselseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten in den Inhalt und die Wirklichkeit ihre Rechtssysteme.“²¹³⁵

Der Abwägungsgegenstand der „Angemessenheit“ als dritte Stufe der Abwägung, die auch als „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ bezeichnet wird, umfasst die Bewertung der konkreten Wirkungen einer Maßnahme. Der Abwägungsmaßstab ist hier ein Wirkungsvergleich von realer Maßnahme und fiktiver Alternativmaßnahme. In der vergleichenden Relationsbetrachtung wird die dogmatisch-konzeptionelle Überschneidung mit der Ziel/Zweck-Mittel-Relation bei der Prüfung der „Erforderlichkeit“ sichtbar. Mit guten Gründen bestimmt *Ulrich Haltern* das mit der *Cassis*-Rechtsprechung für den Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten implementierte *Prinzip der gegenseitigen Anerkennung* daher als „Äquivalenz“ und damit als Teil der Erforderlichkeitsprüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.²¹³⁶ Insoweit ist nachvollziehbar, dass die Handhabung durch den EuGH variiert und dieser zum Teil einen zweistufigen Aufbau oder ein dreistufiger Aufbau verfolgt. Hierbei ist überdies zu berücksichtigen, dass der EuGH, gemäß der Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens im Kooperationsverhältnis von EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten, regelmäßig nur Hinweise zur Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme gibt, da es regelhaft dem nationalen Gericht obliegt, über den konkreten Fall und damit auch über die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme zu entscheiden.

Im Schrifttum wurde die Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bisher ausführlicher im Zusammenhang mit der Sekundärrechtssetzung der Union und deren Rechtmäßigkeitskontrolle durch den EuGH reflektiert. Hier wurde u.a. moniert, dass EuGH bzw. das EuG (noch) kein konsistentes Konzept verfolgen und zwischen zwei- und dreistufiger Prüfung pendeln.²¹³⁷ Unter dem Aspekt der Prüfdichte der Abwägung

²¹³⁴ *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 170. So auch *U. Haltern*, Europarecht – Dogmatik im Kontext (2007), S. 757, Rn. 1627.

²¹³⁵ *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 28 EG, Rn. 191 m.w.N. in Fn. 543.

²¹³⁶ *U. Haltern*, a.a.O. (2007), S. 756, Rn. 1626/1627.

²¹³⁷ *M. Keser*, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Binnenmarktrectsetzung – Zur Kosten-Nutzen-Analyse als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Binnenmarktrectsetzung zum Gesundheitsschutz, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt (2004), S. 144 m.w.N. in Fn. 23 und 24.

(Abwägungsdichte) ist insoweit zu erkennen, dass für die Abwägung in der Interessen-Trias per se keine generalisierende Aussage zu der Abwägungsdichte getroffen werden kann. Denn die Schwierigkeit liegt hier darin, dass die Bestimmung der angemessenen Abwägungsdichte, spiegelbildlich zur Bestimmung der Kontrolldichte des Kontrollmaßstabes auf der Tatbestandsebene, mit Fragen institutionell-rechtlicher Implikationen der Interessen-Trias und der Konzeption von Supranationalität zusammenhängen. Für den Zweck der vorliegenden Untersuchung muss daher, angesichts der hier nur skizzierbaren Vielschichtigkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, eine Fokussierung auf eben diesen Zusammenhang zwischen der Ausgestaltung des Kontrollmaßstabes in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten und dessen Wechselbeziehungen mit den Ausnahmen und mit der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen.

b) Vergleich mit den Wettbewerbsregeln

Wie zuvor bei den Rechtfertigungsgründen/Ausnahmen bereits erörtert (Abschnitt I. 1.), besteht bei den Wettbewerbsregeln strukturidentisch zu den Grundfreiheiten ein Regel-Ausnahme-Verhältnis von Verbotstatbeständen und Legalausnahmen bzw. Freistellungen. Bei dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV werden jedoch, analog zu einer Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, vier Abwägungsmerkmale gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV geprüft, welche im AEUV explizit kodifiziert sind. Hierbei handelt es sich um zwei positive und zwei negative Voraussetzungen, welche kumulativ für eine Freistellung von dem Kartellverbot erfüllt sein müssen. Dabei entspricht das Merkmal „Unerlässlichkeit“ weitgehend der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zumindest handelt es sich i.w.S. um eine für das Kartellrecht „typisierte“ Verhältnismäßigkeitsprüfung, im Sinne der zweiten und dritten Stufe von „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“. Zu prüfen ist hier, ob sich die Ziele bei der Koordination von unternehmerischen Wettbewerbsparametern nicht auch durch andere unternehmerische Maßnahmen, d.h. einen anderen Gebrauch von Aktionsparametern, auf „schonendere“ Weise erreichen lassen und so den Wettbewerb bzw. die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der im Markt beteiligten Unternehmen weniger stark beschränken.²¹³⁸ Hierbei werden die ökonomischen Wirkungen auf den transnationalen Marktprozess im Binnenmarkt betrachtet, wobei u.a. auf das Marktverhalten und die Marktstruktur abgestellt wird.

c) Dogmatischer Befund

Die Abwägung bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist bei den Grundfreiheiten weniger typisierend ausgestaltet als bei der Abwägung im Rahmen der Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV. Die Prüfdichte ist bei den Grundfreiheiten überdies uneinheitlich und pendelt zwischen einem zwei- und dreistufigem Aufbau, wobei sich dies im Ergebnis bei der Abwägungsdichte nicht erheblich auswirkt. Schwere wiegt, dass hinsichtlich der Interdependenz von Kontrollgegenstand und Abwä-

²¹³⁸ Siehe hierzu *T. Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 101, Rn. 155-157.

gungsgegenstand sowie von Kontrollmaßstab und Abwägungsmaßstab festzustellen ist, dass *bislang keine Anpassung der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit an die Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten erfolgt ist*. Insbesondere werden, anders als bei den Wettbewerbsregeln in der Freistellungssystematik, die Kriterien der „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ in der Regel ohne Bezugnahme auf ökonomische Variablen geprüft, obwohl sich Marktzutritt und Marktaustritt ohne die Einbeziehung von für den wettbewerblichen Marktprozessen relevanten Variablen im Wechselspiel von Beschränkung und Ausnahme kaum bewerten lassen.

Da die dogmatischen Friktionen der Maßnahmentypisierung, Wirkungsdifferenzierung und der Maßstabsdualität bezogen auf das Marktzutrittskriterium ihre *spiegelbildliche Relevanz* bei der Abwägung anhand der „Geeignetheit“, der „Erforderlichkeit“ und der „Angemessenheit“ zeigen, ist eine Berücksichtigung der bei dem Kontrollgegenstand und bei dem Kontrollmaßstab herausgearbeiteten dogmatischen Implikationen bei der Ausgestaltung der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angezeigt. Hierbei ist besonders zu beachten, dass die Verhältnismäßigkeit in der Funktion einer „Abwägungsrichtlinie“, welche Vorgaben für den Ausgleich kollidierender Rechtsgüter enthält²¹³⁹, unter Berücksichtigung des Spannungsverhältnisses der Interessenssphären in der Interessen-Trias auszugestalten ist. Insoweit sind mit einer funktional-wettbewerbsökonomischen Modifikation des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (siehe Kapitel 6 C.) Variablen zu installieren die es ermöglichen, im Einzelfall die wirtschaftlichen Interessen der Wirtschaftssubjekte an einer möglichst uneingeschränkten transnationalen wirtschaftlichen Mobilität im Binnenmarkt mit den als Rechtfertigungsgründen vorgebrachten mitgliedstaatlichen Allgemeininteressen, wie z.B. dem Gesundheits- oder Umweltschutz, abzuwägen und im Lichte des Telos der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.

3. Ergebnis

Die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der geltenden Konzeption und Behandlung der im AEUV geschriebenen Ausnahmen (Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1, Art. 64 AEUV) und die „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis-Rechtsprechung*²¹⁴⁰ stehen in einer Linie mit den dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung von unterschiedlichen / diskriminierenden und unterschiedslosen / beschränkenden Maßnahmen. Ebenso wie die geltende Auslegung der „Maßnahme“ bedingt die *Cassis-Rechtsprechung* eine Maßstabsdualität von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot, welche in der Parallelwertung zu den Wettbewerbsregeln nicht mit der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten zu vereinbaren ist. Betreffend die geltende Konzeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit besteht eine Inkongruenz von Kontrollgegenstand und Abwägungsgegenstand sowie von Kontrollmaßstab und Abwägungsmaßstab, da die Kriterien der „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ bislang noch ohne Be-

²¹³⁹ T. Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 168.

²¹⁴⁰ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

zugnahme auf die ökonomischen Wirkungen einer Maßnahme betreffend den Marktzutritt / Marktaustritt geprüft werden. Die Abwägung von individuellen transnationalen Mobilitätsinteressen des von einer Maßnahme betroffenen Wirtschaftssubjektes und der Allgemeininteressen der Mitgliedstaaten, vorgebracht als im AEUV kodifizierte Ausnahmen oder „zwingende Erfordernisse“, werden gemäß der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten ohne die Einbeziehung von für den wettbewerblichen Marktprozessen relevanten Variablen für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt geprüft. Damit besteht im Ergebnis eine noch überwiegend (formal-)juristisch geprägte Handhabung, welche gemäß dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) nicht (mehr) mit der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV²¹⁴¹ sowie der Funktion der Grundfreiheiten in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung²¹⁴² harmonisiert.

D. Zusammenfassung

Ausgehend von der Darstellung zu dem Kernproblem der systemisch bedingten relativ unbestimmten Kontrolldichte für „unterschiedslose Maßnahmen“ und dem umstrittenen freiheitsrechtlichen Maßstab der Grundfreiheiten (A.) sowie den Problemursachen der geltenden Konzeption (B.) hat die Problemanalyse zur Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote (C.) in der dogmatisch-konzeptionellen Analyse von Strukturmerkmalen bei dem Kontrollgegenstand (I.), dem Kontrollmaßstab (II.) sowie im Verhältnis von Tatbestand, Ausnahmen und Abwägung (III.) gezeigt, dass gemäß der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote durchaus evidente strukturelle wie inhaltliche Friktionen bestehen.

Diese Friktionen, welche sich in zehn Problembereiche systematisierend zusammenfassen lassen²¹⁴³, verhindern eine adäquate subjektiv-rechtliche Operationalisierung der in Kapitel 3 begründeten prinzipiellen Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes (Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit in der operativen Form einer transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit) gemäß der wettbewerbsökonomisch determinierten Funktion der Grundfreiheiten.²¹⁴⁴

Eher formaljuristisch geprägte und nicht hinreichend definierte Begriffe, wie „unterschiedlich“ / „unterschiedslos“, „geeignet zu behindern“ und „weniger attraktiv“, bedingen Widersprüche in der Binnenstruktur von Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab sowie im Regel-Ausnahmeverhältnis von Beschränkungstatbestand, Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeitsprüfung. Damit verbunden sind Darlegungs- und Beweisproblemen, etwa bei dem Nachweis, dass eine Verwendungsmodalität doch „geeignet“ sein könnte den Marktzutritt zu „behindern“ oder diesen „weniger attraktiv“ zu machen. Indiziert ist damit die Notwendigkeit einer theoretisch fundierten Konkretisierung des

²¹⁴¹ Kapitel 3 B. III. und Kapitel 4 A.

²¹⁴² Kapitel 4 C.

²¹⁴³ Kapitel 1 A. II. 1.

²¹⁴⁴ Kapitel 4.

grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes in der zuletzt von dem EuGH fokussierten Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten. Für eine praxisgerechte Handhabung sind überdies an die relevanten transnationalen Marktprozesse anknüpfende Subsumtionskriterien zur Prüfung einer Beschränkung von Marktzutritt und/oder Marktaustritt erforderlich.²¹⁴⁵

Gegenüber dem vorgenannten Befund zur geltenden Konzeption der Grundfreiheiten besteht bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot bereits eine durchaus konsequent funktional-ökonomisch fundierte Interpretation von Kontrollgegenstand (funktionaler Unternehmensbegriff), Kontrollmaßstab (Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit) und Ausnahmen (Freistellungssystematik). Die vorliegend, insoweit am „Vorbild“ der Wettbewerbsregeln, verfolgte funktional, normativ-wettbewerbsökonomische (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten gemäß einem functional economic approach legitimiert sich überdies durch begriffliche Überschneidungen in der EuGH-Rechtsprechung *Kommission/Italien (Anhänger)* und *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* zur wettbewerbsrechtlichen Terminologie des „Bezweckens“ und „Bewirkens“.²¹⁴⁶

²¹⁴⁵ In diesem Sinne sehr deutlich zuletzt S. Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 86: „Problematisch ist, dass der EuGH eine Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs schuldig bleibt [...]. Es gilt [ist] daher erforderlich, die dritte Stufe als Marktzugangskriterium zu konkretisieren“.

²¹⁴⁶ Kapitel 3 E. II. 7.

Kapitel 6: Die Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote

Ausgehend von den dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote²¹⁴⁷, wird in diesem abschließenden sechsten Kapitel eine der Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten²¹⁴⁸ folgende Konzeption für das *grundfreiheitliche Beschränkungsverbot* (subjektives Recht) vorgestellt, welche die Maßstäbe des *unionsrechtlichen Beschränkungsverbot*es (objektiv-rechtliches Prinzip)²¹⁴⁹ in die Dogmatik eines funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierten *Mobilitätsbeschränkungsverbot*es²¹⁵⁰ überführt. Das für die forensische Praxis greifbare Ergebnis besteht in einer für alle Grundfreiheiten gleichermaßen funktional determinierten Struktur zur Subsumtion von Mobilitätsbeschränkungen.²¹⁵¹

Die Darstellung beginnt mit einer Begründung zur „Ökonomisierung des Tatbestandes“ gemäß dem hier vertretenen functional economic approach²¹⁵² zur Konkretisierung des market access approach der EuGH-Rechtsprechung (A.). Auf der Basis eines die vertragliche Einzelkodifikation der Grundfreiheiten überspannenden einheitlichen Tatbestandes für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot („entrave“²¹⁵³), wird für diesen eine zweigliedrige Subsumtionsstruktur von einem so benannten *Kontrollgegenstand* (A. I.) und einem *Kontrollmaßstab* (A. II.) definiert. Damit werden die Begriffe „Maßnahme“ (Gegenstand der Kontrolle) und „Beschränkung“ (Maßstab der Kontrolle) dogmatisch strikt differenziert und jeweils eigenständig definiert. Im Zentrum der Definition des Kontrollmaßstabes steht hierbei eine *wettbewerbsökonomische „Übersetzung“* der geltenden *EuGH-Rechtsprechung* sowie deren Verknüpfung mit wettbewerbsökonomischen Variablen wirtschaftswissenschaftlicher Theoreme zu „entry barriers“, „exit barriers“ und „mobility barriers“.²¹⁵⁴ Damit wird eine Wirkungsanalyse betreffend strategisch-protektionistische Beschränkungen von Marktzutritt- und Marktaustritt (Beschränkung der transnationalen wirtschaftlichen Mobilität) auf der Basis von der Darlegung und dem Beweis zugänglichen Subsumtionskriterien ermöglicht, die im einzelnen funktional-wettbewerbsökonomisch hergeleitet werden (A. III.). Daran anschließend (B.) wird eine Auflösung der bisherigen Rechtfertigungsebene mit einer Inkorporation der geschriebenen und ungeschriebenen Ausnahmen in die Dogmatik der Verhältnismäßigkeit begründet und eine zweistufige Prüfung von Tatbestand und Verhältnismäßigkeit dargelegt. Sodann wird eine dementsprechend notwendige Aufwertung der

²¹⁴⁷ In Kapitel 1 A. II. 1. wurden zehn Problembereiche dogmatisch-konzeptioneller Friktionen der Grundfreiheiten definiert, die in Kapitel 5 C. im Detail analysiert wurden.

²¹⁴⁸ Kapitel 4.

²¹⁴⁹ Kapitel 3 F. und G.

²¹⁵⁰ Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion, vgl. Kapitel 3 E. II. Zu den Problemen der geltenden Konzeption des Kontrollmaßstabes und des Marktzutrittskriteriums siehe Einleitung Kapitel 1 A. II. 1. g) Problemkreis 7 und h) Problemkreis 8 sowie Kapitel 5 C. II.

²¹⁵¹ Siehe das Prüfungsschema in der Zusammenfassung D.

²¹⁵² Zur Begründung dieses Ansatzes einer European Law & Economics siehe Kapitel 1 B. III.

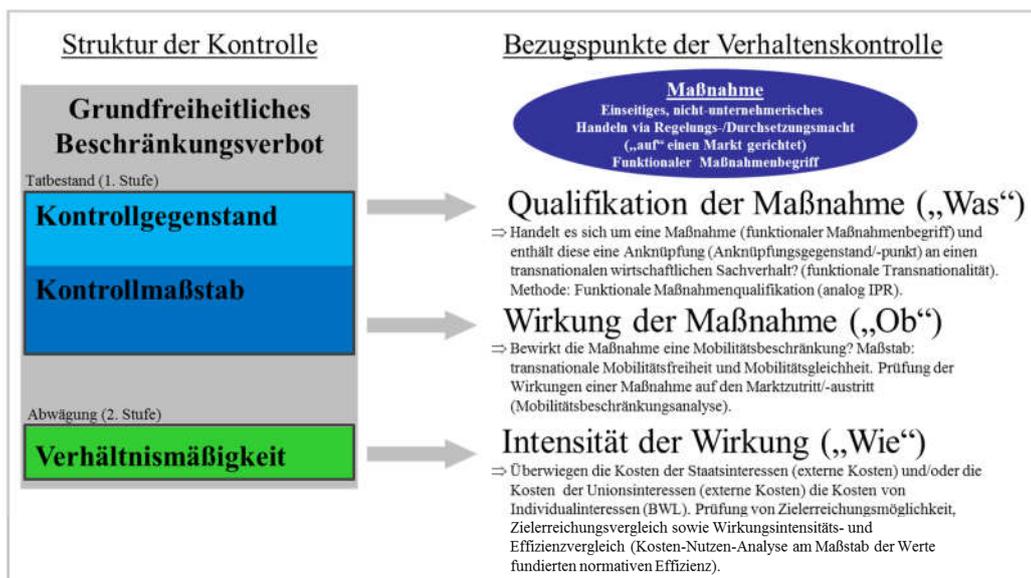
²¹⁵³ W. Hakenberg, *Europarecht* (2015), S. 91, Rn. 357.

²¹⁵⁴ Siehe Kapitel 1 A. II. 1. h).

Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit einer Begründung zu deren „Ökonomisierung“ hergeleitet (C.). Hierbei wird insbesondere auf die Interdependenz von Kontrollmaßstab (Beschränkungstatbestand) und Abwägungsmaßstab (Verhältnismäßigkeit) unter dem Gesichtspunkt der angemessenen Kontrolldichte des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot eingegangen. Schließlich wird in der Zusammenfassung (D.) die zweigliedrige Prüfungsstruktur von Tatbestand (Beschränkungsverbot) und Abwägung (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) abgebildet. Daraus ergibt sich im Ergebnis der hier so benannte „Zwei-Stufen-Test“.²¹⁵⁵

Nachfolgende Abbildung-14 fasst die Struktur des funktional konzeptionierten Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) als Überblick für die nachfolgenden Ausführungen zusammen. Hierbei ist die Kontrollstruktur (Tatbestand und Abwägung) den Subsumtionsinhalten (Bezugspunkte der Verhaltenskontrolle) gegenübergestellt.

Abbildung-14: Die Struktur der Kontrolle von Maßnahmen mit den Bezugspunkten der Verhaltenskontrolle gemäß dem funktional neukonzipierten Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot).



© Marco Keser

²¹⁵⁵ Diese Terminologie wird hier gewählt in einer Abgrenzung zu dem „Drei-Stufen-Test“ (Stefan Leible/Thomas Streinz) bzw. zu der „3-Stufen Theorie“ (Alexander Brigola) bzw. dem „Stufenmodell“ (Axel Mühl), siehe Kapitel 5 C. II. 2. a).

A. Ökonomisierung des Tatbestandes (functional economic approach)

Die in diesem Abschnitt für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot vorgestellte „Ökonomisierung des Tatbestandes“ gemäß dem functional economic approach²¹⁵⁶ zeigt einen Weg auf, wie die im Schrifttum zuletzt eingeforderte Konkretisierung des Beschränkungsverbot in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten (market access approach)²¹⁵⁷ über einen vertragsautonomen European Law & Economics-Ansatz gelingen kann. Hierfür werden nachfolgend der Inhalt und die tatbestandliche Struktur eines *Mobilitätsbeschränkungsverbot* hergeleitet.

Die Ausführungen beginnen mit der Vorstellung einer funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch ausgerichteten Konkretisierung des *Kontrollgegenstandes* (nachfolgend I.). Hierbei werden, anknüpfend an die Ausführungen in Kapitel 4 zum funktionalen Kontrollgegenstand²¹⁵⁸ und zum funktionalen Maßnahmenbegriff²¹⁵⁹, auf der Basis einer an die Methode im Internationalen Privatrecht (IPR) angelehnten *funktionalen Maßnahmenqualifikation* die Kategorien eines *Anknüpfungsgegenstandes* (I. 1.) und eines *Anknüpfungspunktes* (I. 2.) definiert. Hiermit soll ein Weg aufgezeigt werden, wie die noch überwiegend formaljuristisch geprägten Konzeptionen von unterschiedlichen/unterschiedslosen Maßnahmen²¹⁶⁰, von Modalitäten á la *Keck*²¹⁶¹ sowie die Dualität staatlicher und privater Maßnahmen²¹⁶² überwunden werden könnten. Insoweit tritt in dem hier vorgestellten Modell das in Kapitel 4 begründete funktionale Maßnahmenkonzept („einseitige“, „nicht-unternehmerische“ Handlung eines „Rechtssubjektes mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht“) an die Stelle der bisherigen unbestimmten Rechtsbegriffe (hierzu I. 1. a)). In diesem Rahmen wird mit der Begründung eines Kriteriums „transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt“ (hierzu I. 1. b)) das Free Movement-Konzept²¹⁶³ (*funktionale Transnationalität*) in die Struktur des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot implementiert und damit die bisherige Handhabung eines „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ modifiziert. Durch eine Qualifikation der Maßnahme in ihren Beziehungen zu den in einem relevanten Markt maßgeblichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen werden überdies die Sachverhalte der sog. umgekehrten Diskriminierung in die grundfreiheitliche Kontrolle einbezogen.²¹⁶⁴ Mithilfe der hier vorgestellten funktionalen Maßnahmenqualifikation, welche Transnationalität materiell-wettbewerbsökonomisch bestimmt, lassen sich schließlich auch die in der Praxis oft-

²¹⁵⁶ Kapitel 1 B. III. 2.

²¹⁵⁷ Siehe die Nachweise in der Einleitung und in dem Ersten Teil der Untersuchung.

²¹⁵⁸ Kapitel 4 B. II. 4.

²¹⁵⁹ Kapitel 4 B. III. 3.

²¹⁶⁰ Kapitel 1 A. II. 1. a) bis c) Problembereiche 1 bis 3 und Kapitel 5 C. I. 1.

²¹⁶¹ Kapitel 1 A. II. 1. d) Problembereich 4 und Kapitel 5 C. I. 2.

²¹⁶² Kapitel 1 A. II. 1. e) Problembereich 5 und Kapitel 5 C. I. 3.

²¹⁶³ Kapitel 3 A. I.

²¹⁶⁴ Kapitel 1 A. II. 1. f) Problembereich 6.

mals schwierigen Normabgrenzungsfragen²¹⁶⁵ unter Berücksichtigung der in Kapitel 4 dargelegten Konnexitätsordnung²¹⁶⁶ einer präzisierten Differenzierung zuführen.

Zur inhaltlichen Konkretisierung des Mobilitätsbeschränkungsverbotens als grundfreiheitlicher *Kontrollmaßstab*²¹⁶⁷, welcher die Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit operativ umsetzt (II.), erfolgt eine *wettbewerbsökonomische „Übersetzung“* der geltenden *EuGH-Rechtsprechung* zum Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten (II. 1.). Daran anschließend wird entsprechend dem functional economic approach eine Verknüpfung der rechtlichen Gehalte transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit mit wettbewerbsökonomischen Variablen (II. 2.) vorgestellt. Zur praktischen Umsetzung des so „ökonomisierten“ Kontrollmaßstabes erfolgt die Herleitung einer dementsprechenden Prüfungsstruktur für den Tatbestand des Mobilitätsbeschränkungsverbotens mit Subsumtionskriterien, welche normativ-wettbewerbsökonomisch fundiert der Darlegung und dem Beweis hinreichend zugänglich sind.²¹⁶⁸ Damit wird die Prüfung von Beschränkungen des Marktzutritts und/oder Marktaustritts²¹⁶⁹ (Mobilitätsbeschränkung) von der bisherigen dreigliedrigen Prüfungsstruktur bzw. von einem „Drei-Stufen-Test“²¹⁷⁰ losgelöst und in eine zweigliedrige Struktur überführt. Im Ergebnis (IV.) wird die für den grundfreiheitlichen Beschränkungstatbestand entwickelte Prüfungsstruktur zusammengefasst.²¹⁷¹

Gegenüber der geltenden Terminologie²¹⁷² wird der Begriff „Beschränkung“ nachfolgend ausschließlich für die Kennzeichnung des grundfreiheitlichen Verbotes auf der hier so bezeichneten Ebene des *Kontrollmaßstabes* verwendet und damit dem normativ-wettbewerbsökonomisch determinierten *Inhalt* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens (Mobilitätsbeschränkungsverbot) zugeordnet.²¹⁷³ Der Begriff „Maßnahme“ wird dementsprechend ausschließlich für den Gegenstand der Kontrolle verwendet, auf den sich das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot bezieht²¹⁷⁴ und der Ebene des hier so bezeichneten *Kontrollgegenstandes* zugeordnet.²¹⁷⁵ Diese terminologisch strikte Trennung von Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab berücksichtigt einerseits die

²¹⁶⁵ Grundfreiheiten versus Art. 101, 102, 107 AEUV, Entzugstatbestände und Grundfreiheiten versus Grundfreiheiten.

²¹⁶⁶ Kapitel 4 B. I. 3. b).

²¹⁶⁷ Kapitel 1 A. II. 1. g) Problembereich 7 und Kapitel 5 C. II. 1.

²¹⁶⁸ Das vollständige Prüfungsraster wird in der Zusammenfassung D. dargestellt.

²¹⁶⁹ Kapitel 1 A. II. 1. h) Problembereich 8 und Kapitel 5 C. II. 2.

²¹⁷⁰ Insbesondere auch gegenüber dem sog. „Drei-Stufen-Test“, vgl. *S. Leible/T. Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV, Rn. 85/86.

²¹⁷¹ Ein Lösungsansatz für den Problembereich 9 (Kapitel 1 A. II. 1. i) und Kapitel 5 C. III. 1.) wird bei der Auflösung der Rechtfertigungsebene in Abschnitt B. und für den Problembereich 10 (Kapitel 1 A. II. 1. j) und Kapitel 5 C. III. 2.) bei der Werte fundierten Ökonomisierung der Verhältnismäßigkeit in Abschnitt C. vorgestellt.

²¹⁷² Siehe ausführlich zur mehrfachen und widersprüchlichen Verwendung des Beschränkungsbegriffs in der geltenden Handhabung die Ausführungen in Kapitel 5 C. I. 1. und II. 1. a).

²¹⁷³ Hiermit wird die *Korrelation zu dem Schutzobjekt Wettbewerbsprinzip* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens berücksichtigt, vgl. Kapitel 1 B. III. 2. b) und Kapitel 4 A. II.

²¹⁷⁴ Nämlich auf einseitige, nicht-unternehmerische Handlungen eines Rechtssubjektes mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht, wie in Kapitel 4 begründet und dort im Ergebnis bei B. III. 3. definiert.

²¹⁷⁵ Hiermit wird die *Korrelation zu dem Schutzgegenstand Binnenmarktpinzip* des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens berücksichtigt, vgl. Kapitel 1 B. III. 2. b) und Kapitel 4 A. I.

systemische Korrelation von Prinzip und subjektivem Recht²¹⁷⁶ und ermöglicht andererseits eine Struktur des grundfreiheitlichen Beschränkungstatbestandes, welche eine Vermengung von Gegenstand und Inhalt der grundfreiheitlichen Kontrolle vermeidet, die eine zentrale Schwäche der geltenden Konzeption darstellt.²¹⁷⁷

I. Kontrollgegenstand: Funktionale Maßnahmenqualifikation

Ausgehend von der Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten (Kapitel 4) ist für den einheitlichen Beschränkungstatbestand eines grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens zunächst der Gegenstand der Kontrolle neu zu konzeptionieren. Mit der nachfolgend vorgestellten funktionalen Maßnahmenqualifikation in der Struktur des hier so benannten *Kontrollgegenstandes* wird das dogmatisch intendierte Ziel verfolgt, die in Kapitel 1 A. II. 1. definierten und in Kapitel 5 C. I. analysierten Problembereiche 1 bis 6²¹⁷⁸ einer kongruenten Struktur und Teleologie zuzuführen. Das auf die Rechtsanwendung bezogene Ziel besteht hierbei darin, für sog. „unterschiedslose Maßnahmen“ (gemäß der geltenden Terminologie²¹⁷⁹) eine kongruent definierte Subsumtionsstruktur zu etablieren. Dafür werden die Prüfungsstationen des *Anknüpfungsgegenstandes* (hierzu nachfolgend 1.) und des *Anknüpfungspunktes* (hierzu nachfolgend 2.) hergeleitet. Mittels dieser Kriterien wird eine Subsumtion ermöglicht, welche „unterschiedslose Maßnahmen“ in ihren Verknüpfungen mit marktrelevanten Prozessen und deren wettbewerbsökonomisch maßgeblichen Variablen erfasst. Zur konkreten Veranschaulichung der funktionalen Maßnahmenqualifikation werden aus der EuGH-Rechtsprechung insbesondere die Entscheidungen zu den Rechtssachen *Keck*²¹⁸⁰, *Kommission/Italien (Anhänger)*²¹⁸¹, *Sbarigia*²¹⁸² und *Kommission/Frankreich (Agrarblockaden)*²¹⁸³ herangezogen.

Anhand des Sachverhaltes der Rechtssache EuGH *Sbarigia*, welcher eine Regelung zu Öffnungszeiten bzw. Betriebsferien für Apotheken und damit den *Mengenwettbewerb* betrifft, werden zunächst die Zusammenhänge der Problembereiche 1 bis 6 für die nachfolgende Herleitung verdeutlicht.

²¹⁷⁶ Kapitel 1 B. III. 2. b) und Kapitel 4 A.

²¹⁷⁷ Siehe die Ausführungen in Kapitel 5 A. I. 1., 5. und II. 1. a), insbesondere auch zu den dogmatischen Befunden bei A. I. 1 c) und II. 1. c).

²¹⁷⁸ Kapitel 1 A. II. 1 a) bis f) und Kapitel 5 C. I. 1. bis 5.

²¹⁷⁹ Nach der vorliegend entwickelten Terminologie sind dies ausgehend von dem Free Movement-Konzept und der funktionalen Transnationalität *nicht-territorial anknüpfende Maßnahmen*, siehe bei A. I. 2. Anknüpfungspunkt.

²¹⁸⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²¹⁸¹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²¹⁸² EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388) Rn. 3-16 „Rechtlicher Rahmen“ und „Ausgangsverfahren“ (Sachverhalt). Die Schlussanträge stammen von Generalanwalt Niilo Jääskinen EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134), dort ist der Sachverhalt in Rn. 3-13 dargestellt.

²¹⁸³ EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik (Agrarblockaden)* (C-265/95, EU:C:1997:595).

Beispiel EuGH *Sbarigia*²¹⁸⁴: Streitgegenständlich ist eine unterschiedslos geltende Regelung zu Öffnungszeiten für Apotheken in Rom (Legge regionale Lazio Nr. 26 vom 30.07.2002, Art. 2-8 und Art. 10 Legge regionale Nr. 26/02²¹⁸⁵) und deren administrative Umsetzung (via Beschluss der regionalen Gesundheitsbehörde, Unità sanitaria locale, unter Einbeziehung der Stadt Rom bzw. einer Entscheidung des Bürgermeisters, von Stellungnahmen der örtlichen, privatrechtlich organisierten Apothekenkammer, Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma, sowie zweier Gewerkschaftsorganisationen, Assiprofar und Confservizi²¹⁸⁶), welche u.a. auch Betriebsferien in der Sommerzeit vorschreibt. Einer Apotheke in Rom wird eine Ausnahmegenehmigung erteilt, so dass diese ohne Betriebsferien ganzjährig ihre Leistungen anbieten kann. Einer konkurrierenden Apotheke der Inhaberin Frau Sbarigia, welche sich in der Fußgängerzone des historischen Zentrums von Rom, dem sog. „Tridente“ befindet, wurde eine Ausnahmegenehmigung von den Betriebsferien nicht gewährt.

Eine Regelung zur Einhaltung von Betriebsferien in der Sommerzeit ist gemäß der geltenden Maßnahmentypisierung, Wirkungsdifferenzierung und Maßstabsdualität (Problembereiche 1 bis 3) eine *unterschiedslose Maßnahme*, da weder Tatbestand noch Rechtsfolge der Maßnahme eine unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an die Herkunft eines Wirtschaftssubjektes oder Wirtschaftsobjektes enthalten. Regelungen zu Öffnungszeiten können zudem unter den Voraussetzungen der *Keck*-Rechtsprechung²¹⁸⁷ als *bestimmte Verkaufsmodalität* gelten²¹⁸⁸ (Problembereich 4). In der marktbezogenen und wettbewerbsökonomischen Betrachtung nach Wettbewerbsformen (functional economic approach) betreffen Regelungen zu Öffnungszeiten, und insbesondere solche zu Betriebsferien, allerdings die Funktionsmechanismen des *Mengenwettbewerbs*.²¹⁸⁹ Öffnungszeiten bestimmen den zeitlich relevanten Markt von offline Märkten. Außerhalb der Öffnungszeiten ist die angebotene Menge eines Unternehmens stets gleich Null. Unterschiedliche Öffnungszeiten im Verhältnis zweier Unternehmen zueinander wirken daher faktisch wie eine Kontingentierung und haben wegen fehlender Einnahmen unmittelbaren Einfluss auf die Kostenfunktion eines Wirtschaftssubjektes. Eben diese

²¹⁸⁴ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²¹⁸⁵ Hierzu die Schlussanträge von Generalanwalt Niilo Jääskinen EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134) Rn. 4 bis 6.

²¹⁸⁶ Angesicht der Verflechtung hoheitlich und privatrechtlich organisierter Rechtssubjekte ist dieser Sachverhalt ein Beispiel für deren Zusammenwirken an der diffizilen Schnittstelle von „Staat und Privat“ (siehe Kapitel 4 III. 2.), vgl. *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Einl. Art. 106 AEUV, Rn. 33 mit Fn. 85 sowie Rn. 34 ff. zu den Voraussetzungen der „akzessorischen“ Verantwortung der Mitgliedstaaten.

²¹⁸⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²¹⁸⁸ Zu Öffnungszeiten als Gegenstand der grundfreiheitlichen Kontrolle bei der Warenverkehrsfreiheit siehe *K. Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr (1998), S. 60 ff. zur Rechtssache EuGH C-145/88 *Torfean Borough Council* (Rechtsprechung vor *Keck*) und S. 188-191 (Rechtsprechung nach *Keck*) zu den Rechtssachen EuGH Rs. C-69/93 und C-258/93 *Punto Casa SpA* sowie EuGH C-401/92 und C-402/92 *Tankstation t'Heukske vof* und der per se Qualifikation von Regelungen zu Ladenschlusszeiten als „bestimmte Verkaufsmodalitäten“. Siehe auch *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 34 AEUV, Rn. 255.

²¹⁸⁹ Zu den Funktionsmechanismen des Mengenwettbewerbs und dessen Interdependenzen mit dem Preis- und Kostenwettbewerb siehe *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 135 ff.

wettbewerblich höchst relevante Anknüpfung der Maßnahme (Betriebsferienregelung) betreffend den Mengenwettbewerb konnte allerdings weder durch Frau *Sbarigia* in den nationalen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren noch durch das dem EuGH vorliegende nationale Gericht hinreichend dargelegt werden. Die Folge war, dass der Gerichtshof einerseits die Schnittstelle von Staat und Privat (Problembereich 5), d.h. die Einschlägigkeit von „Entzugstatbeständen“ (Art. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV), ausgeblendet hat, und andererseits wegen des vermeintlichen Fehlens eines „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ (Problembereich 6) die Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens entschieden hat. Für die Unzulässigkeit des Verfahrens war tatsächlich auch relevant, dass mangels hinreichenden Vortrags in der Vorlage zu dem EuGH eine Analyse an der Schnittstelle von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln zu einer möglichen Beschränkung des Wettbewerbs durch den EuGH nicht möglich war.

Der Fall *Sbarigia*²¹⁹⁰, der auf den ersten juristischen Blick eher simpel erscheint, zeigt exemplarisch die oftmals erst auf den „zweiten wettbewerbsökonomischen Blick“ erkennbare Komplexität eines Sachverhaltes. In diesem Fall resultiert die Komplexität vornehmlich aus dem strategischem Zusammenspiel einer hoheitlich regulierten aber teilweise über privat-rechtliche Rechtssubjekte administrierten Maßnahme (Betriebsferienverpflichtung) in der Interessenwahrnehmung der Branche (Apothekenkammer) betreffend einen zeitlich relevanten Markt (Sommerzeit) mit den Funktionsmechanismen des Mengenwettbewerbs in dessen Interdependenz mit dem Kapazitätswettbewerb (Kostenfunktion) und dem Preiswettbewerb (Mengen-Preis-Mechanismus), welche nur durch eine umfassende spieltheoretische Analyse zu erfassen sind.²¹⁹¹

Anstelle einer solch notwendigen spieltheoretisch-strategischen Analyse, mit einer Bewertung der Interessen von Apothekenkammer und konkurrierenden Apotheken in Relation zu den im wirtschaftlichen Sachverhalt maßgeblichen Entscheidungsmechanismen, zeigt die Entscheidung des EuGH im Fall *Sbarigia*²¹⁹² exemplarisch eine *Kapitulation vor Komplexität*. Ein prominentes Beispiel einer solchen „Kapitulation“ ist ebenso die *Keck*-Entscheidung.²¹⁹³ Unter ausdrücklichem Rekurs auf die kaum mehr zu bewältigende Anzahl von Verfahren begründete der EuGH damals die Notwendigkeit einer Reduktion der grundfreiheitlichen Kontrolldichte betreffend den Warenverkehr via „bestimmte Verkaufsmodalitäten“.²¹⁹⁴ Jenseits der tatsächlichen Hintergründe dieser in *Keck* zum Ausdruck kommenden „Ausnahmerechtsprechung“, wie etwa fehlende personelle Kapazitäten (bei den nationalen Gerichte, der Kommission, dem Gerichtshof) bzw. unter Berücksichtigung des damaligen politischen Kontextes (Maastricht Debatte)²¹⁹⁵, beruht die Kapitulation vor Komplexität heute aber auch darauf, dass dem Rechtsanwender ein adäquates Instrumentarium zur Prüfung „unterschiedsloser Maß-

²¹⁹⁰ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²¹⁹¹ *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (2008), S. 150 ff. zur spieltheoretischen Wettbewerbsstruktur beim sequentiellen Mengenwettbewerb, mit den Zusammenhängen von blockiertem und abgeschrecktem Marktzutritt (Limit-Mengenstrategie), S. 157 ff.

²¹⁹² EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²¹⁹³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²¹⁹⁴ *K. Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr (2008), S. 168 „These 3“.

²¹⁹⁵ *K. Hammer*, ebd. (2008), S. 172.

nahmen“ nicht zur Verfügung steht. Angesichts der Notwendigkeit einer Kontrolle subtiler protektionistischer Maßnahmen hoheitlichen Ursprungs einerseits²¹⁹⁶ sowie ebensolcher strategischer Maßnahmen der Marktzutrittsabschreckung unternehmerischer Art²¹⁹⁷ andererseits, helfen weder „Drei-Stufen-Tests“²¹⁹⁸ noch dogmatische Anlehnungen an die Prüfung der Grundrechte.²¹⁹⁹ Nötig ist ein grundfreiheitliches Beschränkungsverbot, welches in adäquater subjektiv-rechtlicher Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens ermöglicht, wettbewerbsstrategische Wirkungen von „unterschiedslosen Maßnahmen“ auf die Marktstruktur und das Marktverhalten zu erfassen, ohne die institutionell-rechtlichen „Vorgaben“ der Interessen-Trias (Kapitel 1 B. I. 3. und Kapitel 5 B. I.) zu konterkarieren. Die Gewährleistung transnationaler Mobilität wirtschaftlicher Leistungen im Binnenmarkt setzt in der Praxis voraus, dass Wettbewerbsstrategien zur Positionierung im Markt ausreichend (betriebswirtschaftlich) zielführend sein können, d.h. freie, gleiche und gerechte Bedingungen für Entscheidungen zur wirtschaftlichen Mobilität bestehen. Notwendig sind „offene Märkte“ (vgl. Art. 119, 120, 127 AEUV „offene Marktwirtschaft“) bzw. Branchen ohne strukturelle oder strategisch wirksame Marktzutritts- und Marktaustrittsbarrieren.

Für eine dogmatisch kongruente, nämlich den Schutzgegenstand (Binnenmarktprinzip) und das Schutzobjekt (Wettbewerbsprinzip) des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotens hinreichend umsetzende und praktikable Prüfungsstruktur, ist nach der Überzeugung des Verfassers ein Perspektivenwechsel nötig. Abstand nehmend von einer formaljuristischen Begriffsjurisprudenz²²⁰⁰, durchaus analog zu den Entwicklungen im WTO/GATS-Recht²²⁰¹, bietet ein vertragsautonomer Ansatz von European Law & Economics die Chance, den seit *Dassonville* (1974)²²⁰² über *Cassis* (1979)²²⁰³ und *Keck*

²¹⁹⁶ Kapitel 1 A. I.

²¹⁹⁷ Aus der Sicht der Unternehmenspraxis zusammenfassend dargestellt bei *M. E. Porter*, Wettbewerbsstrategie - Methoden zur Analyse von Branchen und Konkurrenten (2008), S. 240/241, S. 421/422 ff. Zu den klassischen Konzepten von Markteintrittsbarrieren, insbesondere Blockade und Abschreckung, siehe zusammenfassend *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 15.

²¹⁹⁸ Kapitel 5 C. II. 2.

²¹⁹⁹ Zur Notwendigkeit eines eigenen und von den Grundrechten deutlich abgelösten Prüfungsregimes der von dem EuGH funktional ausgestalteten Grundfreiheiten zuletzt ausdrücklich *J. H. Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 477.

²²⁰⁰ Vgl. die Kritik bei *U. Haltern*, Europarecht – Dogmatik im Kontext (2007), S. 3, Rn. 5.

²²⁰¹ Die Panel-Entscheidungen sind geprägt von einer kombiniert ökonomisch-juristischen Bewertung der durch die Gesetzmäßigkeiten internationaler Handelsbeziehungen geprägten Sachverhalte, vgl. *N. F. Diebold*, Non-Discrimination – Likeness⁶ in WTO/GATS (2013), S. 279 ff. und im Ergebnis S. 334: „[...] the ‘likeness’ analysis is in effect not very far apart from the definition of a product market in competition law. The Appellate Body in various instances held that ‘likeness’ is, fundamentally, a determination about the nature and extent of a competitive relationship between and among products, and it even confirmed that economic tools market analysis, such as cross-price elasticity, may be taken into consideration. In some cases, the adjudicating bodies considered findings of national competition authorities on market definition as evidence for purposes of ‘likeness’.” In der Spruchpraxis des Appellate Body besteht somit ein deutlich weniger formal-begrifflich geprägter Ansatz. Eben ein solcher Ansatz kann für die Interpretation und Prüfung des Unionsrechts, welches sich freilich von dem „Freihandelsrecht“ des GATT/WTO-Systems deutlich unterscheidet, im Sinne einer eigenen *European Law & Economics*-Methode etabliert werden.

²²⁰² EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

(1993)²²⁰⁴ bis hin zu *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (2009)²²⁰⁵ nunmehr seit über 30 Jahren andauernden Schwebezustand der vergeblichen Suche nach einer kongruenten Dogmatik für das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten zu beenden. Ein dafür zentraler Schritt ist, bei der Kontrolle „unterschiedsloser Maßnahmen“ nicht mehr auf die physische Territorialität, also den Verlauf staatlicher Grenzen abzustellen, sondern gemäß dem Free Movement-Konzept auf die *funktionale Transnationalität*²²⁰⁶ von Leistungs- und Vertragsbeziehungen im Kontext der für den konkreten transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt maßgeblichen Wettbewerbsverhältnisse und deren Wettbewerbsformen zu rekurrieren. D.h. entscheidend ist, jene für einen *transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt* (Leistungs- und Vertragsbeziehungen in einem relevanten Markt) maßgeblichen mikro- und makroökonomischen Mechanismen, betriebswirtschaftlich bestimmenden Faktoren und wettbewerbsökonomisch relevanten Funktionsbedingungen und Variablen zu ergründen, und die „Konstruktion“ der Maßnahme in diesem Kontext zu qualifizieren, also Sachverhalt, ökonomische Eckdaten und Maßnahme zu einem System zu verknüpfen. Denn nur die Erfassung der tatsächlichen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, welche unabhängig von Territorialität bestehen, in ihren Beziehungen zu der Maßnahme ermöglichen eine hinlängliche Analyse der (mobilitätsbeschränkenden) Wirkungen der selbigen, und zwar über eine Prüfung deren Anknüpfung an ökonomische Mechanismen und Funktionsbedingungen, d.h. konkret an Aktionsparameter von Wettbewerbsformen. Damit wird zugleich der für die Praxis entscheidende Umfang der Darlegungs- und Beweislast sowie der Beweiserhebungspflicht des Gerichts (nationales Gericht und EuGH) umrissen, der in der Rechtssache *Sbarigia* der Prätendentin zum „Verhängnis“ wurde.²²⁰⁷

Eine solche, die tatsächlichen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigende Subsumtion lässt sich mithilfe der vorliegend so benannten *funktionalen Maßnahmenqualifikation* erreichen. Hierbei handelt es sich um eine Qualifikation (Methode), welche ausgehend von dem funktionalen Maßnahmenbegriff²²⁰⁸ die streitgegenständliche Maßnahme (wie z.B. die Betriebsferienregelung im Fall EuGH *Sbarigia* oder die Mindestpreisregelung im Fall EuGH *Keck*) in Beziehung setzt zu dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt, also den tatsächlichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen in einem relevanten Markt im Sinne der funktionalen Transnationalität.²²⁰⁹ Eine solche Qualifikation greift einer ausführlichen Mobilitätsbeschränkungsanalyse auf der Ebene des Kontrollmaßstabes nicht vor, sondern klärt auf der Ebene des Kontrollgegenstandes unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweislast im Sinne einer „Vorprüfung“ zunächst die Konstruktion einer Maßnahme und deren Verknüpfungen mit dem wirtschaftlichen Sachverhalt, so dass bei der „Hauptprüfung“ (Kontrollmaßstab)

²²⁰³ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²²⁰⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²²⁰⁵ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²²⁰⁶ Kapitel 3 A. I.

²²⁰⁷ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388). Mangels hinreichend genauer Darlegungen kommt der EuGH im Ergebnis zur Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens.

²²⁰⁸ Kapitel 4 III. 3.

²²⁰⁹ Kapitel 3 A. I.

einer detaillierte Mobilitätswirkungsanalyse erfolgen kann (hierzu nachfolgend A. II. und III.).

Methodisch ist die hier vorgestellte *funktionale Maßnahmenqualifikation* in Anlehnung an die Konzeption der Qualifikation im Internationalen Privatrecht (IPR) zu verstehen.²²¹⁰ Via Qualifikation von Maßnahme (entsprechend dem funktionalen Maßnahmenbegriff) und transnationalem wirtschaftlichen Sachverhalt (entsprechend der funktionalen Transnationalität) werden die Verbindungen von Merkmalen der Maßnahme (die „Konstruktion“ bzw. „Architektur“ der Maßnahme) zu vertraglichen und außervertraglichen Transaktionsparametern (d.h. Leistungs- und Vertragsbeziehungen) in einem relevanten Markt (d.h. Wettbewerbsverhältnisse) bestimmt. Eben hierfür kann auf die im IPR übliche *Qualifikationsmethodik* zurückgegriffen werden. Letzterer „Rückgriff“ auf die IPR-Methodik erfolgt zwar nicht im engeren Sinne einer kollisionsrechtlichen Einordnung von Maßnahme und Sachverhalt²²¹¹, jedoch zur Feststellung, welche Verknüpfungen von Sachverhalt (transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen in einem relevanten Markt) und Maßnahme (wie z.B. Tatbestand und Rechtsfolge einer gesetzlichen Regelung) bestehen, d.h. zur Verifizierung *wie* die Maßnahme auf transnational relevante Aktionsparameter im Wettbewerb des relevanten Marktes bezogen ist.²²¹² Kennzeichnend für die Qualifikationsmethodik ist die „Charakterisierung“ des zu *subsumierenden Gegenstandes*²²¹³, d.h. die Maßnahmenqualifikation ist als ein Gesamtprozess der „Sachverhaltsbewertung“ i.w.S. zu verstehen, weshalb Auslegung und Qualifikation unterschiedliche Ansätze darstellen.²²¹⁴ Mit Hilfe der Maßnahmenqualifikation lässt sich in einem rechtsförmlichen Verfahren detailliert darlegen und nachweisen, an welche *konkreten* Merkmale des Streitgegenstandes²²¹⁵, d.h. insbesondere Aktionsparameter des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes, eine *Anknüpfung*²²¹⁶ der Maßnahme erfolgt, deren *Wirkungen* (auf die transnationale wirtschaftliche Mobilität) bei dem Kontrollmaßstab sodann als Beschränkung des Marktzutritts bzw. Marktaustritts zu beurteilen sind, und deren *Intensität* bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bewertet werden können.

Bei der zuvor beschriebenen *funktionalen Maßnahmenqualifikation* sind zwei Aspekte der Anknüpfung zu berücksichtigen, der Anknüpfungsgegenstand und der An-

²²¹⁰ L. A. Mistelis, Charakterisierung und Qualifikation im internationalen Privatrecht (1999), zum Qualifikationsprozess, S. 210 ff./217 sowie zu dem Qualifikationsgegenstand, S. 224 ff./227, dort zur Qualifikation von Rechts- und Lebensverhältnissen.

²²¹¹ Siehe hierzu H. J. Sonnenberger, in: MüKo BGB, Band 10, Internationales Privatrecht (2006), Einl. IPR, Rn. 518 ff.

²²¹² J. Kropholler, Internationales Privatrecht (1990), § 14, S. 93

²²¹³ J. Kropholler, ebd. § 14, S. 93.

²²¹⁴ H. J. Sonnenberger, in: MüKo BGB, Band 10, Internationales Privatrecht (2006), Einl. IPR, Rn. 500.

²²¹⁵ Ein Streitgegenstand im Sinne des Prozessrechts (Gerichtsverfahren) oder des Verfahrensrechts (Verwaltungsverfahren) liegt vor, sofern ein Einzelner bzw. ein Unternehmen die Grundfreiheiten im Rahmen eines Gerichtsprozesses über ein nationales Gericht oder eine Verwaltungsbehörde geltend macht.

²²¹⁶ Unter dem Aspekt der „Qualifikation der Maßnahme“, wenngleich nicht in der engen Anlehnung zum IPR wie hier, betrachtet auch Waltraud Hakenberg im Zusammenhang der Keck-Rechtsprechung (EuGH Keck (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905)) die Eigenschaften von Maßnahmen, vgl. W. Hakenberg, Europarecht (2010), S. 89, Rn. 265.

knüpfungspunkt.²²¹⁷ Der *Anknüpfungsgegenstand* (hierzu I. 1.) qualifiziert gemäß der vorliegend vertretenen Konzeption den transnationalen Sachverhalt mit seinen Bezügen zu der streitgegenständlichen Maßnahme. Im Fall EuGH *Sbarigia*²²¹⁸ wären dies die potenziellen Kaufvertrags- und Dienstleistungsbeziehungen im Verhältnis zu der Betriebsferienregelung, und im Fall EuGH *Keck*²²¹⁹ wären dies die potenziellen Kaufvertragsbeziehungen im Verhältnis zu der Mindestpreisregelung. Der sog. *Anknüpfungspunkt* (hierzu I. 2.) betrifft wiederum den konkreten Bezugspunkt der Maßnahme. Im Fall EuGH *Sbarigia* wäre dies der Aktionsparameter Menge (Mengenwettbewerb) als wettbewerbsökonomischer Anknüpfungspunkt der Betriebsferienregelung, und im Fall EuGH *Keck* wäre dies der Aktionsparameter Preis (Preiswettbewerb) als Anknüpfungspunkt der Mindestpreisregelung.

In dieser zweigliedrigen Struktur von Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungspunkt lassen sich die konkreten Zusammenhänge von Maßnahme, Sachverhalt und der für den Sachverhalt maßgeblichen Aktionsparameter von Wettbewerbsformen, wie in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix in Kapitel 4 abgebildet²²²⁰, als Gegenstand der bei dem Kontrollmaßstab zu unternehmenden Mobilitätsbeschränkungsprüfung qualifizieren. Damit wird ermöglicht, die Wirkung der Maßnahme auf die von ihr tangierten Aktionsparameter und deren Funktionsmechanismen ganz exakt in den Blick zu nehmen, d.h. die Anknüpfung der Maßnahme hinsichtlich ihrer wettbewerbsökonomischen Wirkungen feingliedrig zu analysieren. Eben eine solche detaillierte Analyse anhand ökonomisch definierbarer Subsumtionskriterien ist mit der geltenden Maßnahmentypisierung, Wirkungsdifferenzierung, Maßstabsdualität und Modalitäten (Problembereiche 1 bis 4)²²²¹ nicht möglich.

Die dafür in nachfolgend zu begründende Prüfungsstruktur für den Kontrollgegenstand, in Umsetzung des in Kapitel 4 hergeleiteten funktionalen Kontrollgegenstandes und funktionalen Maßnahmenbegriffs²²²², stellt sich im Überblick wie folgt dar:

²²¹⁷ Im IPR erfolgt unter dem Aspekt der Qualifikation der Subsumtionsvorgang unter den Tatbestand einer Kollisionsnorm. Der Tatbestand einer Kollisionsnorm besteht aus zwei Elementen, dem *Anknüpfungsgegenstand* und dem *Anknüpfungspunkt*. Ersterer dient der Einordnung des streitgegenständlichen Sachverhalts – z.B. Rechtsnachfolge von Todes wegen, Art. 25 EGBGB. Letzterer bezeichnet ein konkretes Merkmal – z.B. Staatsangehörigkeit des Erblassers, Art. 25 EGBGB.

²²¹⁸ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²²¹⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²²²⁰ Kapitel 4 B. I. 3. a).

²²²¹ Kapitel 1 A. II. und Kapitel 5 C. I. 1.

²²²² Kapitel 4 B. II. 4. Funktional definierter Kontrollgegenstand und Kapitel 4 B. III. 3. Funktionaler Maßnahmenbegriff.

Abbildung-15: *Kontrollgegenstand des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot.*
Übersicht zu der Prüfungsstruktur und den Subsumtionskriterien.

I. Kontrollgegenstand (Funktionale Maßnahmenqualifikation)
<p>1. Anknüpfungsgegenstand</p> <p>a. Einseitige, nicht-unternehmerische Handlung, Rechtssubjekt mit Regelungs-/Durchsetzungsmacht (funktionaler Maßnahmenbegriff) Abgrenzung zu zweiseitig, unternehmerisch (101 AEUV), Rechtssubjekt mit Marktmacht (102 AEUV)</p> <p>b. Transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt (funktionale Transnationalität)</p> <p>aa) Transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen (1) Leistungstransnationalität (Transnationalität von Angebot/Nachfrage, aktuell/potenziell) (2) Leistungs-/Vertragsbeziehungen (Leistungsgegenstand und -inhalt, aktuell/potenziell)</p> <p>bb) Relevanter Markt (Wettbewerbsverhältnisse) (1) Sachlich (Marktbereiche der einzelnen Grundfreiheiten) (2) Örtlich (Reichweite der Leistungs-/Vertragsbeziehungen) (3) Zeitlich (Angebots- und Nachfragezeitraum)</p> <p>2. Anknüpfungspunkt</p> <p>a. Territoriale Anknüpfung („Bezwecken“) Per se Verbot (bislang „unterschiedliche Maßnahme“)</p> <p>b. Nicht-territoriale Anknüpfung: („Bewirken“) Market access approach (bislang „unterschiedslose Maßnahme“)</p> <p>aa) Anknüpfung an einen Aktionsparameter (Wettbewerbsformen) im wirtschaftlichen Sachverhalt (1a)</p> <p>bb) Abgrenzung von Anknüpfungen <i>auf</i> den Markt und <i>in</i> dem Markt Grundfreiheiten vs. Wettbewerbsregeln, Art. 101, 102, 107, Entzugstatbestände (1b)</p>

© Marco Keser

1. Anknüpfungsgegenstand der Maßnahme (Was)

Bei der Prüfung des *Anknüpfungsgegenstandes* (erste Station der funktionalen Maßnahmenqualifikation) ist zunächst die Qualität des streitgegenständlichen Verhaltens („unterschiedslose Maßnahme“ der geltenden Terminologie)²²²³ als *einseitige, nicht unternehmerische Handlung eines Rechtssubjektes mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht*²²²⁴) festzustellen (a)). Daran anschließend ist der *transnationale wirtschaftliche Sachverhalt* anhand der maßgeblichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen sowie des sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Marktes zu bestimmen (b)).

²²²³ Hier erfolgt auf der Anwendungsebene die Umsetzung des in Kapitel 4 B. III. 3. gefundenen Ergebnisses (funktionaler Maßnahmenbegriff bei dem Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten).

²²²⁴ Hier erfolgt auf der Anwendungsebene die Umsetzung der Ergebnisse aus Kapitel 3 A. I. und Kapitel 4 B. II. 4 (funktionale Transnationalität und funktionaler Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten).

a) *Einseitig, nicht-unternehmerisch, Regelungs- und Durchsetzungsmacht*

Entsprechend der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten (Zweiter Teil, Kapitel 4) bezieht sich die Kontrolle des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot gemäß dem System der unionsrechtlichen Marktverantwortung²²²⁵ ausschließlich auf einseitige, nicht-unternehmerische Handlungen von hoheitlich oder privat-rechtlich organisierten Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht, die sich als ein *auf* den Markt gerichtetes Verhalten darstellen und für welche eine markt- und wettbewerbsbezogene Verantwortung für deren Wirkungen besteht (unionsrechtliche Marktverantwortung).

Beispiel EuGH *Sbarigia*.²²²⁶ Das streitgegenständliche Gesetz zur Regelung von Öffnungszeiten/Betriebsferien (Legge regionale Lazio Nr. 26 vom 30.07.2002, Art. 2-8 und Art. 10 Legge regionale Nr. 26/02²²²⁷) ist eine einseitige Regelung. Die Regelung stammt von einer staatlichen Stelle mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht für den Sachverhalt. Umgesetzt wird die Regelung durch Beschlüsse einer Gesundheitsbehörde (Unità sanitaria locale, USL). Diese handelt im Einvernehmen mit anderen USL sowie unter Einbeziehung der Stadt Rom (Bürgermeister) und Stellungnahmen einer Apothekerkammer der Provinz Rom (Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma) sowie zweier Gewerkschaftsorganisationen (Assiprofar – Associazione Sindacale Proprietari Farmacia und Confservizi). Die Regelung von Öffnungszeiten bezieht sich auf den Markt für Arzneimittel und korrespondierende Beratungsleistungen. Damit ist der funktionale Maßnahmenbegriff erfüllt.

Beispiel EuGH *Keck* ²²²⁸: Das in dem Fall *Keck* streitgegenständliche strafbewehrte Verbot einer Preiskalkulation unter dem Einstandspreis, sog. *vente à perte*, in Art. 1 des Gesetzes Nr. 63-628, in der Fassung der Ordonnance Nr. 86-1243, ist eine einseitige, nicht-unternehmerische Regelung eines Rechtssubjektes – französischer Staat – mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht (Gesetzgebungsmonopol des Staates). Die Mindestpreisregelung bezieht sich auf den Produktmarkt und den Preisbildungsmechanismus von Wirtschaftssubjekten und ist damit als funktionale Maßnahme zu qualifizieren.

Beispiel EuGH *Agrarblockaden*²²²⁹: Mit den streitgegenständlichen sog. „Agrarblockaden“ verhindern französische Bauern durch ein persönliches Verhalten den Import nicht aus Frankreich stammender Waren. Hierbei handelt es sich um einseitiges, nicht-unternehmerisches Handeln, denn es werden keine Aktionsparameter zur Positionierung *im* Markt eingesetzt, von einer Vielzahl französischer Bauern, welche durch ihre „Masse“ im Auftreten Regelungs- und Durchsetzungsmacht haben und damit *auf* den

²²²⁵ Kapitel 4 C.

²²²⁶ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²²²⁷ Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Niilo Jääskinen EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134) Rn. 4 bis 6.

²²²⁸ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²²²⁹ EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik (Agrarblockaden)* (C-265/95, EU:C:1997:595).

Markt einwirken, nämlich direkt auf die physische Mobilität von Produkten. Damit ist das Verhalten als funktionale Maßnahme zu qualifizieren.

Mit der funktionalen Maßnahmenqualifikation erübrigen sich die Definitions- und Abgrenzungsfragen der geltenden Maßnahmentypisierung (Problembereich 1)²²³⁰, Wirkungsdifferenzierung (Problembereich 2)²²³¹, Maßstabsdualität (Problembereich 3)²²³², der Modalitäten (Problembereich 4)²²³³ und der Dualität staatlicher und privater Maßnahmen (Problembereich 5).²²³⁴ Überdies ermöglicht die Methode der Qualifikation in Sachverhalten eines Zusammenwirkens von Staat und Unternehmen oder bei unternehmerischer bzw. quasi unternehmerischer Tätigkeit von Hoheitsträgern oder bei privaten auf den Markt gerichteten Maßnahmen, d.h. bei Maßnahmen an der Schnittstelle von „Staat und Privat“ (wie z.B. in dem zuvor aufgeführten Sachverhalten *Sbarigia* und *Ag-rarblockaden*), über das Kriterium „einseitig“ eine exakte Abgrenzung von einseitigem Verhalten (Grundfreiheiten) zu zweiseitigem Verhalten (Art. 101 AEUV). Über die Kriterien „nicht-unternehmerisch“ mit „Regelungs- und Durchsetzungsmacht“ erfolgt die Abgrenzung der Grundfreiheiten zu Art. 102 AEUV (Marktmachtkonzept) sowie die Abgrenzung der Entzugstatbestände (Erweiterung des wettbewerblichen Beschränkungsverbotes) zu der horizontalen Direktwirkung (Erweiterung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes).²²³⁵

b) *Transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt*

Das Kriterium *transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt* ersetzt in der hier vorgestellten funktionalen Maßnahmenqualifikation die geltende Anwendungsvoraussetzung „grenzüberschreitender Sachverhalt“ (Problembereich 6)²²³⁶ und überwindet damit die überkommene Anknüpfung der grundfreiheitlichen Kontrolle an die Territorialität, also an die physischen Grenzen der Mitgliedstaaten, und zwar zugunsten einer Bestimmung der funktionalen Transnationalität gemäß dem Free Movement-Konzept.²²³⁷

Diese Methode erfordert in einem ersten Schritt (dazu aa)) sowohl die transnationalen Leistungs- und Vertragsbeziehungen festzustellen, d.h. eine hier so benannte Leistungstransnationalität, welche über das potenzielle Angebote und die Nachfrage nachzuweisen ist (1)), als auch die aktuellen und potenziellen Leistungs- und Vertragsbeziehungen zu eruieren, d.h. die konkret möglichen Leistungsgegenstände und Leistungsinhalte im Sinne von sachlichen Vertragsgegenständen und Vertragsinhalten zu bestimmen (2)). In einem zweiten Schritt (dazu bb)) sind sodann die Wettbewerbsverhältnisse darzulegen, welche sich – analog zu der Prüfungspraxis betr. Art. 101, 102 AEUV – in dem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt abbilden. Mit dieser funktionalen

²²³⁰ Kapitel 1 A. II. 1. a) und Kapitel 5 C. I. 1. a) aa).

²²³¹ Kapitel 1 A. II. 1. b) und Kapitel 5 C. I. 1. a) bb).

²²³² Kapitel 1 A. II. 1. c) und Kapitel 5 C. I. 1. a) cc) und II. 1. a) bb).

²²³³ Kapitel 1 A. II. 1. d) und Kapitel 5 C. I. 2.

²²³⁴ Kapitel 1 A. II. 1. e) und Kapitel 5 C. I. 3.

²²³⁵ Kapitel 4 B. III.

²²³⁶ Kapitel 1 A. II. 1. f) und Kapitel 5 C. I. 4.

²²³⁷ Kapitel 3 A. I.

Konzeption werden auch die Sachverhalte der sog. *discrimination à rebours* bzw. Inländerdiskriminierung²²³⁸ einer adäquaten unionsrechtlichen Kontrolle via Grundfreiheiten zugeführt, da deren „Anwendbarkeit“ nunmehr nicht von mitgliedstaatlichen Grenzbeurteilungen abhängig ist, sondern an die tatsächlichen aktuellen und potenziellen Wettbewerbsverhältnisse in einem durch Qualifikation ermittelten transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt angeknüpft wird.

Als Beispielsfall zur Verdeutlichung des hier vertretenen Ansatzes kann wiederum die Rechtssache EuGH *Sbarigia*²²³⁹ herangezogen werden. Der Gerichtshof legt in seiner Entscheidung das Kriterium des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ betreffend die Anwendung von Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV (ex Art. 81 und Art. 82 EG) sowie von Art. 34 AEUV (ex Art. 28 EG) parallel aus, verneint dessen Vorliegen jedoch ohne materielle Prüfung, und vermeidet damit eine Prüfung von Art. 106 AEUV bzw. der sog. Entzugstatbestände.²²⁴⁰ Im Ergebnis kommen die Richter (entgegen den Ausführungen von Generalanwalt *Jääskinen*²²⁴¹) in Randnummer 32 der Entscheidungsgründe sogar zu der Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens:

[Rn. 32] „In diesem Zusammenhang ist es jedoch offensichtlich, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung der möglichen Gewährung einer Ausnahme in Bezug auf die Öffnungszeiten einer in einem besonderen Gebiet der Stadt Rom befindlichen Apotheke als solche oder durch deren Anwendung nicht den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne der Art. 81 EG und 82 EG beeinträchtigen kann.“²²⁴²

Auf der Grundlage eines die physische Territorialität voraussetzenden Ansatzes zieht der EuGH in der vorgenannten Rechtssache *Sbarigia* explizit einen Umkehrschluss heran, mithilfe einer Bezugnahme auf seine Entscheidungen zu den Rechtssachen *Cementhandelaren*²²⁴³, *Porto di Genova*²²⁴⁴ und *Arduino*²²⁴⁵, ohne auch nur ansatzweise in eine materielle Prüfung unter Betrachtung der konkreten Marktverhältnisse einzutreten.²²⁴⁶ Demgegenüber hatte Generalanwalt *Niilo Jääskinen*²²⁴⁷ ausdrücklich für eine materielle Lösung plädiert:

²²³⁸ Kapitel 1 A. II. 1. f) und Kapitel 5 C. I. 4.

²²³⁹ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²²⁴⁰ Siehe hierzu *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Einl. Art. 106 AEUV, Rn. 33 mit Fn. 85.

²²⁴¹ Schlussanträge von Generalanwalt *Niilo Jääskinen* EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134) Rn. 27 bis 38.

²²⁴² EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388), Rn. 32.

²²⁴³ EuGH *Vereeniging van Cementhandelaren gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Cementhandelaren)* (C-8/72, EU:C:1972:84) Rn. 28/30.

²²⁴⁴ EuGH *Porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464) Rn. 14 und 15.

²²⁴⁵ EuGH *Strafverfahren gegen Manuele Arduino (Arduino)* (C-35/99, EU:C:2002:97) Rn. 33.

²²⁴⁶ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²²⁴⁷ Schlussanträge von Generalanwalt *Niilo Jääskinen* EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134) Rn. 27 bis 38.

[Rn. 36] In der vorliegenden Rechtssache stelle ich fest, dass dem Erfordernis eines grenzübergreifenden Bezugs nicht die gleiche Bedeutung wie den einzelnen Grundfreiheiten zukommt. Daraus folgt, dass die Anwendbarkeit der Vertragsbestimmungen von ihrer Auslegung abhängt. Da der Gerichtshof mit denselben Fragen auch im Rahmen einer Vertragsverletzungsklage befasst sein kann, wobei das etwaige Fehlen eines grenzübergreifenden Elementes für die Zulässigkeit der Klage nicht die geringste Bedeutung hätte, halte ich es für zweckmäßig, *das Problem des „rein innerstaatlichen“ Charakters eines Falles im Rahmen der materiellen Prüfung im Wege der Auslegung der fraglichen Vorschriften zu lösen*, anstatt es als Frage der Zuständigkeit des Gerichtshofs auf der Ebene der Zulässigkeit der Vorlagefragen zu behandeln (Hervorhebung durch den Verf.).

Das Vorgehen des EuGH im Fall *Sbarigia* steht exemplarisch für eine Handhabung des Zwischenstaatlichkeitserfordernisses bei den Grundfreiheiten, welche den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen in ihrer Komplexität nicht (mehr) gerecht wird. In eine falsche Richtung entwickelt sich das Vorabentscheidungsverfahren vor allem dann, wenn auf der Basis einer formalen und zudem nur noch summarischen Betrachtung von Transnationalität bereits die Zulässigkeit von Verfahren abgelehnt wird. Eine derart „pauschale“ Handhabung der Grundfreiheiten widerspricht der (neuen) Unionsteleologie und den Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Kapitel 3) sowie der Funktion der Grundfreiheiten (Kapitel 4). Überdies wird ein solches Vorgehen dem Kooperationsverhältnis und der „Vorbildfunktion“ des Gerichtshofs nicht gerecht, da der Gerichtshof nicht den konkreten nationalen Rechtsstreit entscheidet, sondern eine verbindliche Auslegung des Unionsrechts betreibt.²²⁴⁸ In dieser Perspektive obliegt es dem EuGH, dem nationalen Gericht bzw. nationalen Rechtsanwender hinreichend praktikable Kriterien bzw. Definitionen an die Hand zu geben, damit die Frage der Zwischenstaatlichkeit eines Sachverhaltes auf der Ebene des nationalen Verfahrens angemessen dargelegt, bewiesen und entschieden werden kann.

Unter Bezugnahme auf die bei dem Free Movement-Konzept ausgeführten Argumente für eine „modernisierte“ Interpretation von Zwischenstaatlichkeit im Sinne von *funktionaler Transnationalität*²²⁴⁹ gemäß dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) sowie unter Einbeziehung der in Kapitel 4 angestellten wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten, ist die Zwischenstaatlichkeit, wie ausdrücklich von Generalanwalt *Niilo Jääskinen* vorgeschlagen²²⁵⁰, materiell zu subsumieren. Das Kriterium des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ ist damit in seiner bisherigen Handhabung als Anwendungsvoraussetzung bzw. Tatbestandsmerkmal²²⁵¹ zugunsten der Feststellung eines transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes aufzugeben. Maßgeblich ist demnach eine Subsumtion der transnationalen Leistungs-

²²⁴⁸ C. Gaitanides, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 267, Rn. 5 („kooperatives Zusammenwirken“) und Rn. 6 ff. („Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens“).

²²⁴⁹ Kapitel 3 A. I.

²²⁵⁰ Schlussanträge von Generalanwalt *Niilo Jääskinen* EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134). Rn. 27 bis 38.

²²⁵¹ Siehe Kapitel 1 A. II. 1. f) und Kapitel 5 C. I. 4.

und Vertragsbeziehungen im Rahmen des relevanten Marktes mit einer Feststellung der tatsächlich maßgeblichen Wettbewerbsverhältnisse, welche vollkommen unabhängig von physischen Staatsgrenzen existieren.

aa) Transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen

Ausgehend von der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten (Kapitel 4) und dem Gegenstand der unionsrechtlichen Marktverantwortung²²⁵² sind über den funktionalen Kontrollgegenstand²²⁵³ und funktionalen Maßnahmenbegriff²²⁵⁴ der Grundfreiheiten ohne Ausnahme²²⁵⁵ alle Verhaltensweisen eines Maßnahmenurhebers zu erfassen, die eine Einflussnahme auf den wettbewerblich organisierten Tauschprozess von Angebot und Nachfrage im Binnenmarkt darstellen. Um eine solche Einflussnahme als Vorbedingung für eine detaillierte Analyse deren Wirkung als Beschränkung der transnationalen Mobilität (Mobilitätsbeschränkung) feststellen zu können, müssen die für den Sachverhalt bestimmenden transnationalen Leistungs- und Vertragsbeziehungen dargelegt und bewiesen werden. Transnationalität definiert sich demnach erstens über aktuell bestehende und/oder künftig mögliche, d.h. potenzielle Angebots- und Nachfragebeziehungen, also eine hier so benannte *Leistungs-transnationalität* (hierzu nachfolgend (1)); zweitens über den Gegenstand und den Inhalt aktueller und/oder potenzieller Leistungs- und Vertragsbeziehungen (hierzu nachfolgend (2)).

(1) Leistungstransnationalität (Angebot/Nachfrage)

Im Gegensatz zu dem im Wesentlichen formaljuristisch definierten und überwiegend auf eine physische Territorialität bezogenen geltenden Ansatz von „Grenzüberschreitung“, ist das Merkmal der *Leistungstransnationalität* funktional anhand von aktuellen und/oder potenziellen Angebots- und Nachfragebeziehungen zu bewerten. D.h. unabhängig von einer Betrachtung der mitgliedstaatlichen Grenzen ist zu prüfen, ob aus Sicht der Angebotsseite und aus Sicht der Marktgegenseite eine transnationale Kommunikation besteht. Dies ist bereits dann der Fall, wenn Wirtschaftssubjekte im Sinne der *invitatio ad offerendum* in einem potenziellen *Vertragsverhältnis* zueinander stehen. Nicht maßgeblich ist eine physische Bewegung von Wirtschaftssubjekten oder Wirtschaftsobjekten über Staatsgrenzen hinweg.

Zwischen der *Angebotsseite* (wie z.B. das Waren- und Dienstleistungsangebot einer Apotheke im Fall EuGH *Sbarigia*²²⁵⁶) und der *Marktgegenseite* (wie z.B. Endverbraucher, die Waren und Dienstleistungen einer Apotheke aktuell in Anspruch nehmen oder potenziell in Anspruch nehmen könnten) besteht in der Offlinewirtschaft eine Leistungstransnationalität, wenn die *invitatio* über den rein regionalen Kontext hinausweist.

²²⁵² Kapitel 4 C. II. 2. Verantwortung für transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen.

²²⁵³ Kapitel 4 B. II. 4.

²²⁵⁴ Kapitel 4 B. III. 3.

²²⁵⁵ D.h. insbesondere ohne „Modalitäten“ als faktische Bereichsausnahmen im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung, Kapitel 5 C. I. 2. a).

²²⁵⁶ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

Bei der Onlinewirtschaft würde eine solche Transnationalität nur dann nicht vorliegen, wenn z.B. die via Homepage angebotenen Leistungen (wie z.B. Waren einer Apotheke) nur durch einen regional begrenzten Käuferkreis (etwa nur in Rom ansässige Endverbraucher) in Anspruch genommen werden könnten, was sich z.B. durch entsprechende AGB's auf der Homepage gestalten ließe (etwa durch einen Hinweis, dass verschreibungspflichtige Medikamente nur an ortsansässige Personen abgegeben werden).

Wie bereits in Kapitel 5 begründet²²⁵⁷ sind die physischen Staatsgrenzen der Mitgliedstaaten für die grundfreiheitliche Kontrolle nach dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) nicht (mehr) maßgeblich. Ähnlich wird in der Spruchpraxis zum Kartellrecht sowie bei der Prüfung des Beihilfenverbotes das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit in der Regel weniger als strikte Anwendungsvoraussetzung, denn als Teil des Beschränkungstatbestandes selbst verstanden.²²⁵⁸ Dies ist auch aus pragmatischer Sicht eine angemessene Lösung, da sich die Beurteilung der Wirkungen einer Maßnahme auf den Wettbewerb und ihre territorialen Ausmaße in den seltensten Fällen klar voneinander trennen lassen. Insoweit stellt *Klaus-Dieter Borchardt* im Zusammenhang des Wettbewerbsrechts fest, dass das Merkmal des zwischenstaatlichen Handels untrennbar mit der Prüfung der Wettbewerbsverfälschung verbunden sei.²²⁵⁹ Die Zwischenstaatlichkeit ist insoweit ein integraler Bestandteil des wettbewerblichen Beschränkungstatbestandes. Für eine ebenso integrierte Prüfung spricht bei den Grundfreiheiten, dass die Definition der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu Art. 101, 102 AEUV und zu Art. 107 AEUV der *Dassonville*-Formel, welche den Maßstab der grundfreiheitlichen Kontrolle definiert, weitgehend entspricht. Eine insoweit in den grundfreiheitlichen Tatbestand (Kontrollgegenstand) integrierte Prüfung von Transnationalität bedeutet aber gerade nicht, dass die Feststellung von Transnationalität (Zwischenstaatlichkeit) und die Feststellung der Beschränkung als Wirkung einer Maßnahme ineinander aufgehen würden. Denn die Transnationalität (Zwischenstaatlichkeit) betrifft nach der hier verfolgten Konzeption den Gegenstand der Kontrolle, also transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen, und die Beschränkung den Maßstab der Kontrolle.²²⁶⁰

Beispiel EuGH *Sbarigia*:²²⁶¹ Die *Leistungs-transnationalität*, also die transnationale Kommunikationsbeziehung von Angebot und Nachfrage im Sinne einer invitatio, ergibt sich aus folgenden Gesichtspunkten: Da sich die Niederlassung der Unternehmung Apotheke von Frau *Sbarigia* in einer Metropole/Hauptstadt befindet (Rom), bilden Wirtschaftssubjekte aus aller Welt (Touristen, Geschäftsreisende etc.) die potentielle Nachfrageseite für erstens Produkte (Art. 34 AEUV) und zweitens Dienstleistungen (Art. 56 AEUV in Form der sog. passive Dienstleistungsfreiheit) der Niederlas-

²²⁵⁷ Kapitel 5 C. I. 4. c).

²²⁵⁸ Siehe Kapitel 5 C. I. 4. b).

²²⁵⁹ *K.-D. Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union (2002), Rn. 889 zu Art. 87 und mit Verweis auf EuG T-298/97, Slg. 2000, II-2319 (Rn. 81 m.w.N. zur Rechtsprechung) Alzetta Mauro u.a.

²²⁶⁰ Ähnlich für die Prüfung im Beihilfenrecht *S. Beljin*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2015) § 28, Rn. 93.

²²⁶¹ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

sung Apotheke (Art. 49 AEUV). Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass Apotheken aus anderen Mitgliedstaaten ein „Interesse“ daran haben, eine Niederlassung in Rom zu eröffnen, und zwar unter den gleichen Bedingungen einer Ausnahme von den Betriebsferien, wie diese einer Apotheke in Rom bereits gewährt wurde. Damit ist das Kriterium der Leistungstransnationalität in der wettbewerbsökonomischen Betrachtung von Angebots- und Nachfrageseite erfüllt.

(2) Leistungs-/Vertragsbeziehungen (Leistungsgegenstand/-inhalt)

Nach der Subsumtion der Leistungstransnationalität sind als zweiter Schritt die Gegenstände und Inhalte aktueller und/oder potenzieller Leistungs- und Vertragsbeziehungen zu benennen. Hier ist zu prüfen ob die streitgegenständliche wirtschaftliche Leistung bzw. die Gegenleistung im Rahmen von „echten“ Vertragsverhältnissen – z.B. Kaufverträge betreffend Art. 34 AEUV – (funktional betrachtet) transnational ausgestaltet sind.

Beispiel EuGH *Sbarigia*:²²⁶² *Leistungsgegenstand* auf der Angebotsseite sind erstens Produkte der Apotheke (Art. 34 AEUV bezogen auf den Angebotswettbewerb), d.h. der Ressource Niederlassung (Art. 49 AEUV), als Wirtschaftsobjekte, sowie zweitens Dienstleistungen von Wirtschaftssubjekten – Beratungsleistung der Apothekerinnen und Apotheker (Art. 56 AEUV in Form der sog. aktiven Dienstleistungsfreiheit). *Leistungsinhalt* sind verschreibungspflichtige und nicht-verschreibungspflichtige Waren und deren Zweckbestimmung mit den dafür relevanten Kaufverträgen und die in der Regel als Nebenleistung zu bewertende Beratung für diese Waren.

Aktuelle transnationale Kaufvertragsbeziehungen bestehen für die in der Apotheke von Frau Sbarigia angebotenen Produkte. Diese betreffen die Kontrolle via Art. 34, 35 AEUV, soweit nicht bloß italienische Staatsbürger die Produkte erwerben, was bei einer Apotheke in der Metropole Rom höchst unwahrscheinlich erscheint. Durch die Frau Sbarigia vorgeschriebenen Betriebsferien sind damit mindestens transnationale Kaufvertragsbeziehungen zu EU-Bürgerinnen und Bürgern aus anderen Mitgliedstaaten potenziell betroffen. Eben dieses Potenzial transnationaler Kaufverträge wird in der Betriebsferienzeit jedoch durch die konkurrierende Apotheke abgedeckt, welche in diesem Zeitraum auf der Basis einer Einzelbefreiung geöffnet haben darf.

Die Gegenstände und Inhalte der aktuellen und/oder potenziellen Leistungs- und Vertragsbeziehungen repräsentieren den Umfang des *wirtschaftlichen Aktionsradius* im konkreten Sachverhalt, zu verstehen als die Summe bestehender (aktueller Wettbewerb) oder künftig möglicher (potenzieller Wettbewerb) zivilrechtlicher oder handelsrechtlicher bzw. gesellschaftsrechtlicher (Niederlassungen) Handlungsoptionen der maßgeblichen Marktteilnehmer.

Die Feststellung dieser markt- und wettbewerbsbestimmenden Beziehungen ist eine Vorbedingung für die Prüfung des Marktzutrittskriteriums bei dem Kontrollmaßstab, denn dort erfolgt die Prüfung, ob eine selektive und spezifische Beschränkung von

²²⁶² EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

Wettbewerbsstrategien bestimmter Wettbewerbsformen vorliegt, wobei nach der *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechungslinie²²⁶³ ein „weniger attraktiv“ bereits ausreicht, um den Marktzutritt abzuschrecken (hierzu im Detail unter A. II.).

bb) Relevanter Markt (Wettbewerbsverhältnisse)

Für die Qualifikation des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes ist über die zuvor bei aa) dargelegten Schritte hinaus auch bei der Prüfung der Grundfreiheiten erforderlich, den sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt zu bestimmen.²²⁶⁴

Nur in wenigen Ausnahmefällen wird das damit sichtbar gemachte aktuelle oder potentielle Wettbewerbsverhältnis nicht transnational sein, wie etwa bei einem Dorfbäcker ohne Onlinehandelsoption. In Ergänzung der u.a. von Generalanwalt *Nilio Jääskinen* zur Auslegung des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ vorgeschlagenen materiellen Prüfung²²⁶⁵, wird durch die Bestimmung des relevanten Marktes die konkrete transnationale Dimension des Sachverhaltes erfasst. Auch diese Prüfung ist ein wesentlicher Bestandteil zur Revision der bislang territorial geprägten und an den physischen Grenzen der Mitgliedstaaten orientierten Betrachtung von „Grenzüberschreitung“. Diese an die Prüfung bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot angelehnte Konzeption entspricht dem „aktuellen Stand der Integration“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 EUV sowie der vom Gerichtshof vertretenen dynamischen Auslegung des evolvierenden Integrationsrechts der Union. Sie ist eine wesentliche Voraussetzung dafür, um die Beschränkung des Marktzutritts bzw. Marktaustritts (hierzu A. II. und III.) am Maßstab des wirtschaftlich relevanten Raumes zu prüfen, der gemäß der wirtschaftswissenschaftlichen Definition von „mobility barriers“ („barriers to entry“/„barriers to exit“)²²⁶⁶ unabhängig von Staatsgrenzen besteht. Eine Bewertung von „Grenzüberschreitung“ am Maßstab territorialer Staatsgrenzen entspricht auch unter diesem Gesichtspunkt bei einem weitgehend etablierten Binnenmarkt, wie bereits in Kapitel 5 dargelegt²²⁶⁷, nicht mehr den tatsächlichen wirtschaftlichen und politischen Verhältnissen. Zudem nehmen weder das programmatische Unionsziel eines Binnenmarktes mit dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft noch das Binnenmarktprinzip selbst Bezug auf die territoriale Zuordnung einer Leistung.

Entsprechend der Praxis im Kartellrecht ist es somit erforderlich, den Streitgegenständlichen Sachverhalt einzugrenzen. Dies erfolgt, im Wesentlichen wie bei Art. 101, 102 AEUV²²⁶⁸, in drei Schritten anhand einer Bestimmung des sachlich, örtlich und ggf.

²²⁶³ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²²⁶⁴ So explizit auch *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 55 Jan. 2015, Art. 34 AEUV Rn. 87: „Zunächst ist der relevante Markt anhand der ökonomischen Eckdaten in seiner räumlichen, sachlichen und zeitlichen Dimension zu bestimmen“.

²²⁶⁵ Schlussanträge von Generalanwalt *Nilio Jääskinen* EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:134) Rn. 27 bis 38. Siehe Kapitel 3 A. I. 4.

²²⁶⁶ Siehe nur *P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin*, *Barriers to Entry and Strategic Competition* (1990/2007), S. 7 ff.

²²⁶⁷ Kapitel 5 C. I. 4 c).

²²⁶⁸ Siehe hierzu die reflektierende Darstellung bei *W. Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch* (2010), S. 291 ff.

auch des zeitlich²²⁶⁹ relevanten Marktes.²²⁷⁰ Die Kommission hat die maßgeblichen Prüfungskriterien systematisch in der *Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes* formuliert²²⁷¹, welche angesichts der gleichen Prüfungsanforderungen nach der hier vertretenen Auffassung auch bei der Subsumtion des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes bei den Grundfreiheiten herangezogen werden können.

(1) *Sachlich relevanter Markt (Grundfreiheiten Marktbereiche)*

Im Unterschied zu den Wettbewerbsregeln beziehen sich die Grundfreiheiten ihrem Wortlaut nach auf fünf sachliche Marktbereiche: Warenmarkt, Arbeitsmarkt, Dienstleistungsmarkt, Markt für Niederlassungen, Kapitalmarkt. Damit ist die Notwendigkeit verbunden, etwa bei einer Maßnahme welche sowohl an eine Ware (Art. 34, 35 EUV) als auch an eine Dienstleistung (Art. 56 AEUV) anknüpft (wie im Fall EuGH *Sbarigia*²²⁷² die Arzneimittel als Produkt und die Beratung dazu als Dienstleistung), mehrere Grundfreiheiten parallel anzuwenden. Damit liefern die zuvor bei aa) festgestellten Leistungs- und Vertragsbeziehungen nach ihrem Gegenstand und Inhalt bereits einen Anhaltspunkt für den sachlich relevanten Markt. Überdies lässt sich der sachlich relevante Markt wie bei Art. 101, 102 AEUV nach dem sog. *Bedarfsmarktkonzept* bestimmen. Danach bilden solche Produkte oder Dienstleistungen *einen* sachlichen Markt, welche aus Sicht der Marktgegenseite (wie z.B. Verbraucher) zur Befriedigung desselben Bedarfs geeignet und funktional (funktionale Äquivalenz) bzw. subjektiv (subjektive Äquivalenz) als nur in geringem Maße austauschbar angesehen werden können.²²⁷³ Im Kern wird damit auf die Struktur des Nachfrageverhaltens, d.h. auf die sog. *Nachfragesubstituierbarkeit* aus der Sicht der Marktgegenseite²²⁷⁴ sowie auf aktuelle bzw. potentielle Ausweichmöglichkeiten abgestellt. Handelt es sich um *ein* Produkt, können verschiedene Vertriebswege und Verwendungsmöglichkeiten zu unterschiedlichen Märkten führen.

Abweichend von der kartellrechtlichen Praxis ist für die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes bei den Grundfreiheiten zu beachten, dass sich diese neben den vorgenannten *Marktbereichen*, gemäß ihrer in Kapitel 4 dargelegten wettbewerbsökonomischen Funktion und der dort dargelegten Konnexitätsordnung²²⁷⁵, gleichermaßen auf die

²²⁶⁹ Die zeitliche Abgrenzung des Marktes ist bislang allerdings wenig konturiert, vgl. *J. T. Füller*, in: MüKo EuWettbR (1997), Einl. Rn. 1692.

²²⁷⁰ Bei Kernbeschränkungen (bezwecken) gilt das Per se Verbot, d.h. die Bestimmung eines relevanten Marktes ist nicht erforderlich, *G. Diaz*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Art. 81 Abs. 1, Rn. 164.

²²⁷¹ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 371 / S. 5 (1997). Die Bekanntmachung spiegelt im Wesentlichen die bis dahin geltende Rechtsprechungs- und Kommissionspraxis wider.

²²⁷² EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²²⁷³ Rechtsprechung und Kommission definieren im Detail unterschiedlich (z.B. funktionale Sicht der Rechtsprechung, Verbraucherperspektive der Kommission), was in praktischer Hinsicht aber keine nennenswerten Unterschiede zeigt, vgl. *J. T. Füller*, in: MüKo EuWettbR (1997), Einl. Rn. 1669, mit zahlreichen Nachweisen zur Rechtsprechung in Fn. 19.

²²⁷⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03), ABIEG 09.12.1997, 5. f. Gliederungspunkt II. Nr. 7.

²²⁷⁵ Kapitel 4 B. I. 3. b).

Kontrolle von *Wirtschaftsobjekten* (Output-Ebene, wie Ware, Dienstleistung) und *Wirtschaftssubjekten* (Input-Ebene, wie Warenproduzent, Dienstleister) beziehen. Zudem sind betreffend staatliche Maßnahmen gegenüber der Bestimmung des relevanten Marktes bei Art. 101, 102 AEUV Modifikationen vorzunehmen²²⁷⁶, denn entsprechend der dargelegten Abgrenzung von Verantwortung für unternehmerische Marktmacht und für nicht-unternehmerische Regelungs- und Durchsetzungsmacht²²⁷⁷ ist zu beachten, dass es im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nicht um die Verifizierung von Marktanteilen bzw. eine Prüfung von Marktmacht i.S.d. Art. 102 AEUV gehen kann. Die Mitgliedstaaten sind bereits durch ihr Gesetzgebungs- und Verwaltungsmonopol per se „marktmächtig“, wenngleich nicht im Wortsinne, sondern auf der Basis demokratisch legitimierter Regelungs- und Durchsetzungsmacht, mit welcher sie über Maßnahmen *auf* den Markt einwirken bzw. dessen „Rahmen“ (Funktionsbedingungen) bestimmen können. Dies gilt zumindest solange, wie die Mitgliedstaaten bzw. ihre Untergliederungen nicht im Sinne des funktionalen Unternehmens selbst als „Mitspieler“ *im* Markt wirtschaftlich über den Gebrauch von Aktionsparametern unternehmerisch handeln²²⁷⁸, sondern ausschließlich als „Regulierer“ *auf* den Markt *einwirken*, d.h. auf das mögliche Marktverhalten, die Marktstruktur und damit im Ergebnis ebenso auf das Marktergebnis (Betrachtung gemäß dem SVE-Paradigma²²⁷⁹).

Weiter muss bei nicht-unternehmerischen Maßnahmen beachtet werden, dass im Falle der Überprüfung eines Gesetzes in der Regel Dreiecksverhältnisse bzw. mehrseitige Verhältnisse bestehen (Staat als „Regulierer“ i.w.S. gegenüber mehreren Unternehmen). Soweit sich bereits aus der Darstellung des relevanten Marktes ergibt, dass von vornherein keine auf einen Markt einwirkende, d.h. eine auf wirtschaftliche Koordinationsprozesse bezogene Maßnahme vorliegt, dann besteht, durchaus entsprechend dem Grundgedanken der *Keck*-Rechtsprechung²²⁸⁰, eine bloße „Umfeldregelung“ bzw. „Nichtmodalität“. Gegenüber den „Modalitäten“ der *Keck*-Formel liegt die Überlegenheit der hier vorgeschlagenen funktionalen Maßnahmenqualifikation mit einer Bestimmung des relevanten Marktes allerdings darin, dass hierfür auf in der Praxis des Kartellrechts bewährte Beurteilungsmaßstäbe zurückgegriffen werden kann, die einer Beweisbarkeit im Prozess zugänglich sind.

²²⁷⁶ Maßnahmen der Mitgliedstaaten werden voraussichtlich der Hauptanwendungsbereich der Grundfreiheiten bleiben, wenngleich die horizontale Direktwirkung an der Schnittstelle zu den sog. Entzugstatbeständen an Bedeutung gewinnen dürfte, angesichts einer Tendenz zu „Umgehungskonzeptionen“ (Mischformen hoheitlich-privaten Handelns, wie z.B. PPP-Projekte) bzw. strategisch-protektionistischen Maßnahmenkonstruktionen, siehe Kapitel 4 B. III. und Einleitung.

²²⁷⁷ Siehe hierzu die Abgrenzung in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung, Kapitel 4 C.

²²⁷⁸ Zur Frage, wann eine unternehmerische Betätigung der Mitgliedstaaten als „wirtschaftlich“ einzustufen ist, kann sowohl die Rechtsprechung des EuGH zur Anwendung der Art. 101, 102 AEUV auf die Mitgliedstaaten als auch die Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff (vgl. EuGH *Kattner Stahlbau-GmbH gegen Maschinenbau- und Metallberufsgenossenschaft (Kattner)* (C-350/07, EU:C:2009:127) bzw. zu Art. 106 AUEV herangezogen werden. Siehe hierzu Kapitel 4 B. III. Wirtschaftlich handelt ein Mitgliedstaat z.B. dann, wenn er sich mit Gewinnerzielungsabsicht im Markt betätigt oder wenn er als Nachfragemonopolist auftritt.

²²⁷⁹ Kapitel 3 D. II. 4. c) dd).

²²⁸⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

(2) Örtlich relevanter Markt

Vom Grundsatz her, und ausgehend von einem Markt als physisch greifbares Territorium (Offlinewirtschaft), gilt als örtlicher bzw. räumlich relevanter Markt jenes *tatsächliche Gebiet*, in dem die objektiven Wettbewerbsbedingungen für die Unternehmen, welche die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, hinreichend homogen sind und die Nachfrage der Verbraucher für alle Wirtschaftsteilnehmer gleich ist.²²⁸¹ Als Instrument zur Bestimmung des räumlich relevanten Marktes aus der Sicht der Angebotsseite hat sich die sog. *Kreuzpreiselastizität* etabliert²²⁸², womit letztlich der Grad der Substituierbarkeit gemessen wird. D.h. es wird untersucht, auf welche Anbieter die Marktgegenseite, im Falle einer Preiserhöhung oder einer sonstigen Verschlechterung der Anbieterleistung, ausweichen kann. Für die Onlinewirtschaft sind demgegenüber die aktuellen und potenziellen Leistungs- und Vertragsbeziehungen selbst bestimmend für die „Ausdehnung“ des Marktes im digitalen Datenraum.

Gemäß der hier vertretenen Konzeption von *funktionaler Transnationalität* ist als gleichwertiger örtlich relevanter Markt für die Offlinewirtschaft ebenso bzw. sogar vorrangig das *funktionale Gebiet* einzubeziehen, in dem wirtschaftliche Leistungen „homogenen“ Wettbewerbsbedingungen unterliegen (Kriterium der Kreuzpreiselastizität usw.). Dieses „Gebiet“ sind die aktuell und potenziell möglichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen, wie diese bereits zuvor bei aa) eruiert wurden. Somit ist der physisch determinierte Begriff „örtlicher Markt“ durch den Begriff der *Leistungs-transnationalität* im Sinne einer Beschreibung der funktionalen Ausdehnung der wirtschaftlichen Kommunikationsbeziehungen von Angebot und Annahme zu ergänzen. Denn bestimmend für eine strategische Betrachtung von „Raum“ ist heute derjenige i.w.S. vertraglich bzw. leistungsdeterminierte Radius, in dem ein Wirtschaftssubjekt, sei es nun als Individuum (wie z.B. ein Freiberufler) oder als Unternehmen, agieren kann. Mit dieser funktionalen Definition von „Raum“ wird eine Gleichbehandlung von Online-Märkten (wie Industrie 4.0) und Offline-Märkten sichergestellt.

(3) Zeitlich relevanter Markt

Im Detail ist nicht geklärt, was einen zeitlich relevanten Markt charakterisiert und ob eine zeitliche Abgrenzung überhaupt nötig ist. Teilweise wird vertreten, dass zeitliche Faktoren bei der sachlichen Marktabgrenzung berücksichtigt werden könnten und ein eigenes Konzept überflüssig sei.²²⁸³ Bei der hier vertretenen funktional-wettbewerbsökonomischen Konzeption muss der Zeitfaktor als Strategievariable (z.B. im Hinblick auf „first mover“-Strategien einer „Zeitführerschaft“ etwa im Innovations-

²²⁸¹ Vgl. T. Eilmansberger, in Streinz EUV/EGV-Kommentar, vor Art. 81 EGV, Rn. 45 mit Hinweis auf EuGH *Firma Ambulanz Glöckner gegen Landkreis Südwestpfalz (Ambulanz Glöckner)* (C-475/99, EU:C:2001:577) Rn. 34.

²²⁸² Vgl. Bekanntmachung der Kommission 97/C 372/03, ABIEG 09.12.1997, 5 f. Gliederungspunkt III. Nr. 39.

²²⁸³ So etwa J. T. Füller, in: MüKo EuWettbR (1997), Einl. Rn. 1692 u. 1693, unter Hinweis in Rn. 1693 auf EuGH *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV u.a. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften* (C-77/77, EU:C:1978:141).

wettbewerb) eigenständig berücksichtigt werden. Aber auch bei anderen Wettbewerbsformen ist der Zeitfaktor bei allen Märkten in der funktionalen Betrachtung entscheidend. Insbesondere im Vergleich der Funktionsbedingungen von tatsächlichem und funktionalem Gebiet (siehe zuvor (2)) kann sich ein erheblicher Unterschied zwischen Online-Märkten und Offline-Märkten ergeben. Z.B. können sämtliche Regelungen für Ladenöffnungszeiten oder Sonntagsverkaufsverbote etc. – also die klassischen Fallgruppen der sog. „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ der *Keck*-Rechtsprechung – nicht auf den Online-Handel angewendet werden, womit der Online-Handel sich als autonomer zeitlicher Markt regelhaft ohne Öffnungszeiten darstellt.

Der Fall EuGH *Sbarigia* verdeutlicht wiederum, dass der zeitlich relevante Markt unmittelbar den Mengenwettbewerb bestimmt und für diesen eine wesentliche Funktionsbedingung darstellt, welche nur dann alle Wirtschaftssubjekte auf der Angebotsseite gleichermaßen tangiert, soweit die zeitliche Limitierung des Angebots auch tatsächlich und strategisch für alle gleich wirkt.

Beispiel EuGH *Sbarigia*²²⁸⁴: Für den Sachverhalt lässt sich der relevante Markt insgesamt wie folgt subsumieren:

(1) Sachlich relevanter Markt. Es lassen sich mindestens drei sachlich relevante Märkte definieren: Erstens ein Produktmarkt für verschreibungspflichtige und nichtverschreibungspflichtige Arzneimittel sowie andere Produkte, die in Apotheken üblicherweise angeboten werden, wie Nahrungsergänzungsmittel, Kosmetik usw. (Art. 34, 35 AEUV); zweitens ein Dienstleistungsmarkt betreffend die Beratungsleistungen, welche üblicherweise in einer Apotheke geleistet werden (Art. 56 AEUV); drittens ein Niederlassungsmarkt für potenzielle, d.h. weitere, neue Niederlassungen von Apotheken in Rom (Art. 49, 54 AEUV).

(2) Örtlich relevanter Markt. Als örtlich relevanter Markt lässt sich anhand der Üblichkeit einer tatsächlichen Austauschbarkeit von Apothekenleistungen (Produkte / Beratung), die maßgeblich von der Apothekendichte abhängt, ein örtlicher Raum in der Metropole Rom definieren (tatsächliches Gebiet). Daneben lässt sich indessen ein weiteres Gebiet abgrenzen, nämlich via die über den physischen Raum hinausgehend möglichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen, welche sich darstellen als Online-Angebote und/oder als Leistungen an Touristen, welche nicht regelhaft in der gleichen Quantität zu dem tatsächlichen örtlichen Gebiet Rom gezählt werden können (funktionale Transnationalität). Für potenziell weitere Niederlassungen von Apotheken gelten diese Bedingungen als Standortbedingungen.

(3) Zeitlich relevanter Markt. Durch die staatlich festgesetzte und durch die Apothekenkammer regulierte Verkaufszeit in der Form von zwingend festgelegten Betriebsferien für einige, aber nicht für alle Apotheken in Rom, werden zwei zeitlich relevante Märkte geschaffen, nämlich der Angebotsmarkt in der Ferienzeit (von dem selektiv nur einige Apotheken ausgeschlossen sind, die zwingend Betriebsferien einhalten müssen) und der Angebotsmarkt außerhalb der Ferienzeit (die Zeit in dem alle Apotheken ihre Leistungen anbieten können).

²²⁸⁴ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

cc) Dogmatische Konsequenzen für die Inländerdiskriminierung

Das Konzept der *funktionalen Transnationalität* in der zuvor bei aa) und bb) dargestellten Umsetzung auf der Ebene des Kontrollgegenstandes zeigt, dass ein „grenzüberschreitender Sachverhalt“ (als Voraussetzung für die „Anwendbarkeit“ der Grundfreiheiten gemäß der geltenden Terminologie) unter Berücksichtigung des „aktuellen Standes der Integration“ bereits dann gegeben ist, wenn physisch überhaupt keine Bewegung des Wirtschaftssubjektes erfolgt, also insoweit sogar „non-movement“ vorliegt. Denn ausreichend für die Bejahung einer Transnationalität sind potentiell bestehende, transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen, die in ein tatsächliches Tauschverhältnis (Angebot / Nachfrage) im Sinne von „funktionalem movement“ münden können. Aus der Sicht eines Wirtschaftssubjektes sind also dessen möglichen Handlungsoptionen im Angebots-Nachfragemechanismus als Aktionsradius zu betrachten. Dieser Aktionsradius definiert sich über potenzielle Leistungsangebote (Offerten) an die Marktgegenseite, und zwar über die bestehenden Leistungs- und Vertragsbeziehungen im aktuellen Wettbewerb hinaus, d.h. an die Nachfrage, welche bislang von einem Konkurrenten bedient wird (potenzieller Angebotswettbewerb). Der hierfür maßgebliche sachlich, örtlich und zeitlich relevante Markt ist dabei denklologisch vollkommen unabhängig von Staatsgrenzen zu definieren, wie zuvor bei bb) erörtert.

Dieser Perspektivenwechsel, also ein Anknüpfen an „funktionales movement“, d.h. an die faktische Ausdehnung von Leistungs- und Gegenleistungen (mögliche Tauschverhältnisse), anstelle einer Anknüpfung an das physische Movement eines Wirtschaftssubjektes, erfordert eine unionsrechtliche Neubewertung von Sachverhalten der sog. Inländerdiskriminierung (*discrimination à rebours*). Denn die dogmatische Konsequenz der funktionalen Transnationalität ist, dass diese Sachverhalte regelhaft von dem Kontrollgegenstand des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot erfasst sind. Dies folgt daraus, dass die Transnationalität nach dem hier vertretenen Ansatz gerade nicht an die tatsächliche physische Mobilität des betroffenen Marktteilnehmers (Inländer) anknüpft, sondern ausschließlich an den relevanten Markt und den dort aktuell und potenziell möglichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen, welche u.a. auch durch das Marktverhalten aller Marktteilnehmer (wie z.B. durch den zuziehenden Unternehmer aus einem Drittstaat) bestimmt werden. D.h. in der funktional-wettbewerbsökonomischen Betrachtung kann es keinen Inländer mehr geben, da nicht die Definition des Staatsterritoriums maßgeblich ist, sondern ausschließlich der funktional definierte Aktionsradius der Leistungs-transnationalität als („funktional örtlich“) relevanter Markt.

Die dogmatisch-konzeptionelle Notwendigkeit der Erfassung der Inländerdiskriminierung durch das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot ergibt sich im Lichte der veränderten Unionsteleologie nach Lissabon im Detail aus folgenden drei Überlegungen. Erstens führt das bislang maßgebliche Kriterium des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“, welches territorial definiert ist, im Zusammenspiel mit dem Herkunfts- und Marktzugangsprinzip zu einer *systemwidrigen faktischen Rechtswahlmöglichkeit* via Marktzutritt jenseits der Kollisionsregeln des IPR. Der damit verbundene Wettbewerb der Rechtssysteme geht nach der geltenden Konzeption von „Grenzüberschreitung“ re-

gemäßig zu Lasten der physisch immobilen Wirtschaftssubjekte im „Inland“, d.h. zu Lasten solcher Marktteilnehmer, welche sich wettbewerbsstrategisch bewusst zu einem physischen „non-movement“ entscheiden oder aus Gründen der konkreten Bedingungen im Ressourcenwettbewerb dazu entscheiden müssen (dazu näher (1)). Zweitens stellt die Inländerdiskriminierung aus der Perspektive der *wettbewerbsökonomischen Relationsbetrachtung transnational relevanter Märkte* eine systemimmanente Ungleichbehandlung gleicher Märkte in einem einheitlichen transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt dar. Dies bedeutet rechtsdogmatisch betrachtet wiederum eine systemisch inkongruente Verletzung des unionsverfassungsrechtlich garantierten Gleichheitssatzes (dazu näher (2)). Drittens ist unter Berücksichtigung von Gerechtigkeitserwägungen, welche gemäß dem aktuellen Stand der Integration der Werte- und Wirtschaftsverfassung im Lichte von Art. 2 Satz 2 EUV in die Auslegung einzubeziehen sind, festzustellen, dass an die *Nicht-Inanspruchnahme einer begünstigenden Rechtsposition* (physisches „non-movement“), d.h. der durch die Grundfreiheiten garantierten wirtschaftlichen Mobilität, weder durch das nationale Recht noch durch das Unionsrecht Nachteile geknüpft werden dürfen.²²⁸⁵ Ansonsten würde das Unionsrecht einen unmittelbaren oder mittelbaren rechtlichen Zwang zur Ausübung von physischer Mobilität bewirken. Dies widerspräche dem Werte fundierten Freiheitsgedanken gleich freier Wettbewerber, welche ihre Wettbewerbsstrategien im transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt ohne staatlichen Zwang wählen können. Überdies ist die Konstellation der sog. Inländerdiskriminierung gemäß dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit im transnationalen Wettbewerb zu erfassen (dazu sogleich ebenso unter (2)).

(1) Überwindung der systemwidrigen faktischen Rechtswahl

Die Gleichheit im Wettbewerb ist ein fundamentaler Grundsatz des Wettbewerbsrechts²²⁸⁶ und nach der hier vertretenen Auffassung unter Berücksichtigung der Werte- und Zielidentität von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung²²⁸⁷ auch im Hinblick auf die transnationale Mobilität wirtschaftlicher Leistungen durch die Grundfreiheiten zu schützen.

Rechtsdogmatisch liegt das Problem der Inländerdiskriminierung in der formaljuristischen und territorialen Interpretation von Zwischenstaatlichkeit begründet.²²⁸⁸ Eben diese Interpretation führt dazu, dass die Verknüpfung von *Herkunftslandprinzip*

²²⁸⁵ So explizit *N. Kotalakidis*, Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft (2000), S. 244: „Unter dem Gesichtspunkt, dass ein Unionsbürger erst „auswandern“ muß, bevor er von den (für alle Unionsbürger) geltenden gemeinschaftlichen Rechtsverbürgungen profitieren kann, könnte sich auf der Grundlage des Unionsbürgerstatus eine „negative Komponente“ des Freizügigkeitsrechts aus Artikel 18 EGV sowie aller anderen Gemeinschaftsrechte und -grundfreiheiten entwickeln“. Hergeleitet aus den Implikationen („Änderung des Integrationszusammenhangs“) und den Funktionen (Institutionalisierung des Mitgliedschaftsstatus der Person) von Unionsbürgerschaft und Grundfreiheiten im Zusammenhang des Problems der Inländerdiskriminierung, S. 232-242.

²²⁸⁶ Siehe nur *H. Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Vor Art. 101-109 AEUV, Rn. 17.

²²⁸⁷ Kapitel 4 A. und C.

²²⁸⁸ Kapitel 1 A. II. und Kapitel 5 C. I. 4.

(EuGH *Cassis*-Rechtsprechungslinie)²²⁸⁹, *Marktzugangsrecht* (EuGH *Keck*²²⁹⁰ bis *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²²⁹¹) und *Anwendungsvorrang* eine faktische Rechtswahl für physisch mobile Wirtschaftssubjekte ermöglicht. Die daraus resultierende „Kollisionsregel“ schafft eine per se Priorität zugunsten des physisch mobilen Wirtschaftssubjekts, die ausnahmslos Gleiches ungleich behandelt.

Zu dem Zeitpunkt der *Cassis*-Entscheidung (1979) war noch nicht ersichtlich, dass sich die Grundfreiheiten zu umfassenden Marktzugangsrechten entwickeln würden. Es lag daher zum damaligen Zeitpunkt der Entscheidungsfindung im legitimen Interesse der Gemeinschaft, die Integration durch das Herkunftslandprinzip zu fördern. Die Ebene des individuellen Wettbewerbs und der Aspekt der Individualgerechtigkeit im Wettbewerb mussten damals noch nicht die Beachtung finden, wie dies heute die Wertebindung der subjektiv-rechtlichen internen Politiken in Umsetzung des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot erfordert. Die seit dieser Rechtsprechung stark erhöhte (und erwünschte) Mobilität der Marktteilnehmer führte zu einer Dogmatik der Grundfreiheiten, welche den nicht-mobilen Marktteilnehmer benachteiligt, ihm also bildlich den „Schwarzen Peter“ eines ungelösten unionsrechtlichen Problems der Supranationalität im Spiel um Wettbewerbschancen zugeschoben hat. Dies ist die Konsequenz aus der Kumulation von Territorialitäts- sowie Ursprungs- bzw. Herkunftslandprinzip im Zusammenspiel mit den „Rest-Kompetenzen“ der Mitgliedstaaten, entsprechend der begrenzten Reichweite des Konzepts der Supranationalität.²²⁹²

Diese systemimmanente Ungleichbehandlung von physischem „non-movement“ und „movement“ ist mit der objektiv-rechtlich durch das unionsrechtliche Beschränkungsverbot garantierten Markt- und Wettbewerbsgleichheit ebenso wenig vereinbar wie mit der Marktgerechtigkeit, ausgedrückt über die Chancengleichheit im Wettbewerb, welche über das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot in subjektiv-rechtlicher Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot auf der Anwendungsebene zu gewährleisten ist. Der „Inländer“ darf durch die Anknüpfung an das für ihn geltende Recht seines Territoriums nicht zu einem rechtlich ungeschützten „Objekt des Systemwettbewerbs“ degradiert werden. Das ist aber gerade der Fall, wenn unter Verweis auf den Schutz durch das nationale Recht der Individualrechtsschutz des immobilen Marktteilnehmers unionsrechtlich systematisch verkürzt wird.

(2) Gleichheit und Gerechtigkeit in der Wettbewerbsökonomik

In der Bewertung von Marktgleichheit und Marktgerechtigkeit am Beispiel der klassischen EuGH-Entscheidung zu dem *Reinheitsgebot für Bier*²²⁹³ (vgl. bereits Kapitel 5 C. I. 4. a)) zeigt sich, dass die Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes zur „Nichtmobilität“ eine bewusste bzw. betriebswirtschaftlich nötige Strategie im Wettbewerb sein kann oder muss, weshalb die Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes zur

²²⁸⁹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²²⁹⁰ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

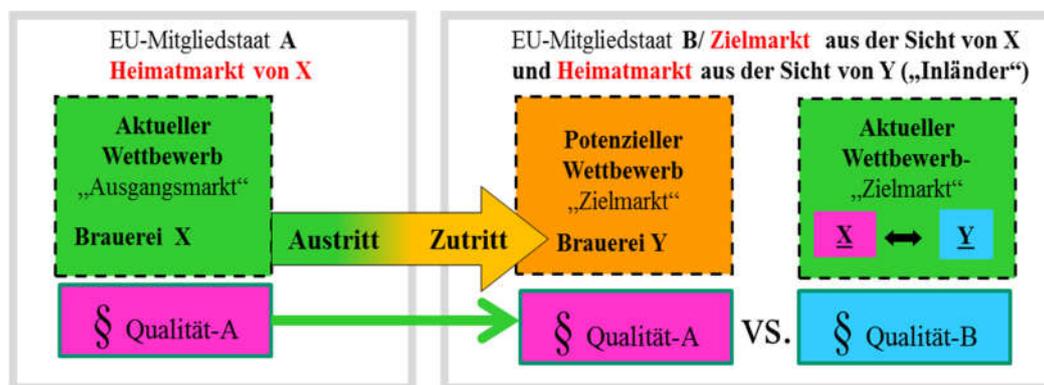
²²⁹¹ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²²⁹² Siehe hierzu Kapitel 1 B. I. 3. und Kapitel 5 B. I.

²²⁹³ EuGH *Reinheitsgebot für Bier* (C-178/84, EU:C:1987:126).

„Nichtmobilität“ („non-movement“) als Rechtsposition unter gleichheits- und freiheitsrechtlichen Gesichtspunkten unionsrechtlich zu schützen ist.²²⁹⁴

Abbildung-16: EuGH *Reinheitsgebot für Bier* in abstrakt-schematischer Darstellung. Hier gegenüber der Abbildung-12 in Kapitel 5 C. I. 4. mit der funktionalen Konzeption von Heimatmarkt (Marktaustritt) und Zielmarkt (Marktzutritt).



© Marco Keser

In der betriebswirtschaftlichen Realität ist es u.a. möglich, dass eine Brauerei Y in Mitgliedstaat B aufgrund ihrer Ressourcenausstattung und ihrer Kostenstruktur (Aktionsparameter Kapazität) eine Ausweitung des Vertriebs in andere Mitgliedstaaten oder die Errichtung einer Zweigniederlassung nicht oder zumindest erst zu einem späteren Zeitpunkt verfolgen kann, und daher eine bewusste Entscheidung für „non-movement“ als Teil einer Wettbewerbsstrategie (im Kapazitätswettbewerb) fällt.

Diese Annahme zeigt, dass eine betriebswirtschaftlich indizierte Wettbewerbsstrategie über eine formale Auslegung von „Grenzüberschreitung“ nicht regelhaft dazu führen darf, dass in dem relevanten Markt des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes (im Beispiel der relevante Produktmarkt für Bier in dem Mitgliedstaat B) für den aktuellen und potenziellen Wettbewerb aus der Perspektive des (noch) nicht mobilen Marktteilnehmers (im Beispiel Brauerei Y) unterschiedliche rechtliche Vorschriften betreffend die Qualitätsanforderungen (Qualitätswettbewerb) an ein Produkt bedingen (hier: Reinheitsgebot im Inland B, jedoch nicht im Ausland A, aus der Sicht des immobilien Wirtschaftssubjektes Y). Denn so schaffen die Grundfreiheiten genau das, was sie verhindern sollen, nämlich ungleiche Wettbewerbsbedingungen für gleiche Wirtschaftssubjekte in einem relevanten Teilmarkt des Binnenmarktes. Die Steuerung von Angebot und Nachfrage im *Qualitätswettbewerb* wird somit, d.h. gemäß der geltenden Konzeption von „grenzüberschreitendem Sachverhalt“, nicht mehr von der Strategie eines Unternehmens oder dessen überlegenen Leistung, sondern maßgeblich von der Möglichkeit einer faktischen Rechtswahl durch ein Unternehmen beeinflusst, nämlich durch das ak-

²²⁹⁴ Siehe zu dieser Argumentation im interdependenten Zusammenhang von Unionsbürgerschaft und Grundfreiheiten N. Kotalakidis, Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft (2000), S. 244 mit Fn. 840.

tiv mobile Unternehmen (Im Beispiel Brauerei X), welches via Marktzutritt faktisch zu einem „Rechtsmonopolisten“ befördert wird.

Das nationale Recht wird so, gemittelt über das Marktzutrittsrecht der Grundfreiheiten in Verbindung mit dem Herkunftsprinzip, zu einem sich systembedingt ungleich auswirkenden Aktionsparameter der *Wettbewerbsform Systemwettbewerb*. Das Wirtschaftssubjekt kann in so einem Fall nicht mehr durch eine unternehmerische Leistung oder die Wahl eines Aktionsparameters seine Chancen im Wettbewerb beeinflussen, sondern bestenfalls durch Lobbyismus (*Wettbewerbsform Netzwerkwettbewerb* in einem politischen Markt), der aber eher als ein realistischer Weg für große Unternehmen bzw. gesellschaftlich hinreichend vertikal vernetzte Akteure in Betracht kommt. Kleine Unternehmen erfahren hierdurch systematisch stets einen strategischen Wettbewerbsnachteil.²²⁹⁵

Im Ergebnis muss demnach das nicht-mobile Wirtschaftssubjekt (im Beispielfall Y) nach der geltenden Konzeption zur Inländerdiskriminierung das für ihn gegenüber seinem Konkurrenten (X) im aktuellen Wettbewerb ungünstigere Recht seines Heimatstaates (Mitgliedstaat B) als objektive Funktionsbedingung bei der Wahl seiner Wettbewerbsstrategie als unveränderlich akzeptieren. In einem sachlich und örtlich relevanten (Produkt-)Markt können also, unionsrechtlich nicht nur legitimiert sondern sogar forciert, durch das Herkunftslandprinzip und das Marktzutrittsrecht²²⁹⁶ im Zusammenspiel mit dem Anwendungsvorrang im aktuellen Wettbewerb bei gleichen Produkten ungleiche objektive Funktionsbedingungen im Markt bestehen. Das inländische Unternehmen (Y) kann den Aktionsparameter „Qualität“ nicht mehr als Strategievariable im aktuellen Wettbewerb zur Differenzierung gegenüber seinem ausländischen Konkurrenten (X) wählen. Der physisch mobile Konkurrent (X) wiederum kann vollkommen frei über die Zusammensetzung und Qualität des Produktes entscheiden. Sofern die eigene Position in dem konkreten Markt gerade nicht über andere Wettbewerbsformen, wie z.B. den *Preiswettbewerb* oder den *Imagewettbewerb* beeinflusst werden könnten, würde dem physisch nicht mobilen Unternehmen strukturell (strategisch-protektionistisch) eine wesentliche Möglichkeit zur Positionierung im Wettbewerb genommen. Die einzige Möglichkeit für den „Inländer (Y) mit dem Konkurrenten (X) „gleich zu ziehen“ wäre, das beschränkende Heimatrecht „abzustreifen“, in dem der Inländer (Y) sich selbst in den Mitgliedstaat seines Konkurrenten begibt (Mitgliedstaat A), um von dort aus das „fremde Recht“ über den Weg des Herkunftsprinzips „Huckepack“ in seinen Heimatstaat (Mitgliedstaat B) mitzunehmen. Nur durch diese „zweifache Mobilität“ einer *Ausplus Zuwanderung* wären eine Wahl des fremden Rechts und *Chancengleichheit* (im

²²⁹⁵ Zur politischen Ökonomie des Marktzugangs und entsprechenden Lobbyismus Aktivitäten siehe *F. Schmidt*, Institutionelle Markteintrittsschranken, potentielle Konkurrenz und Unternehmensverhalten (1998), S. 222 ff.

²²⁹⁶ Gerade die auf das Produkt und dessen Zusammensetzung bezogene Maßnahmen, wie das Verbot bestimmter Inhaltsstoffe von Bier, fallen gemäß der *Keck*-Rechtsprechung (EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905)) als produktbezogene Regelungen in den Anwendungsbereich des Beschränkungsverbot, und X-A kann sich hierauf gegenüber Land B berufen.

Sinne von Fairness als Gerechtigkeit²²⁹⁷ bzw. als Ausfluss von Freiheit und Gleichheit im Wettbewerb) gewährleistet. Ob diese Notwendigkeit einer Umgehungstaktik angesichts der auf Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit fußenden Binnenmarktteleologie die angemessene Funktionsweise eines modernen Binnenmarktes und eine zumutbare Verfahrensweise für Marktteilnehmer darstellt, erscheint mehr als zweifelhaft.²²⁹⁸ Der Verweis darauf, dass das benachteiligte Wirtschaftssubjekt auf die nötige Rechtsangleichung via Sekundärrecht „warten“ müsse²²⁹⁹ bzw. sich im nationalen Rahmen auf der Grundlage des dortigen Gleichheitssatzes zu wehren habe, ist wiederum unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit abzulehnen. Letzteres ist überdies abzulehnen, da der Verweis auf die nationale Rechtsordnung einer Einordnung des relevanten Marktes als rein nationaler Markt gleichkäme. Der relevante Markt kann jedoch, wie zuvor gezeigt wurde (funktionale Transnationalität) nicht (mehr) rein national betrachtet werden, sondern ist notwendig funktional zu bestimmen. In einem weit integrierten Binnenmarkt kann es, bis auf wenige Ausnahmen der reinen Offlinewirtschaft (wie z.B. Dorfbäcker), keine nationalen Märkte mehr geben. In dem stark expandierenden Bereich der Onlinewirtschaft gibt es dem Grunde nach überhaupt keine nationalen Märkte mehr. Dieser Status gemäß dem tatsächlich und rechtlich aktuellen Stand der Integration gebietet die bisher als Inländerdiskriminierung bewerteten Sachverhalte nunmehr als *transnationale wirtschaftliche Sachverhalte* gemäß der funktionalen Transnationalität regelhaft dem Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten zu unterstellen.

2. Anknüpfungspunkt der Maßnahme (Wie)

Die funktionale Maßnahmenqualifikation erfordert nach der Bestimmung des Anknüpfungsgegenstandes der Maßnahme (zuvor 1.) ebenso deren *Anknüpfungspunkt* zu ermitteln. Bei der Prüfung des Anknüpfungspunktes der Maßnahme ist erstens zu klären, an welches *konkrete Merkmal des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes* (festgestellt bei dem Anknüpfungsgegenstand) z.B. eine gesetzliche Regelung oder ein Verwaltungsakt Rechtsfolgen knüpft.

In dem Sachverhalt EuGH *Keck* bilden die potenziellen Kaufverträge auf der Ebene des Einzelhandels betreffend den Markt für Kaffee den Anknüpfungsgegenstand (siehe zuvor 1.). Der Anknüpfungspunkt der Maßnahme ist das Tatbestandsmerkmal „Preis“ als Aktionsparameter des Preiswettbewerbs, an welches eine Rechtsfolge (Verbot der Kalkulation unter dem sog Einstandspreis) geknüpft ist.

²²⁹⁷ Hier durchaus im Sinne der Reflexion von *Amartya Sen* (Die Idee der Gerechtigkeit (2009/2013)) zu *John Rawls* (Gerechtigkeit als Fairness), siehe Seite 32, Fußnote 176.

²²⁹⁸ Ebenso die Argumentation bei *N. Kotalakidis*, a.a.O. (2000), S. 244.

²²⁹⁹ Dies ist die Konsequenz einer Konzeption, welche die Inländerdiskriminierung nicht von den Grundfreiheiten erfasst sieht, wie zuletzt *T. Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36, Rn. 40, mit der Argumentation, dass die Einbeziehung von „internen Sachverhalten“ aus einem freiheitsrechtlichen Verständnis der Grundfreiheiten folge. Richtig sei indessen eine ausschließlich gleichheitsrechtliche Interpretation, „die die transnationale Integrationsfunktion der Grundfreiheiten betone“, da sich die Grundfreiheiten „auf den Abbau föderaler Gefährdungslagen“ konzentrieren müssten.“

In dem Sachverhalt EuGH *Sbarigia*²³⁰⁰ bilden die potenziellen Kaufverträge für Apothekenprodukte sowie die korrespondierenden Beratungsleistungen der Apotheke den Anknüpfungsgegenstand (siehe zuvor 1.). Der Anknüpfungspunkt der Maßnahme wäre die Menge der angebotenen Leistung, welche durch die Regelung zu Öffnungszeiten / Betriebsferien reguliert wird und somit den Aktionsparameter Menge des Mengenwettbewerbs betrifft.

Zweitens ist bei dem Anknüpfungspunkt eine Abgrenzung von *per se Verbot* (Diskriminierungsfälle gemäß der geltenden Terminologie) und Wirkungsprüfung (Beschränkungsfälle gemäß der geltenden Terminologie) vorzunehmen und zu bestimmen, ob die streitgegenständliche Maßnahme eine *territoriale Anknüpfung* (dazu sogleich a)) oder eine *nicht-territoriale Anknüpfung* (dazu sogleich b)) aufweist.²³⁰¹

Diese Unterscheidung von territorialer Anknüpfung („unterschiedliche Maßnahme“ nach der geltenden Terminologie) oder nicht-territorialer Anknüpfung („unterschiedslose Maßnahme“ nach der geltenden Terminologie) gründet sich auf der Tatsache, dass die Verletzung des Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzips bei einer territorialen Anknüpfung bereits aus der Anknüpfung selbst folgt, womit gleichzeitig die Rechtsgutverletzung bewiesen wäre. In allen anderen Fällen einer nicht-territorialen Anknüpfung ist eine umfängliche Beweisführung zur Frage der Rechtsgutsverletzung zu tätigen. Hier wird insoweit die *ratio decidendi* der *Keck*-Rechtsprechung²³⁰² bzgl. der Beweislast bei dem Kriterium der „rechtlich und tatsächlich gleicher Berührtheit“ verarbeitet.

Diese Konzeption entspricht der EuGH-Rechtsprechung in welcher der Gerichtshof bei der Prüfung der Grundfreiheiten auf die Terminologie des Kartellrechts einer „be-zweckten“ oder „bewirkten“ Beschränkung zurückgegriffen hat²³⁰³ (Parallelwertung zu Art. 101, 102 AEUV). Bei Art. 101, 102 AEUV unterscheiden weder Rechtsprechung noch Literatur zwischen einem Wettbewerbsdiskriminierungsverbot und einem Wettbewerbsbeschränkungsverbot. Mit dem einheitlichen Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung²³⁰⁴ werden insbesondere bei Art. 101 AEUV vielmehr zwei Erscheinungsformen koordinierenden Verhaltens einer „be-zweckten“ oder „bewirkten“ Beeinflussung des Wettbewerbs erfasst. Ohne den Umweg über eine formale Typisierung bzw. Differenzierung geht es dabei im Wesentlichen um die Klärung der Beweisanforderungen.²³⁰⁵ Bei einer „be-zweckten“ Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich um einen finalen Eingriff in den Wettbewerb, welcher der Diskriminierung bei den Grundfreiheiten

²³⁰⁰ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²³⁰¹ Erst im Rahmen des Kontrollmaßstabes bei der Wirkungsprüfung ist bei der nicht-territorialen Anknüpfung zu prüfen, an welchen konkreten wettbewerblichen Aktionsparameter die Maßnahme Rechtsfolgen knüpft.

²³⁰² EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²³⁰³ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 24.

²³⁰⁴ Siehe nur *T. Lübbig*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 8, Rn. 20 ff. Hierbei ist davon auszugehen, dass allen individualrechtsschützenden Wettbewerbsvorschriften des Vertrages im Kern derselbe Kontrollmaßstab zugrunde liegt, der seinem genauen Inhalt nach (Wettbewerbsbegriff betreffend die Kontrolle von Unternehmensverhalten im Markt) freilich durch die Praxis der Kommission (Wettbewerbspolitik) und die Rechtsprechung näher ausgestaltet wird und einem dynamischen Wandel unterliegt.

²³⁰⁵ Siehe nur *T. Lübbig*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 8, Rn. 26-29.

entspricht. Die kartellrechtliche Praxis nimmt hier keine Beweisaufnahme vor, sondern stuft dieses Verhalten als per se-Verletzung von Art. 101 AEUV ein. Insoweit handelt es sich bei dieser Alternative um ein per se-Verbot. Demgegenüber ist bei einer „bewirkten“ Wettbewerbsbeschränkung eine Beweisaufnahme erforderlich, wobei in der Praxis eine umfassende ökonomische Analyse der Markt- und Wettbewerbssituation erfolgt. Bei der Beweisaufnahme ist zu beachten, dass selbst von den Parteien objektiv oder subjektiv nicht intendierte Beeinflussungen des Wettbewerbs tatbestandsmäßig sind.

Dementsprechend gilt für die Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes, dass nur bei einer nicht-territorialen Anknüpfung, analog zu dem „Bewirken“ im Kartellrecht, eine umfangreiche wettbewerbsökonomische Wirkungsanalyse (Mobilitätsbeschränkungsprüfung) hinsichtlich der Wirkungen der Maßnahme auf den Marktzutritt und/oder Marktaustritt, also die transnationale Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit, zu erfolgen hat. Eine territoriale Anknüpfung (Tatbestandsmerkmale und/oder Rechtsfolgen einer Maßnahme, welche an die Herkunft einer wirtschaftlichen Leistung im weitesten Sinne anknüpfen), verstößt analog zu dem „Bezwecken“ per se bereits gegen die transnationale Markt- und Wettbewerbsgleichheit, womit sich eine dedizierte Mobilitätsbeschränkungsprüfung erübrigt.

a) *Territoriale Anknüpfung („Bezwecken“)*

Die territoriale Anknüpfung entspricht den „unterschiedlichen“ (diskriminierenden) Maßnahmen bzw. dem „Bezwecken“ gemäß der jüngeren EuGH-Rechtsprechung, welche die Terminologie des Kartellrechts nunmehr auch bei den Grundfreiheiten zur „Charakterisierung“ einer Maßnahme verwendet.

Der Gerichtshof nutzt den Begriff „Bezwecken“ zur Kennzeichnung *final* ausge richteter Maßnahmen, also für Diskriminierungen.²³⁰⁶ Bei der Prüfung des wettbewer blichen Beschränkungsverbotes ist der Zweck einer Absprache grundsätzlich ihrem In halt zu entnehmen. Ein „Bezwecken“ liegt dort vor, wenn die wirtschaftliche Entschlie ßungs- oder Handlungsfreiheit der am Wettbewerb beteiligten Unternehmen zielgerich tet eingeschränkt wird und sich dadurch die Marktverhältnisse verändern.²³⁰⁷ Ausrei chend ist demnach bereits die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung, während die subjektive Intention der Parteien unerheblich ist. Liegt eine finale Maß nahme vor, so müssen die konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb, d.h. insbeson dere auf die Marktstruktur und das Marktverhalten, nicht weiter ermittelt und nachge wiesen werden, da der Verbotstatbestand insoweit schon die „Gefährlichkeit“ der Exis tenz einer finalen Maßnahme im Sinne einer umfassenden „Gefährdungshaftung“ er fasst.²³⁰⁸ Hierdurch kommt zum Ausdruck, dass bereits die Absprache von Unterneh-

²³⁰⁶ T. Lübbig, a.a.O. (2016), § 8, Rn. 26.

²³⁰⁷ H. Schröter, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 81, Rn. 124.

²³⁰⁸ Vgl. Kommission, ABl. Nr. L 74/21, Rn. 44, (1990) – LDPE; Kommission, ABl. L 74/1, Rn. 37, (1990) – PVC; Kommission, ABl. L 232/15, Rn. 78, (1986) – Dichtungsbahnen; Kommission, ABl. L 212/27, Rn. 71, (1984) – Zinc Producer Group.

men für sich genommen das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflussen kann²³⁰⁹, indem diese einen Rahmen mit entsprechenden psychologischen Anreizen schafft, innerhalb dessen unternehmerische Entscheidungen getroffen werden, die ohne Absprache, d.h. unter unbeeinflussten Marktverhältnissen, anderen Bedingungen unterworfen wären.

Eben diesem „Bezwecken“ entspricht bei dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot die *territoriale Anknüpfung* einer Maßnahme. Ein Beispiel für eine solche territoriale Anknüpfung einer Maßnahme ist die Sardische Regionalsteuer, die Gegenstand der EuGH-Rechtssache *Sardegna* (Landungssteuer) war, welche nur von denjenigen Steuerpflichtigen erhoben wird, die ihren Wohnsitz nicht in der Region „Sardinien“ haben.²³¹⁰

Beispiel EuGH *Sardegna* (Landungssteuer): Streitgegenständlich ist die Steuervorschrift einer regionalen Körperschaft in Italien/Sardinien (Art. 4 des Regionalgesetzes Nr. 4/2006), welche die Einführung einer regionalen Steuer auf zu touristischen Zwecken durchgeführte Landungen von zum privaten Transport von Personen bestimmten Luftfahrzeugen und von Freizeitbooten vorsieht, wobei eine Steuer nur von Unternehmen mit steuerlichem Wohnsitz außerhalb des Gebietes der Region erhoben wird. Diese Steuer betrifft sowohl die Dienstleistung (Art. 56 AEUV) als auch die Kostenstruktur des Unternehmens (Art. 107 Abs. 1 AEUV).²³¹¹ Art. 56 AEUV und Art. 107 AEUV führen zu unterschiedlichen Rechtsfolgen, nämlich zu der Unanwendbarkeit der Steuervorschrift aus Art. 56 AEUV einerseits und zur Rückforderung der Beihilfe aus Art. 107 Abs. 1 AEUV andererseits.

Generalanwältin *Juliane Kokott* und der EuGH gehen in diesem Fall von einer Beschränkung aus, mit der Begründung, dass die Regelung grundsätzlich gleichermaßen für Inländer (Italiener) und Ausländer gelte, und damit nicht diskriminierend sei.²³¹²

[47] Der Umstand, dass eine Steuerregelung wie die sardische nach dem steuerlichen Wohnsitz der Steuerpflichtigen differenziert, mag auf den ersten Blick dazu verleiten, ihre Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit unter dem Blickwinkel einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zu untersuchen. Eine solche Diskriminierung würde freilich voraussetzen, dass sich die streitige Steuerregelung stärker auf Ausländer als auf Inländer auswirken kann. Im vorliegenden Fall ist es indes keineswegs sicher, dass sich der Kreis der Steuerpflichtigen überwiegend aus Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zusammensetzt. Zu bedenken ist nämlich, dass sich unter den Gebietsfremden, die mit ihren Flugzeugen oder Booten auf Sardinien landen, auch zahlreiche natürliche und juristische Personen befinden dürften, die ihren Steuerwohnsitz lediglich in anderen Regionen Italiens haben; in den allermeisten Fällen wird es sich dabei um italienische Staatsangehörige handeln. Vor diesem Hintergrund erscheint das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im vorliegenden Fall eher fernliegend.

²³⁰⁹ So bereits EuGH *Miller* (C-19/77, EU:C:1978:19) Rn. 8 ff.

²³¹⁰ EuGH *Sardegna* (C-169/08, EU:C:2009:709) Rn. 7 ff., 31.

²³¹¹ EuGH *Sardegna* (C-169/08, EU:C:2009:709) Rn. 51 ff.

²³¹² EuGH *Sardegna* (C-169/08, EU:C:2009:709) Rn. 35; Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* EuGH *Sardegna* (C-169/08, EU:C:2009:420) Rn. 47/48.

[48] Nach ständiger Rechtsprechung umfasst jedoch der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern auch ein Beschränkungsverbot. Dementsprechend verlangt Art. 49 EG nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.

Die Folge ist, dass Generalanwältin *Juliane Kokott* im Weiteren zum Nachweis einer Beschränkung auf die Kostenfolgen der Maßnahme abstellen muss und diese in den Wettbewerbskontext stellt.²³¹³

[52] Eine Regionalsteuer wie die sardische, die nur von Gebietsfremden erhoben wird, stellt für die Betreiber von Privatflugzeugen und Freizeitbooten mit steuerlichem Wohnsitz außerhalb Sardinien einen zusätzlichen Kostenfaktor dar, dem ihre Wettbewerber mit Steuerwohnsitz auf Sardinien nicht unterliegen. Für Gebietsfremde ist es entsprechend teurer als für Gebietsansässige, mit ihren Privatflugzeugen und Freizeitbooten auf Sardinien zu landen. Aus demselben Grund wird die Überlassung von Freizeitbooten an Dritte für gebietsfremde Bootsbetreiber im Vergleich zu gebietsansässigen ebenfalls teurer und damit schwieriger. Auch für Touristen wird es damit letztlich weniger attraktiv, mit einem außerhalb Sardinien gemieteten Boot die sardischen Küstengewässer und Häfen anzulaufen.

Nach der hier vorgestellten Konzeption einer Prüfung des Anknüpfungspunktes mit einer Differenzierung von territorialer und nicht-territorialer Anknüpfung wäre der Fall einfacher zu lösen, denn gemäß diesem Ansatz kommt es nicht darauf an, ob die Maßnahme Inländer und Ausländer gleichermaßen erfasst, sondern allein auf die territoriale Anknüpfung („Gebietsfremder“). Eine solche Anknüpfung ist gemäß dem Free Movement-Konzept (funktionale Transnationalität) per se kein zulässiges Kriterium für Rechtsfolgen, denn die Neutralität von Gebietsgrenzen ist für die Verwirklichung und das Funktionieren des Binnenmarktes essentiell.

Gebietsabgrenzungen, wie im vorliegenden Fall EuGH *Sardegna*²³¹⁴, werden im Kartellrecht i.d.R. als „Gebietskartelle“²³¹⁵ bewertet, welche ohne die Notwendigkeit einer ausführlichen Beweisaufnahme verboten sind. Da die Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln im Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung Werte bezogen und zielidentisch gleichermaßen das Binnenmarktprinzip des unionsrechtlichen

²³¹³ Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott EuGH *Sardegna* (C-169/08, EU:C:2009:420) Rn. 52.

²³¹⁴ EuGH *Sardegna* (C-169/08, EU:C:2009:709).

²³¹⁵ Art. 101 Abs. 1 Ziff. b), c) AEUV. Zu den Regelungen in den GVO zu Art. 101 AEUV (Art. 4 lit. b Vertikal-GVO Nr. 330/2010) und der Bewertung als „Kernbeschränkung“ siehe *D. Seeliger*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 11, Rn. 164.

Beschränkungsverbot umzusetzen haben²³¹⁶, bestünde ein Wertungswiderspruch, wenn in einem Sachverhalt bei Anwendbarkeit sowohl der Grundfreiheiten als auch der Wettbewerbsregeln (Sachverhaltsidentität in einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt, wie im Fall *Sardegna* Art. 56 AEUV und Art. 107 AEUV) unterschiedliche Anforderungen an die Territorialität gestellt würden. Eine territoriale Anknüpfung muss daher auch bei den Grundfreiheiten eine Verletzung des Binnenmarktprinzips indizieren, weil in der gleichheitsrechtlichen Perspektive (transnationale Mobilitätsgleichheit) bereits durch die Bezugnahme auf ein Territorium ohne weiteres eine tatsächliche und rechtliche Ungleichbehandlung gemessen am Maßstab der Markt- und Wettbewerbsgleichheit gegeben ist.

b) *Nicht-territoriale Anknüpfung („Bewirken“)*

Im Falle einer nicht-territorialen Anknüpfung der Maßnahme ist das Vorliegen einer Mobilitätsbeschränkung nach dem hier vertretenen funktionalen Konzept des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes regelhaft im Wege einer wettbewerbsökonomischen Wirkungsanalyse (siehe hierzu nachfolgend A. II. und III.) zu beurteilen. Denn wie der Gerichtshof ausgeführt hat, kann eine Maßnahme, selbst wenn diese weder „bezwecken“ noch „bewirken“ sollte, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, „je nach ihrer Tragweite erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher haben, das sich wiederum auf den Zugang des Erzeugnisses zum Markt des Mitgliedstaates auswirken kann“.²³¹⁷

Im Rahmen der Qualifikation des Anknüpfungspunktes ist daher mit der Klärung, dass es sich um eine nicht-territoriale Anknüpfung handelt festzustellen, an welchen *Aktionsparameter einer Wettbewerbsform* der Tatbestand und/oder die Rechtsfolge der Maßnahme anknüpft (z.B. Preis, Menge, Image/Werbung, Kompatibilität, Diversifikation, Qualität, Innovation, Kapazität). Hierbei kann auf die Feststellungen zur Prüfung bei der Bestimmung des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes zurückgegriffen werden (siehe zuvor I. b)).

Im Sachverhalt EuGH *Keck* ist der Anknüpfungspunkt der Maßnahme der „Preis“ (Mindestpreisregelung), konkret dessen betriebswirtschaftliche Kalkulation im Kontext des Preiswettbewerbs. Diese Anknüpfung bezieht sich in keiner Weise auf die Herkunft der wirtschaftlichen Leistung (Kaffee) oder die physischen Grenzen eines Gebietes, womit eine nicht-territoriale Anknüpfung an den Aktionsparameter Preis vorliegt.

Im Sachverhalt EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* ist der Anknüpfungspunkt der Maßnahme die „Kompatibilität“ von Anhängern als Aktionsparameter, konkret in Bezug auf die Kombination von Zugmaschine (Kleinkraftrad) und Anhänger im Kompatibilitätswettbewerb. Diese Anknüpfung bezieht sich in keiner Weise auf die Herkunft der wirtschaftlichen Leistung (Anhänger) oder die physischen Grenzen eines Gebietes, womit eine nicht-territoriale Anknüpfung an den Aktionsparameter Kompatibilität vorliegt.

²³¹⁶ Kapitel 3 B. III. und Kapitel 4 A. und C.

²³¹⁷ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26, mit Verweis auf EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 56.

Im Sachverhalt EuGH *Sbarigia* ist der Anknüpfungspunkt der Maßnahme die „Menge“ der angebotenen Leistung, konkret deren Begrenzung durch eine Regelung betreffend Öffnungszeiten/Betriebsferien. Diese Anknüpfung bezieht sich in keiner Weise auf die Herkunft der wirtschaftlichen Leistung (apothekenübliche Produkte und Beratungsdienstleistungen) oder die physischen Grenzen eines Gebietes, womit eine nicht-territoriale Anknüpfung an den Aktionsparameter Menge vorliegt.

Soweit jedoch in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt überhaupt keine Anknüpfung von Tatbestand oder Rechtsfolge einer Maßnahme an einen Aktionsparameter in Betracht kommt, ist eine Voraussetzung des Kontrollgegenstandes nicht erfüllt. Eine weitere Prüfung ist dann nicht mehr erforderlich. Hiermit erfolgt eine Berücksichtigung der *ratio decidendi* der *Keck*-Formel und der EuGH-Rechtsprechung zu „Umfeldregelungen“ bzw. „Nicht-Modalitäten“ (Kapitel 5 C. I. 2. a) aa) (4)). Indessen werden hier nicht Maßnahmen formaljuristisch als „Modalitäten“ definiert, sondern anhand der tatsächlich maßgeblichen Leistungsbeziehungen in einem relevanten Markt funktional in ihren Wirkungen auf aktuelle und potenzielle Vertragsverhältnisse, d.h. auf Angebots-/Nachfragemechanismen qualifiziert. Dies entspricht wiederum der funktionalen Betrachtungsweise des Unternehmensbegriffs im Kartell und Beihilfenrecht, da es auch hier nicht auf eine formaljuristische Definition von „Unternehmen“ ankommt, sondern darauf, ob eine Teilnahme im Markt erfolgt, unabhängig von der Rechtsform, einer Gewinnerzielungsabsicht etc.

Die Feststellung eines auch nur potenziell möglichen „Bewirkens“ trifft also eine Aussage darüber, dass eine Beweisaufnahme zu den Wirkungen einer Maßnahme auf den transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt am Maßstab der funktionalen Transnationalität erforderlich ist. Solche Maßnahmen sind in keinem Fall im Sinne einer „Modalität“ als „binnenmarktneutral“ zu behandeln. Ausreichend für ein „Bewirken“ ist nach der wettbewerbsrechtlichen Praxis der Kommission bereits die hinreichende Wahrscheinlichkeit.²³¹⁸ Im Unterschied zu Sachverhalten mit finalen Maßnahmen im Sinne eines „Bezweckens“ bedarf es hier einer umfassenden Marktanalyse, um entsprechende Wirkungen nachzuweisen.²³¹⁹ Zwischen der Maßnahme als Ursache und ihrer Wirkung muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Eine ganz atypische, d.h. unter normalen Bedingungen nicht zu erwartende Wirkungsweise hat dabei außer Betracht zu bleiben, da diese den Zurechnungszusammenhang unterbricht. Für das Eingreifen des wettbewerblichen Beschränkungsverbot es ist indessen nicht erforderlich, dass die Beteiligten den Eintritt der Wettbewerbsbeeinflussung und die Folgen der Maßnahme vorausgesehen haben oder hätten voraussehen können.

Beispiel EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*. In diesem Sachverhalt einer reglementierten Nutzung von Wassermotorrädern liegt keine territoriale Anknüpfung

²³¹⁸ Vgl. bereits Kommission, ABl. L 237/12 ff. (1974) – Advocaat Zwarte Kip.

²³¹⁹ Grundlegend EuGH *Stergios Delimitis gegen Henninger Bräu AG (Delimitis)* (C-234/89, EU:C:1991:91) Rn. 14 ff.; vgl. auch EuG *Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Schöller)* (T-9/93, EU:T:1995:99) Rn. 72 ff.; EuGH *Neste Markkinointi Oy gegen Yötuuli Ky u.a. (Neste)* (C-214/99, EU:C:2000:679) Rn. 27.

vor, da das Verbot weder an die Herkunft der wirtschaftlichen Leistung noch an andere Merkmale von Staatsgrenzen der Mitgliedstaaten Bezug nimmt. Indessen ist ein „Bewirken“ möglich, da die Regelung mit der Anknüpfung an den Aktionsparameter „Kompatibilität“ offensichtlich nicht ohne Einfluss auf den Markt für Wassermotorräder und deren Kompatibilität mit bestimmten Gewässern bleiben kann (Kausalität) und somit den Kompatibilitätswettbewerb mindestens tangiert. Ob der Wettbewerb, d.h. der Marktzutritt und/oder Marktaustritt tatsächlich beschränkt ist („weniger attraktiv“), ist sodann auf der Ebene des Kontrollmaßstabes im Rahmen der Mobilitätsbeschränkungsanalyse zu prüfen.

Generalanwältin *Juliane Kokott* hat in dem vorgenannten Sachverhalt der Rechtssache *Mickelsson & Roos* für eine Kategorie sog. „Nutzungsmodalität“ plädiert²³²⁰ und damit, vergleichbar den Verkaufsmodalitäten nach *Keck*²³²¹, diese als nicht tatbestandsmäßige Maßnahmen angesehen. Demnach wäre, wenn es sich nicht um ein Vertragsverletzungsverfahren gehandelt hätte sondern um ein Vorabentscheidungsverfahren, von dem nationalen Gericht noch nicht einmal Beweis zu den Wirkungen der Maßnahme auf den Wettbewerb zu erheben. Der EuGH ist dieser Sichtweise in seinem Urteil zu dieser Rechtssache²³²² in Anknüpfung an die Erwägungen in seinem vorangehende Urteil zur Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)*²³²³, dort nach weiteren Ausführungen von Generalanwalt *Yves Bot*²³²⁴, nicht gefolgt. Vielmehr sieht der Gerichtshof auch Maßnahmen jenseits unzweideutigen „Bewirkens“ als rechtfertigungsbedürftige Regelungen an, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegen. Diese Handhabung entspricht dem hier vertretenen Verständnis eines umfassenden freiheits- und gleichheitsrechtlichen Kontrollmaßstabes des Beschränkungsverbot, unter Einbeziehung von Gerechtigkeitsaspekten einer Chancengleichheit im Markt.²³²⁵

Dieser Konzeption des EuGH folgend, muss bei jeder nicht-territorial anknüpfenden Maßnahme im nationalen Rechtsverfahren stets eine eingehende Wirkungsprüfung mit Beweisaufnahme stattfinden. Wettbewerbsökonomisch und materiell betrachtet gründet sich dies darauf, dass „Nutzungsmodalitäten“, wie im Fall EuGH *Mickelsson & Ross*, immer Auswirkungen auf den Kompatibilitäts-Wettbewerb zeigen können. Bei einer Prüfung der Wettbewerbsregeln würden derartige Maßnahmen ebenso einer Marktanalyse unterzogen, denn „Modalitäten“, welcher Art auch immer, sind dem Wettbewerbsrecht fremd. Keinesfalls mit den Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot ist es daher zu vereinbaren, solche Maßnahmen bereits auf der Tatbestandsebene als nicht vom Beschränkungsverbot umfasst einzustufen. Im Wertungsvergleich des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot zu dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot der Art. 101, 102 AEUV wäre diese Handhabung qualitativ noch „weniger“ als

²³²⁰ Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2006:782) Rn. 62 und 87 zusammenfassend.

²³²¹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

²³²² EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 26 und Rn. 40.

²³²³ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66) Rn. 49 ff. (58).

²³²⁴ Schlussanträge des Generalanwaltes *Yves Bot* EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2006:646) Rn. 79 ff.

²³²⁵ Siehe Kapitel 3 D. II. und F. und sogleich A. II. und III.

eine Rule of reason auf Tatbestandsebene, nämlich eine typisierende Rule of reason, die bei einer bestimmten Kategorie von Maßnahmen als per se Regel stets zu Lasten des Präferenten eintreten würde. Dieser Widerspruch in sich zeigt, dass die „Modalitäten“-Dogmatik, soweit überhaupt von einer solchen gesprochen werden kann, zu revidieren ist. Eine unterschiedliche Bewertung von Aktionsparametern je nach Anwendung der Grundfreiheiten und/oder der Wettbewerbsregeln stellt angesichts der Werte- und Zielenheit der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV einen unüberwindbaren Wertungswiderspruch dar.

Im Falle einer nicht-territorialen Anknüpfung, wie in den Sachverhalten EuGH *Keck*²³²⁶, EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²³²⁷, EuGH *Mickelsson & Roos*, ist demnach stets eine Wirkungsprüfung vorzunehmen.

c) *Konsequenz für die Struktur des Beschränkungstatbestandes*

Mit dem Subsumtionskriterium *Anknüpfungspunkt* wird im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast eine per se Regel (Fallgruppe der territorialen Anknüpfung) von einer normativ-wettbewerbsökonomisch definierten Mobilitätsbeschränkungsanalyse (Fallgruppe der nicht-territorialen Anknüpfung) abgegrenzt. Nur im Falle einer nicht-territorialen Anknüpfung hat eine umfassende Beweisaufnahme und Beweiswürdigung mit einer wettbewerbsökonomischen Wirkungsanalyse der Maßnahme betreffend ihre Wirkungen auf den Marktzutritt und/oder Marktaustritt (Mobilitätsbeschränkungsanalyse) zu erfolgen. Bei einer territorialen Anknüpfung kann dagegen eine aufwändige Wirkungsprüfung unterbleiben.

Für die Mobilitätsbeschränkungsanalyse bei dem Kontrollmaßstab (hierzu sogleich A. II. und III.) ist der Anknüpfungspunkt der Maßnahme, ausgehend von dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt, welcher bei dem Anknüpfungsgegenstand festgestellt wurde (zuvor 1.), das entscheidende „Scharnier“ zu den Wettbewerbsstrategien, welche in dem transnationalen Sachverhalt für die Mobilität, also den Marktzutritt und/oder Marktaustritt maßgeblich sind. Denn bei dem Kontrollmaßstab ist zu prüfen, ob eine Strategierelevanz der Maßnahme besteht, ausgehend von der Anknüpfung an Aktionsparameter und den Gesetzmäßigkeiten (Funktionsmechanismen) deren Wettbewerbsformen.

3. **Zusammenfassung**

In Umsetzung der funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch bestimmten Funktion der Grundfreiheiten, welche im Ergebnis einen funktionalen Kontrollgegenstand²³²⁸ sowie einen funktionalen Maßnahmenbegriff²³²⁹ für die Grundfreiheiten definiert (Ebene der Regelbildung), wurden in diesem Abschnitt Struktur, Inhalt und Subsumtionskri-

²³²⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²³²⁷ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²³²⁸ Kapitel 4 B. II. 4.

²³²⁹ Kapitel 4 B. III. 3.

terien des Kontrollgegenstandes für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot konkretisiert (Ebene der Anwendung).

Der *Kontrollgegenstand* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot und die dort vorzunehmende funktionale Maßnahmenqualifikation gliedert sich in die Prüfungsstationen *Anknüpfungsgegenstand* (1.) sowie *Anknüpfungspunkt* (2.). Bei dem Anknüpfungsgegenstand wird die Maßnahme in einem ersten Schritt (1. a)) als Handlung mit Wirkungen *auf* den Markt qualifiziert, welche kumulativ drei Kriterien erfüllen muss: „einseitig“, „nicht-unternehmerisch“, Rechtssubjekt mit „Regelungs- und Durchsetzungsmacht“²³³⁰. Damit werden die in Kapitel 1 definierten und in Kapitel 5 analysierten Problembereiche 1 bis 5²³³¹ (Maßnahmentypisierung, Wirkungsdifferenzierung, Maßstabsdualität, Modalitäten, Dualität staatlicher und privater Maßnahmen) revidiert. Die funktionale Maßnahmenqualifikation bietet zugleich die maßgeblichen Abgrenzungskriterien gegenüber dem funktionalen Unternehmensbegriff bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln. Damit wird die in Kapitel 4 dargelegte Notwendigkeit einer Unterscheidung von Funktionskreisen der vertikalen und horizontalen Kontrolle berücksichtigt. In einem zweiten Schritt (1. b)) wird bei dem Anknüpfungsgegenstand der hier so benannte transnationale wirtschaftliche Sachverhalt festgestellt. Hierbei werden Leistungs- und Vertragsbeziehungen in einem relevanten Markt gemäß dem Verständnis einer *funktionalen Transnationalität* bestimmt. Hiermit erfolgt die operativ adäquate Umsetzung des Bezugsgegenstandes des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Free Movement-Konzept) in Überwindung des Problembereichs 6 (territoriale Transnationalität).²³³²

Bei dem Anknüpfungspunkt (2.), einer zweiten Prüfungsstation des Kontrollgegenstandes, wird eine territoriale von einer nicht-territorialen Anknüpfung unterschieden und die Darlegungs- und Beweislast bestimmt. Nur nicht-territorial anknüpfende Maßnahmen („unterschiedslose Maßnahmen“ gemäß der geltenden Terminologie) bedürfen einer ausführlichen wettbewerbsökonomischen Wirkungsanalyse (Mobilitätsbeschränkungsanalyse) bei dem Kontrollmaßstab. Zudem wird bei dem Anknüpfungspunkt bestimmt, an welchen oder welche Aktionsparameter von Wettbewerbsformen die Maßnahme konkret anknüpft. Diese Feststellung bildet das „Scharnier“ zu der umfassenden Wirkungsprüfung bei dem Kontrollmaßstab, und zwar als Ausgangspunkt der Analyse, welche Wettbewerbsstrategien für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt im Zusammenhang der maßgeblichen Aktionsparameter und deren Wettbewerbsformen aus der Sicht des Wirtschaftssubjektes für die Mobilität entscheidend sind (hierzu sogleich unter A. II. und III.).

²³³⁰ „Regelungsmacht“ im Sinne der Terminologie von S. Wernicke, *Privatwirkung* (2002), S. 255.

²³³¹ Kapitel 1 A. II. 1. a) bis e) und Kapitel 5 C. I. 1.-3.

²³³² Kapitel 1 A. II. 1. f) und Kapitel 5 C. I. 4.

II. Kontrollmaßstab: Transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit

Nach der zuvor (I.) vorgestellten (Neu-) Konzeptionierung des grundfreiheitlichen Kontrollgegenstandes, ist nunmehr der „Inhalt“ des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes, also der Maßstab der grundfreiheitlichen Kontrolle (Kontrollmaßstab) funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch neu zu gestalten. Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist, ausgehend von dem Befund des relativ unbestimmten Kontrollmaßstabes²³³³ sowie des unbestimmten Marktzutrittskriteriums²³³⁴ gemäß der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten in ihrer Marktzugangsfunktion²³³⁵, eine adäquat subjektivrechtliche Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes²³³⁶ über das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot als transnationales Mobilitätsfreiheits- und Mobilitätsgleichheitsrecht (Mobilitätsbeschränkungsverbot) zu begründen.

In einem ersten Schritt werden dafür die von dem EuGH in seiner Rechtsprechung regelhaft verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe („Formeln“)²³³⁷ wettbewerbsökonomisch „übersetzt“ und insoweit funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch definiert (dazu 1.). Im Mittelpunkt steht dabei weder eine dezidierte Kritik an der EuGH-Rechtsprechung noch eine Aufarbeitung der im Schrifttum vertretenen Ansätze zur Interpretation des Beschränkungsverbotes als Gleichheits- und/oder Freiheitsrecht, sondern vielmehr eine theoretische Fundierung des grundfreiheitlichen Tatbestandes entsprechend dem functional economic approach in der Konkretisierung einer Marktzutritts- und/oder Marktaustrittsbeschränkung. In einem zweiten Schritt werden die für das Beschränkungsverbot in Bezug auf die operative Facette des Free Movement-Konzepts hergeleiteten Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und -gleichheit²³³⁸ mit den zuvor „übersetzten“ wettbewerbsökonomischen Variablen verknüpft (dazu 2.). Mit dem Blick auf die forensische Praxis bietet die insoweit neu konzipierte Struktur des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes die Grundlage für eine der Darlegung und dem Beweis im Detail zugängliche Analyse sowie feinmaschige Prüfung auch von subtil strategisch-rotektionistisch wirkender Maßnahmen (*Mobilitätswirkungsanalyse*). Die für eine solche Analyse im Einzelnen nötigen Subsumtionskriterien werden im Anschluss an diesen Abschnitt für die Praxis hergeleitet und definiert (siehe III.).

1. Die wettbewerbsökonomische „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote ist eine „unterschiedslose Maßnahme“ dann mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren, wenn diese „geeignet“ ist bzw. diese „bezweckt“ oder „bewirkt“, den Marktzutritt oder den Marktaustritt zu „behindern“, zu „beschränken“ oder diesen „weniger attraktiv“ zu machen. Diese „Formeln“, welche der EuGH seinen Erwägungs-

²³³³ Kapitel 1 A. II. 1. g) Problembereich 7 und Kapitel 5 C. II. 1.

²³³⁴ Kapitel 1 A. II. 1. h) Problembereich 8 und Kapitel 5 C. II. 2.

²³³⁵ Kapitel 3 E. II.

²³³⁶ Kapitel 3 F. und G.

²³³⁷ Kapitel 3 E. II. und Kapitel 5 A. I. und C. II.

²³³⁸ Kapitel 3 F. III. 1. Transnationale Mobilitätsfreiheit und 2. Transnationale Mobilitätsgleichheit.

gründen regelhaft textbausteinartig zur Prüfung der Grundfreiheiten in der einen oder anderen leicht abgewandelten Weise zugrunde legt umschreiben in richterrechtlicher „Gesetzmäßigkeit“, d.h. als Case Law, den Maßstab der grundfreiheitlichen Kontrolle (Kontrollmaßstab).

Die in Kapitel 5 dargelegten dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der geltenden Auslegung haben gezeigt, dass angesichts der interpretatorischen Offenheit der vorgenannten Textbausteine erhebliche Schwierigkeiten bei der Definition der grundfreiheitlichen Kontrolle bestehen. Die daraus resultierende inhaltliche Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes der Grundfreiheiten, eben nicht zuletzt bedingt durch das Fehlen einer hinreichenden Definition für das Marktzutritts- und Marktaustrittskriterium²³³⁹, hat weiter zur Folge, dass Variablen fehlen, mit welchen das „Bewirken“, als die beschränkende Wirkung einer Maßnahme auf den Marktzutritt und/oder den Marktaustritt i.S.v. „behindern“ oder diesen „weniger attraktiv“ machen, dargelegt und bewiesen werden könnten. Dies dürfte ein wesentlicher Grund dafür sein, dass vereinzelt in Schlussanträgen von Generalanwältinnen und Generalanwälten sowie in Urteilsbegründungen des Gerichtshofs in jüngerer Zeit darauf rekuriert wird, dass Hinweise zur Auslegung der Grundfreiheiten durch das Gericht im Vorabentscheidungsverfahren mangels ausreichenden Parteienvortrags nicht möglich seien, wie etwa in dem Fall EuGH *Sbarigia*²³⁴⁰, wo dieser Umstand im Ergebnis sogar zu der Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens führte.²³⁴¹

Unter Rückgriff auf die in Kapitel 4 vorgestellte Methode der Konnexität und die dort verwendeten Entscheidungsgesetzmäßigkeiten und Entscheidungsvariablen der wettbewerbsökonomischen Analysematrix²³⁴², lassen sich die vorgenannten „Formeln“ der EuGH-Rechtsprechung („geeignet zu behindern“, „weniger attraktiv“, „bewirken“, „Marktzutritt“) mit konzeptionell korrespondierenden Theorien bzw. Paradigmen der Wirtschaftswissenschaften in Beziehung setzen, mit diesen normativ verknüpfen und gemäß der so gefundenen „rechtlich-wettbewerbsökonomischen Sprache“ definieren. So entsteht eine rechtlich (Law) und wettbewerbsökonomisch (Economics) fundierte Basis für den Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot), mit welcher die Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot adäquat subjektiv-rechtlich transformiert werden können. Ein ähnlicher methodischer Ansatz liegt den Darstellungen von *Luigi Russi* (für die ökonomische Fundierung der *Keck*-Rechtsprechung)²³⁴³ und *Gareth Davies* (zur ökonomischen Fundierung der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten)²³⁴⁴ zugrunde.

²³³⁹ Siehe die Nachweise in der Einleitung, bei Kapitel 1 A. II. 1. h) sowie in Kapitel 5 C. II. 2., zuletzt insbesondere *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2016), S. 19-23, S. 106/107.

²³⁴⁰ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²³⁴¹ Siehe hierzu bereits zu bei A. I. 1. b).

²³⁴² Kapitel 4 B. I. 3.

²³⁴³ *L. Russi*, *Economic Analysis of Article 28 EC after the Keck Judgment*, *German Law Journal* Vol. 07 No. 05, S. 479 ff.

²³⁴⁴ *G. Davies*, *Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law*, *German Law Journal* Vol. 11 No. 08, S. 671 ff.

Den wirtschaftswissenschaftlich-theoretischen Ausgangspunkt für die wettbewerbsökonomische Konkretisierung des Marktzutrittskriteriums (EuGH *Keck*,²³⁴⁵ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²³⁴⁶) und des Marktaustrittskriteriums (EuGH *Groenveld/Gysbrechts*)²³⁴⁷ bilden insbesondere diejenigen wirtschaftswissenschaftlichen Ansätze, welche sog. „barriers to entry“ (*Joe Staten Bain* 1956²³⁴⁸), „barriers to exit“ bzw. allgemein „mobility barriers“ (R. Caves/M. Porter 1977²³⁴⁹) analysiert und theoretisch begründet haben.²³⁵⁰ Darüber hinaus werden für die Konkretisierung der Begriffe „geeignetheit zu behindern“ (EuGH *Dassonville*)²³⁵¹ und „weniger attraktiv“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)²³⁵² wettbewerbstheoretische, industrieökonomische und spieltheoretische Ansätze des neueren wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttums zum Strategischen Management für Unternehmen herangezogen.²³⁵³ Die Möglichkeit eines solch „kombinierten Ansatzes“ einer gesamtwirtschaftlichen und individuellen Perspektive von Marktzutrittsbarrieren und Unternehmensstrategien wurde dezidiert von *Martin Minderlein* nachgewiesen.²³⁵⁴ Hinsichtlich der Betrachtung von Aktionsparametern, Wettbewerbsformen, Funktionsbedingungen und Strategievariablen von Wettbewerbsstrategien stehen wiederum die bereits in Kapitel 4 herangezogenen Werke von *Wilhelm Pfähler/Harald Wiese*²³⁵⁵, *Susanne Wied-Nebbeling*²³⁵⁶, *Günter Knieps*²³⁵⁷ und *Bernd Woekner*²³⁵⁸ im Mittelpunkt.

a) „Bewirken“ (*Funktionale Teleologie der EuGH-Rechtsprechung*)

Mit der funktional-wettbewerbsökonomischen Methode²³⁵⁹ werden nachfolgend die für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot maßgeblichen unbestimmten Rechtsbegriffe der EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung der Grundfreiheiten als Beschrän-

²³⁴⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²³⁴⁶ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²³⁴⁷ EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253); EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730).

²³⁴⁸ *J. S. Bain*, Barriers to New Competition, (1956/1965) passim.

²³⁴⁹ *R. E. Caves/M. E. Porter*, From Entry Barriers to Mobility Barriers (1977) passim.

²³⁵⁰ Siehe hierzu die Nachweise zu dem klassischen Schrifttum bei *P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin*, Barriers to entry and strategic Competition (1990/2007), S. 86 ff. Siehe zur Funktion von mobility barriers in strategischer Perspektive auch *X. Duan/Z.-M. Jin*, Do Mobility Barriers Affect the Strategy-Performance Relationship?, *Journal of Management Policy and Practice*, Vol. 15 (2) 2014, S. 101-113 und *R. E. Caves/P. Ghemawat*, Identifying Mobility Barriers (1992) passim.

²³⁵¹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

²³⁵² EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²³⁵³ *H. Hungenberg*, Strategisches Management in Unternehmen (2011); *Robert M. Grant*, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014); *M. K. Welge/A. Al-Laham*, Strategisches Management (2012); *M. Neubert*, Globale Marktstrategien (2013), jeweils m.w.N.

²³⁵⁴ *M. Minderlein*, Markteintrittsbarrieren und Unternehmensstrategie (1989), passim.

²³⁵⁵ *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb – Eine spieltheoretische Analyse (2008).

²³⁵⁶ *S. Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik (2009).

²³⁵⁷ *G. Knieps*, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik (2005/2008).

²³⁵⁸ *B. Woekner*, Strategischer Wettbewerb – Marktökonomische Grundlagen, Produktdifferenzierung und Innovation (2011) passim.

²³⁵⁹ Zur Begründung dieser Methode siehe Kapitel 1 B. III. und Kapitel 4 B. I.

kungsverbote (von EuGH *Dassonville*²³⁶⁰ bis *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²³⁶¹) zugrunde gelegt und unter dem Oberbegriff „Bewirken“ in die Logik der Wettbewerbsökonomie „übersetzt“. Dafür wird auf die in Kapitel 3 dargelegten Kategorien normativ-wettbewerbsökonomischer Gehalte²³⁶² sowie auf die in Kapitel 4 hergeleitete wettbewerbsökonomische Analysematrix zurückgegriffen, mit den dort definierten Begrifflichkeiten (Aktionsparameter, Wettbewerbsformen, Input-Output-Ebene, Strategievariablen usw.).²³⁶³

Das Ziel liegt hier darin, anhand wirtschaftswissenschaftlicher Theoreme und Variablen inhaltlich zu fundieren, ab welchem „Schwellenwert“²³⁶⁴ *einseitige, nicht-unternehmerische und nicht-territorial anknüpfende Maßnahmen eines Rechtssubjektes mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht* (funktionaler Maßnahmenbegriff) „geeignet“ sind, den grenzüberschreitenden Handel „zu behindern“ (EuGH *Dassonville*)²³⁶⁵ bzw. „weniger attraktiv zu machen“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)²³⁶⁶ und damit den „Marktzutritt (EuGH *Keck*²³⁶⁷ bis *EuGH Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*)²³⁶⁸ oder den „Marktaustritt“ (EuGH *Groenveld/Gysbrechts*)²³⁶⁹ zu „behindern“ oder zu „erschweren“. Gemäß der in Kapitel 5 begründeten Notwendigkeit zur Überwindung der dogmatisch-konzeptionellen Friktionen ist davon auszugehen, dass, wie zuvor bereits begründet (siehe A. I.), der Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot nicht um „Modalitäten“ als Bereichsausnahmen gemäß der *Keck*-Rechtsprechung zu reduzieren ist.²³⁷⁰ Vielmehr sind entsprechend dem Ergebnis zur Grundlegung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Kapitel 3 G.) die objektiv-rechtlichen Maßstäbe der Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Markt- und Wettbewerbsgleichheit mit dem Free Movement-Konzept als Bezugsgegenstand subjektiv-rechtlich als transnationale Mobilitätsfreiheit und transnationaler Mobilitätsgleichheit zu konkretisieren.

aa) „Geeignet zu behindern“=Aktionsparameter: Output-/Input-Ebene

Die durch den EuGH formulierte Definition des Begriffs der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ gemäß der sog. *Dassonville*-Formel;

²³⁶⁰ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

²³⁶¹ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²³⁶² Kapitel 3 D. II. 4. c).

²³⁶³ Kapitel 4 B. I. 3. a).

²³⁶⁴ Die Ermittlung des „Schwellenwertes“ ist, wie in Kapitel 1 A. II. dargelegt wurde, *das Kernproblem der Dogmatik und praktischen Anwendung der Grundfreiheiten („Kardinalsfrage“).*

²³⁶⁵ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

²³⁶⁶ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²³⁶⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²³⁶⁸ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²³⁶⁹ EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253) Rn. 7; EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730) Rn. 40 bis 44.

²³⁷⁰ Kapitel 5 C. I. 2. sowie II.

[Rn. 5] Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die *geeignet* ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu *behindern* [...] (Hervorhebung durch den Verf.),²³⁷¹

welche seit der *Gysbrechts*-Rechtsprechung²³⁷² ebenso für das Verbot der Waren- ausfuhrbeschränkung gilt (siehe bereits Kapitel 3 E. II. 6.)²³⁷³ und in ständiger Rechtsprechung weiterhin die grundlegende Definition für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot bildet²³⁷⁴, offenbart in der wettbewerbsökonomischen Logik von Aktionsparametern und Wettbewerbsformen, dass sich die Verbotstatbestände der Art. 34 AEUV (Verbot von Einfuhrbeschränkungen) und Art. 35 AEUV (Verbot von Ausfuhrbeschränkungen) auf sämtliche *objektiven Leistungsmerkmale* von Waren beziehen, wie z.B. deren Qualität oder Kompatibilität. Dies bedeutet, dass von dem Verbot sämtliche Wirkungen von Maßnahmen erfasst sind, welche „geeignet“ sind, die transnationale Mobilität von Produkten wegen ihrer Anknüpfung an Aktionsparameter von Wettbewerbsformen der *Output-Ebene* zu beeinflussen und damit den Wettbewerb „behindern“, und zwar den Preis- und Mengenwettbewerb (Wettbewerbsformen (1) und (2) der Matrix) sowie den Image-, Kompatibilität, Diversifikations- und Qualitätswettbewerb (Wettbewerbsformen (3) bis (6) der Matrix). Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen.

(1) Schutz der Mobilität des gegenständlichen Outputs

Die Beschränkungsverbote der Art. 34, 35 AEUV betreffen gemäß dem Wortlaut ihrer ersten Tatbestandsalternative „Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen“ und gemäß ihrer Teleologie (Ergänzung des sich auf tarifäre Maßnahmen beziehenden Zollverbotes zur Kontrolle nicht-tarifärer Maßnahmen) unzweifelhaft ausschließlich den Mengenwettbewerb, d.h. die Anknüpfung von Maßnahmen an den Aktionsparameter „Menge“. Demgegenüber zeigt die richterrechtliche Definition der zweiten Tatbestandsalternative „Maßnahmen gleicher Wirkung“ gemäß der *Dassonville*-Formel aus wettbewerbsökonomischer Sicht, dass jenseits des Mengenwettbewerbs auf die „Wirkung“, bzw. das „Bewirken“, einer nicht tarifären Maßnahme für den Handel abgestellt werden muss. So stellt auch die jüngere Rechtsprechung des EuGH analog zu den Begrifflichkeiten im Wettbewerbsrecht auf das „Bezwecken“ oder „Bewirken“ einer Maßnahme ab.²³⁷⁵ Entscheidend ist dabei, dass sich die „Gleichheit“ der Wirkung nach der

²³⁷¹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

²³⁷² EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730) Rn. 40 bis 44.

²³⁷³ In diesem Sinne ausdrücklich auch *M. A. Dausés/A. Brigola*, in Dausés (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, C. I. EL Juni 2011, Rn. 199 ff.

²³⁷⁴ Die *Dassonville*-Rechtsprechung wird in Schlussanträgen und Urteilsbegründungen des Gerichtshofs nahezu durchgängig als Ausgangspunkt der Prüfung „unterschiedsloser“ Maßnahmen in Bezug genommen. Zuletzt etwa EuGH *Visnapuu* (C-198/14, EU:C:2015:751) Rn. 98; EuGH *Scotch Whisky* (C-333/14, EU:C:2015:845) Rn. 31 ff.; EuGH *Canadian Oil Company Sweden AB und Anders Rantén gegen Rikssåklagaren (Canadian Oil)* (C-472/14, EU:C:2016:171) Rn. 43.

²³⁷⁵ EuGH *Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y timbre (ANETT) gegen Administración del Estado (ANETT)* (C-456/10, EU:C:2012:241) Rn. 34; EuGH *Ker-Optika* (C-108/09,

Formulierung der *Dassonville*-Formel ersichtlich nicht auf die ökonomischen Gesetzmäßigkeiten des Preis-Mengen- bzw. Mengen-Preismechanismus bezieht, sondern vielmehr auf die Wirkung einer Maßnahme als „Beschränkung der Einfuhr“ an sich, und damit auf die Marktzugangswirkung; was der EuGH allerdings, soweit ersichtlich, erst später mit dem *Keck*-Urteil²³⁷⁶ klargestellt hat. Daraus folgt, dass sämtliche Anknüpfungen von Maßnahmen an die vorgenannten Aktionsparameter der Wettbewerbsformen (1) bis (6) von dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot erfasst sind. Dies gilt zumindest soweit die Anknüpfung einer Maßnahme dazu führen kann, dass die transnationale Mobilität der wirtschaftlichen Leistung - respektive der Handel - beeinträchtigt wird. D.h. sämtliche Leistungsmerkmale der Output-Ebene eines Wirtschaftssubjektes sind im Sinne einer auf transnationale Leistungsbeziehungen im Marktprozess gerichteten Freiheit und Gleichheit des diesen Output erbringenden Wirtschaftssubjektes zu betrachten. Entscheidend ist, dass sich die Kontrolle ohne Einschränkung auf *alle* Eigenschaften von Produkten (Waren) selbst bezieht und auf die „Rückwirkung“ der Maßnahmenanknüpfung auf deren transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit.

Rechtspolitisch betrachtet stellt diese den Umfang der grundfreiheitlichen Kontrolle erheblich erweiternde Teleologie des EuGH einen deutlichen Paradigmenwechsel dar. Denn mit der *Dassonville*-Rechtsprechung²³⁷⁷ sind, über die klassisch freihandelsrechtliche Kontrolle des Mengen-Preis-Mechanismus und dessen Beeinflussung durch Kontingente oder Zölle bzw. andere *tarifäre Hindernisse* (tariff barriers to trade) hinausgehend, materiell alle Wirkungen einer Maßnahme auf die transnationale Mobilität von Produkten auch jenseits einer Beeinflussung von Preis und Menge erfasst, also alle denkbaren nicht-tarifären Hemmnisse (non tariff barriers to trade).²³⁷⁸ Dieser über die *Dassonville*-Rechtsprechung²³⁷⁹ subjektiv-rechtlich installierte umfassende transnationale *Mobilitätsbezug* der grundfreiheitlichen Kontrolle harmoniert uneingeschränkt mit der Wortlautinterpretation, etwa der französisch- und englischsprachigen Fassung der Verträge (*libre circulation / rules on free movement*²³⁸⁰) und entspricht der integrationspolitisch motivierten Teleologie des Free Movement-Konzepts²³⁸¹ des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes. In der rechtlich „technischen“ Perspektive bezeugt diese wettbewerbsökonomische Interpretation der *Dassonville*-Rechtsprechung eine über klassisch gleichheitsrechtliche Gehalte weit hinausgehende, strikt mobilitätsbezogene Ausrichtung.

EU:C:2010:725) Rn. 49; EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336) Rn. 24.

²³⁷⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²³⁷⁷ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

²³⁷⁸ Ähnlich zur ökonomischen Interpretation der *Dassonville*-Rechtsprechung, *J. Pelkmans*, Mutual recognition: economic and regulatory logic in goods and services, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of European Union Law* (2012), S. 113, 118 f.

²³⁷⁹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

²³⁸⁰ In der deutschen Übersetzung der Verträge kommt das Free Movement-Konzept nicht in derselben Eindeutigkeit zum Ausdruck.

²³⁸¹ Kapitel 3 A. I.

(2) Schutz der Mobilität des persönlichen Outputs

Die zuvor dargelegte Teleologie eines umfassenden, mobilitätsbezogenen subjektiven Rechtsschutz, bezogen auf jeglichen gegenständlichen Output von Wirtschaftssubjekten, hat der EuGH spätestens mit der Rechtssache *Gebhard*²³⁸² ebenso auf die personenbezogenen Grundfreiheiten erstreckt. Diese Konvergenz²³⁸³ entspricht der in Kapitel 4 dargelegten Teleologie der Werte- und Zielidentität von subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV. In der wettbewerbsökonomischen Perspektive folgt daraus, dass Grundfreiheiten übergreifend – d.h. im Sinne eines einheitlichen Beschränkungstatbestandes – der Kontrollmaßstab sämtliche *objektiven* und *subjektiven Leistungsmerkmale* von *Wirtschaftsobjekten* (wie Waren, Korrespondenzdienstleistung, Kapital) sowie von *Wirtschaftssubjekten* (wie Arbeitnehmer, Dienstleister) erfasst. Mit der *Gebhard*-Rechtsprechung werden in der wettbewerbsökonomischen Interpretation also sämtliche die transnationale Mobilität beschränkende Maßnahmen betreffend alle Leistungsmerkmale von Niederlassungen, Dienstleistungen, Arbeitsleistungen und sogar von Kapital in die grundfreiheitliche Kontrolle einbezogen.²³⁸⁴ Für diese Interpretation finden sich zahlreiche Beispiele in der Rechtsprechung des EuGH.²³⁸⁵

(3) Schutz der Mobilität der Input-Ebene als Wirtschaftssubjekt

Im Hinblick auf natürliche Personen als Leistungserbringer, wie Arbeitnehmer oder Dienstleister, bezieht sich der Aktionsparameter der Output-Ebene als Leistungsmerkmal des Wirtschaftssubjektes in der Regel auch auf *persönliche Eigenschaften*, wie die fachliche Qualifikation (theoretische und praktische Fähigkeiten einer Person, wie z.B. Sprachkenntnisse, akademische Titel etc.) oder die *Kompatibilität der persönlichen Leistung* (eine Dienstleistung, wie z.B. die Rechtsberatung im Fachgebiet Gesellschaftsrecht durch einen Rechtsanwalt steht komplementär zu der Beratung von Gesellschaften durch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer²³⁸⁶).

²³⁸² EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²³⁸³ Die Konvergenz folgt aus der verallgemeinernden Umschreibung der Voraussetzungen, nach denen unterschiedslose Maßnahmen von dem Verbot der Grundfreiheiten erfasst sind, womit eine für alle Grundfreiheiten in gleicher Weise geltende Prüfungsstruktur etablierte wurde, EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

²³⁸⁴ Ähnlich zur Übertragung der *Dassonville*- und *Cassis*-Prinzipien auf alle Grundfreiheiten seit der *Gebhard*-Entscheidung des EuGH, H. Brücker/T. Eger, *The law and economics of the free movement of persons in the European Union*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of European Union Law* (2012), S. 146, 152.

²³⁸⁵ Siehe hierzu die Zusammenstellung der Einzelfälle betreffend den Warenverkehr von P.-C. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2015), Art. 34, Rn. 71 ff. Weitere Nachweise zu den Fallgruppen bei anderen Grundfreiheiten betr. Art. 45 AEUV Lohn, Arbeitszeit, Qualifikationen (Diplome etc.), Aufenthaltsvoraussetzungen; betr. Art. 49 AEUV Kosten der Gründung, Zulassungsbeschränkungen, Kontingente bei Apotheken, Rechtsanwälten, Notaren etc. Qualifikationsmerkmale (Zertifizierungen, rechtliche Eigenschaften); betr. Art. 56 AEUV Preis, Ausübungsbeschränkungen, Qualität, Werbung, Vertrieb etc.; betr. Art. 63 Abs. 1 AEUV Preis (Gebühren oder Steuern), Werbung, Vertrieb, Zertifizierungen etc.

²³⁸⁶ Vgl. EuGH *J.C.J. Wouters u.a. gegen Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (Wouters)* (C-309/99, EU:C:2002:98).

Für juristische Personen oder Personengesellschaften, verstanden als die institutionalisierte Basis wirtschaftlichen Outputs – „Niederlassungen“ – wird deutlich, dass der diesbezügliche Schutz der Mobilität über die Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot sich aus wettbewerbsökonomischer Sicht zunächst direkt auf den Schutz der Mobilität des Wirtschaftssubjektes – die juristische Person – bezieht. Im Weiteren ist mittelbar die Mobilität des wirtschaftlichen Outputs (Wirtschaftsobjekt) von natürlichen Personen zu ermöglichen, also nicht-gegenständliche Outputs (wie z.B. die Dienstleistung des Wirtschaftssubjektes) oder der wirtschaftliche Output des Wirtschaftssubjektes in der Form von gegenständlichen Produkten (Waren).

Diese funktionale Betrachtung von Input-Ebene (Wirtschaftssubjekt) und Output-Ebene (Wirtschaftsobjekt)²³⁸⁷ verdeutlicht, dass sich bei den sog. personenbezogenen Grundfreiheiten das Wirtschaftsobjekt *funktional betrachtet selbst als „Teil“ des Outputs* darstellt und insbesondere bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Dienstleistungsfreiheit sowie der Niederlassungsfreiheit betreffend natürliche Personen sich die Eigenschaften von natürlichen Personen einerseits und deren Leistungsmerkmale von Outputs andererseits nicht voneinander trennen lassen. Dies muss jedoch nicht dazu führen, die sog. personenbezogenen Grundfreiheiten betreffend den Maßstab der Kontrolle anders auszulegen als die produktbezogenen, da sämtliche Grundfreiheiten den Schutz der hinter einer wirtschaftlichen Leistung stehenden Person in deren funktionalen Eigenschaft als *Wirtschaftssubjekt* einbeziehen, wie bei den Ausführungen zu der Konnexitätsordnung gezeigt wurde.²³⁸⁸ Soweit also das Wirtschaftsobjekt zugleich die natürliche Person ist – d.h. kein Unternehmen bzw. keine juristische Person agiert - wird diese Person selbst geschützt durch das allgemeine Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV, und betreffend die nicht-wirtschaftliche persönliche Mobilität durch die Regelungen zur Unionsbürgerfreizügigkeit, Art. 20, 21 AUEV. Hierin liegt auch der evidente funktionale Zusammenhang von „Freiheit im Raum“ (für natürliche Personen) und „Freiheit im Binnenmarkt“ (für Wirtschaftsobjekte und Wirtschaftsobjekte), wie nunmehr in Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 EUV zum Ausdruck gebracht. Auf diesen zentralen Aspekt der funktionalen Wechselbeziehungen von Binnenmarktziel und Unionsbürgerschaft wurde bereits zum Gemeinschaftsrecht ausgeführt.²³⁸⁹ Gemäß der Unionsteleologie nach dem Vertrag von Lissabon stellt sich der Zusammenhang von wirtschaftlicher Mobilität (Grundfreiheiten) und persönlicher Mobilität (Unionsbürgerfreizügigkeit) angesichts der Interdependenz von Werte- und Wirtschaftsverfassung nunmehr noch deutlicher dar. Zumindest ist wirtschaftsbezogene Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit zugleich auch

²³⁸⁷ Zur Differenzierung zwischen Input- und Output-Ebene im Überblick *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 31.

²³⁸⁸ Kapitel 4 B. I. 3. b).

²³⁸⁹ *N. Kotalakidis*, Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft (2000), S. 206 ff. (Gesamt Betrachtung der Unionsbürgerschaft im Kontext der Europäischen Integration“) und S. 317 ff. in der Schlussbetrachtung, S. 318: „[...] der im internationalen Vergleich bisher am weitesten entwickelte post-nationale Bürgerstatus und das tragende rechtspolitische Element für die allmähliche Ergänzung des Staatenverbundes der Europäischen Gemeinschaft/Union durch einen *Bürger*verbund und ihre Entwicklung zu einem Gemeinwesen mit bürgerlichen Mitgliedschaftsstrukturen.“

persönliche Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit, zumindest soweit hinter einer wirtschaftlichen Leistung natürliche Personen stehen, was allerdings in der Regel der Fall ist. Damit im Zusammenhang steht die Entwicklung der Unionsbürgerfreizügigkeit zu einer „Grundfreiheit ohne Markt“²³⁹⁰ und zu einem Beschränkungsverbot²³⁹¹ in „Angleichung“ an die Mobilitätsrechte zur wirtschaftlichen Mobilität (Grundfreiheiten).

bb) „Weniger attraktiv“= *Subjektives Element (Entscheidung)*

Die wettbewerbsökonomische Interpretation der durch den EuGH mit der *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung etablierten²³⁹² und heute in ständiger Rechtsprechung verwendeten²³⁹³ „Attraktivitätsformel“, welche u.a. wie folgt durch den Gerichtshof formuliert wird:

In Bezug auf das Bestehen von Beschränkungen [...] ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung, dass derartige Beschränkungen solche Maßnahmen sind, die die Ausübung dieser Freiheiten verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen [...] ²³⁹⁴,

zeigt eine zentrale Modifikation, Erweiterung bzw. Klarstellung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes. Die „Attraktivität“ benennt in der wirtschaftswissenschaftlichen Perspektive von Wettbewerbsstrategien ein *subjektives Element*, welches den Aspekt der *Entscheidungsfreiheit* von Wirtschaftssubjekten für die Verfolgung einer bestimmten Strategie („Planungsautonomie“²³⁹⁵) in die Wirkungsprüfung der „Geeignetheit zu behindern“ (*Dassonville*-Formel, siehe zuvor bei aa)) implementiert.

Beispiel Sachverhalt *Keck*:²³⁹⁶ Bei der Prüfung, ob das streitgegenständliche Verbot der Preiskalkulation unter dem Einstandspreis (Maßnahme) eine Beschränkung des Warenverkehrs „bewirkt“ bzw. dazu „geeignet“ ist, und deshalb gegen Art. 34 AEUV verstößt, muss im Sinne der „Attraktivität“ nicht in erster Linie auf die Ware (Output-Ebene) sondern vielmehr auf die von der Preisregelung tangierte *Entscheidungsfreiheit* der den Supermarkt leitenden Herren Keck und Mithouard (Input-Ebene) abgestellt werden. Insoweit führt die verbotene Preiskalkulation – das Verbot eines Verkaufspreises unter dem Einkaufspreis - offensichtlich dazu, dass der Preis als Aktionsparameter

²³⁹⁰ F. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt (2007) passim.

²³⁹¹ M. Haag, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 21 AEUV, Rn. 20/21.

²³⁹² EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411); siehe Kapitel 3 E. II. 4.

²³⁹³ EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik (Ausstellungen)* C-439/99, Rn. 22; EuGH *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl gegen Giuseppe Calafiori (Servizi)* (C-451/03, EU:C:2006:208) Rn. 31; EuGH *Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft mbH gegen Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs (Jobra)* (C-330/07, EU:C:2008:685) Rn. 19; EuGH *Jyske Bank Gibraltar Ltd gegen Administración del Estado (Jyske Bank)* (C-212/11, EU:C:2013:270) Rn. 58 m.w.N.; EuGH *Safe Interenvios SA gegen Liberbank SA u.a. (Safe Interenvios)* (C-235/14, EU:C:2016:154) Rn. 98.

²³⁹⁴ EuGH *Europäische Kommission gegen Italienische Republik (Höchstsätze für Rechtsanwaltsgebühren)* (C-565/08, EU:C:2011:188) Rn. 45.

²³⁹⁵ P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 14.

²³⁹⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

nicht mehr uneingeschränkt zur gezielten Positionierung der Unternehmung gegenüber der Angebotskonkurrenz verwendet werden kann. Damit wird der Preiswettbewerb aus der Perspektive des die Waren anbietenden Wirtschaftssubjektes „weniger attraktiv“, da eine freie betriebswirtschaftliche Kalkulation des Preises nicht uneingeschränkt möglich ist.

Das subjektive Element der „Attraktivität“ gemäß der EuGH *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung²³⁹⁷ bezieht sich damit auf die für die Positionierung der wirtschaftlichen Leistung (den Output) eines Wirtschaftssubjektes im Markt möglichen bzw. wirksamen Wettbewerbsformen – wie den Preiswettbewerb - und der für diese Wettbewerbsform jeweils maßgeblichen Wettbewerbsstrategien, wie z.B. eine Niedrigpreisstrategie im Fall *Keck*. Transnationale wirtschaftliche Mobilität drückt sich funktional aus, durch den gezielten Gebrauch von Aktionsparametern – wie den Preis – mit dem Ziel einer transnationalen Erweiterung des wirtschaftlichen Outputs. Demnach erfordern die Maßstäbe der Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Markt- und Wettbewerbsgleichheit des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot in der Perspektive des Kriteriums der „Attraktivität“ eine Prüfung der Wirkungen einer Maßnahme auf die Entscheidungsfreiheit zum Gebrauch von Aktionsparametern, und zwar unter Einbeziehung einer Analyse der für bestimmte Wettbewerbsformen maßgeblichen Wettbewerbsstrategien. Hier ist die „individuelle Freiheit“ im Sinne der „Planungsautonomie“ im Rahmen einer Ordnung (der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union) der konzeptionelle Anker des Begriffsinhalts.

(1) Wettbewerbsstrategien: Strategischer Marktzugang

Die „Attraktivitätsformel“ des Gerichtshofs lässt sich im Lichte derjenigen wettbewerbstheoretischen Ansätze konkretisieren, welche seit den 1970er Jahren in immer stärkerem Maße neben der Betrachtung struktureller Marktzutrittsbarrieren auch die Analyse des strategisch geplanten Marktzugangs und diesem gegenüber stehenden *strategischen Marktzutrittsbeschränkungen* in ihre Theoreme einbeziehen.²³⁹⁸ Hier sind die spieltheoretisch erkennbaren interdependenten Interaktionsbeziehungen und Reaktionsverbundenheiten maßgeblich. Hierzu notieren *Wilhelm Pfähler* und *Harald Wiese*:

„Die Spieltheorie ist eine interaktive Entscheidungstheorie. [...] Konkret spricht man im spieltheoretischen Sinne von einer strategischen Entscheidung, wenn eine *Reaktionsverbundenheit* in dem Sinne vorliegt, dass [unter Bezugnahme auf *M. J. Holler/G. Illing*, Einführung in die Spieltheorie (2006), S. 1] (1) das Ergebnis von den Entscheidungen mehrerer Entscheidungsträger abhängt, so dass ein einzelner das Ergebnis nicht unabhängig von der Wahl des anderen bestimmen kann; (2) jeder Entscheidungsträger sich dieser *Interdependenz* bewusst ist; (3) jeder Entscheidungsträger davon ausgeht, dass alle anderen sich ebenfalls der Interdependenz bewusst sind; (4) jeder bei

²³⁹⁷ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

²³⁹⁸ *M. Minderlein*, Markteintrittsbarrieren und Unternehmensstrategie (1989), S. 47 ff. „Vom strukturalistischen zum strategischen Eintrittsbarriereansatz.“

seinen Entscheidungen die Punkte 1, 2 und 3 berücksichtigt“ (Hervorhebungen durch den Verf.).²³⁹⁹

In der strategisch-interaktiven Sichtweise des Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigmas (SVE-Paradigma²⁴⁰⁰) von Marktstruktur und Marktverhalten, wird das Marktverhalten – basierend auf einer Entscheidung zur Positionierung im aktuellen und/oder potenziellen Wettbewerb - von Unternehmen bei einem möglichen oder unmittelbar bevorstehenden Marktzutritt eines Mitbewerbers im potenziellen Wettbewerb wesentlich dadurch bestimmt, wie dessen Eintritt strategisch „verdeckt“ abzuschrecken ist, sog. *deterred entry*, oder blockiert werden kann, sog. *blockaded entry*²⁴⁰¹, hierzu sogleich näher unter cc). Die Marktrealität ist oftmals dadurch gekennzeichnet, dass durch eine gezielte Ausrichtung unternehmerischen Verhaltens (unternehmerische „Maßnahmen“) ²⁴⁰² in subtiler Weise erreicht werden kann, dass sich aus der Perspektive des Wettbewerbers seine für den Marktzutritt erfolgversprechenden *Wettbewerbsstrategien* als nicht mehr sinnvoll, insbesondere betriebswirtschaftlich unrentabel erscheinen, d.h. nicht mehr „attraktiv“ im Sinne der EuGH Rechtsprechung sind. So nimmt auch die wirtschaftswissenschaftliche Literatur, etwa zum Preiswettbewerb – hier relevant für den Sachverhalt *Keck* -, explizit Rekurs auf den vom EuGH seit *Kraus/Gebhard*²⁴⁰³ in ständiger Rechtsprechung verwendeten Begriff der „Attraktivität“.²⁴⁰⁴ Insgesamt wird im Strategischen Management, insbesondere bei der Branchenanalyse, die „Attraktivität“ als Begriff bzw. entscheidende Variable zur Beurteilung von Wettbewerbschancen verwendet²⁴⁰⁵ bzw. sie ist zentraler Bestandteil der Strategischen Wettbewerbsanalyse.²⁴⁰⁶ Verwendung findet auch der Begriff „Marktattraktivität“ im Sinne einer externen Dimension bei dem sog. Marktattraktivitäts-/Geschäftsstärken-Portfolio (*McKinsey*).²⁴⁰⁷

(2) Strategischer Protektionismus und politische Märkte

Die Notwendigkeit einer Einbeziehung der Entscheidungsfreiheit von Wirtschaftssubjekten in die Prüfung der Beschränkungswirkung von Maßnahmen als *subjektives*

²³⁹⁹ W. Pfähler/H. Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 5 ff.

²⁴⁰⁰ Kapitel 3 D. II. 4. c), dd).

²⁴⁰¹ W. Pfähler/H. Wiese, ebd. (2008), S. 15.

²⁴⁰² Siehe hierzu insgesamt die Darstellung bei W. Pfähler/H. Wiese, ebd. (2008) zu möglichen Wettbewerbsstrategien, S. 39 ff. („Strategietaxonomie“).

²⁴⁰³ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

²⁴⁰⁴ Siehe beispielhaft S. Wied-Nebbeling, Preistheorie und Industrieökonomik (2009); S. 260 betr. die Unternehmensstrategie eines Aufbaus eintrittsverhindernder Kapazitäten mit *sunken costs*: „Eine weitere Möglichkeit, den Eintritt eines Konkurrenten zu verhindern, liegt in der Wahl einer so großen Kapazität, dass es für den potenziellen Eindringling nicht *attraktiv* ist, einzutreten“ (Hervorhebung durch den Verf.).

²⁴⁰⁵ R. M. Grant, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014), S. 82 ff., unter Bezugnahme auf die Analyseverfahren nach Wettbewerbskräften (*five forces*) von Michael E. Porter, S. 86 mit Abbildung 3.2. Konkret zur Methode mit einer Matrix zur Attraktivitätsanalyse am Beispiel der Telekommunikationsbranche H. Hungenberg, Strategisches Management in Unternehmen (2011), S. 109, Abbildung 2-11.

²⁴⁰⁶ Ausführlich zur „Strategischen Wettbewerbsanalyse“ H. Hungenberg, ebd. (2011), S. 129 ff.

²⁴⁰⁷ H. Hungenberg, ebd. (2011), S. 464 f.

Element des Kontrollmaßstabes bei dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot liegt aus der wirtschaftswissenschaftlichen Perspektive darin begründet, und insoweit hat der EuGH nach der hier vertretenen Ansicht den Begriff der „Attraktivität“ bewusst und genau richtig gewählt, dass es den im potenziellen Wettbewerb befindlichen Unternehmen, d.h. den im Markt fest etablierten Akteuren eines Mitgliedstaates, oftmals nicht selbst gelingen wird, einen Marktzutritt von Konkurrenten effektiv selber abzuwehren, z.B. weil die Abwehr mit zu hohen Kosten verbunden ist. In diesem Fall besteht ein systembedingt hoher Anreiz anstelle des strategisch protektionistischen Marktverhaltens *im* Markt (durch den Gebrauch von Aktionsparametern und andere „Maßnahmen“, wie abgestimmte Verhaltensweisen i.S.v. Art. 101 AEUV oder die Ausnutzung von Marktmacht i.S.v. Art. 102 AEUV) eine Einflussnahme *auf* den Markt über nicht-unternehmerische, respektive hoheitliche Instrumentarien (Gesetze, Verordnungen, sonst. Verwaltungshandeln, Koordination von Staat und Privat usw.) nachzufragen. Diese Nachfrage nach hoheitlicher „Regulation“ begründet einen *politischen Markt* nach bestimmten staatlichen Maßnahmen, da staatliche Barrieren ebenso effektiv oder sogar effektiver sein können, um den Marktzutritt von Konkurrenz im potenziellen Wettbewerb abzuschrecken oder zu blockieren. Hier bedarf es also bei der Subsumtion im „Hintergrund“ der Beschränkungsprüfung einer Analyse sog. *politischer Märkte*, da oftmals nur hierüber die Erklärung bzw. der Nachweis sog. institutioneller Marktzutrittschranken gelingen wird (Beweisführung im rechtsförmlichen Verfahren).²⁴⁰⁸

Die für die Erfassung von institutionellen Marktzutrittschranken von *Frank Schmidt* aufgezeigten Grundlagen einer *positiven Theorie institutioneller Markteintrittsschranken*, welche die *politische Ökonomie des Marktzugangs* umfassen²⁴⁰⁹, müssen hier nicht vertiefend referiert werden. Indessen vermag die Essenz dieses theoretischen Ansatzes, nämlich die Verknüpfung von Industrieökonomik und politischer Ökonomie, eine Konkretisierung des rechtlichen Gehalts der „Attraktivität des Marktzugangs“ im Sinne der Teleologie der EuGH Rechtsprechung zu begründen. Denn die Einbeziehung politischer Märkte in die Prüfung der „Attraktivität“ belegt, dass bei der Darlegung und bei der Beweisführung im Rahmen der Mobilitätswirkungsanalyse der Frage nachzugehen ist, ob per Lobbyismus oder via informeller Netzwerke staatliche Maßnahmen nachfragende Unternehmen gemeinsam mit staatlichen Entitäten ein *politisches Kartell* des politischen Marktes für institutionelle Marktzutrittschranken bilden (bzw. im Vorwege der Maßnahme gebildet hatten), welches darauf gerichtet ist, durch „Absprachen“ i.w.S. gezielt – d.h. strategisch - Aktionsparameter von Konkurrenten in einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt über eine Einwirkung *auf* den Markt so zu beeinflussen, dass diese Unternehmen von einem Markteintritt abgeschreckt werden (deterred entry)

²⁴⁰⁸ *F. Schmidt*, Institutionelle Markteintrittsschranken, potenzielle Konkurrenz und Unternehmensverhalten (1998), S. 13 ff.

²⁴⁰⁹ *F. Schmidt*, Institutionelle Markteintrittsschranken, potenzielle Konkurrenz und Unternehmensverhalten (1998), S. 112 ff. „Grundlagen einer positiven Theorie institutioneller Markteintrittsschranken“, dort mit Ausführungen zur Konzeption des „politischen Marktes“, sowie S. 222 ff. „Die Politische Ökonomie des Marktzugangs“, dort mit einer Darstellung zu den Gesetzmäßigkeiten des „Lobbying for entry“, und konkret zur „Markteintrittsfähigkeit von Unternehmen in institutionell geschützten Märkten“.

oder deren Markteintritt blockiert wird (blockaded entry).²⁴¹⁰ Dem Grunde nach liegt genau diese Wertung den vom EuGH zur Ergänzung der Wettbewerbsregeln richterrechtlich etablierten sog. Entzugstatbeständen zugrunde²⁴¹¹, welche über die Akzessorietät dem Staat das Verhalten von Unternehmen im Markt zurechnen. Eben diese Prüfung eines insoweit „kollusiven Zusammenwirkens“ von Staat und Privat muss bei der Untersuchung strategischer Marktzutritts- und/oder Marktaustrittsschranken auch bei den Grundfreiheiten vorgenommen werden.

Dementsprechend ist nachfolgend die Attraktivitätsformel unter Berücksichtigung der aus dem unionsrechtlichen Beschränkungsverbot folgenden Maßstäbe der Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Markt- und Wettbewerbsgleichheit sowie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten, gemäß der Rechtsprechungslinie *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁴¹² nunmehr mit dem Marktzugangskriterium in Verbindung zu bringen und zu definieren, wie der Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbots unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Vorgaben sowie der wettbewerbsökonomischen Variablen zu gestalten ist, damit strategisch-protektionistische Maßnahmen von der grundfreiheitlichen Kontrolle erfasst werden.

cc) „Marktzutritts-/Marktaustrittskriterium“ = „barriers to entry“/- „to exit“

Die „Attraktivität“ als subjektives Element des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabs steht über die Verknüpfung mit dem Marktzutrittskriterium (EuGH *Keck*²⁴¹³, EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁴¹⁴) und dem Marktaustrittskriterium (EuGH *Groenveld/Gysbrechts*)²⁴¹⁵ in unmittelbarem Zusammenhang mit den wettbewerbstheoretischen Ansätzen der „barriers to entry“, „barriers to exit“ bzw. „mobility barriers“,²⁴¹⁶ mit denen sich die maßgeblichen Variablen der transnationalen Mobilität aus der Perspektive des entscheidenden Wirtschaftssubjektes definieren lassen, hierzu nachfolgend (1). Unter Einbeziehung des wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttums zum strategi-

²⁴¹⁰ Diese Typik bzw. Klassifikation von Markteintrittsbarrieren geht zurück auf *Joe Staten Bain* (1956) und ist auch heute noch die maßgebliche Grundlage zur Kategorisierung. Es handelt sich um ein strukturelles Konzept, welches die interdependenten Zusammenhänge von Wettbewerbern berücksichtigt, vgl. *J. S. Bain*, *Barriers to New Competition* (1956/1965), S. 4 ff. Im Überblick *W. Pfähler/H. Wiese*, *Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (2008), S. 14/15 mit Abbildung A.3 (Typen und Erscheinungsformen von Markteintrittsbarrieren) und Abbildung A.4 (Abschreckung oder Zulassung des Eintritts).

²⁴¹¹ Kapitel 4 B. III. 2.

²⁴¹² EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁴¹³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁴¹⁴ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁴¹⁵ EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253); EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730).

²⁴¹⁶ *J. S. Bain*, *Barriers to New Competition*, (1956/1965) passim. *R. E. Caves/M. E. Porter*, *From Entry Barriers to Mobility Barriers* (1977) passim. *P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin*, *Barriers to entry and strategic Competition* (1990/2007), S. 7 ff. Siehe zur Funktion von mobility barriers in strategischer Perspektive auch *X. Duan/Z.-M. Jin*, *Do Mobility Barriers Affect the Strategy-Performance Relationship?*, *Journal of Management Policy and Practice*, Vol. 15 (2) 2014, S. 101-113 und *R. E. Caves/P. Ghemawat*, *Identifying Mobility Barriers* (1992) passim.

schen Wettbewerb²⁴¹⁷ lässt sich überdies die in der *Keck*-Rechtsprechung definierte und bis heute in der Rechtsprechung zum Marktzutrittskriterium verwendete „Formel“ der „rechtlich und tatsächlich gleichen Berührtheit“ in der strategischen Perspektive von sog. Sequenzen der Mobilität (Mobilitätsphasen) als „Gleichheit nach der Freiheit zum ersten Marktzutritt“ definieren. Hieraus ergibt sich für die Konkretisierung des Kontrollmaßstabes ein sequenzielles und interdependentes Verhältnis von transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit, welches zugleich belegt, dass Marktaustritt und Marktzutritt in gleicher Weise zu schützen sind und daher die Kontrolldichte der Marktaustrittsbeschränkung ebenso auszugestalten ist, wie die der Marktzutrittsbeschränkung, hierzu nachfolgend (2).

(1) *Variablen der transnationalen Mobilität (Entscheidungsfreiheit)*

Gegenstand der nachfolgend im Detail zu definierenden grundfreiheitlichen Kontrolle ist der Schutz von Entscheidungen, welche bezüglich des Marktzutritts (EuGH *Keck*²⁴¹⁸ und *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁴¹⁹) und/oder des Marktaustritts (EuGH *Groenveld/Gysbrechts*)²⁴²⁰ für die Positionierung im potenziellen Wettbewerb von Wirtschaftssubjekten zu treffen sind. Die für die Mobilität wirtschaftlicher Leistungen maßgeblichen Entscheidungsvariablen sind grundsätzlich für alle Marktakteure gleich zutreffend, d.h. für Warenverkäufer (Art. 34, 35 AEUV), Arbeitnehmer (Art. 45 AEUV), Einzelunternehmer oder Gesellschaften – d.h. deren Geschäftsführungen, Management, Vorstände usw. - (Art. 49, 54 AEUV), Dienstleister (Art. 56 AEUV) oder Kapitaleigner (Art. 63 Abs. 1 AEUV).

In der rechtlichen Perspektive zeigt sich somit die Notwendigkeit einer dogmatisch-konzeptionell einheitlichen Auslegung des Marktzutrittskriteriums, wie von Generalanwalt *Yves Bot* in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁴²¹ vertreten:

[Rn 118] Die Verwendung eines einzigen und einfachen Kriteriums, das auf den Marktzugang bezogen ist, gäbe die Möglichkeit, die Prüfungsschemata für die Beschränkungen an die verschiedenen Verkehrsfreiheiten anzugleichen. [...] Ein den verschiedenen Freiheiten gemeinsamer Ansatz ist jedoch vor allem angesichts der Erfor-

²⁴¹⁷ Wie insb. *Michael E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998); *ders.*, *Competitive Advantage* (1985/1998)) sowie explizit zu Unternehmensstrategien im Wettbewerb *W. Pfähler/H. Wiese*, *Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (2008); *H. Hungenberg*, *Strategisches Management in Unternehmen* (2011), *R. M. Grant*, *Moderne Strategische Unternehmensführung* (2014)). Siehe im Überblick auch *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: *MüKo EuWettbR* (2015), Einl. Rn. 115/116 (spieltheoretisch fundierte Industrieökonomik), Rn. 118-120 (Institutionenökonomik/Law & Economics), Rn. 123-125 (Verhaltensökonomik/Experimentelle Ökonomik), Rn. 238 ff./276 f. (Marktzutrittsschranken, strategische Marktzutrittsschranken).

²⁴¹⁸ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁴¹⁹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁴²⁰ EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253) Rn. 7; EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730) Rn. 40 bis 44.

²⁴²¹ Schlussanträge Generalanwalt *Yves Bot* EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2006:646).

dernisse geboten, die mit der Schaffung des europäischen Binnenmarktes und dem Entstehen einer Unionsbürgerschaft verbunden sind.

[Rn. 132] Wird für alle Verkehrsfreiheiten ein identisches Kriterium angewandt, können diejenigen Fälle leichter gelöst werden, in denen Maßnahmen, die der Gerichtshof unter dem Gesichtspunkt des freien Warenverkehrs zu prüfen hat, auch als Beschränkungen der sonstigen Verkehrsfreiheiten qualifiziert werden können.

Das Kriterium der „Attraktivität“ schafft in der Zusammenschau mit dem Marktzutrittskriterium als subjektives Element des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens erst die Grundlage für eine Bewertung von die transnationale wirtschaftliche Mobilität beschränkenden Maßnahmen am freiheits- und gleichheitsrechtlichen Maßstab betreffend den Marktzutritt/-austritt und diesen „weniger attraktiv“ machenden Barrieren (hierzu nachfolgend unter (a)). Für die Prüfung dieser die Mobilität beschränkenden Wirkungen auf den Marktzutritt sind erstens die hierfür maßgeblichen Wettbewerbsformen und deren objektiven Funktionsbedingungen als dafür maßgeblicher Entscheidungsrahmen (Marktstruktur) zu analysieren (hierzu sogleich unter (b)). Zweitens erfordert eine Prüfung der Beschränkung des Marktzutritts die dafür maßgebenden subjektiven Bedingungen in den Blick zu nehmen, also die möglichen Strategievariablen als Entscheidungsgegenstand für die Verfolgung einer bestimmten Wettbewerbsstrategie (Marktverhalten) (dazu nachfolgend unter (c)).

(a) Die Theorie der Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken

In der wettbewerbsökonomischen Zusammenschau der EuGH *Dassonville*-²⁴²² und *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung²⁴²³ mit der Rechtsprechung zu der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten - EuGH *Keck*²⁴²⁴ und der Folgerechtsprechung *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁴²⁵ (siehe Kapitel 3 E. II.) ist für die „Attraktivität des Marktzugangs“ das Vorhandensein von sog. Marktzutritts- oder Marktaustrittsschranken bestimmend. D.h. bei der Mobilitätsbeschränkungsprüfung ist notwendig zu analysieren, ob eine Maßnahme aus der subjektiven Perspektive des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes eine Marktzutrittsschranke oder eine Marktaustrittsschranke darstellt, welche dazu führt, dass der Eintritt in den potenziellen Wettbewerb am Maßstab möglicher Wettbewerbsvorteile nicht „attraktiv“ erscheint, d.h. sich der Marktzutritt in der betriebswirtschaftlichen Betrachtung nicht „lohnt“. Dem liegen die Gesetzmäßigkeiten von Rentabilitätsbetrachtungen von Branchen (Industries) zugrunde²⁴²⁶, welche zur Konkretisierung der für die Mobilitätsentscheidung geltenden Variablen herangezogen werden können und in denen bestimmte Entscheidungsgesetzmäßigkeiten herrschen.

²⁴²² EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

²⁴²³ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²⁴²⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁴²⁵ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁴²⁶ *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998), Chapter 7 “Structural Analysis within Industries”, S. 126 ff., “Part II Generic Industry Environments” (typische Branchensituationen), S. 191 ff.

(aa) Markteintritts- und Wachstumsformen (Unternehmenspraxis)

In dem Schrifttum zum strategischen Management steht die „Attraktivität“ bei der Analyse zur Rentabilität einer Branche im Zusammenhang mit den die Marktstruktur einer Branche bestimmenden Faktoren, welche den Rahmen für das mögliche bzw. strategisch sinnvolle Marktverhalten bilden, im Vordergrund. Das hierbei am häufigsten verwendete System zur Untersuchung dieser Faktoren ist das von *Michael E. Porter* entwickelte sog. Modell der *Five Forces*.²⁴²⁷ Dieses Modell geht davon aus, dass die Rentabilität (diese errechnet sich aus dem Kapitalertrag abzüglich der Kosten) im Wesentlichen von fünf (Wettbewerbs-)Kräften bestimmt wird.²⁴²⁸

Dieses Modell der Branchenanalyse bietet dem Management eines Unternehmens oder dem Einzelunternehmer, z.B. einem Dienstleister, oder auch dem Arbeitnehmer, einen Rahmen, mit dessen Hilfe die notwendigen Daten zur Entscheidung für eine Wettbewerbsstrategie (Marktverhalten) ermittelt werden können. Ziel der Wettbewerbsstrategie ist für alle Wirtschaftssubjekte, durch eine im Voraus geplante Positionierung in der Branche – oder wettbewerbsrechtlich ausgedrückt in dem relevanten Markt – *Wettbewerbsvorteile*²⁴²⁹ zu generieren.²⁴³⁰ In dieser theoretisch untermauerten Entscheidungsnotwendigkeit, welche grundsätzlich für jedes Wirtschaftssubjekt in jedem Markt gilt, zeigt sich die „Subjektivität“ des Attraktivitätskriteriums, da eben eine Beschränkung dieser freien Entscheidung zur Positionierung im Wettbewerb der Branche die Ausübung einer Grundfreiheit „behindert“ oder „weniger attraktiv macht“ und damit „geeignet“ ist, die wirtschaftliche Mobilität zu beschränken, im Sinne der von dem EuGH gebrauchten Formeln der *Dassonville*²⁴³¹- und der *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung.²⁴³² Rechtsdogmatisch wird mit der Einbeziehung der Entscheidungsfreiheit in die grundfreiheitlichen Kontrolle die Funktionsparallele in der Konnexität zu der freiheitsrechtlichen Facette der Wettbewerbsregeln deutlich, die gemäß der wettbewerbstheoretischen Leitbilder von *Erich Hoppmann*²⁴³³ und dem SVE-Paradigma Marktstruktur-Marktverhalten-Marktergebnis²⁴³⁴ explizit die Kontrolle der Entscheidungsfreiheit umfassen.

Michael Neubert formuliert aus der Sicht der Unternehmenspraxis, dass „der Umgang mit Markteintrittsschranken zu den täglichen Aufgaben eines Auslandsmanagers gehört“.²⁴³⁵ Hinsichtlich der für das Wirtschaftssubjekt maßgeblichen strategischen Entscheidung für oder gegen einen Marktzutritt oder -austritt definiert er sog. *Marktein-*

²⁴²⁷ *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998), S. 4.

²⁴²⁸ Siehe zur Untersuchung der Attraktivität einer Branche mit diesem Instrumentarium *R. M. Grant*, *Moderne strategische Unternehmensführung* (2014), S. 82-87.

²⁴²⁹ *M. E. Porter*, *Competition Advantage* (1985/1998) passim.

²⁴³⁰ *R. M. Grant*, a.a.O. (2014), S. 97 – 106.

²⁴³¹ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

²⁴³² EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²⁴³³ Siehe Kapitel 3 D. II. 4. c) aa) und bb).

²⁴³⁴ Siehe Kapitel 3 D. II. 4. c) dd).

²⁴³⁵ *M. Neubert*, *Globale Marktstrategien* (2013), S. 175.

trittsformen und Marktwachstumsformen²⁴³⁶, deren Auswahl maßgeblich von der Marktattraktivität abhängt, d.h. von den Marktzutritts- und Marktaustrittsbarrieren.²⁴³⁷ Zu der Art und Form von Barrieren fasst *Michael Neubert* aus der Sicht von Unternehmen die Situation wie folgt zusammen²⁴³⁸:

Markteintritts- und Marktaustrittsschranken haben einen maßgeblichen Einfluss auf die Marktattraktivität und die Wahl der Markteintritts- und Marktwachstumsform. So ist gerade in stark abgeschotteten aber hoch profitablen Branchen [...] und Ländern eine Akquisition (=buy) die einzig realistische Markteintrittsform; Markteintritts- und Marktaustrittsschranken sind dynamisch und werden von Regierungen zur Durchsetzung eigener Interessen schnell angepasst. Dabei müssen Unternehmen immer seltener mit drakonischen Maßnahmen [...] rechnen. Vielmehr dominieren heute subtilere (Protektions-)Maßnahmen unter dem Deckmantel des Umwelt- und Konsumentenschutzes. Manche wirken sich so stark auf das Geschäftsmodell aus, dass Produktivitätsfortschritte und die Realisierung globaler Skaleneffekte verhindert werden (Hervorhebungen durch den Verf.).

Hier schließt sich der Kreis zu den von *Frank Schmidt* beschriebenen politischen Märkten (siehe zuvor a), bb)) welche sich auszeichnen durch die Nachfrage nach solchen hoheitlich installierten, strategisch-protektionistischen Marktzutritts- und/oder Marktaustrittsbarrieren. Die Gesetzmäßigkeiten dieser Barrieren zu erfassen, wie sie im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum theoretisch untermauert sind (dazu nachfolgend (bb)), ist entscheidend für die Konkretisierung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes und das Kriterium „weniger attraktiv“.

(bb) Konzepte der „barriers to entry/-to exit“, „mobility barriers“

Das von dem EuGH bereits mit der *Keck*-Rechtsprechung²⁴³⁹ explizit herausgestellte und sodann in der Rechtsprechungslinie *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁴⁴⁰ fokussierte und bis zuletzt bestätigte Marktzutrittskriterium findet eine fundierte theoretische Basis in dem wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum zu Marktzutrittsbarrieren („barriers to entry“/„entry barriers“).²⁴⁴¹ Ebenso verhält es sich mit dem Marktaustrittskriterium (EuGH *Groenveld/Gysbrechts*)²⁴⁴², welches sich mit den Konzepten der Marktaustrittsbarrieren („barriers to exit“) beschreiben lässt. Die Variablen der „barriers to entry“ und „barriers to exit“ wurden von *Richard E. Caves* und *Michael E. Porter* unter dem

²⁴³⁶ *M. Neubert*, ebd. (2013) zu dem Zusammenhang von Markteintritts- und Marktwachstumsformen, Abschnitt 4, S. 158 ff. und zu der Auswahl von geeigneten Markteintrittsformen Abschnitt 4.5. S. 177-184.

²⁴³⁷ *M. Neubert*, ebd. (2013), S. 175.

²⁴³⁸ *M. Neubert*, ebd. (2013), S. 177.

²⁴³⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

²⁴⁴⁰ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁴⁴¹ *L. Peepkorn/V. Verouden*, *The Economics of Competition*, in: Faull/Nikpay (Hrsg.), *EU Law of Competition* (2014), S. 17-19, Rn. 1.50-1.55.

²⁴⁴² EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253); EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730).

Oberbegriff der „mobility barriers“ zusammengefasst, der mit dem vorliegend so benannten Maßstab der Mobilitätsbeschränkung korreliert:

The concept of a „barrier to entry“ is more subtle than it appears to be at first sight. [...] Several alternatives have been proposed [...]. These definitions differ according to their emphasis on the *structural characteristics of entry*, the consequences of entry for economic performance, and the value incumbency. While most of the early literature on barriers has focused on impediments to the entry of new capital into a market, we argue that economic performance depends on *limitations to the movement* of resources into, out of, or within an existing industry. Thus, we choose to use the more general term of „mobility barriers“²⁴⁴³ (Hervorhebung durch den Verf.).

Diesen wirtschaftswissenschaftlich fundierten Begriffen – „limitations to the movement“, „mobility barriers“ – und deren theoretischen Implikationen soll für die Konkretisierung des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes gefolgt werden, angesichts ihrer Konkordanz zu dem Free Movement-Konzept (funktionale Transnationalität) und zu den prinzipiellen Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Kapitel 3 F.). Für die inhaltliche Konkretisierung der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit bildet dieser Ansatz den Bezugspunkt zur Konkretisierung des Begriffs der „Attraktivität“ des Marktzutritts bzw. Marktaustritts im Sinne der EuGH Formel „weniger attraktiv“.

Grundlegend für das Verständnis von Marktzutrittsbarrieren sind die „frühen“ Arbeiten von *Joe Staten Bain* (1956)²⁴⁴⁴ sowie von *George Joseph Stigler* und der *Chicago School*²⁴⁴⁵, welche mit vielfältigen Paradigmen, Modellannahmen und Analyseinstrumenten sowie konkreten Berechnungen im Schrifttum weiter ausdifferenziert wurden.²⁴⁴⁶ *Carl Christian von Weizsäcker* hat sich mathematisch ausführlich mit dem theoretischen Fundament von „Barriers to Entry“ auseinandergesetzt.²⁴⁴⁷ Im europarechtlichen Schrifttum hat *Gareth Davies* die normativ-ökonomischen Zusammenhänge von Diskriminierung/Beschränkung im Kontext des Marktzutrittskriteriums und der „barriers to entry“ sowie im Vergleich von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln ausführlich reflektiert.²⁴⁴⁸ Auch er kommt zu dem Schluss, dass das Konzept der „barriers to entry“ mit dem Marktzutrittskriterium in Verbindung zu bringen ist:

“If we want to ask which kinds of measures hinder market access, then once again it is worth turning to competition law and theory for theoretical background.²⁴⁴⁹ [...] The Commission describes entry barriers very clearly as “factors that prevent or hinder companies from entering a specific market.” A restriction on free movement, or a hindrance on market access, to use the popular free movement phrases, can clearly both be

²⁴⁴³ P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin, Barriers to entry and strategic competition (1990/2007), S. 7.

²⁴⁴⁴ J. S. Bain, Barriers to New Competition (1956/1965) passim.

²⁴⁴⁵ P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin, ebd. (1990/2007), S. 8 f.

²⁴⁴⁶ Im Überblick bei P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin, ebd. (1990/2007), S. 7-14.

²⁴⁴⁷ C. C. von Weizsäcker, Barriers to Entry – A Theoretical Treatment (1980) passim.

²⁴⁴⁸ G. Davies, Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law, German Law Journal Vol. 11 No. 08, S. 671 ff.

²⁴⁴⁹ G. Davies ebd., S. 680.

understood as regulatory barriers to entry.²⁴⁵⁰ [...] However, there are two things for the free movement lawyer to take away from a consideration of barriers to entry. The first is that these are the same as hindrances to market access. The different definitions of a barrier to entry reflect different opinions on what will actually keep new entrants out of a market. However, there is no dispute that what is being sought is an accurate description of the measures, acts and circumstances which tend to exclude new entrants from a given market and thereby protect incumbents. In other words, the definitions of barriers to entry are offered as definitions of hindrances to market access. As the plain language of the two phrases suggest, they mean the same thing. If free movement law wishes to engage in an economically sophisticated way with its goals and definitions, competition theory is therefore the place to begin. It may be that the trade-offs of legal certainty and adjudication costs against economic precision do not justify the depth of economic analysis commonly employed in a competition law case, but the underlying concept which should guide the law is not different.”²⁴⁵¹

Insoweit erweist sich die anderenorts im europarechtlichen Schrifttum geäußerte Skepsis, dass sich das Marktzutrittskriterium des EuGH möglicherweise nicht hinreichend konkretisieren lasse²⁴⁵², als wenig stichhaltig. Interessant ist hierbei in der zeitlichen Perspektive (einer insoweit historischen Auslegung), dass *Joe Staten Bain* 1956 bereits die wesentlichen Linien von Beschränkungen wirtschaftlicher Mobilität beschrieben hat²⁴⁵³, welche 1957 im Kontext der theoretischen Annahmen von *Bela Balassa*²⁴⁵⁴ mit den Römischen Verträgen und der Rechtsprechung des Gerichtshofs in das Recht der EWG implementiert wurden.

Die Theorie der angreifbaren Märkte (contestable markets²⁴⁵⁵) impliziert die o.g. Ansätze von *Joe Staten Bain* und hebt die zentrale Rolle des potenziellen Wettbewerbs bei der Beurteilung von Marktzutrittschranken hervor²⁴⁵⁶ und betont, dass es sich um eine „strukturelles Konzept“ handelt.²⁴⁵⁷ Dabei wird das Konzept der Marktzutrittschranken durchaus unterschiedlich aufgefasst, etwa in der Unterscheidung von sog. ab-

²⁴⁵⁰ G. Davies, ebd., S. 681.

²⁴⁵¹ G. Davies, ebd., S. 682.

²⁴⁵² C. Barnard, *The Four Freedoms* (2016), S. 21/22; E. Spaventa, *Leaving Keck behind?*, *European Law Review* 2009, S. 914, 923 ff.; J. Snell, *The notion of market access: A concept or a slogan?* *CMLR* 2010, S. 437, 440 und S. 467 ff., S. 470: “The notion of market access obscures rather than illuminates.”

²⁴⁵³ J. S. Bain, *Barriers to New Competition* (1956/1965), S. 1 ff. “The Importance of the Condition of Entry”, und sodann aggregiert aus zuvor erläuterten einzelnen Marktzutrittsbarrieren (Economies of Large Scale, Product Differentiation, Absolute Cost Advantages) “The Over-All Barriers to Entry and Theory as to their Consequences, S. 167 ff.

²⁴⁵⁴ B. Balassa, *The Theory of Economic Integration* (1961/2011) passim. Siehe bereits Kapitel 3 A. I.

²⁴⁵⁵ Kapitel 3 D. II. 4. c) cc).

²⁴⁵⁶ W. Kerber/U. Schwalbe, *MüKo EuWettbR* (2015), Einl. Rn. 274-277.

²⁴⁵⁷ J. S. Bain, a.a.O. (1956/1965), S. 4: “[...] the condition of entry is a structural concept. Like some other aspects of market structure, it may be viewed as potentially subject to quantitative evaluation in terms of a continuous variable. This variable is the percentage by which established firms can raise price above a specific competitive level without attracting new entry – a percentage which may vary continuously from zero to a very high figure, with entry becoming “more difficult” by small gradations as it does so. As the difficulty of entry (thus understood and evaluated) increases, some systematic variations in the behavior of established firms may be anticipated.”

soluten Marktzutrittschranken und strategischen Marktzutrittschranken.²⁴⁵⁸ Überdies werden im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum auch unterschiedliche Wettbewerbsstrategien zur Nutzung als Marktzutrittschranke betrachtet bzw. die Verbindungslinien von Strategien und Marktzutritt ergründet.²⁴⁵⁹ Jenseits der vielfältigen Begründungsansätze im Detail, welche hier nicht weiter zu vertiefen sind, ist erkennbar, dass der EuGH mit der begrifflichen Kombination von „Geeignetheit zu behindern“ (EuGH *Dassonville*)²⁴⁶⁰, „weniger attraktiv“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)²⁴⁶¹ und dem „Marktzutrittskriterium“ (EuGH *Keck*,²⁴⁶² EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*)²⁴⁶³ sowie dem Marktaustrittskriterium (EuGH *Groenveld/Gysbrechts*)²⁴⁶⁴ die aus integrationspolitischer und wettbewerbsökonomischer Sicht richtige Definitionsgrundlage formuliert hat, mit der jene wirtschaftswissenschaftlichen Maßstäbe in Bezug genommen sind, welche die *Entscheidung* eines Wirtschaftssubjektes für Wettbewerbsstrategien mit dem Ziel des Marktzutritts bzw. Marktaustritts betreffen (Strategievariablen als Entscheidungsgegenstand für das Marktverhalten) und die dafür bestimmenden Rahmenbedingungen (Funktionsbedingungen als Entscheidungsrahmen der Marktstruktur).

Nachfolgend ist daher zu eruieren, anhand welcher Variablen die hierfür nötige rechtliche Subsumtion erfolgen muss. Dabei ist zwischen einer objektiven Ebene im Sinne von *Funktionsbedingungen* als Entscheidungsrahmen (hierzu sogleich unter b)) und einer subjektiven Ebene im Sinne von *Strategievariablen* als Entscheidungsgegenstand (hierzu unter c)) zu differenzieren.

(b) *Funktionsbedingungen als Entscheidungsrahmen (Marktstruktur)*

Wie zuvor ausgeführt erfordert die „Attraktivitätsformel“ des EuGH die „Geeignetheit“ einer Maßnahme zur Beeinflussung der wirtschaftlichen Mobilität anhand des für eine Strategieentscheidung maßgeblichen *Entscheidungsrahmens* zu prüfen. Der Entscheidungsrahmen eines Wirtschaftssubjektes wird in der *gleichheitsrechtlichen* Perspektive (Mobilitätsgleichheit) in einem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt durch die den Markt und seine Struktur bestimmenden Regelungen abgesteckt, vorliegend als *Funktionsbedingungen* benannt. In der *freiheitsrechtlichen* Perspektive (Mobilitätsfreiheit) des hier so benannten *Aktionsradius* eines Wirtschaftssubjektes ist das mögliche Handlungsbündel der hinter jeder wirtschaftlichen Leistung stehenden Wirtschaftssubjekte für die Wahl von Aktionsparametern zu prüfen. Soweit ein Aktionsparameter gezielt zur Verfolgung einer Wettbewerbsstrategie verwendet wird, z.B. für ei-

²⁴⁵⁸ W. Kerber/U. Schwalbe, ebd. (2015), Rn. 277.

²⁴⁵⁹ S. Wied-Nebbeling, Preistheorie und Industrieökonomik (2009), S. 260-262 (Aufbau einer eintrittsverhindernden Kapazität mit sunk costs) sowie S. 262-268 (weitere Möglichkeiten zur Verhinderung von Markteintritten). Speziell zur Strategie des Limit pricing in der Wirkung als Marktzutrittschranke L. Brighi/M. D'Amato, Limit pricing and secret barriers to entry, DEMB Working Paper Series N. 39 (2014), S. 1-51.

²⁴⁶⁰ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

²⁴⁶¹ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²⁴⁶² EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁴⁶³ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁴⁶⁴ EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253); EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730).

ne Niedrigpreisstrategie wie im Fall *Keck*, wird der Aktionsparameter zu einer hier so bezeichneten *Strategievariable* (dazu nachfolgend (c)).

(aa) Allgemeine Funktionsbedingungen (Umfeld)

Auf der objektiven Ebene der *Funktionsbedingungen* (objektives Element der Prüfung) ist zuerst zu berücksichtigen, dass der „Rahmen“ für jene den Marktzutritt bzw. Marktaustritt notwendig vorausgehenden strategischen Entscheidungen stets durch natürliche Standortbedingungen, wie z.B. Landschaft, Klima, Rohstoffvorkommen etc., sowie andere „exogene“ Faktoren, wie etwa die gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse, bestimmt werden. Diese im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum auch als *Makroumwelt* bezeichneten Bedingungen²⁴⁶⁵, muss der nationale Rechtsanwender bei der „Attraktivitätsprüfung“ als „unveränderliche“, d.h. strategisch nicht beeinflussbare Größen hinnehmen, da diese per se für alle Wirtschaftssubjekte gleichermaßen gelten. Damit entsprechen diese Bedingungen dem Grunde nach den „bloßen Umfeldregelungen“ bzw. den „Nicht-Modalitäten“ der EuGH-Rechtsprechung.²⁴⁶⁶ Diese unveränderlichen Bedingungen sollen hier als *allgemeine Funktionsbedingungen* bezeichnet werden. Bei der „Attraktivitätsprüfung“ werden diese Bedingungen allenfalls dann relevant, wenn die Anknüpfung der Maßnahme an Aktionsparameter gezielt z.B. daran ausgerichtet ist, ungleiche Bedingungen im Hinblick auf solche allgemeinen Funktionsbedingungen zu schaffen. Hierfür kann als Beispiel der Sachverhalt der EuGH-Entscheidung *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* herangezogen werden.

Beispiel EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²⁴⁶⁷: Die konkrete Auslegung eines Verbotes (Maßnahme) zur Verwendung von bestimmten Wasserfahrzeugen (Wassermotorräder) von Herstellern eben dieser Produkte aus einem anderen Mitgliedstaat führt strategisch betrachtet dazu, dass der *Zugang zur der natürlichen Ressource Wasserstraße* nur einer bestimmten Gruppe von Wirtschaftssubjekten vorbehalten bleibt (Anknüpfung der Maßnahme an die Kompatibilität eines Produktes). Die Anknüpfung der Maßnahme und deren Wirkung beziehen sich hier somit zwar auf eine natürliche Bedingung der Makroumwelt (Wasserstraße), betreffen aber gerade hierdurch den Kompatibilitätswettbewerb und verhindern dadurch gezielt den Marktzutritt von Produkten, welche dem Verbot unterliegen.

(bb) Spezifische Funktionsbedingungen (Branche)

Als *spezifische Funktionsbedingungen* können solche Faktoren für die Prüfung der „Attraktivität“ des Marktzutritts definiert werden, welche eine Branche in ihrer Struktur und Entwicklung als Ganzes charakterisieren. Der Zweck einer Branchenstrukturanalyse besteht darin, die komplexe Interaktion von Wirtschaftssubjekten in systematischer Weise zu erfassen, um so die „Gesetzmäßigkeiten“ der Branche zu verstehen.²⁴⁶⁸ Wel-

²⁴⁶⁵ H. Hungenberg, *Strategisches Management in Unternehmen* (2011), S. 90/91.

²⁴⁶⁶ Vgl. Kapitel 5 C. I. 2. a) aa) (4)).

²⁴⁶⁷ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²⁴⁶⁸ Siehe zu den Modellen der Branchenanalyse die Übersicht bei H. Hungenberg, *Strategisches Management in Unternehmen* (2004), S. 98 ff.

che Variablen eine Branche kennzeichnen, ist, wie oben bereits erwähnt, maßgeblich von *Michael E. Porter*²⁴⁶⁹ in seinem Modell der sog. *Five Forces* dargelegt worden, welches i.w.S. den Aspekt der „Attraktivität“ eines Marktes und damit auch den Marktzutritt erfasst:

- (1) Threat of new entrance (potentieller Wettbewerb/Marktmacht der potentiellen Konkurrenten);
- (2) Bargaining power of suppliers (Marktmacht der Lieferanten);
- (3) Bargaining power of buyers (Marktmacht der Abnehmer/Marktgegenseite);
- (4) Threat of substitute products or services (Ersatz-/Komplementärprodukte);
- (5) Rivalry among existing firms (Grad der Rivalität im aktuellen Wettbewerb/Wettbewerbsintensität).

Der Grundgedanke liegt hier darin, dass die Attraktivität eines Marktes aus der Sicht des den Marktzutritt oder Marktaustritt planenden Wirtschaftssubjektes vor allem von der Marktstruktur und deren Wirkung auf die eigene Position in Zielmarkt abhängt. Dies zeigt sich auch in der von *Michael E. Porter* beschriebenen „Competition Analysis“ mit der Methode eines „Company Position/Industry Attractiveness Screen“.²⁴⁷⁰

Insoweit besteht eine Kongruenz mit dem Marktstruktur-Marktverhalten-Marktergebnis-Paradigma (SVE-Paradigma), welches als Basis für eine differenzierte quantitative Untersuchung von Märkten und Industrien in den 1930er Jahren maßgeblich von *Edward Sagendorph Mason* und *Joe Staten Bain* entwickelt wurde.²⁴⁷¹ Das SVE-Paradigma und das Branchenstruktur-Modell lassen sich kombinieren und auf die Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit beziehen. So bestehen für den Juristen empirisch unterlegbare Variablen zur Beurteilung der „Attraktivität“, da sich die Einflussgrößen für die Marktstruktur als Funktionsbedingungen definieren lassen. So beschreiben die „five forces“ idealtypisch in ihrer Summe den Grad der Attraktivität einer Branche.²⁴⁷² Denn die Subsumtion dieser „Kräfte“ beschreibt objektiv die Bedingungen, welche für eine *Beurteilung der Freiheitsräume* betreffend die Entscheidung für eine Wettbewerbsstrategie bestehen. Bei der konkreten Anwendung muss jedoch beachtet werden, dass das Branchen-Struktur-Modell für Märkte mit eher geringer Dynamik, insbesondere langsam prosperierende Oligopolmärkte, entwickelt wurde. Zudem müssen nicht in jedem Fall alle Kriterien berücksichtigt werden. Oftmals wird es ausreichen, bei der Attraktivitätsanalyse eine Teilmenge der fünf „Kräfte“ heranzuziehen.

Bei der Prüfung der „Attraktivität“ des Marktzugangs ist demnach zu fragen, ob durch die konkrete Anknüpfung der Maßnahme an einen wettbewerblich relevanten Aktionsparameter, wie z.B. den Preis von Kaffee im Fall *Keck* oder die Eigenschaften ei-

²⁴⁶⁹ *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998), S. 4 ff.

²⁴⁷⁰ *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998), S. 365.

²⁴⁷¹ Vgl. *W. Kerber/U. Schwalbe*, in: *MüKo EuWettbR* (2007), Einl. Rn. 1002.

²⁴⁷² Siehe hierzu anschaulich *H. Hungenberg*, *Strategisches Management in Unternehmen* (2004), S. 98 ff.

nes Produkt wie im Fall *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁴⁷³ oder in der Rechtssache *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²⁴⁷⁴, unter Berücksichtigung der *allgemeinen Funktionsbedingungen* sowie der *spezifischen Funktionsbedingungen* der Aktionsradius des Wirtschaftssubjektes bezogen auf damit zusammenhängende Strategien in unangemessener Weise ungleich, d.h. selektiv, begrenzt („bewirkt“) wird. Unangemessen ist die Wirkung einer Maßnahme von vornherein, wenn eine gezielte („bezweckte“), d.h. strategisch-wirtschaftliche Intervention des Mitgliedstaates, oder des Privaten im Falle der horizontalen Direktwirkung, hinter der Konstruktion steht, im Sinne eines bewusst strategischen Protektionismus.

Dogmatisch korreliert die Einbeziehung von *Funktionsbedingungen* in die Wirkungsprüfung mit der in Kapitel 4 hergeleiteten Dogmatik der Grundfreiheiten als Marktverantwortungsrecht, da hierin eine *Marktstrukturverantwortung* der Mitgliedstaaten zum Ausdruck kommt. In der hier dargelegten wettbewerbsökonomischen Interpretation der EuGH-Rechtsprechung ist die Marktstruktur hinsichtlich ihrer Mobilitäts-offenheit (Theorie der „mobility barriers“²⁴⁷⁵) und ihrer „Mobilitätsattraktivität“ im Sinne der *Gebhard*-Formel durch das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot geschützt. Die Mitgliedstaaten haben insoweit per se eine *Marktstrukturverantwortung* soweit die Mobilität spezifisch einschränkende Effekte im Raum stehen.²⁴⁷⁶ Inwieweit hierbei auch Wohlfahrtseffekte bzw. Effizienzgesichtspunkte, analog zu dem more economic approach bei den kartellrechtlichen Verbotstatbeständen, in Betracht zu ziehen sind, ist indessen fraglich. Zugunsten einer klaren Kontur des grundfreiheitlichen Beschränkungstatbestandes sollten derartige Erwägungen zu den Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt bzw. die Konsumentenrenten vielmehr abwägend im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einbezogen werden, im Sinne einer möglichen „Werte- und Effizienzeinrede“ unter Darlegung „externer Kosten“ seitens der Mitgliedstaaten in besonders gelagerten Sachverhalten (siehe hierzu näher unter C. zur Ökonomisierung der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit).

(c) *Strategievariablen als Entscheidungsgegenstand (Marktverhalten)*

Durch eine subtile Anknüpfung von Rechtsfolgen an Funktionsmechanismen von Wettbewerbsstrategien, d.h. die für Strategien im Wettbewerb relevanten Variablen, können Maßnahmen, wie insbesondere Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte, gezielt auf die Entscheidung für eine bestimmte Wettbewerbsstrategie einwirken (strategischer Protektionismus).

Um staatlich oder privat gesteuerte protektionistische Strategien juristisch exakt erfassen zu können, muss zwischen einer generellen und einer strategischen Nutzung von

²⁴⁷³ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁴⁷⁴ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²⁴⁷⁵ R. E. Caves/M. E. Porter, From entry barriers to mobility barriers: conjectural decisions and contrived deterrence to new competition, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 91 (May 1977), S. 241, 249 ff.

²⁴⁷⁶ Zur streitigen Frage, ob eine generelle Marktstrukturverantwortung von Unternehmen besteht, vgl. W. Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch* (2010), S. 94.

Aktionsparametern unterschieden werden. Eine generelle Nutzung von Aktionsparametern, also von Preis, Qualität, Kompatibilität etc. liegt vor, wenn diese als Variablen zur allgemeinen Steuerung der wirtschaftlichen Leistung (Output) und nicht zur strategischen Positionierung im Markt genutzt werden. Dieselben Aktionsparameter, also Preis, Menge, Qualität, Kompatibilität etc., können aber auch strategisch, d.h. in dynamischer Betrachtungsweise des Marktprozesses im Sinne industrieökonomischer Ansätze²⁴⁷⁷, als *kurzfristige Parameter* oder *langfristige Parameter* spezifisch zur Positionierung im Wettbewerb mit dem Ziel der Generierung von Wettbewerbsvorteilen eingesetzt werden. Wie bereits in Kapitel 4 bei der Funktionsanalyse der Grundfreiheiten dargelegt, kann die Interaktion *direkter und strategischer Effekte* im Rahmen einer „spieltheoretischen Wettbewerbsstruktur“ zweistufiger Wettbewerbsprozesse von langfristigen und kurzfristigen Parametern betrachtet werden. In diesem Modell erfolgt die Festlegung langfristiger Aktionsparameter strategisch gesehen (1. Stufe), wie z.B. die Qualität einer Leistung, zeitlich nach der Festlegung kurzfristiger Aktionsparameter (2. Stufe), wie Preis und Menge. So kann im Wege einer „Rückwärtsbetrachtung“ ergründet werden, wie die langfristig wirkenden Parameter (z.B. Qualität oder Kapazität) den Preis und die Menge als kurzfristig wirkende Parameter beeinflussen.²⁴⁷⁸

Soweit also Aktionsparameter *spezifisch* mit einer bestimmten Wettbewerbsstrategie verknüpft sind, fungieren diese als wettbewerbsökonomische Variable zur Verfolgung einer Wettbewerbsstrategie und werden daher als *Strategievariablen* bezeichnet. Hierbei gilt, dass in der Regel die Nutzung von Aktionsparametern als Strategievariablen für Wettbewerbsformen der ersten Wettbewerbsstufe (Kapazität, Innovation, Qualität, Diversifikation, Kompatibilität, Image/Werbung) nur als langfristig wirkende Parameter eingesetzt werden können (Wirkungsdauer der Entscheidung). Demgegenüber gelten die Aktionsparameter der beiden Wettbewerbsformen der zweiten Wettbewerbsstufe (Preis, Menge) grundsätzlich nur als kurzfristig änderbare Parameter. Dementsprechend wird im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum zu Unternehmensstrategien im Wettbewerb zwischen sog. *direkten Effekten* kurzfristig wirkender Aktionsparameter und *strategischen Effekten* langfristig wirkender Aktionsparameter unterschieden.²⁴⁷⁹ Die Aktionsparameter aller Wettbewerbsformen können somit, je nach gewählter bzw. im konkreten Markt sinnvoller Wettbewerbsstrategie, unterschiedliche Funktionen übernehmen. So kann z.B. der Aktionsparameter „Image“ eines Produktes im Diversifikationswettbewerb als Strategievariable eingesetzt werden, um sich gegenüber der direkten Konkurrenz mit gezielten Werbemaßnahmen abzuheben, die bei dem gleichen Produkt den Aktionsparameter Qualität als Strategievariable einsetzt.²⁴⁸⁰ Ebenso kann

²⁴⁷⁷ C. Ewald, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 7, Rn. 4 ff.; W. Kerber/U. Schwalbe, in: MüKo EuWettbR (2015), Einl., Rn. 115-118.

²⁴⁷⁸ Vgl. W. Pfähler/H. Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 18/19.

²⁴⁷⁹ W. Pfähler/H. Wiese, ebd. (2008), S. 16.

²⁴⁸⁰ Siehe zur Strategie beim Image-/Wettbewerb W. Pfähler/H. Wiese, ebd. (2008), S. 301 ff. und zum Qualitätswettbewerb S. 282 ff. Ebenso zum Qualitätswettbewerb B. Woekner, Strategischer Wettbewerb (2014), S. 167 ff., S. 183 unter Einbeziehung einer Betrachtung von F&E-Kosten.

der Aktionsparameter Kompatibilität²⁴⁸¹ gezielt dafür eingesetzt werden, einen eigenen Markt zu eröffnen bzw. ein unbesetztes Segment zu bestimmen, sog. Blue Ocean-Strategie²⁴⁸², um nicht in einen langfristig wirkenden Qualitätswettbewerb oder einen kurzfristig wirkenden Preis- oder Mengenwettbewerb eintreten zu müssen.

Beispiel EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁴⁸³: Anhänger für Kleinkrafträder sind als eigener Markt zu bewerten, siehe Rn. 57 der Entscheidungsgründe sowie Rn. 13. der Schlussanträge.²⁴⁸⁴ Das Unternehmen, welches Anhänger für Kleinkrafträder produziert, hat aller Wahrscheinlichkeit nach eine gezielte Kompatibilitätsstrategie verfolgt und damit einen eigenen Markt im Sinne der *Blue Ocean Strategie* eröffnet. Das Verbot der italienischen Straßenverkehrsordnung verhindert gezielt diese Strategie, womit ein erheblicher Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des Unternehmens verbunden ist. Die Attraktivität des Marktes ist damit konterkariert und das Unternehmen zu einem Marktaustritt gezwungen.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich Maßnahmen strategisch auch darauf richten können, die Reaktionsmöglichkeiten von Konkurrenten in einer Branche zu beeinflussen. Daher ist zu berücksichtigen, dass der „Rivalität“ im Wettbewerb eine *Entscheidungsinterdependenz* zugrunde liegt (Beispiel: Die Reaktionsverbundenheit im Oligopol²⁴⁸⁵), welche gerade das Wesen von Strategien ausmacht.²⁴⁸⁶ Das gegenseitige Beobachten und Antizipieren von Entscheidungen anderer Wirtschaftssubjekte erfordert deren Optionen sowie auch die wahrscheinlichen Reaktionen der Marktgegenseite in die eigenen Überlegungen zur Positionierung im Wettbewerb einzubeziehen.²⁴⁸⁷ Hierbei können bzw. müssen durch den Juristen bei der Subsumtion der „Attraktivität“ des

²⁴⁸¹ Zu den strategischen Funktionsmechanismen und spieltheoretischen Strukturen im Kompatibilitäts-wettbewerb *W. Pfähler/H. Wiese*, ebd. (2008), S. 325 ff.

²⁴⁸² Siehe hierzu *R. M. Grant*, *Moderne Strategische Unternehmensführung* (2014), S. 124 ff. (Segmentierung und strategische Gruppen), S. 128: „[...] was Kim und Mauborgne als ‚Blue Ocean-Strategien bezeichnen: die Suche nach Bereichen ohne Wettbewerber“. *W. Kim/R. Mauborgne*, *Blue Ocean Strategy: From Theory to Practice*, *California Management Review* 47 (2005), S. 105 ff.

²⁴⁸³ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁴⁸⁴ Schlussanträge des Generalanwaltes Yves Bot EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2006:646).

²⁴⁸⁵ *M. Paschke/F. J. Säcker/A. Molle*, in: *MüKo EuWettbR* (2015), Art. 101 AEUV, Rn. 80. Siehe zur Wettbewerbsbeschränkung durch Absprache und der auf Strategie beruhenden Wettbewerbsbeschränkung im Preiswettbewerb *D. Holstein*, *Wettbewerbsbeschränkung und beherrschende Stellung* (1973), S. 85/86.

²⁴⁸⁶ *W. Pfähler/H. Wiese*, *Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (2008), S. 5: „Konkret spricht man im spieltheoretischen Sinne von einer strategischen Entscheidung, wenn eine Reaktionsverbundenheit in dem Sinne vorliegt, dass [...] 1. das Ergebnis von Entscheidungen mehrerer Entscheidungsträger abhängt, so dass ein einzelner das Ergebnis nicht unabhängig von der Wahl des anderen bestimmen kann; 2. jeder Entscheidungsträger sich dieser Interdependenz bewusst ist [...].“

²⁴⁸⁷ Die Gesetzmäßigkeiten derartiger strategischer Entscheidungen können mit den Instrumenten der Reaktionsfunktion und des Nash Gleichgewichts erfasst werden, vgl. *B. Woekner*, *Strategischer Wettbewerb - Marktökonomische Grundlagen, Produktdifferenzierung und Innovation* (2007), S. 8: Eine Reaktionsfunktion zeigt einem Wirtschaftssubjekt, welches seine optimale Entscheidung wäre, wenn man die Entscheidungen der anderen vorgibt. Im Nash Gleichgewicht passen die Entscheidungen aller derart zusammen, dass sie wechselseitig beste Antworten sind.

Marktzutritts oder Marktaustritts spieltheoretische Analysemethoden für die detaillierte Prüfung ergänzend herangezogen werden.²⁴⁸⁸

Bei der Reflexion von Marktchancen eines Wirtschaftssubjektes, also dessen Chancen einen Teil der Nachfrage an sich zu binden, ist im Lichte des Gerechtigkeitsaspektes von Wettbewerb für das einzelne Wirtschaftssubjekt entscheidend, ob es aus seiner Sicht gelingen kann, die Liquidität zu verbessern. Die Verbesserung der Liquidität kann „extern“ durch höhere Einnahmen, größere Absatzmengen oder höhere Preise oder „intern“ durch Restrukturierungsmaßnahmen zwecks Kostenabbaus erfolgen. Steigerungen des Inputs durch Wettbewerbsvorteile im Markt sind durch den Einsatz verschiedenster Aktionsparameter möglich, wie etwa bessere Qualität, besseren Service oder eine besondere Innovation. Letztere sind allerdings in der Regeln mit höheren Investitionskosten verbunden. Tatsächlich ist entscheidend, ob durch den Einsatz der vorgenannten Aktionsparameter eine Umlenkung der Nachfrage gelingen kann.

(aa) Entscheidungsfreiheit (Aktionsradius von Strategievariablen)

Die vorgenannten Verbindungen von Entscheidung und bestimmten Wettbewerbsstrategien verdeutlichen die mit der „Attraktivitätsformel“ des EuGH zusammenhängenden wettbewerbsökonomischen Variablen der Beschränkungsprüfung, welche das hinter jeder wirtschaftlichen Leistung stehende Wirtschaftssubjekt (Unternehmen, Unternehmer, Dienstleister, Arbeitnehmer) und dessen betriebswirtschaftliche Situation betreffen.

Bestimmend für das mögliche Marktverhalten eines Wirtschaftssubjektes mit dem Ziel eines Marktzutritts- und /oder Marktaustritts ist demnach der mögliche Umfang seiner Entscheidungsfreiheit²⁴⁸⁹, nämlich inwieweit Aktionsparameter als sog. *Strategievariablen* zur Verfolgung einer Wettbewerbsstrategie mit dem Ziel einer Generierung von Wettbewerbsvorteilen eingesetzt werden können.²⁴⁹⁰ Das hier mögliche „Bündel“ möglicher Entscheidungen kennzeichnet den „Freiheitsraum“ für die Verfolgung von Wettbewerbsstrategien und bestimmt damit den *Aktionsradius* eines Wirtschaftssubjektes. Bei der Betrachtung des Aktionsradius ist zu berücksichtigen, dass jede Wettbewerbsstrategie durch bestimmte *Funktionsmechanismen* charakterisiert ist, welche in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zu dem strategischen Wettbewerb bzw. strategischen Management beschrieben werden und je nach Wettbewerbsform durchaus unterschiedlich sind. Maßgeblich für die Bewertung von Funktionsmechanismen und deren Einfluss auf die Entscheidung sind insbesondere wettbewerbstheoreti-

²⁴⁸⁸ Zur spieltheoretischen Analyse in der Industrieökonomik *G. Illing*, Industrieökonomie: Nur eine Spielweise für Spieltheoretiker?, in: M. J. Holler (Hrsg.), Ein halbes Jahrhundert Spieltheorie (1995), S. 61 ff. Siehe auch *M. Stadler*, Spieltheoretische Konzepte in der Markt- und Preistheorie: Fortschritt oder Irrweg?, in: ebd. (1995), S. 89 ff.

²⁴⁸⁹ *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 14.

²⁴⁹⁰ Grundsätzlich zur Generierung von Wettbewerbsvorteilen *M. E. Porter*, Competitive Advantage (1985/1998), S. 11 ff. (Generic Competitive Advantage), S. 32 ff. (Principles of Competitive Advantage); *T. Lübbig*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 8, Rn. 15 ff., Rn. 22 mit Beispielen zum Preiswettbewerb als Aktionsparameter.

sche, industrieökonomische und spieltheoretische Erkenntnisse.²⁴⁹¹ In der rechtlichen Perspektive besteht dabei ein direkter Zusammenhang mit dem von *Erich Hoppmann* vertretenen Konzept der Wettbewerbsfreiheit²⁴⁹², nach dem der Marktprozess so zu verstehen ist, dass sich in ihm die individuelle Freiheit manifestiert.²⁴⁹³ Die von *Erich Hoppmann* definierte Freiheit „im Parallelprozess“ bezieht sich dabei auf Informationen und darauf beruhende Entscheidungen für eine Strategie zwecks Positionierung im Wettbewerb. Insoweit kann diese Freiheit auch als *Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit* bezeichnet werden.

Die hier beschriebenen Zusammenhänge gelten für alle Märkte und damit für alle Grundfreiheiten gleichermaßen. Ob der mögliche Aktionsradius, also das Bündel möglicher Entscheidungen zu Aktionsparametern im Sinne der *Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit* eines großen Unternehmens oder eines einzelnen Wirtschaftssubjektes in den Blick genommen wird, macht dabei keinen Unterschied. Alle in einem Markt befindlichen Akteure müssen strategische Entscheidungen treffen, um ihre wirtschaftliche Existenz über den hinreichenden Absatz der eigenen wirtschaftlichen Leistung (Angebot) über die Generierung von *Wettbewerbsvorteilen* gegenüber der Angebotskonkurrenz zu sichern, nämlich mindestens auf dem Niveau eines Absatzes (Nachfrage) mit Einnahmen oberhalb der eigenen Fixkosten und der variablen Kosten. Die dafür maßgeblichen Faktoren sind überdies von der Größe des Wirtschaftssubjektes zunächst unabhängig.

Die Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens muss daher im Sinne der EuGH-Rechtsprechung zur „Attraktivität“ bei der Prüfung einer Beeinflussung des Marktzutritts den für ein Wirtschaftssubjekt relevanten *Entscheidungsgegenstand* umfassen, d.h. die Nutzung von Aktionsparametern als Strategievariablen zur Verfolgung von Wettbewerbsstrategien (Prüfungsinhalt). In dem möglichen Bündel der im Wettbewerb strategisch einsetzbaren Aktionsparameter als Strategievariablen (Aktionsradius) zeigt sich in der Sprache der contestable markets Theorie sodann das mögliche Marktverhalten. Rechtlich ist hier die Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit als Aspekt der transnationalen Mobilitätsfreiheit zu prüfen (Prüfungsmaßstab). Da die im Einzelfall durchaus diffizilen Zusammenhänge wirtschaftlicher Vorgänge ohne die Einbeziehung der die „Attraktivität“ bestimmenden wettbewerbsökonomischen Variablen tatbestandlich nicht erfassbar wären, darf die Rechtsanwendung vor der damit zweifellos einhergehenden hohen Komplexität bzw. vor dem damit verbundenen Prüfungsaufwand nicht zurückschrecken. Einer dahingehenden Kritik, dass die Einbeziehung wettbewerbsstrategischer Variablen in die rechtliche Beschränkungsprüfung bei den Grundfreiheiten wegen des im Einzelfall zu großen Darlegungs- und Prüfungsaufwandes nicht prozessökonomisch wäre, kann entgegen gehalten werden, dass es sowohl der individuellen (Markt-) Gerechtigkeit als auch dem Prinzip der funktionalen Integration geschuldet ist, den Rechtsanwender in die Lage zu versetzen, auch subtile Formen von staatlichem Protektionismus (strategisch-protektionistische Maßnahmen) und/oder privatem Protek-

²⁴⁹¹ *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (2008), S. 5 ff.

²⁴⁹² *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2012), S. 18-21.

²⁴⁹³ Siehe hierzu die Darstellung bei *T. Heidrich*, Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbspolitik (2009), S. 274 f.

tionismus (horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten) über das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot sanktionieren zu können.

(bb) Entscheidungsgesetzmäßigkeiten (Funktionsgruppen)

Die EuGH-Rechtsprechung zur „Attraktivität“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)²⁴⁹⁴ erfordert, die Analyse des möglichen Marktverhaltens, also die Bestimmung des möglichen Aktionsradius zur Verfolgung von Wettbewerbsstrategien aus der Sicht des von der Maßnahme betroffenen Wirtschaftssubjektes in den Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit zu implementieren. Die Entscheidungsfreiheit im Parallelprozess und im Austauschprozess (*Erich Hoppmann*) ist hierfür zu definieren als Bündel möglicher Aktionsparameter zur Verfolgung bestimmter Wettbewerbsstrategien (Aktionsradius) für den Eintritt in den potenziellen Wettbewerb (Marktzutritt in den Zielmarkt) aus dem aktuellen Wettbewerb heraus (Marktaustritt aus dem Ausgangsmarkt).

Die dafür nötige rechtliche Subsumtion, d.h. die Prüfung, ob eine Maßnahme den Aktionsradius (Nutzung von Aktionsparametern als Strategievariablen für transnationale Wettbewerbsstrategien) strategisch-protektionistisch beschränkt und damit den Marktzutritt und/oder Marktaustritt „weniger attraktiv“ macht oder „geeignet“ ist diesen zu „behindern“, erfordert die *Funktionsmechanismen von bestimmten Wettbewerbsstrategien* in den Blick zu nehmen, wie diese im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum zu Unternehmensstrategien im Wettbewerb u.a. dargelegt sind bei *Michael E. Porter*²⁴⁹⁵, *Wilhelm Pfähler/Harald Wiese*²⁴⁹⁶, *Harald Hungenberg*²⁴⁹⁷, *Martin K. Welge/Andreas Al-Laham*²⁴⁹⁸, *Bernd Woeckner*²⁴⁹⁹, *Robert M. Grant*.²⁵⁰⁰ Damit lässt sich die „Attraktivitätsformel“ des EuGH als *subjektives Element* des grundfreiheitlichen Kontrollmaßstabes hinreichend ausfüllen und definieren. Rechtlich zu schützen sind damit alle für einen transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt maßgeblichen Wettbewerbsstrategien für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt.

Beispiel EuGH *Keck*:²⁵⁰¹ Eine strategisch-protektionistische Einwirkung auf den Aktionsradius des Wirtschaftssubjektes (Supermarkt als Niederlassung, gesteuert durch das Management der Herren Keck und Mithouard) erfolgt hier über das Verbot der Preisbildung unter dem eigenen Einkaufspreis für Kaffee (Anknüpfung der Maßnahme an den Preis mit dem Ziel einer Regulierung des Preiswettbewerbs). Denn die staatliche Mindestpreisregelung verhindert aus der Perspektive des tangierten Wirtschaftssubjektes eine gezielte Niedrigpreisstrategie für den Marktzutritt gegenüber im Zielmarkt etablierten „großen“ Unternehmen/Marken und zwingt dazu, statt einer (relativ auf-

²⁴⁹⁴ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

²⁴⁹⁵ *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998) passim; *ders.* *Competitive Advantage* (1985/1998) passim. In der Reflexion *J. Magretta*, *Understanding Michael E. Porter, The Essential Guide to Competition and Strategy* (2012), insb. S. 92 ff. *What is Strategy?*

²⁴⁹⁶ *W. Pfähler/H. Wiese*, *Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (2008) passim.

²⁴⁹⁷ *H. Hungenberg*, *Strategisches Management in Unternehmen* (2011) passim.

²⁴⁹⁸ *M. K. Welge/A. Al-Laham*, *Strategisches Management* (2012) passim.

²⁴⁹⁹ *B. Woeckner*, *Strategischer Wettbewerb* (2014) passim.

²⁵⁰⁰ *R. M. Grant*, *Moderne Strategische Unternehmensführung* (2014) passim.

²⁵⁰¹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

wändigen und kostengünstigen) Strategie im Preiswettbewerb eine andere Wettbewerbsstrategie zu verfolgen, welche aber ggf. wegen deren Kosten (z.B. für Werbung) nicht leistbar sein kann.

Beispiel EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁵⁰²: Das in der StVO verankerte Verbot einer Verwendung von Anhängern mit Kleinkraftfahrzeugen hat, wie aus den Begleitumständen des Sachverhaltes ersichtlich (Indizien) zum Ziel, eine bestimmte Wettbewerbsstrategie zu beeinflussen, hier die Wettbewerbsstrategie eines Komplementärproduktes zu Kraftfahrzeugen. Darin liegt zumindest die Möglichkeit einer strategisch-protektionistischen Beeinflussung des Kompatibilitätswettbewerbs.

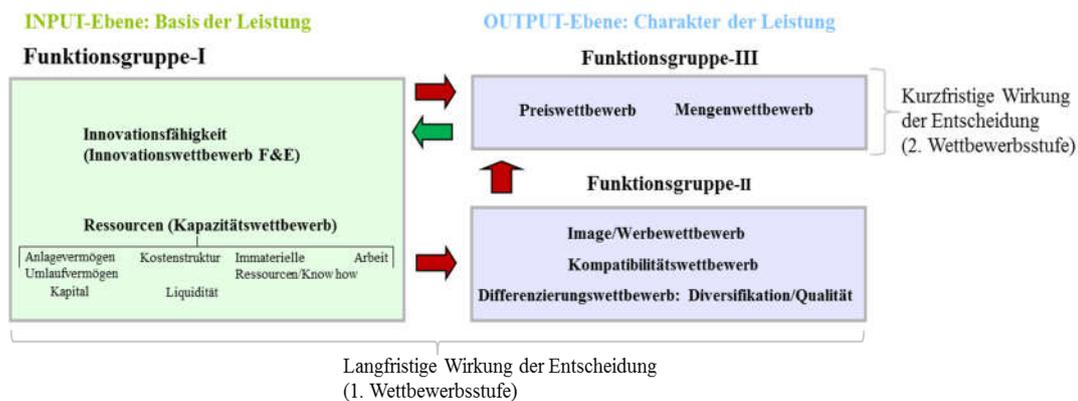
Ausgehend von den Entscheidungsvariablen der *wettbewerbsökonomischen Analysematrix* (Wettbewerbsformen und deren Aktionsparameter; Input/Output-Ebene; kurzfristige/Langfristige Wirkung)²⁵⁰³ können als typische Situation zur Entscheidung von Strategien drei Funktionsgruppen gleichartiger Entscheidungsgesetzmäßigkeiten definiert werden. Jede Funktionsgruppe repräsentiert typisierte *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* betreffend die Funktionsmechanismen von Wettbewerbsstrategien für die Positionierung eines Wirtschaftssubjektes im aktuellen oder potenziellen Wettbewerb bzw. für den Marktzutritt bzw. Marktaustritt.

Die Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes zur Positionierung im Wettbewerb erfolgt in der Regel durch die Auswahl eines bestimmten Aktionsparameters als Gegenstand der Entscheidung (z.B. der Preis wie im Fall *Keck* oder die Kompatibilität wie im Fall *Mickelsson & Roos*), welcher die Input- oder die Output-Ebene des Wirtschaftssubjektes betrifft (Bezugspunkt der Entscheidung) und strategisch betrachtet entweder kurzfristige oder langfristige Wirkungen zeigt (Wirkungsdauer der Entscheidung), wie in Kapitel 4 B. I. 3. zur wettbewerbsökonomischen Analysematrix ausgeführt. Die erste Kategorie einer Entscheidungsgesetzmäßigkeit bezieht sich auf *Inputentscheidungen mit langfristiger Wirkung* (hierzu (1)), die zweite auf *Outputentscheidungen mit langfristiger Wirkung* (hierzu (2)) und die dritte auf *Outputentscheidungen mit kurzfristiger Wirkung* (hierzu (3)). Nachfolgend werden diese drei Kategorien von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten näher erläutert.

²⁵⁰² EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁵⁰³ Anhand von Entscheidungsvariablen einer *wettbewerbsökonomischen Analysematrix* wurden in Kapitel 4 B. die Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln in ihren wettbewerbsökonomischen Wechselbezüglichkeiten und Unterschieden, d.h. in der *Konnexität* ihrer Kontrollgegenstände, differenziert und hinsichtlich ihrer konkreten wettbewerbsökonomischen Funktionen zur Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV definiert (Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse), woraus sich im Ergebnis ein Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung ergab, Kapitel 4 C.

Abbildung-17: Funktionsgruppen gleichartiger Entscheidungsgesetzmäßigkeiten aus der Perspektive der Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes im Sinne der „Attraktivität“ des Marktzugangs (EuGH Kraus/Gebhard und EuGH Keck bis EuGH Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)).



© Marco Keser

Die in dem Schaubild ausgewiesenen *Funktionsgruppen-I bis -III* repräsentieren typische Entscheidungsgesetzmäßigkeiten von Wettbewerbsformen bei der Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes für oder gegen einen Marktzutritt und/oder Marktaustritt über den Gebrauch von Aktionsparametern als Strategievariablen.

Beispiel EuGH *Keck*: Maßgeblich sind hier die Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der *Funktionsgruppe-III* im interdependenten Zusammenwirken mit den Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der *Funktionsgruppe-I*. Diese Entscheidungsgesetzmäßigkeiten betreffen die von dem Management des Supermarktes, also den Herren Keck und Mithouard, zu beachtende Faktoren zur Platzierung des Angebotes von Kaffee im *Preiswettbewerb*, unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Möglichkeiten, welche sich wiederum aus der Ressourcenausstattung der Unternehmung im *Kapazitätswettbewerb* ergeben.

Beispiel EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*: Maßgeblich sind die Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der *Funktionsgruppe-II* im interdependenten Zusammenwirken mit den Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der *Funktionsgruppe-I*. Diese Entscheidungsgesetzmäßigkeiten betreffen die seitens der Produzenten von Anhängern für Kleinkraft-räder zu beachtende Faktoren zur Platzierung des Angebotes im *Kompatibilitätswettbewerb*, unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Möglichkeiten, welche sich wiederum aus der Ressourcenausstattung der Unternehmung im *Kapazitätswettbewerb* ergeben.

In der abstrakt-generellen Darstellung des Schaubildes sind die in den vorgenannten Beispielen erwähnten *Interdependenzen zwischen Wettbewerbsformen* aufgenommen. Die drei *roten Pfeilsymbole* zwischen den Funktionsgruppen verdeutlichen, dass die Wettbewerbsformen der Funktionsgruppe-I (Kapazitäts- und Innovationswettbewerb) die Wettbewerbsformen der Funktionsgruppe-II (Image-/Werbewettbewerb, Kompatibilitätswettbewerb, Differenzierungswettbewerb) determinieren und ebenso die Wettbe-

werbsformen der Funktionsgruppe-III (Preis- und Mengenwettbewerb). Zudem determinieren die Wettbewerbsformen der Funktionsgruppe-II die Wettbewerbsformen der Funktionsgruppe-III. Damit wird schematisch dargestellt, dass der Preis- und der Mengenwettbewerb stets von den Gesetzmäßigkeiten aller anderen Wettbewerbsformen tangiert werden.

Insbesondere der auf vielen Märkten entscheidende Preiswettbewerb, welcher aufgrund von kurzfristig möglichen Preisanpassungen höchst dynamisch ist, wird regelhaft von den langfristig wirkenden Entscheidungen zu den Wettbewerbsformen der Funktionsgruppen-I und -II bestimmt. Damit wird deutlich, dass insbesondere die Ressourcenausstattung eines Wirtschaftssubjektes entscheidend ist für den Aktionsradius möglicher Entscheidungen im Preiswettbewerb (EuGH *Keck*), aber auch im Kompatibilitätswettbewerb (EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*). Kurz gefasst bedeuten mehr Ressourcen auch mehr Entscheidungsfreiheit bezüglich aller Wettbewerbsformen. Demgegenüber zeigt das *grüne Pfeilsymbol*, dass Preis und Menge der wirtschaftlichen Leistung die einzige Möglichkeit sind, jenseits kreditierter Kapitalbeschaffung, der Kapitalbeschaffung via Wertgewinn (etwa durch Zinsgewinne aus Unternehmensbeteiligungen, Wertpapiergeschäfte etc.), den Kapazitäts- und Innovationswettbewerb durch verbesserte „Größenvorteile“ zu beeinflussen. Auf diese Zusammenhänge wird bei der Herleitung von Prüfungsstruktur und Subsumtionskriterien zurückgekommen (siehe A. III.), insbesondere bei der modellhaften Lösung des *Keck* Sachverhaltes, dort in der Wechselbezüglichkeit von Preis-, Kapazitäts-, Image- und Qualitätswettbewerb.

Die in dem Schaubild enthaltenen Funktionsgruppen von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten lassen sich im Einzelnen wie folgt definieren.

Eine erste Funktionsgruppe (*Funktionsgruppe-I*) langfristig wirkender Entscheidungsgesetzmäßigkeiten betrifft die Inputentscheidung des Wirtschaftssubjektes (*langfristige Inputentscheidung*). In diese Kategorie von Entscheidungen fallen die typischerweise über eine längere Zeit wirkenden Veränderungen der Ressourcen des Wirtschaftssubjektes sowie dessen Innovationsfähigkeit, also die Wettbewerbsformen (7) und (8) der wettbewerbsökonomischen Analysematrix. Entscheidungen zu diesen zentralen Aktionsparametern beeinflussen alle anderen Wettbewerbsformen in struktureller Weise. Wie die Konnexitätsbetrachtung in Kapitel 4 B. gezeigt hat, besteht für den rechtlichen Schutz der in Funktionsgruppe-I repräsentierten Wettbewerbsformen und der für ihre Funktion nötigen Gleichheit und Freiheit von Entscheidungen ein besonders engmaschiges Netz an internen Politiken des AEUV, die in ihrer Ausrichtung auf die speziellen Erfordernisse einer i.w.S. „Größenkontrolle“ gemäß dem Telos der Werte- und Wirtschaftsverfassung (Kontrolle staatlicher Regelungs- und Durchsetzungsmacht sowie unternehmerischer Marktmacht) zugeschnitten sind. Für den Schutz der Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der Funktionsgruppe-I erfassen die Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln die *Input-Ebene* hinsichtlich grundlegender Unternehmensressourcen. Dies sind Art. 45 AEUV (Produktionsfaktor Arbeit), Art. 63 Abs. 1 AEUV (Produktionsfaktor Kapital) sowie Art. 49, 54 AEUV (Bedingungen der Niederlassung von Einzelunternehmen und Gesellschaften als Ressourcen bestimmende Rahmenbedingung). Bei den Wettbewerbsregeln sind dies Art. 106 Abs. 1 AEUV (per se

Ressourcen und Machtvorteile öffentlicher Unternehmen, mit dem Verweis auf Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln als „gleichrangige“ Verbotsnormen) und Art. 107 AEUV (Ressourcenbeeinflussung durch Beihilfen) sowie die Fusionskontrolle nach der FKVO (Ressource Unternehmensgröße). Zudem betrifft Art. 37 AEUV als Warenmarktregel die Ressourcenvorteile staatlicher Handelsmonopole.

Eine zweite Funktionsgruppe *langfristig wirkender Outputentscheidungen (Funktionsgruppe-II)* repräsentiert typische Entscheidungsgesetzmäßigkeiten zu langfristig wirkenden Veränderungen des Charakters der Leistung, d.h. die Wettbewerbsformen (3) bis (6) der wettbewerbsökonomischen Analysematrix. Im Mittelpunkt der zweiten Funktionsgruppe steht der Schutz der Entscheidungsfreiheit für Wettbewerbsstrategien, welche an objektive Merkmale der wirtschaftlichen Leistung anknüpfen und nicht kurzfristig geändert werden können, wie z.B. die Kompatibilität eines Produkts im Fall EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* oder im Fall *EuGH Kommission/Italien (Anhänger)*. In der Konnexitätsbetrachtung (Kapitel 4 B.) wurde gezeigt, dass sich auf den rechtlichen Schutz der Ebene des Outputs die Kontrollgegenstände aller Grundfreiheiten sowie die Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV²⁵⁰⁴ beziehen.

Eine dritte Funktionsgruppe *kurzfristig wirkender Outputentscheidung (Funktionsgruppe-III)* repräsentiert typische Entscheidungsgesetzmäßigkeiten zur Quantität der Leistung (Menge) und zur Höhe der erwarteten Gegenleistung (Preis), d.h. die Wettbewerbsformen (1) und (2) der wettbewerbsökonomischen Analysematrix. Wie bei der Konnexitätsbetrachtung (Kapitel 4 B.) dargelegt, beziehen sich auf diese Ebene kurzfristig änderbarer Outputentscheidungen die Warenmarktregeln, Art. 30 AEUV (Zollverbot) einschließlich der sog. Steuerbeschränkungsverbote, Art. 110-112 AEUV, sowie alle Grundfreiheiten in der Ausrichtung ihrer Kontrollgegenstände auf die wirtschaftliche Leistung (Output) selbst. Ebenso beziehen sich die Kontrollgegenstände der Wettbewerbsregeln, Art. 101, 102 AEUV, direkt auf den Preis-/Mengenmechanismus.

Die hier definierten *Funktionsgruppen von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* sind für die Praxis ein wichtiges Instrument zu Analyse der „Attraktivität“ des Marktzutritts, nämlich bei der Subsumtion, ob eine staatliche Maßnahme aus der Sicht des tangierten Wirtschaftssubjektes den Marktzutritt strategisch-rotektionistisch beschränkt. Für die Beurteilung dieser Wirkungen einer Maßnahme auf die Freiheit zur Wahl von Aktionsparametern als Strategievariablen (Aktionsradius), d.h. zur Durchführung einer Wettbewerbsstrategie (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit), sind also einerseits die Funktionsbedingungen des Marktes (Entscheidungsrahmen als objektives Element / Marktstruktur) zu bestimmen und andererseits deren Wirkungen auf die Entscheidung des Wirtschaftssubjektes zur transnationalen Mobilität durch den Gebrauch von Strategievariab-

²⁵⁰⁴ Im Kartellrecht findet sich mittlerweile eine stark ausgeprägte Kasuistik von einzelnen Sachverhalten bzw. Fallgruppen in deren Ausformung durch die Entscheidungspraxis von Kommission, EuG und EuGH in der Ordnung von vertikalen und horizontalen Beschränkungen bei Art.101 AEUV sowie zu verschiedenen Ausprägungen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bei Art.102 AEUV, siehe die Darstellungen bei *Wiedemann* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), 2. Kapitel, ab § 9, S. 375-480 (Einzelfragen zu horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen), 3. Kapitel, ab § 11, S. 497-650 (Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen), und 6. Kapitel, § 22 zu Art. 102 AEUV, S. 1268-1352.

len (Entscheidungsgegenstand als subjektives Element / Marktverhalten) zu bewerten. Für die Handhabung in der Praxis könnten hierzu auf der Grundlage von typischen Wettbewerbsformen und für diese relevanten Wettbewerbsstrategien typische Bewertungsmuster in Fallgruppen abgebildet werden. Die Kommission könnte in Anlehnung an die kartellrechtliche Praxis via Mitteilungen oder Empfehlungen dem Rechtsanwender praktische Hinweise, Leitfäden usw. an die Hand geben.

(2) Maßstäbe für die Entscheidungsfreiheit in Mobilitätsphasen

Die zuvor aus der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung abgeleiteten Variablen, welche in funktional-wettbewerbsökonomischer Interpretation der *Dassonville*-Formel sowie der *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung²⁵⁰⁵ das Marktzutritts- und Marktaustrittskriterium der EuGH Rechtsprechung *Keck*²⁵⁰⁶ bis *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²⁵⁰⁷ konkretisieren, sind um einen weiteren Aspekt zu ergänzen, welcher in der Rechtssache EuGH *Keck* mit der „rechtlich und tatsächlich gleichen Berührtheit“ zum Ausdruck kommt, nämlich die Notwendigkeit einer *sequenziellen Betrachtung* der gleichheits- und freiheitsrechtlichen Voraussetzungen für die Mobilität wirtschaftlicher Leistungen (Mobilitätsphasen).

Definition des Begriffs *Mobilitätsphasen*: Typischerweise ist vor der Erweiterung des Angebotes einer wirtschaftlichen Leistung auf einen anderen Markt (potenzieller Wettbewerb) ggf. zunächst ein *Marktaustritt* aus dem aktuellen Wettbewerb im bisherigen Markt nötig (Ausgangsmarkt).²⁵⁰⁸ Dem folgt ein Marktzutritt in einen anderen, „neuen“ Markt (Zielmarkt-1), also der Eintritt in den potenziellen Wettbewerb. Anschließend ist es ggf. möglich bzw. nötig, aus dem aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes-1 auszutreten und über einen erneuten Marktzutritt in den potenziellen Wettbewerb eines weiteren Marktes einzutreten (Zielmarkt-2) usw.

Mit der Einbeziehung von *Mobilitätsphasen* in die Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens wird die *Dynamik des Wettbewerbsprozesses* berücksichtigt, insbesondere die in der Regel nur kurze Dauer von Wettbewerbsvorteilen²⁵⁰⁹ sowie die damit verbundene Notwendigkeit einer rechtlichen Absicherung der *Entscheidungsfreiheit* für fortwährend erforderliche Anpassungs- und Veränderungsprozesse. Dogmatisch-konzeptionell wird damit berücksichtigt, dass für einen ungehinderten Marktaustritt und Marktzutritt ein *kumulativer, d.h. paralleler Schutz von Mobilitätsfreiheit und*

²⁵⁰⁵ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²⁵⁰⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁵⁰⁷ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²⁵⁰⁸ Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Wirtschaftssubjekt nicht über hinreichende Ressourcen verfügt, um das Angebot im aktuellen Wettbewerb aufrecht zu erhalten und gleichzeitig das Angebot im potenziellen Wettbewerb auf einen anderen, neuen Markt zu erweitern. Hier stellt sich in der Praxis vor allem das Problem der sog. versunkenen Kosten (sunk costs), welche als Marktaustrittsbarriere wirken und damit zugleich auch als Marktzutrittsbarriere.

²⁵⁰⁹ Siehe hierzu *M. K. Welge/A. Al-Laham*, *Strategisches Management* (2012), S. 310 (Hypercompetition), gemäß einer Betrachtung des Wettbewerbsprozesses anstelle einer statischen Betrachtung von Wettbewerb sind Wettbewerbsvorteile nur temporäre Vorteile.

Mobilitätsgleichheit im interdependenten Verhältnis von aktuellem und potenziellem Wettbewerb nötig ist und der Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot daher beide Aspekte gleichermaßen umfassen muss.²⁵¹⁰

Sofern eine Maßnahme an objektive Eigenschaften des Wirtschaftsobjektes (Output-Ebene) anknüpft, wie etwa an die Kompatibilität einer Ware (Sachverhalt EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*)²⁵¹¹, an die Preisbildung (Sachverhalt EuGH *Keck*)²⁵¹² oder an subjektive Merkmale eines Wirtschaftsobjektes (Input-Ebene), wie z.B. die Qualifikation von Arbeitnehmern (Sachverhalt EuGH *Angonese*)²⁵¹³, ist eine die transnationale Mobilität beschränkende Wirkung der Maßnahme in dreifacher Hinsicht möglich;

(1) erstens durch eine Abschreckung (deterred entry) oder Blockade (blocked entry) derjenigen Wettbewerbsstrategien, welche für den Marktzutritt im Zielmarkt-1 und/oder für den Marktaustritt im Ausgangsmarkt im potenziellen Wettbewerb notwendig sind (nachfolgend als *Sequenz-1* bezeichnet);

(2) zweitens durch eine Abschreckung (deterred entry) oder Blockade (blocked entry) von Wettbewerbsstrategien, welche für eine dauerhafte Positionierung im Zielmarkt-1 *nach* dem ersten Marktzutritt im aktuellen Wettbewerb erforderlich sind (nachfolgend als *Sequenz-2* bezeichnet);

(3) drittens durch eine Abschreckung (deterred entry) oder Blockade (blocked entry) von Wettbewerbsstrategien betreffend den potenziellen Wettbewerb im Zielmarkt-1, welche einen ggf. nötigen Marktaustritt aus diesem heraus und den Marktzutritt auf einen weiteren Markt außerhalb des ersten Zielmarktes, d.h. in Zielmarkt-2 ermöglichen würden (nachfolgend als *Sequenz-3* bezeichnet).

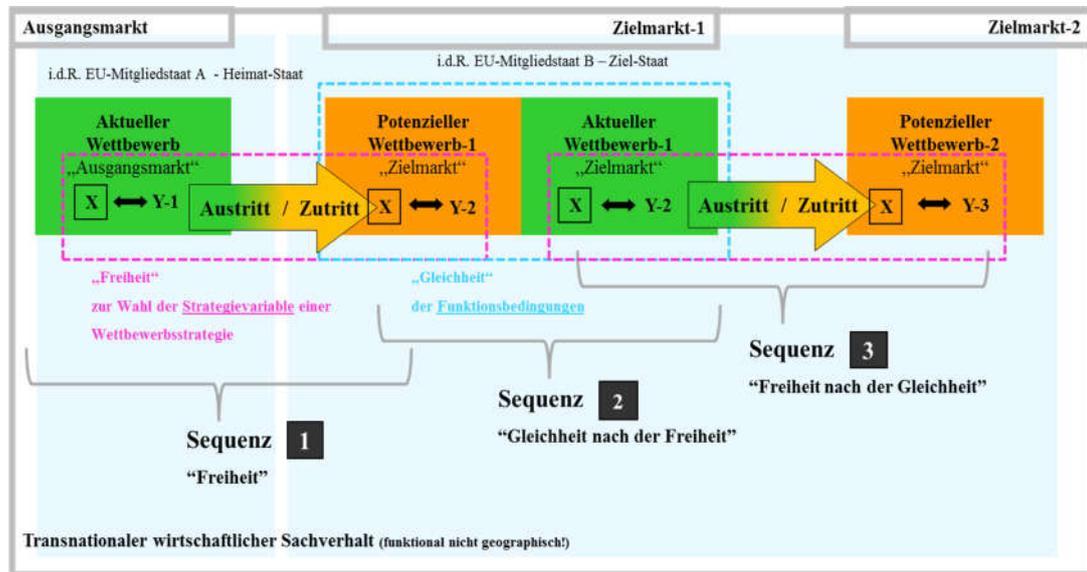
²⁵¹⁰ Soweit die Grundfreiheiten in der Marktzugangsfunktion zugleich Gleichheits- und Freiheitsrechte sein müssen entspricht dies der Auffassung und dem „Stufenmodell“ von A. Mühl, *Diskriminierung und Beschränkung* (2004), S. 245-247.

²⁵¹¹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁵¹² EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁵¹³ EuGH *Angonese* (C-281/98, EU:C:2000:296).

Abbildung-18: Mobilitätsphasen in drei Sequenzen von transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitäts-Gleichheit, in der dynamischen Betrachtung von aktuellem und potenziellem Wettbewerb sowie von Marktzutritt und Marktaustritt.



© Marco Keser

Die Einbeziehung der Dynamik von *Mobilitätsphasen* (Sequenz-1 bis Sequenz-3) im Zusammenspiel von potenziellem und aktuellem Wettbewerb in den Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens sowie die Verknüpfung dieser Phasen mit den rechtlichen Maßstäben der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitäts-gleichheit, ist für die Verifizierung jeweils möglicher Beschränkungen der transnationa-len Mobilität insbesondere deshalb erforderlich, um die *strategischen „Rückwirkungen“* von Maßnahmen erfassen zu können. Dies betrifft jene Marktsituation im Zeitraum *nach* dem ersten Marktzutritt, d.h. die Funktionsbedingungen des aktuellen Wettbewerbs in dem Zielmarkt-1 (Sequenz-2). Genau diese Situation beschreibt die „rechtlich und tatsächlich gleiche Berührtheit“ der *Keck*-Rechtsprechung in der funktional-wettbewerbsökonomischen Interpretation dieser „Formel“. Maßnahmen sind demgemäß dann nicht „geeignet zu behindern“, d.h. den Marktzutritt nicht zu „erschweren“ oder diesen „weniger attraktiv“ machen, wenn die Funktionsbedingungen im Zielmarkt-1 (Sequenz-2) „den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten *rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren*“²⁵¹⁴ und damit nicht den Marktzutritt abschrecken oder blockieren. Für die Konkretisierung des grund-freiheitlichen Kontrollmaßstabes bedeutet dies dogmatisch-konzeptionell, dass die Ge-halte der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit drei Phasen der Mobilität (Sequenz-1 bis Sequenz-3) zugeordnet werden müssen (siehe Schaubild), wie nachfolgend unter (a) bis (c) ausgeführt.

²⁵¹⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

(a) *Freiheit zum ersten Marktzutritt und -austritt (Sequenz-1)*

Bei der Betrachtung des Marktzutritts stellt der EuGH i.d.R. darauf ab, *wie* die streitgegenständliche Maßnahme auf das Marktverhalten hinsichtlich des Mobilitätsanreizes wirkt, nämlich entweder von einem Marktzutritt abhaltend („bewirken“, „geeignet zu behindern“ im Sinne von EuGH *Dassonville*)²⁵¹⁵ oder davon nicht abhaltend („bloße Umfeldregelung“ im Sinne von EuGH *Keck*²⁵¹⁶ und der Folgerechtsprechung zu Nicht-Modalitäten²⁵¹⁷). Bewertet wird das „Abhalten“ von einem Marktzutritt aus der Perspektive des Wirtschaftssubjektes mit dem Kriterium der „Attraktivität“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)²⁵¹⁸, womit die „Attraktivität“ des Marktzutritts zum grundlegenden Maßstab für das „Bewirken“ bzw. für die „Geeignetheit zu behindern“ avanciert. Eben dieser Maßstab betrifft den *Freiheitsgrad der Entscheidung* zur Verfolgung von Wettbewerbsstrategien im Zusammenhang des Marktzutritts und/oder Marktaustritts (siehe zuvor (1), (c)).

Für den rechtlichen Schutz des auf strategischen Entscheidungen beruhenden Marktzutritts ist primär die transnationale *Mobilitätsfreiheit* maßgeblich, d.h. die *Freiheit zum ersten Marktzutritt in den Zielmarkt-1* und die *Freiheit zu dem dafür ggf. notwendigen Marktaustritt aus dem Ausgangsmarkt* (Sequenz-1). Zur Bewertung dieser Freiheit ist indessen *parallel* auch eine gleichheitsrechtliche Relationsbetrachtung der „gleichen Freiheit“ einzubeziehen. Denn eine wesentliche Bedingung für transnationale Mobilitätsfreiheit und eine hinreichende „Attraktivität“ des Marktzutritts ist, dass die für den transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt maßgeblichen Funktionsbedingungen auf die im Zielmarkt-1 konkurrierenden Wirtschaftssubjekte (wettbewerbsökonomisch betrachtet ist dies eine sog. strategische Gruppe²⁵¹⁹) gleich wirken.

Während bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot die beschränkenden Wirkungen der *von Wirtschaftssubjekten ausgehenden* Handlungen im Vordergrund stehen (Koordination, Art. 101 AEUV; Marktmacht, Art. 102; Ressourcenvorteile, Art. 107, Art. 106 AEUV; Konzentration, FKVO), unter Einbeziehung deren Effekte auf die Gesamtwohlfahrt bzw. Konsumentenwohlfahrt, je nach der derzeit streitigen Anwendung des *more economic approach*²⁵²⁰, muss sich das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot dazu genau *invers* auf Maßnahmen beziehen, die *auf Wirtschaftssubjekte einwirken* und deren Marktverhalten zur transnationalen Mobilität beeinflussen. Aus der Perspektive des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes ist der faktische

²⁵¹⁵ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82) Rn. 5.

²⁵¹⁶ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁵¹⁷ Kapitel 5 C. I. 2. a) aa) (4).

²⁵¹⁸ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

²⁵¹⁹ Zu der Analyse strategischer Gruppen nach dem Modell von Hypercompetition siehe bereits oben zu den „mobility barriers“, (1), (a), (bb), und die dort in Bezug genommenen Ausführungen von *M. K. Welge/A. Al-Laham*, *Strategisches Management* (2012), S. 310 ff. (Wettbewerbsarenen).

²⁵²⁰ Siehe zuletzt *P. Behrens*, *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, in: *Nihoul/Charbit/Ramundo* (Hrsg.), *Choice* (2016), S. 123 ff., S. 123/124: „The more economic approach at least has had a less than revolutionary effect on EU competition law although its impact can be felt in the Commission’s enforcement activities. This is partly due to the fact that the Commission’s own policy statements indicate a much broader (and less unambiguous) approach than its US counterpart.“

Einfluss (funktionale Bewertung) zu prüfen, welchen die Maßnahme auf die „Attraktivität“ zur Mobilität hat. In dieser Gegenüberstellung zeigt sich auf der Anwendungsebene zugleich noch einmal deutlich die funktional-wettbewerbsökonomische Wechselbeziehung (Konnexität) von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln, welche in Kapitel 4 auf der Regelbildungsebene über eine Abgrenzung deren Kontrollgegenstände nachgewiesen und in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung (Kapitel 4 C.) abgebildet wurde.

Im Hinblick auf die notwendige Prüfdichte des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes („Schwellenwert“) kommt es bei der Bewertung der transnationalen Mobilitätsfreiheit ebenso wenig wie bei der Prüfung von Art. 101, 102 AEUV darauf an, ob *konkrete* Auswirkungen auf die Entscheidungsfreiheit zur Wahl von Wettbewerbsstrategien nachgewiesen sind (Beweisanforderungen/Beweislast). Eine mögliche bzw. *potentielle* Eignung der in Frage stehenden Maßnahme zur Beeinträchtigung der transnationalen Mobilität, d.h. eine „Störung“ potenzieller Leistungs- und Vertragsverhältnisse, ist bereits ausreichend, soweit diese strategisch im Sinne einer Marktzutrittsschranke wirkt.

Dieser funktional-wettbewerbsökonomische Maßstab einer strategisch-protektionistischen Wirkungsbetrachtung folgt teleologisch und dogmatisch-konzeptionell aus der vorliegend vertretenen Konzeption der *funktionalen Transnationalität*.²⁵²¹ Denn eine „Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ (im Sinne der klassischen Lesart) liegt in der Form einer Beschränkung der Freiheit zum ersten Marktzutritt bzw. Marktaustritt bereits dann vor, wenn die Maßnahme strategisch-protektionistisch potenziell transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen in der Weise beeinflusst, dass die Ausweitung der wirtschaftlichen Leistung auf einen weiteren Markt (Zielmarkt) „weniger attraktiv“ ist als der Verbleib im Ausgangsmarkt. Der hierin gleichermaßen zum Ausdruck kommende Schutz der Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit (Marktverhalten) und der Funktionsbedingungen des Marktes (Markstruktur), ist die Konsequenz der Qualität des Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzips als Schutzgegenstand und Schutzobjekt des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot, welche über die Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit auf der subjektiv-rechtlichen Ebene adäquat umzusetzen sind.

(b) Gleichheit nach dem ersten Marktzutritt im Zielmarkt (Sequenz-2)

Bei der Bewertung der „Attraktivität“ des ersten Marktzutritts (Sequenz-1) ist a priori auch die Marktsituation im Zielmarkt-1 (Sequenz-2) in die Konzeption des Kontrollmaßstabes des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes einzubeziehen. Dies sind aus der Perspektive des den Marktzutritt planenden Wirtschaftssubjektes die zu erwartenden Bedingungen im aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes im Zeitpunkt nach dem erfolgten ersten Marktzutritt (Rückwirkungsbetrachtung).

In der Relation zweier Wirtschaftssubjekte (Duopol) oder mehrere Wirtschaftssubjekte (Oligopol) zueinander, betreffend den transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt

²⁵²¹ Kapitel 3 A. I. Das politisch-ökonomisch fundierte Free Movement-Konzept und zuvor A. I. 1. b) Transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt.

(Kontrollgegenstand), ist zu analysieren, ob z.B. die Rechtsfolgen eines Gesetzes in gleicher Weise als *Funktionsbedingungen* auf die im Markt maßgeblichen Wettbewerbsformen einwirken (Entscheidungsrahmen). Ist dies der Fall, so bestehen für die konkurrierenden Wirtschaftssubjekte gleiche Chancen zur Bindung der Nachfrage im aktuellen Wettbewerb. Aus der Perspektive des neu auf den Markt (Zielmarkt-1) zutretenden Wirtschaftssubjektes betrifft dies die „Attraktivität“ des Marktes in dem Zeitraum nach dem ersten Marktzutritt, welche durch dessen Funktionsbedingungen bestimmt werden. Diesen Aspekt der zweiten Mobilitätsphase (Sequenz-2) erfasst, wie bereits zuvor ausgeführt, die „rechtlich und tatsächliche gleiche Berührtheit“ gemäß der *Keck-Rechtsprechung*.²⁵²² In der funktional-wettbewerbsökonomischen Interpretation dieser „Formel“ muss für die Beurteilung der transnationalen Wettbewerbsgleichheit auf die fiktiv zu beurteilende Situation der Wettbewerbsverhältnisse nach dem ersten Marktzutritt abgestellt werden. Hier sind zwei Sachverhaltskonstellationen zu berücksichtigen. Einerseits kann der Zielmarkt in einem anderen Mitgliedstaat liegen. Die ist die Konstellation einer transnationalen Mobilität als physische Mobilität. Zweitens kann der Zielmarkt auch im Heimatstaat liegen. Dies ist die Konstellation der transnationalen Mobilität als wirtschaftliche Transnationalität der Vertrags- und Leistungsbeziehungen im Sinne der hier vertretenen Konzeption der funktionalen Transnationalität. Die Einbeziehung beider Fallgruppen in die grundfreiheitliche Kontrolle erfolgt im Rahmen des Kontrollgegenstandes bei der Feststellung des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes (siehe zuvor A. I. 1. b)).

Entsprechend dieser funktionalen Konzeption erfasst der Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie die tatsächlichen Marktstrukturen (Funktionsbedingungen) und das mögliche Marktverhalten der konkurrierenden Wirtschaftssubjekte/-objekte im aktuellen Wettbewerb. Dies betrifft alle „*Rückwirkungen*“ einer temporär nachgelagerten Ungleichbehandlung in dem aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes-1 auf den ersten Marktzutritt. Dogmatisch-konzeptionell ist damit der Schutzgehalt einer *Gleichheit nach der Freiheit* erforderlich, d.h. die Garantie einer *Gleichheit nach dem ersten Marktzutritt im Zielmarkt-1*. Dieser Maßstab dient dem Schutz des durch die *Keck-Rechtsprechung* in Bezug genommenen aktuellen Wettbewerbs im Zielmarkt-1 (Sequenz-2), welcher im Vergleich zu dem potenziellen Wettbewerb im zeitlichen Zusammenhang des ersten Marktzutritts (Sequenz-1) für die Generierung von Wettbewerbsvorteilen die entscheidende, da länger andauernde Phase darstellt. Denn in der Sequenz-2 entscheidet sich unter anderem, ob die Kosten für den Marktzutritt versunkene Kosten darstellen (*sunken costs Theorem*) oder ob die Situation im aktuellen Wettbewerb nach dem Marktzutritt solche Einnahmen erlaubt, welche dem Wirtschaftssubjekt nennenswerte Marktanteile verschaffen, die zumindest den Verbleib im Zielmarkt ermöglichen bzw. weitere Anreize schaffen, den Output im aktuellen Wettbewerbsverhältnis zu behaupten oder gar auszubauen.

Hinter dem rechtlichen Schutz der Sequenz-2 steht die übergeordnete ökonomische Wertung, dass durch erweiterte Angebote im Zielmarkt der dortige aktuelle Wettbewerb

²⁵²² EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

durch eine erhöhte Wettbewerbsintensität belebt wird und die Marktgegenseite, also die Nachfrage, unter einem erweiterten oder qualitativ verbessertem Angebot auswählen kann (Argument der erhöhten Verbraucherwohlfaht durch mehr Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite).

(c) *Gleiche Freiheit zum zweiten Marktzutritt (Sequenz-3)*

In der Situation des aktuellen Wettbewerbs nach dem ersten Marktzutritt, wie diese zuvor beschrieben wurde (Sequenz-2), stellt sich bei der weitergehenden Betrachtung des dynamischen Wettbewerbsprozesses im Sinne des Modells von *Hypercompetition* und sog. *Wettbewerbsarenen*²⁵²³ die Frage, ob der Maßstab transnationaler Mobilitätsfreiheit gemäß der wettbewerbsökonomischen Interpretation der EuGH-Rechtsprechung zum Marktzutrittskriterium (EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁵²⁴ bis *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²⁵²⁵) soweit geht, dass auch die „Freiheit nach der Gleichheit“ in dem Zielmarkt-1 umfasst ist. Hier geht es also um den Sachverhalt eines insofern „zweiten“ Marktzutritts zu einem Zielmarkt-2 aus dem aktuellen Wettbewerb im Zielmarkt-1 heraus.

Beispiel Sachverhalt EuGH *Keck*: Soweit über den *Preiswettbewerb* mit der Wettbewerbsstrategie des Niedrigpreises (Preisbildung unterhalb des eigenen Einkaufspreises) größere Marktanteile für den Verkauf von Kaffee durch den Supermarkt erreicht wurden (Wettbewerbsvorteil nach dem ersten Marktzutritt im Preiswettbewerb des Zielmarktes-1 / Sequenz-1), hier vorausgesetzt, dass das französische Verbot dieser Preiskalkulation wegen Unvereinbarkeit mit Art. 34 AEUV außer Anwendung bleibt, wird diese Wettbewerbsstrategie nach einer Zeit zu revidieren sein, nämlich spätestens dann, wenn die unter den eigenen Kosten liegenden Einnahmen (im aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes-1 / Sequenz-2) die Liquiditätsreserven des Supermarktes aufgebraucht haben. Zu diesem Zeitpunkt stellt sich für das Management des Supermarktes, also die Herren Keck und Mithouard, die Frage, ob der Zutritt zu einem anderen Markt (Zielmarkt-2 / Sequenz-3) möglich ist. Hier kommt z.B. über die Wettbewerbsstrategie der Diversifikation der Eintritt in den *Qualitätswettbewerb* in Frage. Ebenso könnte in den *Image-/Werbewettbewerb* eingetreten werden. Soweit für diese Wettbewerbsformen und damit verbundene Wettbewerbsstrategien zur Generierung eines anderen Wettbewerbsvorteils (im Zielmarkt-2 / Sequenz-3) ebenso Maßnahmen existieren, z.B. gesetzliche Vorschriften zu Inhaltsstoffen von Kaffee oder zur Werbung mit Genussmitteln

²⁵²³ Hierzu *M. K. Welge/A. Al-Laham*, Strategisches Management (2012), S. 310 ff. Dieses Modell geht davon aus, dass jeder Wettbewerbsvorteil nach erfolgtem Marktzutritt im Zielmarkt-1 (Sequenz-1) im aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes (Sequenz-2) nur temporär wirkt. Hierfür lassen sich typische Gesetzmäßigkeiten im Verhältnis der Wettbewerbsformen Preis-, Diversifikations- und Innovationswettbewerb in sog. *Wettbewerbsarenen* beschreiben, welche bei den vorgenannten Autoren dargestellt sind. Demnach ist es erforderlich, immer wieder neue, d.h. andere Wettbewerbsvorteile zu erlangen, wie durch weitere Marktzutritte über andere Wettbewerbsformen in einem Zielmarkt-2 (Sequenz-3). Dem liegt das Modell von *Hypercompetition* (Wettbewerbsvorteile als temporäre Vorteile im Wettbewerbsprozess als dynamischer Vorgang) zugrunde, *R. A. D'Aveni*, Hyperwettbewerb: Strategien für die neue Dynamik der Märkte (1995) passim.

²⁵²⁴ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁵²⁵ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

mit dem Argument des Verbraucherschutzes, welche den Marktzutritt zu dem Qualitätsmarkt für Kaffee oder zu dem Imagemarkt für Kaffee abschrecken oder blockieren, stellt sich die Frage, ob dieser Sachverhalt noch von dem Schutz der transnationalen Mobilitätsfreiheit des subjektiv-rechtlichen Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten umfasst sein muss.

Aus der wettbewerbsökonomischen und rechtlichen Perspektive ist bei der Sachverhaltskonstellation der Sequenz-3 der Schutz des potenziellen Wettbewerbs im Zielmarkt-2 betroffen. Auch dieser Zielmarkt muss gemäß dem Konzept der funktionalen Transnationalität nicht notwendigerweise über das Staatsgebiet des Zielmarktes-1 hinausweisen. Vielmehr wird hier deutlich, dass die Wettbewerbsformen funktional betrachtet durchaus einen Teilaspekt des sachlich relevanten Marktes ausmachen, da z.B. der Qualitätswettbewerb andere Gesetzmäßigkeiten mit sich bringt als der Preiswettbewerb.

Bei der Sequenz-3 wird gemessen am Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit nunmehr auf der Ebene des Kontrollmaßstabes die Frage der „umgekehrte Beschränkung“ relevant. Entsprechend der Ausführungen in Kapitel 5²⁵²⁶ und zuvor bei dem Kontrollgegenstand (A. I. 1. b)) Transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt) ist hier bei dem Kontrollmaßstab zu notieren, dass in der jüngeren EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ deutlich wurde, dass eine materielle Prüfung von „Zwischenstaatlichkeit“ erforderlich ist.²⁵²⁷ Diese wiederum soll sowohl aus der Perspektive des anbietenden Wirtschaftssubjektes (Angebotsseite) als auch aus der Perspektive der Marktgegenseite (Nachfrageseite) erfolgen, wie bereits dargelegt wurde.²⁵²⁸ In den Schlussanträgen zu den bereits bei dem Kontrollgegenstand in Bezug genommenen Rechtssachen der EuGH-Rechtsprechung wurde darauf abgestellt, ob das „Interesse“ eines Wirtschaftssubjektes aus einem anderen Mitgliedstaat bestehen könnte, eine Leistung anzubieten (Angebotsseite) oder in Empfang zu nehmen (Nachfrageseite).

In Zusammenschau mit der aus der funktional-wettbewerbsökonomischen Interpretation der EuGH-Rechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten folgenden Ratio²⁵²⁹ wird deutlich, dass hier die *Voraussetzungen von Marktzugangsbeschränkung (Kontrollmaßstab: transnationale Mobilitätsfreiheit/-gleichheit) und „Zwischenstaatlichkeit“ (Kontrollgegenstand: transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt) zusammenwirken*, analog zu der Behandlung bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot.²⁵³⁰ Bei dem Vergleich von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln wurde dort bereits ausgeführt, dass bei dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot die Prüfungspraxis oftmals nicht zwischen diesen Voraussetzungen differenziert, sondern beide Kriterien in einem Prüfungsansatz kombiniert. Angesichts der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV sowie gemäß der hier vertrete-

²⁵²⁶ Kapitel 5 C. I. 4. Widerspruch von Free Movement und territorialer „Grenzüberschreitung“.

²⁵²⁷ Kapitel 5 C. I. 4. a).

²⁵²⁸ Kapitel 5 C. I. 4. c).

²⁵²⁹ Zuvor Abschnitt 1. a), aa), bb) und cc) (1).

²⁵³⁰ Kapitel 5 C. I. 4. b).

nen normativ-wettbewerbsökonomischen Sichtweise einer Interdependenz von Freiheit und Gleichheit ist davon auszugehen, dass bei dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot eine ebenso funktionale Auslegung für die „Freiheit nach der Gleichheit“ (Sequenz-3) gilt, wie bei den Wettbewerbsregeln. Dem folgend müssen auch die Sachverhalte der Sequenz-3 dem Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot unterfallen.

Bei der Mobilitätsbeschränkungsanalyse im Zusammenhang des Marktzutritts zu einem Zielmarkt-2 (Sequenz-3) wird aber in der Regel die Selektivität, d.h. die strategisch-protektionistische Wirkung der Maßnahme ausführlich und streng zu prüfen sein, da sich ansonsten die Kontrolldichte erheblich zu Lasten der Mitgliedstaaten erhöhen würde. Die Prüfung der Mobilitätsbeschränkung muss daher unter Einbeziehung der Interessen-Trias²⁵³¹ mittels einer umfassenden Abwägung zur Intensität der Mobilitätsbeschränkung im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen (siehe hierzu C.).

b) Ergebnis

Die wettbewerbsökonomische „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung gemäß dem vorliegend vertretenen functional economic approach²⁵³² hat gezeigt, dass sich die von dem Gerichtshof etablierten unbestimmten Rechtsbegriffe und „Formeln“ in eine funktional determinierte Teleologie übertragen lassen, und sich der Kontrollmaßstab des „grundfreiheitliches Beschränkungsverbot“ so mittels wettbewerbsökonomisch determinierter Variablen konkretisiert.

Aus der funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Teleologie der *Dassonville*-Rechtsprechung²⁵³³ und deren sukzessiven Übertragung auf sämtliche Grundfreiheiten via EuGH *Gebhard* und der Nachfolgerechtsprechung (Konvergenz)²⁵³⁴ folgt, dass sich der Kontrollmaßstab „grundfreiheitliches Beschränkungsverbot“ auf sämtliche *Aktionsparameter der Output- und Input-Ebene* von Wirtschaftssubjekten bezieht. Damit besteht ein umfassender Schutz der transnationalen Mobilität in funktionaler Umsetzung der operativen Facette des Free Movement-Konzepts betreffend den gegenständlichen wirtschaftlichen Output (z.B. Waren), den persönlichen Output von Wirtschaftssubjekten (z.B. Dienstleistungen, Leistungen eines Arbeitnehmers) und die Input-Ebene von Wirtschaftssubjekten (z.B. Warenproduzent, Gesellschaft). Damit umfasst das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot in der gleichheits- und freiheitsrechtlichen Perspektive sämtliche objektiven und subjektiven Leistungsmerkmale. Betreffend die personenbezogenen Grundfreiheiten, wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sind die Personen funktional betrachtet selbst als Teil des Outputs der wirtschaftlichen Leistung zu betrachten.

Die funktional, normativ-wettbewerbsökonomische Teleologie der EuGH *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung offenbart mit dem Kriterium der „Attraktivität“²⁵³⁵ ein

²⁵³¹ Kapitel 1 B. I. 3. und Kapitel 5 B. I.

²⁵³² Kapitel 1 B. III. European Law & Economics.

²⁵³³ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

²⁵³⁴ Kapitel 3 E. II. 1. b).

²⁵³⁵ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

subjektives Element. Hier besteht die Notwendigkeit der Einbeziehung von Wirkungen einer Maßnahme auf die Entscheidungsfreiheit des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes zum Gebrauch von Aktionsparametern als Strategievariablen zur Verfolgung von Wettbewerbsstrategien (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit). Gemäß dieser Interpretation bezieht sich die „Attraktivität“ auf die strategische Positionierung einer wirtschaftlichen Leistung im Markt und damit auf den Marktzutritt und/oder Marktaustritt. Mit dieser „Übersetzung“ lässt sich die „Attraktivitätsformel“ des EuGH einerseits mit den wirtschaftswissenschaftlichen Theoremen zu strategischen Marktzutrittsbeschränkungen strukturieren und andererseits mit der Theorie politischer Märkte und institutioneller Markteintrittsschranken konkretisieren. Hiermit werden strategisch-protektionistische „unterschiedslose“ Maßnahmen rechtlich erfassbar.

Schließlich zeigt die funktional, normativ-wettbewerbsökonomische Teleologie der EuGH-Rechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten, dass sich sämtliche Variablen transnationaler Mobilität auf die Entscheidungsfreiheit des Wirtschaftssubjektes für eine transnationale Wettbewerbsstrategie beziehen (Entscheidungsvariablen). Ausgehend von der wirtschaftswissenschaftlichen Grundlage der Theorien zu Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken (Konzepte der „barriers to entry/to exit“, „mobility barriers“) sind daher die *Funktionsbedingungen als Entscheidungsrahmen* (Marktstruktur) sowie die *Strategievariablen als Entscheidungsgegenstand* (Marktverhalten) in die Kontrolle einzubeziehen. Der Umfang der Entscheidungsfreiheit (Aktionsradius von Strategievariablen) bestimmt damit die hier so benannte *Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit*. Betreffend die maßgeblichen Entscheidungen für oder gegen den Marktzutritt und/oder Marktaustritt lassen sich als „Gradmesser“ für die „Attraktivität“ drei *Funktionsgruppen von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* abbilden²⁵³⁶, welche eine Konkretisierung der Kontrolle strategisch-protektionistischer Wirkungen von Maßnahmen ermöglichen, in dem die *Interdependenzen zwischen Wettbewerbsformen* betreffend kurzfristige und langfristige Effekte einbezogen werden. Überdies hat die funktional-wettbewerbsökonomische „Übersetzung“ der *Keck-Rechtsprechung*²⁵³⁷ die Notwendigkeit einer Einbeziehung von *Mobilitätsphasen* (Sequenzen) als dynamischen Aspekt der Kontrolle der Bedingungen von transnationaler Mobilität im Wettbewerbsprozess offenbart. Hieraus ließen sich Maßstäbe für die Entscheidungsfreiheit in der Sequenz von drei Mobilitätsphasen (Sequenz-1 bis Sequenz-3) definieren und dem Kontrollmaßstab zuordnen²⁵³⁸, und zwar als „Freiheit“ zum ersten Marktzutritt im potenziellen Wettbewerb (Sequenz-1), als „Gleichheit nach der Freiheit“ im aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes-1 (Sequenz-2) sowie als „Freiheit nach der Gleichheit“ im potenziellen Wettbewerb betreffend einen Zielmarkt-2 (Sequenz-3).

²⁵³⁶ A. II. 1. a) cc) (1) (c) (bb) Entscheidungsgesetzmäßigkeiten (Funktionsgruppen).

²⁵³⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁵³⁸ A. II. 1. a) cc) (2) Maßstäbe für die Entscheidungsfreiheit in Mobilitätsphasen.

Damit ist nachgewiesen, dass eine parallele Geltung von transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit, welche sich auf den potenziellen und den aktuellen Wettbewerb im Zielmarkt beziehen muss, für den Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot zwingend erforderlich ist, da ansonsten keine adäquate Umsetzung des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot in der funktionalen Transnationalität (Free Movement-Konzept) bestünde.

2. Verknüpfung rechtlicher Maßstäbe und wettbewerbsökonomischer Variablen

Von dem zuvor wettbewerbsökonomisch konkretisierten Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot gemäß der funktionalen Teleologie der EuGH-Rechtsprechung ausgehend, sind nachfolgend zur Definition der subjektivrechtlichen Gehalte von transnationaler Mobilitätsfreiheit (hierzu a)) und transnationaler Mobilitätsgleichheit (hierzu b)) die rechtlichen Maßstäbe mit den im vorherigen Abschnitt 1. aus der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH Rechtsprechung hergeleiteten wettbewerbsökonomischen Variablen zu verknüpfen. Hierbei wird gezeigt, dass sich freiheits- und gleichheitsrechtliche Gehalte transnationaler Mobilität wechselseitig ergänzen müssen. Im sequenziellen Prozess von Mobilitätsphasen sind zur Sicherstellung eines ungehinderten Marktzutritts und/oder Marktaustritts sowohl die Marktstruktur (Funktionsbedingungen) als auch das Marktverhalten (Strategievariablen) im aktuellen und potenziellen Wettbewerb von dem Mobilitätsbeschränkungsverbot zu erfassen (c.)). Darüber hinaus wird dargelegt, warum die „Richtung“ der Beschränkung²⁵³⁹ für die Definition des Kontrollmaßstabes gemäß der Konzeption funktionaler Transnationalität irrelevant ist (d)). Im Ergebnis wird der Inhalt des rechtlich und wettbewerbsökonomisch aggregierten Kontrollmaßstab zusammenfassend definiert und mit den Gegenständen der grundfreiheitlichen Kontrolle in Beziehung gesetzt (e)).

a) *Transnationale Mobilitätsfreiheit/Strategievariablen (Marktverhalten)*

Die *Freiheit als Wert der Union*, Art. 2 Satz 1 EUV, wird in den Zusammenhängen der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union und deren Maßstäbe²⁵⁴⁰ über das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot als Maßstab der *Markt- und Wettbewerbsfreiheit objektiv-rechtlich* konkretisiert.²⁵⁴¹ Gemäß dem Free Movement-Konzept als den marktintegrationsrechtlichen Bezugsgegenstand dieser Freiheit²⁵⁴², stellt sich diese Freiheit gemäß dem Konzept der funktionalen Transnationalität als transnationale Mobilitätsfreiheit dar.

²⁵³⁹ D.h. Differenzierung zwischen Einfuhr-/Ausfuhrfreiheiten (Warenverkehr) bzw. Zuzugs- und Wegzugsbeschränkungen (Niederlassungsfreiheit) usw., siehe hierzu umfassend K. *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten (2001), S. 26 ff. „Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten als Einfuhrfreiheiten“, und S. 90 ff. „Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten als Ausfuhrfreiheiten“, jeweils m.w.N.

²⁵⁴⁰ Kapitel 3 B. III. (Ziel gebundene Werte- und Wirtschaftsverfassung) und C. III. 1. und 4. (Freiheit als Maßstab der Werteverfassung) sowie D. (Maßstäbe der Wirtschaftsverfassung).

²⁵⁴¹ Kapitel 3 F. I. (Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit).

²⁵⁴² Kapitel 3 F. III. 1.

Die vorangehenden Ausführungen zur funktional-wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH Rechtsprechung haben in der *subjektiv-rechtlichen* Konkretisierung von Markt- und Wettbewerbsfreiheit als transnationale Mobilitätsfreiheit für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot gezeigt, dass sich die von den Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote garantierte *transnationale Mobilitätsfreiheit* betreffend die Garantie von Marktzutritt (EuGH-*Keck*²⁵⁴³ bis EuGH-*Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²⁵⁴⁴) und Marktaustritt (EuGH *Groenveld/Gysbrechts*)²⁵⁴⁵ umfassend auf die Entscheidungsfreiheit eines Wirtschaftssubjektes zur Verwirklichung transnational wirksamer Wettbewerbsstrategien durch den Gebrauch von Aktionsparametern als Strategievariablen bezieht (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit). Zentral für die Garantie transnationaler Mobilitätsfreiheit ist somit der umfassende Schutz von *Entscheidungsfreiheit* betreffend die Nutzung von Aktionsparametern als *Strategievariablen*, hier in der dogmatischen Konzeption eines subjektiven Elements des Beschränkungstatbestandes, welches sich i.w.S. auf das *Marktverhalten* im Sinne des SVE-Paradigmas bezieht.

Gemäß der EuGH-Rechtsprechung zur „Attraktivität“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)²⁵⁴⁶ steht bei der Bewertung von „Freiheit“ zum Marktzutritt und/oder Marktaustritt im Mittelpunkt, ob das von einer Maßnahme tangierte Wirtschaftssubjekt den Marktzutritt (potenzieller Wettbewerb) und die Verhältnisse in dem Zielmarkt nach dem Marktzutritt (aktueller Wettbewerb) im Lichte der strategischen Wirkungen der Maßnahme auf die Entscheidung, diesen Zielmarkt als „attraktiv“ oder „unattraktiv“ bewertet. Eben auf diese „Attraktivität“ muss sich der rechtliche Schutz der transnationalen Mobilitätsfreiheit als Entscheidungsfreiheit bei dem Mobilitätsbeschränkungsverbot der Grundfreiheiten beziehen. Dieses *subjektive Element* ergibt sich bei den Grundfreiheiten aus der Tatsache, dass jede wirtschaftliche Leistung, sei diese gegenständlich (z.B. Produkt) oder nicht-gegenständlich (z.B. Dienstleistung oder Arbeitsleitung), stets von Entscheidungen natürlicher Personen in deren Funktion als Wirtschaftssubjekt abhängen bzw. von natürlichen Personen als Repräsentanten von Organen juristischer Personen als Wirtschaftssubjekte (Geschäftsführung, Vorstand etc.). Selbst der Output großer Konzerne oder börsennotierter Aktiengesellschaften beruht letztlich auf Entscheidungen einzelner natürlicher Personen oder einer Gesamtheit von natürlichen Personen (Mitglieder von Vorstand, Aufsichtsrat, Management etc.). Dementsprechend muss sich die durch das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot garantierte transnationale Mobilitätsfreiheit auf die Entscheidungsfreiheit all dieser Wirtschaftssubjekte beziehen.

Im Sinne der Definition von Wettbewerbsfreiheit nach *Erich Hoppmann* bzw. gemäß der individuellen Freiheit als „Planungsautonomie“ (Peter Behrens²⁵⁴⁷), muss die transnationale Mobilitätsfreiheit des Mobilitätsbeschränkungsverbot dabei die sog. *äußere Freiheit* (Abwesenheit von Zwängen zur Gewährleistung der Handlungsfrei-

²⁵⁴³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁵⁴⁴ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²⁵⁴⁵ EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253); EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730).

²⁵⁴⁶ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn 32; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

²⁵⁴⁷ P. Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 14.

heit), die sog. *innere Freiheit* zur Willensbildung sowie die sog. *horizontale Freiheit* (Durchsetzbarkeit der äußeren und inneren Freiheit) garantieren.²⁵⁴⁸ Diese Facetten der Wettbewerbsfreiheit sind in die Bewertung der Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit einzu-beziehen. Die transnationale Mobilitätsfreiheit als Maßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot) muss sich damit umfassend auf sämtliche *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* von Strategievariablen (Aktionsparameter von Wettbewerbsformen) beziehen, welche für die Verwirklichung von Marktzutritt und/oder Marktaustritt und die dafür nötige *Willensbildung* nötig sind.

Der durch die transnationale Mobilitätsfreiheit geschützte potenzielle Wettbewerb umfasst dabei sämtliche Variablen der wirtschaftswissenschaftlich definierten „barriers to entry“, „barriers to exit“ bzw. der „mobility barriers“.²⁵⁴⁹ In der Praxis lässt sich damit der für die „Attraktivität“ von Marktzutritt und/oder Marktaustritt nötige Umfang der Entscheidungsfreiheit als möglicher Aktionsradius (Umfang der Freiheit) juristisch bewerten und über die Verifizierung der maßgeblichen Wettbewerbsstrategien auch die Strategierelevanz der streitgegenständlichen Maßnahme im Rechtsstreit konkret darlegen und beweisen. Hierfür wird bei der Herleitung von Prüfungsstruktur und Subsumtionskriterien das Kriterium der *Strategierelevanz* eingeführt (siehe nachfolgend III. 1. a)). Des Weiteren ist in der Praxis zu prüfen, ob die Maßnahme strategisch-protektionistisch eben diese Wettbewerbsstrategien gezielt verhindert („Bezwecken“) oder „weniger attraktiv“ macht („Bewirken“). Hierfür wird bei der Herleitung von Prüfungsstruktur und Subsumtionskriterien das Kriterium der *Spezifität* eingeführt (siehe nachfolgend III. 1. c)).

b) *Transnationale Mobilitätsgleichheit/Funktionsbedingungen (Marktstruktur)*

Ausgehend von der *Gleichheit als Wert der Union*, Art. 2 Satz 1 EUV, wird diese, ebenso wie die Freiheit im Kontext der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung²⁵⁵⁰ (siehe zuvor a)), über das Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot als Maßstab der *Markt- und Wettbewerbsgleichheit objektiv-rechtlich* konkretisiert.²⁵⁵¹ Gemäß dem Free Movement-Konzept als den marktintegrationsrechtlichen Bezugsgegenstand dieser Gleichheit²⁵⁵², stellt sich diese Gleichheit gemäß dem Konzept der funktionalen Transnationalität als transnationale Mobilitätsgleichheit dar.

Die vorangehenden Ausführungen zur funktional-wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH Rechtsprechung haben in der *subjektiv-rechtlichen* Konkretisierung von Markt- und Wettbewerbsgleichheit für das grundfreiheitliche Beschrän-

²⁵⁴⁸ Vgl. T. Heidrich, Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie (2009), S. 274, 275.

²⁵⁴⁹ Die Marktstrukturen und das in ihnen mögliche Marktverhalten lassen sich mit Hilfe von sog. strategischen Gruppen verifizieren, siehe hierzu M. K. Welge/A. Al-Laham, Strategisches Management (2012), S. 344 ff. Ähnlich R. M. Grant, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014), S. 124 ff. mit einer Segmentierungsanalyse zu strategischen Gruppen und einer Untersuchung zur „Attraktivität“ des Segments.

²⁵⁵⁰ Kapitel 3 B. III. und C. III. 2., 4.

²⁵⁵¹ Kapitel 3 F. II. Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit.

²⁵⁵² Kapitel 3 F. III. 2.

kungsverbot gezeigt, dass die von den Grundfreiheiten garantierte *transnationale Mobilitätsgleichheit* mit den Funktionsbedingungen des relevanten Marktes und der Marktstruktur in Beziehung steht, welche hinsichtlich der Entscheidungsfreiheit (siehe zuvor a)) den *Entscheidungsrahmen* abbilden.

Mit dem Maßstab der transnationalen Mobilitätsgleichheit wird betreffend die „Attraktivität“ von Marktzutritt und/oder Marktaustritt kontrolliert, ob eine Maßnahme im Sinne einer *allgemeinen Regelung* für alle Wirtschaftssubjekte gleich wirkt. Der dafür maßgebliche „Referenzrahmen“ ist der relevante Markt des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes, wie er bei dem Kontrollgegenstand dargestellt wurde (siehe oben A. I. 1 b)). Mit dem Blick auf den Maßnahmenurheber, d.h. gegenüber der im gerichtlichen Prozess passiv legitimierten Partei, muss eine „allgemein“ intendierte Maßnahme (hier durchaus in der Qualität „zwingender Erfordernisse“ des Allgemeininteresses) von einer i.w.S. zielgerichteten, strategisch-protektionistischen Maßnahme unterschieden werden. In der wettbewerbsökonomischen Sprache bedeutet dies, dass sich der Maßstab der transnationalen Mobilitätsgleichheit auf die Kontrolle der „strategischen Gleichheit“ bezieht, welche aus der Marktstruktur als Rahmenbedingung für die Entscheidung folgt (Entscheidungsrahmen).

In der Verknüpfung von Gleichheitsrecht und Wettbewerbsstrategie (Entscheidungsgegenstand) besteht transnationale Mobilitätsgleichheit dann, wenn der Aktionsradius der von einer Maßnahme im Zielmarkt adressierten Wirtschaftssubjekte in der Relationsbetrachtung (Aktionsradius Wirtschaftssubjekt X versus Aktionsradius Y) im Hinblick auf den Marktzutritt (Sequenz-1) und auf den aktuellen Wettbewerb im Zielmarkt (Sequenz-2) aufgrund der für den relevanten Markt geltenden Funktionsbedingungen identische Handlungsoptionen für zielführende Wettbewerbsstrategien gelten. D.h. die Maßnahme muss als Teil der Funktionsbedingungen in der Marktstruktur des relevanten Marktes alle Wirtschaftssubjekte „rechtlich und tatsächlich gleich berühren“ i.S.d. *Keck-Formel*. Für diesen Aspekt lässt sich, wie sogleich bei der Herleitung der Prüfungsstruktur für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot gezeigt wird (A. III.), analog zu der Struktur von Art. 107 AEUV das Kriterium der *Selektivität* heranziehen, freilich mit Modifikationen in Abstimmung auf die Funktion der Grundfreiheiten (siehe nachfolgend III. 1. b)).

Durch die transnationale Mobilitätsgleichheit wird also im Endeffekt die transnationale *Wirkungsgleichheit der Funktionsbedingungen* in der Marktstruktur des Zielmarktes kontrolliert. Entsprechend der für den aktuellen Wettbewerb typischerweise prägenden Funktionsmechanismen der im Markt maßgeblichen Wettbewerbsformen sind hierbei einerseits die Wechselbezüglichkeiten von sich gegenüberstehenden Konkurrenten zu berücksichtigen, wie z.B. die gegenseitige Beeinflussung der Preisbildung im Sinne einer sog. „Reaktionsverbundenheit“ bei einem homogenen Gut im engen Oligopol, andererseits sind die Interdependenzen der Wettbewerbsformen, wie bei den Entscheidungsgesetzmäßigkeiten²⁵⁵³ zu berücksichtigen.

²⁵⁵³ Siehe zuvor A. II. 1. a) cc) (1) (c) (bb).

In dieser hier definierten gleichheitsrechtlichen Dimension transnationaler Mobilität wird noch einmal deutlich, dass die „Modalitäten“ der *Keck*-Rechtsprechung in ihrer Funktion als Bereichsausnahmen²⁵⁵⁴ wettbewerbsstrategisch betrachtet *per se* wie „Marktzutrittsschranken“ wirken können. Denn „Modalitäten“, wie z.B. eine staatliche Mindestpreisregelung im Fall EuGH *Keck*, die dort von dem Gerichtshof als „bestimmte Verkaufsmodalität“ subsumiert wurde, sind stets Funktionsbedingungen, welche auf den ersten Blick zwar gleiche *rechtliche* Bedingungen für alle Wirtschaftssubjekte im aktuellen Wettbewerb darstellen, jedoch in der *dynamisch-wettbewerbsökonomischen* Marktbetrachtung von Mobilitätsphasen²⁵⁵⁵ auf den potenziellen Wettbewerb und die Chancen bzgl. des ersten Marktzutritts (Sequenz-1) einwirken. Insoweit können die „Modalitäten“ der *Keck*-Rechtsprechung im Sinne der EuGH *Mickelsson & Roos*-Rechtsprechung eine Beschränkung des Marktzutritts „bewirken“, da eine zwar gleiche rechtliche Anknüpfung nationalen Rechts (im Sinne von Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungspunkt²⁵⁵⁶) in der wettbewerbsökonomischen Perspektive höchst unterschiedlich auf konkurrierende Marktteilnehmer wirken kann. Durch eine „Ausblendung“ von Maßnahmen i.S.v. „bestimmten Verkaufsmodalität“, „Nichtmodalität“ oder „Verwendungsmodalität“ (faktische Bereichsausnahmen) können die Chancen zum Marktzutritt erheblich tangiert sein. Kurz gesagt, der Individualrechtsschutz liefe in der Kategorie der Bereichsausnahmen leer. Eben dies ist mit der von der transnationalen Mobilitätsgleichheit umfassten Gerechtigkeit bzw. der Chancengleichheit im Wettbewerb nicht vereinbar. Denn mit diesem unionsverfassungsrechtlich gebotenen Schutzgehalt des Maßstabes der Markt- und Wettbewerbsgleichheit sind auf der subjektivrechtlichen Ebene i.w.S. die marktbezogenen Aspekte von „Sozial“ und „Gerechtigkeit“ zu verwirklichen. Dies folgt aus der in Kapitel 3 dargelegten Koppelung des Binnenmarktziels gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft mit den Werten und den internen Politiken des AEUV im Lichte des Telos der Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung.

Über den rechtlichen Gehalt der „Gleichheit nach der Freiheit“ (Sequenz-2) wird mit dem grundfreiheitlichen Kontrollmaßstab der transnationalen Mobilitätsgleichheit „Marktgerechtigkeit“ im Sinne wirtschaftlicher Chancengleichheit konkret umsetzbar und im Individualrechtsstreit vor nationalen Behörden und Gerichten überprüfbar. Tatsächlich besteht eine wirtschaftliche Chancengleichheit dann, wenn die für einen transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt geltenden Funktionsbedingungen, zu denen auch staatliche Maßnahmen gehören, wie z.B. eine gesetzliche Mindestpreisregelung i.S.d. EuGH *Keck*-Entscheidung²⁵⁵⁷, in gleicher Weise strategierelevant auf die adressierten Wirtschaftssubjekte wirken, und zwar in Bezug auf die relevanten Funktionsmechanismen von Wettbewerbsformen und deren zielführenden Wettbewerbsstrategien, ermittelbar z.B. über die Wettbewerbskräfte nach dem Modell der Five Forces (*Michael E. Porter*), und insoweit wettbewerbslich neutrale „Rahmenregelungen“ (Ordnungsrah-

²⁵⁵⁴ Kapitel 5 C. I. 2. c))

²⁵⁵⁵ Siehe zuvor A. II. 1. a), cc), (2).

²⁵⁵⁶ Siehe zuvor beim Kontrollgegenstand A. I. 1. und 2.

²⁵⁵⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

men) darstellen. Eine solche „funktionale Wettbewerbsneutralität“ von Maßnahmen als *Funktionsbedingungen* entspricht i.w.S. Sinne der Wertung einer sog. „Gleichheit vor dem Gesetz“ im staatsrechtlichen Sinn, und ist als „Gleichheit im Markt“ in marktintegrationsrechtlicher Lesart zu verstehen.

c) *Parallelität von Mobilitätsfreiheit/-gleichheit in Mobilitätsphasen*

Wie zuvor bei der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung nachgewiesen²⁵⁵⁸, besteht unter Berücksichtigung der Dynamik transnationaler Mobilitätsprozesse (Mobilitätsphasen) die Notwendigkeit einer kumulativen Kontrolle von Maßnahmen anhand der Maßstäbe transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit. Der Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot) muss daher gleichermaßen freiheits- und gleichheitsrechtlich ausgestaltet sein. Insoweit entspricht die hier vertretene Auffassung dem Ansatz von *Axel Mühl*.²⁵⁵⁹

Der Schutz der transnationalen Mobilitätsfreiheit bezieht sich, wie zuvor bei a) dargelegt, auf die Entscheidungsfreiheit zur Verfolgung transnational wirksamer Wettbewerbsstrategien via Strategievariablen (Entscheidungsgegenstand) als *subjektives Element* des Beschränkungstatbestandes und betrifft damit das Marktverhalten des von einer Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes. Die transnationale Mobilitätsgleichheit bezieht sich auf die Funktionsbedingungen des relevanten Marktes (Entscheidungsrahmen) als *objektives Element* des Beschränkungstatbestandes und damit auf die Marktstruktur, siehe zuvor b). In der sequenziellen Betrachtung von Mobilitätsphasen wird damit der Wert der Freiheit im Sinne von Art. 2 Satz 1 EUV markt- und wettbewerbsbezogen²⁵⁶⁰ durch das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot subjektiv-rechtlich durch „Freiheit zum Marktzutritt“ und/oder „Freiheit zum Marktaustritt“ (Sequenz-1) sowie durch die „Freiheit nach der Gleichheit“ zum zweiten Marktzutritt und Marktaustritt (Sequenz-3) garantiert. Der Wert der Gleichheit im Sinne von Art. 2 Satz 1 EUV sowie die Gerechtigkeit im Sinne von Art. 2 Satz 2 EUV werden in ihren markt- und wettbewerbsbezogenen Gehalten²⁵⁶¹ subjektiv-rechtlich simultan über die Garantie gleicher Funktionsbedingungen in der Marktstruktur des aktuellen Wettbewerbs im Zielmarkt nach dem Marktzutritt (Sequenz-2) gewährleistet.

d) *Irrelevanz der Beschränkungsrichtung*

Die notwendig simultane grundfreiheitliche Kontrolle transnationaler Mobilitätsfreiheit und transnationaler Mobilitätsgleichheit (siehe zuvor c)) belegt dogmatisch-konzeptionell zugleich die Irrelevanz der „Beschränkungsrichtung“ (Einfuhrbeschränkung versus Ausfuhrbeschränkung²⁵⁶²). Da sich die Wirkung einer Maßnahme gemäß

²⁵⁵⁸ A. II. 1. a), cc), (2) Maßstäbe für die Entscheidungsfreiheit in Mobilitätsphasen.

²⁵⁵⁹ *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S.245-247.

²⁵⁶⁰ Kapitel 3 C. III. 1., 4. und F. I., III. 1.

²⁵⁶¹ Kapitel 3 C. III. 2., 4. und F. II., III. 2.

²⁵⁶² Umfassend dazu *K. Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten (2001), S. 26 ff. („Einfuhrfreiheiten“) und S. 90 ff. („Ausfuhrfreiheiten“).

dem hier vertretenen Konzept der funktionalen Transnationalität auf einen wettbewerbsökonomisch definierten Markt bezieht, d.h. auf einen von territorial definierten Staatsgrenzen unabhängig zu bestimmenden sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt, welcher zudem durch bestimmte Wettbewerbsformen typischerweise geprägt ist, erübrigt sich eine „Richtungsbetrachtung“ der Beschränkung. Denn die herkömmliche Bewertung einer Beschränkung des „Zugangs“ durch den „Heimatstaat“ versus einer Beschränkung des „Ausgangs“ durch den „Zielstaat“²⁵⁶³, bezieht sich wiederum auf die Territorialität, d.h. die Staatsgrenzen der Mitgliedstaaten. Eben dieses traditionelle Konzept der „Territorialen Transnationalität (Problembereich 6)“²⁵⁶⁴ ist gemäß dem aktuellen Stand der Integration und gemessen an dem Free Movement-Konzept sowie den Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot aber nicht mehr maßgeblich. Überdies ist eine Differenzierung von Wirkungen einer Maßnahme durch den Staat des Zielmarktes und/oder durch den Staat des Ursprungsmarktes in der funktional-wettbewerbsökonomischen Dogmatik von Entscheidungsgegenstand (Wettbewerbsstrategie / Marktverhalten) und Entscheidungsrahmen (Funktionsbedingungen / Marktstruktur) nicht begründbar. Die zuletzt nur noch bei dem Verbot der Ausfuhrbeschränkung, Art. 35 AEUV, umstrittene Interpretation hat mit der Entscheidung des Gerichtshofs zu der Rechtssache *Gysbrechts*²⁵⁶⁵ daher zu Recht eine entscheidende Wendung genommen (siehe bereits Kapitel 3 E. II. 6.). Gemäß dem Konzept der funktionalen Transnationalität muss damit unzweifelhaft auch die Beschränkung des Marktaustritts von dem Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot erfasst sein, und zwar in der gleichheits- und freiheitsrechtlichen Dimension, analog zu dem wettbewerblichen Beschränkungsverbot, bei dem die Beschränkungsrichtung ebenso irrelevant ist.

e) Ergebnis

Der subjektiv-rechtliche Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten umfasst die Maßstäbe transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit und bezieht sich als Mobilitätsbeschränkungsverbot, ausgehend von den prinzipiellen Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot, gemäß einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung von *Dassonville*²⁵⁶⁶ bis *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²⁵⁶⁷ auf die für transnationale Leistungsprozesse in einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt (funktionale Transnationalität) bestimmenden wettbewerbsökonomischen *Variablen* zur Verwirklichung von Marktzutritt und/oder Marktaustritt.

Angesichts der Steuerung jedes transnationalen Leistungsprozesses durch Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten (subjektives Element/Marktverhalten) für eine bestimmte transnational wirksame Wettbewerbsstrategie, welche mittels der Wahl von Aktionsparametern von Wettbewerbsformen als *Strategievariablen* erfolgt, beziehen

²⁵⁶³ K. Mojzesowicz, ebd. (2001), S. 214: „In der Literatur werden die Grundfreiheiten in ihrer Wirkung als Zugangs- und Ausgangsbeschränkungsverbote unterschiedlich gefaßt.“

²⁵⁶⁴ Kapitel 1 A. II. 1. f) und Kapitel 5 C. I. 4.

²⁵⁶⁵ EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730), Rn. 40 bis 44

²⁵⁶⁶ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

²⁵⁶⁷ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

sich die Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und der transnationalen Mobilitätsgleichheit auf alle diese Entscheidung bestimmenden *Funktionsbedingungen* (objektives Element/Marktstruktur) als Entscheidungsrahmen. Zu schützen ist durch das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot somit gleichermaßen die transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit der Output-Ebene (Wirtschaftsobjekte) und der Input-Ebene (Wirtschaftssubjekte), und zwar im sequenziellen Prozess von Mobilitätsphasen im potenziellen Wettbewerb („Freiheit zum ersten Marktzutritt bzw. Marktaustritt“ / Sequenz-1), im aktuellen Wettbewerb („Gleichheit nach der Freiheit“ / Sequenz-2) sowie im potenziellen Wettbewerb des Zielmarktes („Freiheit zum zweiten Marktzutritt bzw. Marktaustritt“ / Sequenz-3).

Der Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten (das *Mobilitätsbeschränkungsverbot*) bezieht sich damit auf den Schutz der *Funktionsmechanismen* für die Organisation der Interaktion von Angebot und Nachfrage (Wettbewerb als Interaktionssystem und Binnenmarkt als Tauschsystem) und die dafür bestimmenden objektiven sowie subjektiven *Funktionsbedingungen* und *Strategievariablen*, welche je nach Wettbewerbsform variieren. Die transnationale Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit *beziehen sich* dabei auf fünf verschiedene Leistungsgegenstände (Marktbereiche) bzw. Vertragsmaterien, einschließlich deren Gegenleistungsebene. Zusammenfassend lassen sich in Orientierung an der Konnexitätsordnung der Grundfreiheiten²⁵⁶⁸ sechs funktional-ökonomische Gegenstände der grundfreiheitlichen Kontrolle darstellen:

- (1) *Gegenständliche Leistung* (Art. 34, 35 AEUV): *Waren/Produkte* (Output-Ebene) und deren Produktion und Vertrieb durch Wirtschaftssubjekte (Input-Ebene) auf allen Marktstufen (Produktion, Großhandel, Einzelhandel, Verbraucher) sowie die Gegenleistung (Art. 63 Abs. 2 AEUV);
- (2) *Nicht gegenständliche Leistung* (Art. 56 AEUV): *Korrespondenzdienstleistung* von selbständigen Wirtschaftssubjekten (Input-Ebene) als geistiges Leistungssubstrat (Output-Ebene) im Sinne eines geistigen aber nicht gegenständliche Outputs sowie die Gegenleistung (Art. 63 Abs. 2 AEUV);
- (3) *Personifizierte Leistung im Abhängigkeitsverhältnis* (Art. 45 AEUV): Wirtschaftssubjekte als leistende *Arbeitnehmer* und deren persönliche Leistung empfangende *Arbeitgeber* (Input-Ebene) sowie die persönliche Leistung selbst (Output in der Form einer Leistung der natürlichen Person selbst) sowie die Gegenleistung, i.d.R. als Arbeitslohn (Art. 63 Abs. 2 AEUV);
- (4) *Wirtschaftssubjekt als Ressource der Leistung* (Art. 49, 54 AEUV): *Niederlassung* als Institution (Unternehmung) einer natürlichen Person (Art. 49 AEUV) und *Niederlassung* als Institution (Unternehmen) einer juristischen Person bzw. mehrerer Personen als personifizierte Gesellschaft (Art. 54 AEUV) als Input-Ebene sowie die Gegenleistung (Art. 63 Abs. 2 AEUV);

²⁵⁶⁸ Kapitel 4 B. I. 3. b).

(5) *Wirtschaftssubjekt im Selbständigkeitsstatus* (Art. 56 AEUV): Personifizierte Leistung von selbständigen Wirtschaftssubjekten und deren Abnehmer, als Dienstleister im Sinne der *aktiven Dienstleistungsfreiheit* und Dienstleistungsempfänger im Sinne der *passiven Dienstleistungsfreiheit* (Output-Ebene) sowie die Gegenleistung (Art. 63 Abs. 2 AEUV);

(6) *Grundlage der Leistung* (Art. 63 Abs. 1 AEUV): Die Ressource als Grundlage jeder wirtschaftlichen Leistung, wie insbesondere das gegenständliche und nicht gegenständliche Kapital und das nicht gegenständliche Know how (Input-Ebene) sowie die Gegenleistung (Art. 63 Abs. 2 AEUV).

3. Zusammenfassung

Ausgehend von den prinzipiellen Maßstäben des unionsrechtlichen Beschränkungsverbotes²⁵⁶⁹ sowie der funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten²⁵⁷⁰ lässt sich der *Kontrollmaßstab* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes funktional definieren und als transnationales Mobilitätsfreiheitsrecht und transnationales Mobilitätsgleichheitsrecht (Mobilitätsbeschränkungsverbot) begründen. Mit dieser funktional ausgerichteten Konzeption werden die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der in Kapitel 1 aufgezeigten und in Kapitel 5 analysierten Problembereiche 7 und 8²⁵⁷¹ überwunden.

Mittels einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung (siehe 1.) gelingt es, die unbestimmten Rechtsbegriffe der „Geeignetheit zu behindern“ (EuGH *Dassonville*), der „Attraktivität“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)²⁵⁷² sowie des Marktzutritts (EuGH *Keck*²⁵⁷³ und EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁵⁷⁴ bis *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*²⁵⁷⁵) und des Marktaustritts (EuGH *Groenveld/Gysbrechts*)²⁵⁷⁶ in eine funktionale Teleologie zu überführen. Über eine daran anschließende Verknüpfung der rechtlichen Maßstäbe von Freiheit (transnationale Mobilitätsfreiheit als markt- und wettbewerbsbezogener Gehalt von Freiheit) und Gleichheit (transnationale Mobilitätsgleichheit als markt- und wettbewerbsbezogener Gehalt von Gleichheit) mit wettbewerbsökonomischen Variablen (siehe 2.) konnten sodann die transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit für die praktische Anwendung definiert werden. Hierbei wurde begründet, dass sich der gleichheitsrechtliche Maßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes auf die Kontrolle der *Funktionsbedingungen* des Marktes (Marktstruktur) bezieht und der freiheitsrechtliche Maßstab auf die *Strategievariablen* zur Verfolgung einer Wettbewerbsstrategie (Marktverhalten). Dabei müssen beide Maß-

²⁵⁶⁹ Kapitel 3 F. und G.

²⁵⁷⁰ Kapitel 4.

²⁵⁷¹ Kapitel 1 A. II. 1 g) Relative Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes (Problembereich 7) und h) Relative Unbestimmtheit des Marktzutrittskriteriums (Problembereich 8). Kapitel 5 C. II. 1. und 2.

²⁵⁷² EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²⁵⁷³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁵⁷⁴ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁵⁷⁵ EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)* (C-142/05, EU:C:2009:336).

²⁵⁷⁶ EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253).

stäbe kumulativ in einem *einheitlichen Beschränkungstatbestand* zusammenwirken. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zu dem Ansatz von *Axel Mühl* (Stufenmodell).²⁵⁷⁷

Zwecks Beurteilung, ob die Anknüpfungen einer Maßnahme in einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt (Kontrollgegenstand) im Hinblick auf die für den relevanten Markt bestimmenden Funktionsbedingungen und Strategievariablen von Wettbewerbsstrategien in der Weise wirken, dass der Marktzutritt und/oder der Marktaustritt abgeschreckt (*deterred entry*) oder blockiert wird (*blockaded entry*) und dadurch die transnationale Mobilitätsfreiheit und/oder -gleichheit beschränkt wird (Mobilitätsbeschränkung), ist eine Analyse der strategischen Wirkungen einer Maßnahme auf die Mobilität als Prozess erforderlich. Bei der hierfür notwendigen Kontrolle von drei Sequenzen der wirtschaftlichen Mobilität (Sequenz-1 bis Sequenz-3) müssen der freiheits- und der gleichheitsrechtliche Maßstab zwingend kumulativ zusammenwirken. Denn der Marktzutritt, d.h. die Ausweitung des Angebotes auf einen anderen Markt (den Zielmarkt-1) und der dafür ggf. notwendige Marktaustritt (aus dem Ausgangsmarkt), korrespondieren mit dem hier notwendigen Schutz der Entscheidungsfreiheit zur Nutzung von Strategievariablen für Wettbewerbsstrategien im potenziellen Wettbewerb, hier im Sinne einer *Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit* als Bestandteil der *Mobilitätsfreiheit*. Zugleich müssen die Funktionsbedingungen in dem Zielmarkt, welche die dortige Marktstruktur bestimmen, mit ihren Rückwirkungen auf die „Attraktivität“ des Marktzutritts und/oder Marktaustritts in die Kontrolle einbezogen werden. Dies erfolgt in dem die gleiche Wirkung der Funktionsbedingungen als Entscheidungsrahmen in die Prüfung einbezogen wird, hier im Sinne der *Mobilitätsgleichheit*. Die Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit müssen sich also, angesichts der wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten transnationaler Mobilität, welche in dem dynamisch-sequenziellen Mobilitätsprozess gelten, wechselseitig ergänzen. Damit ist zugleich nachgewiesen, dass eine Differenzierung von Beschränkungswirkungen durch den Staat des Zielmarktes und durch den Staat des Ursprungsmarktes in der funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Dogmatik von Entscheidungsgegenstand (Wettbewerbsstrategie / Marktverhalten) und Entscheidungsrahmen (Funktionsbedingungen / Marktstruktur) nicht begründbar ist und überdies dem hier vertretenen Konzept von funktionaler Transnationalität widerspricht. Die „Richtung“ der Beschränkung ist damit, analog zu dem wettbewerbliehen Beschränkungsverbot der Wettbewerbsregeln, irrelevant.

Insgesamt ist damit begründet, dass eine ausschließliche Konzeptionierung der Grundfreiheiten als (materielle) Diskriminierungsverbot²⁵⁷⁸ den tatsächlich geltenden Gesetzmäßigkeiten transnationaler Markt- und Wettbewerbsprozesse sowie deren Kontrolle, insbesondere in der heute notwendig strategisch-protektionistischen Dimension (moderner Protektionismus), nicht (mehr) gerecht würde. Vielmehr wurde nachgewiesen, dass die Maßstäbe der transnationalen *Mobilitätsfreiheit* und *Mobilitätsgleichheit* sich wechselseitig ergänzend in einem einheitlichen Tatbestand (Mobilitätsbeschrän-

²⁵⁷⁷ A. Mühl, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 245/247.

²⁵⁷⁸ So wie von einzelnen Stimmen im Schrifttum aktuell vertreten, insbesondere von *Thorsten Kingreen*, zuletzt in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36, Rn. 66 ff.

kungsverbot) zusammenwirken müssen, da ansonsten erhebliche Schutzlücken im subjektiven Rechtsschutz bestünden. Defizite im Rechtsschutz für Wirtschaftssubjekte, d.h. insbesondere eine nicht hinreichende Erfassung strategisch-protektionistisch wirkender Maßnahmen, stünden mit dem aktuellen Stand der Integration (Art.1 Abs. 2 EUV) und mit dem Gedanken von „Marktgerechtigkeit“ i.S.d. Unionstelos der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach Lissabon, nicht mehr im Einklang. Der zur Verwirklichung des Binnenmarkziels gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft notwendige subjektiv-rechtliche Schutz der für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt maßgeblichen wettbewerbsstrategischen Entscheidungsgesetzmäßigkeiten erfordert im Lichte der aktuellen Wirtschaftsverhältnisse mehr als ein Diskriminierungsverbot konzeptionell zu „leisten“ vermag. Die transnationale wirtschaftliche Mobilität sollte daher mittels eines funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierten Mobilitätsbeschränkungsverbot geschützt werden. Nachfolgend (III.) ist eine dafür angemessene Prüfungsstruktur herzuleiten.

III. Herleitung von Prüfungsstruktur und Subsumtionskriterien

Die zuvor ausgehend von einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung²⁵⁷⁹ gemäß dem functional economic approach²⁵⁸⁰ hergeleiteten rechtlichen Maßstäbe und wettbewerbsökonomischen Variablen für das *grundfreiheitsliche Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot)*²⁵⁸¹ bedürfen der praktischen Umsetzung. Eine dafür angemessene Prüfungsstruktur muss wettbewerbsökonomisch determinierte Subsumtionskriterien zur Durchführung einer *Mobilitätsbeschränkungsanalyse* beinhalten. Zudem ist entscheidend, dass sich mittels dieser Subsumtionskriterien die konkreten Wirkungen einer Maßnahme *auf* den Marktzutritt und/oder Marktaustritt (d.h. auf die „Mobilität“²⁵⁸²) in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt hinreichend darlegen und beweisen lassen. In diesem Abschnitt besteht die Aufgabe somit vor allem darin, jene zuvor bei der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung dargelegten wettbewerbsökonomischen Variablen (Wettbewerbsstrategie, Strategievariablen, Funktionsbedingungen) in ihren Verknüpfungen mit den rechtlichen Maßstäben der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit in eine adäquate Prüfungsstruktur zu implementieren. Nachfolgend werden hierfür die *Strategierelevanz (Wettbewerbsstrategie)*, *Selektivität*, *Spezifität*²⁵⁸³ und *Zurechnung* als Subsumtionskriterien definiert und für die Praxis konkretisiert.

Hierfür wird bei dem jeweiligen Subsumtionskriterium (unter Gliederungspunkt aa)) ein *Obersatz* formuliert. Daran anschließend erfolgt jeweils (unter Gliederungspunkt bb)) eine konkrete *Subsumtion*, in deren Rahmen beispielhaft die „prominenten“ EuGH Entscheidungen zur Rechtssache *Keck* (Wettbewerbsform Preiswettbewerb in der Beschränkung durch eine staatliche Mindestpreisregelung) und zur Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)* (Kompatibilitätswettbewerb in der Beschränkung durch eine staatliche Sicherheitsvorschrift) geprüft werden. Daneben werden zur Veranschaulichung auch andere Sachverhalte aus der EuGH-Rechtsprechung herangezogen.

Im Mittelpunkt der Herleitung von Prüfungsstruktur und Subsumtionskriterien für die Mobilitätsbeschränkungsanalyse stehen die Verbindungslinien von wettbewerbsökonomischen *Funktionsmechanismen* (makro- bzw. mikroökonomischer „Gesetzmäßigkeiten“) der Wettbewerbsformen (exemplarisch für den Preiswettbewerb EuGH *Keck* und den Kompatibilitätswettbewerb EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*) und der für diese Wettbewerbsformen jeweils maßgeblichen *Wettbewerbsstrategien*, mit den normativen Implikationen von transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit. Das „Neue“ an der hier vorgestellten Prüfungsstruktur besteht vor allem darin, dass jene für die Subsumtion der Mobilitätsbeschränkung (Marktzutritt und/oder Marktaustritt)

²⁵⁷⁹ Zuvor II. 1.

²⁵⁸⁰ Kapitel 1 B. III. 2.

²⁵⁸¹ Zuvor II. 2.

²⁵⁸² R. E. Caves/M. E. Porter, From Entry Barriers to Mobility Barriers (1977), passim.

²⁵⁸³ Dieses Kriterium ist nicht gleichzusetzen mit der „spezifischen“ Ausführbeschränkung der EuGH Groenveld-Rechtsprechung (EuGH *Groenveld* (C-15/79, EU:C:1979:253) Rn. 7) oder mit dem „spezifischen Beschränkungsverbot“ gemäß der Darstellung von *Alexander Brigola*, Das System der EG-Grundfreiheiten (2004) passim.

notwendigen Kriterien normativ-wettbewerbsökonomisch definiert werden, nämlich unter Rückgriff auf Analyseinstrumente, welche im Schrifttum zum Strategischen Management/Wettbewerb aus der Sicht von Unternehmen entwickelt wurden.²⁵⁸⁴ Damit besteht im Ergebnis eine rechtlich *und* ökonomisch determinierte Prüfungsstruktur im Sinne des functional economic approach (i.S.e. European Law & Economics-Ansatzes²⁵⁸⁵), welche den Nachweis einer strategisch-protektionistischen Beschränkung von Marktzutritt und/oder Marktaustritt (Mobilitätsbeschränkung) in der forensischen Praxis einer dezidierten Darlegung und dem Beweis zugänglich macht. Die im Schrifttum zuletzt als „Slogan“ kritisierte²⁵⁸⁶ Rechtsprechung des Gerichtshofs wird somit theoretisch fundiert und für die Praxis konkretisiert. Hierin offenbart sich, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten in ihrer Marktzugangsfunktion nicht grundlegend zu hinterfragen ist. Vielmehr bedarf es der Anstrengung der Wissenschaft, die geltende Rechtsprechung, welche aus vielerlei Gründen keine umfänglichen theoretisch-wissenschaftlichen Ausführungen leisten kann und muss, mit einer *Theorie von Marktintegrationsrecht* zu fundieren.

Die nachfolgende Abbildung-19 wird an dieser Stelle als Überblick vorangestellt. Zusammenfassend lassen sich in der Abbildung die Prüfungsstruktur und die einzelnen Subsumtionskriterien für die Analyse der *Mobilitätsbeschränkung* bei dem Kontrollmaßstab erkennen. Die Struktur umfasst zwei Prüfungsstationen: 1. Mobilitätsbeschränkung (Wirkung der Maßnahme auf den Marktzutritt/-austritt) sowie 2. Zurechnung. Bei Ersterer sind die Kriterien der Strategierelevanz, Selektivität und Spezifität zu definieren, bei Letzterer die Passivlegitimation Akzessorietät, Äquivalenz und Adäquanz. Für den Nachweis einer Mobilitätsbeschränkung müssen die Kriterien zur Mobilitätsbeschränkung (1.) *kumulativ* nachgewiesen werden und die Maßnahme muss einem Rechtssubjekt zuzurechnen sein (2.).

²⁵⁸⁴ Siehe nur *M. K. Welge/A. Al-Laham*, Strategisches Management (2012), S. 289 ff. „Die Phase der strategischen Analyse und Prognose“ und *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008) passim.

²⁵⁸⁵ Kapitel 1 B. III.

²⁵⁸⁶ *J. Snell*, The notion of market access: A concept or a slogan? CMLR 2010, S. 437 ff., 470/471.

Abbildung-19: Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot). Übersicht zu der Prüfungsstruktur und den Subsumtionskriterien der Mobilitätsbeschränkungsanalyse.

II. Kontrollmaßstab (Transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit: Mobilitätsbeschränkungsverbot)	
1. Mobilitätsbeschränkung	
„Bewirken“: Der Marktzugang ist „weniger attraktiv“/die Maßnahme ist „geeignet zu behindern“ (EuGH). Prüfung der Wirkungen einer Maßnahme <i>auf</i> den Marktzutritt/-austritt (Mobilitätsbeschränkungsanalyse).	
a. Strategierelevanz	Die Maßnahmen-Anknüpfung an einen Aktionsparameter (siehe I. 2. b aa)) betrifft diesen als <i>Strategievariable</i> einer <i>Wettbewerbsstrategie</i> mit Relevanz für die transnationale Mobilität (Marktzutritt und/oder Marktaustritt).
b. Selektivität	Die Maßnahmen-Anknüpfung „bewirkt“ ungleiche <i>Funktionsbedingungen</i> (Marktstruktur) für eine Wettbewerbsstrategie zur transnationalen Mobilität. Maßstab: Transnationale Mobilitätsgleichheit. (Besteht eine gleiche „Attraktivität“ der Funktionsbedingungen?)
c. Spezifität	Die Maßnahmen-Anknüpfung „bewirkt“ eine Begrenzung des Aktionsradius zur Nutzung von <i>Strategievariablen</i> via strategischer Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der für den Marktzutritt/-austritt maßgeblichen Entscheidungsvariablen von Wettbewerbsstrategien im aktuellen oder potenziellen Wettbewerb (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit). Notwendig ist hierbei die Betrachtung von Mobilitätsphasen. Maßstab: Transnationale Mobilitätsfreiheit. (Besteht eine freie und gleich freie „Attraktivität“ der Strategievariablen?)
<i>Mobilitätsphasen:</i> Sequenz-1: „ <i>Freiheit</i> “ zum Marktzutritt Zielmarkt-1/Marktaustritt Ausgangsmarkt. Sequenz-2: „ <i>Gleichheit nach der Freiheit</i> “ im aktuellen Wettbewerb im Zielmarkt -1. Sequenz-3: „ <i>Freiheit nach der Gleichheit</i> “ zum Marktzutritt in Zielmarkt-2.	
2. Zurechnung (öffentlich- und/oder privat-rechtlich organisiertes Rechtssubjekt)	
a. Prozessrechtlich:	Passivlegitimation
b. Materiellrechtlich:	Akzessorietät, Äquivalenz, Adäquanz

© Marco Keser

1. Mobilitätsbeschränkung: „Bewirken“ (Wirkung auf Marktzutritt/-austritt)

Die in der oben stehenden Abbildung-19 zusammenfassend dargestellten Prüfungsschritte sind im Einzelnen zu definieren.

In einem ersten Prüfungsschritt ist, ausgehend von dem funktionalen Maßnahmenbegriff²⁵⁸⁷ und der Qualifikation der Maßnahme bei dem Kontrollgegenstand (zuvor A. I.), die Feststellung der *Strategierelevanz* (*Wettbewerbsstrategie*) der Maßnahmenanknüpfung nötig. Dies umfasst die Subsumtion der „Geeignetheit“ (EuGH *Das-*

²⁵⁸⁷ Kapitel 4 III. 3.

sonville)²⁵⁸⁸ zur Beschränkung von für den Marktzutritt/-austritt zielführenden Wettbewerbsstrategien (a)). In einem zweiten Prüfungsschritt müssen sodann die *Funktionsbedingungen* des relevanten Marktes (als *Entscheidungsrahmen*) für mögliche Wettbewerbsstrategien in die Prüfung einbezogen werden (Maßstab der transnationalen Mobilitätsgleichheit). Hierfür wird das Kriterium der *Selektivität* eingeführt (b)). Drittens ist, ausgehend von dem zuvor bestimmten Entscheidungsrahmen zu analysieren, ob die konkrete Maßnahmenanknüpfung in spezifischer Weise, d.h. strategisch-protektionistisch die Entscheidung des Wirtschaftssubjektes für transnational wirksame Wettbewerbsstrategien (den *Entscheidungsgegenstand*) beeinflusst und dadurch der Marktzutritt zum Zielmarkt (EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*)²⁵⁸⁹ und/oder der Marktaustritt aus dem Ursprungsmarkt (EuGH *Gysbrechts*)²⁵⁹⁰ aus der Sicht des entscheidenden Wirtschaftssubjekts „weniger attraktiv“ (EuGH *Kraus/Gebhard*)²⁵⁹¹ erscheint (Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit). Hierfür wird das Kriterium der *Spezifität* eingeführt (c)).

a) „Strategierelevanz“ (*Wettbewerbsstrategie*)

Mit dem Subsumtionskriterium der *Strategierelevanz* ist gemäß der wettbewerbsökonomischen Interpretation der EuGH Rechtsprechung zu den Begriffen „weniger attraktiv“, „geeignet zu behindern“ und „Marktzutritt“/„Marktaustritt“²⁵⁹² als Ausgangspunkt der Mobilitätsbeschränkungsanalyse die „Geeignetheit“ der Maßnahme zu Beeinflussung von *Wettbewerbsstrategien* im Sinne der „Attraktivität“ dem Grunde nach festzustellen. Dafür sind die zur Verwirklichung von Marktzutritt oder Marktaustritt in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt aus der Perspektive des von der streitgegenständlichen Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes möglichen bzw. notwendigen Wettbewerbsstrategien betreffend den potenziellen Wettbewerb zu bestimmen.

„Technisch“ betrachtet bildet dieser erste Prüfungsschritt bei dem Kontrollmaßstab das *Bindeglied zu der Maßnahmenqualifikation* bei dem Kontrollgegenstand (A. I.). Denn bei der Qualifikation wird der transnationale wirtschaftliche Sachverhalt festgestellt, also die funktionale Transnationalität und die Anknüpfung der Maßnahme an Aktionsparameter²⁵⁹³, d.h. z.B. die Anknüpfung an den Preiswettbewerb (wie bei der Mindestpreisregelung im Sachverhalt EuGH *Keck*) oder die Anknüpfung an den Kompatibilitätswettbewerb (wie bei dem Verbot einer StVO zum Ziehen von Anhängern mit Kleinkraftträdern im Sachverhalt EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*)²⁵⁹⁴). Die für den konkreten Sachverhalt maßgeblichen Wettbewerbsstrategien bestimmen hierbei den „Gegenstand“ der Analyse, insbesondere für die Prüfung der Wirkungen der streitge-

²⁵⁸⁸ EuGH *Dassonville* (C- 8/74, EU:C:197:82).

²⁵⁸⁹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁵⁹⁰ EuGH *Gysbrechts* (C-205/07, EU:C:2008:730).

²⁵⁹¹ EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125) Rn. 32; EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411) Rn. 37.

²⁵⁹² Siehe zuvor Abschnitt II. 1.

²⁵⁹³ Siehe zur Definition von acht zentralen Wettbewerbsformen bereits Kapitel 4. B. I. 3. a) Wettbewerbsökonomische Analysematrix.

²⁵⁹⁴ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

genständlichen Maßnahme auf die Entscheidung des Wirtschaftssubjektes für oder gegen den Marktzutritt und/oder Marktaustritt.

aa) Obersatz

Zur Subsumtion der *Strategierelevanz* von nicht-territorial anknüpfenden Maßnahmen²⁵⁹⁵ gilt folgender Obersatz: Die Maßnahmenanknüpfung²⁵⁹⁶ an den *Aktionsparameter*²⁵⁹⁷ einer Wettbewerbsform oder mehrerer Wettbewerbsformen hat *Strategierelevanz*, soweit die konkrete Anknüpfung zielführende Wettbewerbsstrategien in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt zur wettbewerblichen Positionierung gegenüber der Konkurrenz im Zielmarkt betrifft (1). Dies ist der Fall, wenn die Anknüpfung der Maßnahme so konzipiert ist, dass diese die Nutzung eines Aktionsparameters als Strategievariable tangiert. Hierbei sind die für die transnationale wirtschaftliche Mobilität, also die für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt maßgeblichen *Entscheidungen* des Wirtschaftssubjektes, und die für diese Entscheidungen geltenden *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten*²⁵⁹⁸ von *Entscheidungsvariablen* in den Blick zu nehmen. Hierbei ist festzustellen, ob die Maßnahmenanknüpfung geeignet ist, relevante Entscheidungen für die wirtschaftliche Mobilität maßgeblich zu beeinflussen (2).

bb) Subsumtion

Den analytischen Rahmen für die Prüfung der *Strategierelevanz einer Maßnahme* für im transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt zielführende Wettbewerbsstrategien bildet die in Kapitel 4 definierte *wettbewerbsökonomische Analysematrix*.²⁵⁹⁹ Für acht typische Aktionsparameter als Strategievariablen und deren Wettbewerbsformen sind in dieser Matrix die jeweils maßgeblichen *Entscheidungsvariablen* sowie die *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* (wie in Kapitel 4 B. I. definiert) abgebildet.

²⁵⁹⁵ Dies sind „unterschiedslose Maßnahmen“ gemäß der bisherigen Terminologie, vgl. Kapitel 1 A. II. 1. a). Zur Qualifikation von Maßnahmen einer nicht-territorialen Anknüpfung siehe zuvor Abschnitt A. I. 2. b) Nicht-territoriale Anknüpfung („Bewirken“).

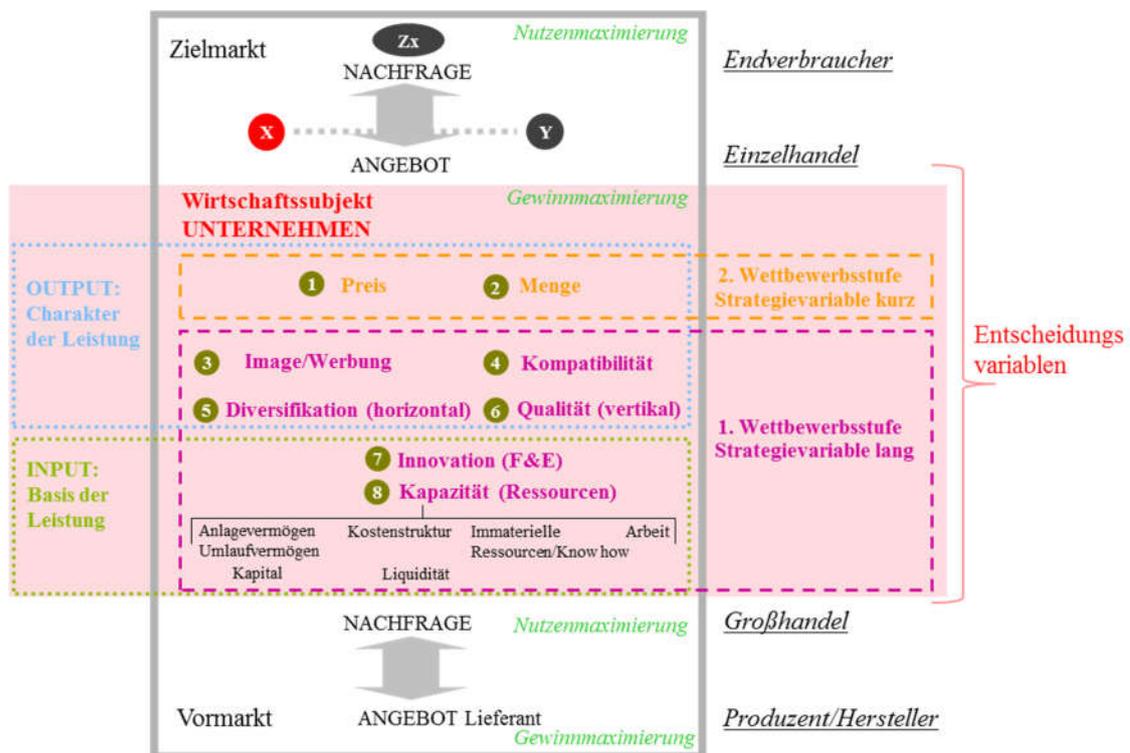
²⁵⁹⁶ Dies sind der *Anknüpfungsgegenstand* (A. I. 1.) und der *Anknüpfungspunkt* (A. I. 2.) gemäß der funktionalen Maßnahmenqualifikation, geprüft bei dem *Kontrollgegenstand*.

²⁵⁹⁷ Siehe zuvor II. 1. a) aa).

²⁵⁹⁸ Siehe zuvor II. 1. a) cc) (1) (c) (bb) Entscheidungsgesetzmäßigkeiten (Funktionsgruppen).

²⁵⁹⁹ Kapitel 4 B. I. 3. a). Wettbewerbsökonomische Analysematrix: Entscheidungsvariablen.

Abbildung-20: Wettbewerbsökonomische Analysematrix (Analyserahmen).



© Marco Keser

Auf Grundlage der Feststellungen zur *funktionalen Maßnahmenqualifikation bei dem Kontrollgegenstand*

A. I. 1. Anknüpfungsgegenstand,

a) einseitige, nicht-unternehmerische Handlung eines Rechtssubjektes mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht (funktionale Maßnahmen);

b) transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt;

A. I. 2. Anknüpfungspunkt: nicht-territoriale Anknüpfung an einen Aktionsparameter,

ist zu subsumieren, „welche“ *konkrete Wettbewerbsstrategie/-strategien* zur Positionierung im potentiellen Wettbewerb mit dem Ziel der Generierung eines Wettbewerbsvorteils²⁶⁰⁰ durch die Anknüpfung der streitgegenständliche Maßnahme betroffen sind. „Ob“ die Anknüpfung der Maßnahme diese Wettbewerbsstrategie/-strategien tat-

²⁶⁰⁰ Zu definieren in Anlehnung an den Ansatz von Michael E. Porter, Competitive Advantage (1985/1998), S. XV/XVI (Introduction): “Competitive Advantage introduces the concept of the value chain, a general framework for thinking strategically about the activities involved in any business and assessing their relative cost and role in differentiation. [...] The value chain provides a rigorous way to understand the sources of buyer value that will command a premium price, and why one product or service substitutes for another. A strategy is an internally consistent configuration of activities that distinguishes a firm from its rivals.”

sächlich beschränkt, ist mithilfe der anschließend noch zu definierenden Kriterien der „Selektivität“ (dazu sogleich (b)) und der „Spezifität“ (dazu sogleich (c)) anhand deren konkreten Wirkungen in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt zu subsumieren. Das „Wie“, also die *Intensität* der Beschränkungswirkung, ist wiederum im Rahmen einer Abwägung mit der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bewerten (dazu C.).²⁶⁰¹

Mit dem Blick auf die für den transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt entscheidenden Vertrags- und Leistungsbeziehungen (funktionale Transnationalität), d.h. den örtlich, sachlich und zeitlich relevanten Markt (festgestellt bei dem Kontrollgegenstand, A. I. 1. b)) ist zu bestimmen, welche Aktionsparameter in der Funktion als *Strategievariable* zur Verfolgung einer Wettbewerbsstrategie strategische betroffen sind (a) Anknüpfung an eine Wettbewerbsstrategie) und ob diese Wettbewerbsstrategie überhaupt Relevanz hat für die transnationale Mobilität, also für den Marktzutritt/Marktaustritt.

Beispiel-1 EuGH *Keck*: Streitgegenständlich ist ein strafbewehrtes generelles Verbot der Preiskalkulation unter dem Einstandspreis, sog. *vente à perte*, in Art. 1 des Gesetzes Nr. 63-628, in der Fassung der Ordonnance Nr. 86-1243. Diese Mindestpreisregelung hat zur Folge, dass eine Preiskalkulation mit dem Ergebnis eines Marktpreises unterhalb der eigenen Kosten (Kalkulation von Einkaufspreis vs. Verkaufspreis an Endverbraucher) für das Angebot der wirtschaftlichen Leistung generell, d.h. auch für einen begrenzten Zeitraum, ausgeschlossen ist. Damit ist eine Wettbewerbsstrategie des Niedrigpreises mit dem Ziel einer Preisführerschaft als Strategie für den potenziellen Wettbewerb per se ausgeschlossen.

Der transnationale wirtschaftliche Sachverhalt des relevanten Marktes ist durch aktuelle und potenzielle Kaufverträge für „Standard“ Röstkaffee (Industrieware) als relativ *homogenes Gut*²⁶⁰² gekennzeichnet. Für die Generierung eines Wettbewerbsvorteils²⁶⁰³ auf dem Markt für Röstkaffee sind in transnationalen wirtschaftlichen Leistungsbeziehungen, ausgehend von einer gleichbleibenden Präferenz der Nachfrageseite bei Kaffee, für den Marktzutritt (potenzieller Wettbewerb) bzw. für das „Überleben“ (aktueller Wettbewerb), um einen Marktaustritt zu verhindern, typischerweise Strategien des Qualitätswettbewerbs, Diversifikations- oder Imagewettbewerbs weniger erfolgver-

²⁶⁰¹ Einen ähnlichen Ansatz hat *Albrecht Bach*, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen (1992) passim dargelegt, ohne diesen jedoch weiter zu detaillieren. Insoweit können die Ausführungen in Abschnitt C. zur Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Fortführung dieses Ansatzes gelten.

²⁶⁰² *Homogene Güter* sind solche wirtschaftlichen Leistungen, welche sich aus Sicht der Marktgegenseite nicht wesentlich unterscheiden und in diesem Sinne deutlich substituierbar sein können, etwa bei Preisänderungen (i.w.S. Gesetzmäßigkeiten der Nachfragefunktion), vgl. *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), 57 ff.

²⁶⁰³ Eine weitere Steigerung des Erlöses über den Aufwand (der Kosten) im Verhältnis zur Angebotskonkurrenz bis zum Gewinnmaximum, durch eine Umlenkung von Nachfrage nach Röstkaffee auf den eigenen Supermarkt. Die „Gesetzmäßigkeiten“ zur Generierung von Wettbewerbsvorteilen wurden unter strategischen Gesichtspunkten grundlegend von *Michael E. Porter* analysiert, vgl. *M. E. Porter*, *Competitive Advantage* (1985/1998) passim. In einem *Gewinnmaximum* sind die Grenzerlöse und die Grenzkosten gleich (GE=GK). Gemäß der *Output Regel* nimmt der Gewinn mit steigendem Absatz zu, solange bei jeder zusätzlich verkauften Einheit der Erlöszuwachs (GE) größer ist als die Zunahme der Kosten (GK), vgl. *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 159/161.

sprechend. Denn diese letztgenannten Wettbewerbsformen sind einerseits für den relevanten Markt von „Standard“ Röstkaffee wegen der Homogenität des Produktes sowie dessen Eigenschaft als gut substituierbares Gut (Kreuzpreiselastizität²⁶⁰⁴) weniger prägend als der Preiswettbewerb. Andererseits sind Wettbewerbsstrategien auf der Basis von Wettbewerbsformen der ersten Wettbewerbsstufe kostenintensiv und müssen relativ langfristig geplant werden. Mithin erscheint der Preiswettbewerb als die zentrale und wirksamste Strategie für den aktuellen und potenziellen Wettbewerb des Marktes für Standard Röstkaffee, um zumindest kurzfristig bzw. in sich wiederholenden Intervallen über eine *strategische Preisgestaltung* unterhalb des eigenen Einkaufspreises die Nachfrage an sich zu binden (im Sinne der wettbewerbsökonomisch-strategischen Gesetzmäßigkeiten der Wettbewerbsform Preiswettbewerb²⁶⁰⁵). Teilweise ist eine solche Preisstrategie auch sinnvoll, um kurzfristig Lagerüberhänge oder Liquiditätsengpässe bewältigen zu können.

Beispiel-2 EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*.²⁶⁰⁶ Der transnationale wirtschaftliche Sachverhalt des relevanten Marktes für Kleintransporte ist betreffend die Fahrzeugproduktion (Branche 1a) und den Vertrieb von Fahrzeugen (Branche 1b) gekennzeichnet durch aktuelle und potenzielle *Kaufverträge* für Anhänger von Kleinkrafträdern und/oder Fahrzeuge für Kleintransporte. Betreffend die Dienstleistungsbranche für Kleintransporte (Branche 2) geht es um *Transportverträge* über Kleintransporte in Konkurrenz zu anderen Transportunternehmen, die Großtransporte durchführen und kleinere Transporte als „Mitnahmeeffekt“ übernehmen, oder andere Formen von Kleintransporten, wie z.B. Fahrradkuriere. Zur Generierung von Wettbewerbsvorteilen in einem stark gesättigten Markt, wie den Fahrzeugmarkt (Branche 1, Produktion und Vertrieb) oder den Markt für Transportdienstleistungen (Branche 2, Transportunternehmen), ist die Differenzierung der wirtschaftlichen Leistung durch die Besetzung einer Nische (Nischenstrategie)²⁶⁰⁷, hier das Angebot von speziell auf Kleinkrafträder zugeschnittenen Anhängern (Branche 1) bzw. mit der Kombination von Kleinkraftrad und Anhänger durchgeführte Transporte (Branche 2), oftmals die einzige Möglichkeit, um einem ggf. ruinösen Preiswettbewerb zu entgehen, hier konkret über eine Strategie der Komplementarität (Kompatibilitätswettbewerb)²⁶⁰⁸, um so entweder im aktuellen Wettbewerb zu „Überleben“ (Verhinderung eines Marktaustritts) oder um in den potenziellen Wettbewerb einzusteigen (Marktzutritt).

²⁶⁰⁴ Zu den Gesetzmäßigkeiten von Substitutionseffekten siehe *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 121 ff., 128/129.

²⁶⁰⁵ Zu den Funktionsmechanismen des Preiswettbewerbs siehe *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 71 ff.; *G. Knieps*, Wettbewerbsökonomie (2008), S. 205 ff. mit einer Darstellung von drei Typen der Preisdifferenzierung.

²⁶⁰⁶ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁶⁰⁷ Zu den Funktionsmechanismen der Nischenstrategie, welche im Kern eine besondere Form der Differenzierung der wirtschaftlichen Leistung (hier des Produkts Anhänger) darstellt *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980, S. 38-46 (Focus, Three Generic Strategies); *H. Hungenberg*, *Strategisches Management in Unternehmen* (2011), S. 202 und 255/256.

²⁶⁰⁸ Zu Funktionsmechanismen des Kompatibilitätswettbewerbs *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 325 ff.

(1) Anknüpfung an eine Wettbewerbsstrategie

Zur Feststellung, ob die Maßnahme an eine in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt zielführende Wettbewerbsstrategie anknüpft, ist die für den relevanten Markt typische Wettbewerbsstrategie mittels der wettbewerbsökonomischen Analyse des transnationalen Sachverhaltes des relevanten Marktes zu eruieren. Nachfolgend werden dafür beispielhaft die Sachverhalte der Rechtssache *Keck*²⁶⁰⁹ (a) und der Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁶¹⁰ (b) in die wettbewerbsökonomische Analysematrix übertragen.

(a) Beispiel-1: Markt für Kaffee (EuGH *Keck*)

Die Herren Keck und Mithouard (Entscheider im Management des Wirtschaftssubjektes Supermarkt) wollen mit einem Verkaufspreis (Preis als Aktionsparameter) für Standard Röstkaffee, der unterhalb des eigenen Einkaufspreises für diesen Kaffee liegt (Wettbewerbsstrategie eines Niedrigpreises / *Niedrigpreisstrategie*²⁶¹¹ mit dem Ziel einer sog. *Preisführerschaft*²⁶¹²), mit der im Markt vorhandenen Angebotskonkurrenz betreffend Standard Röstkaffee in den aktiven Preiswettbewerb eintreten.

Die streitgegenständliche Maßnahme, also das französische Gesetz zum Mindestverkaufspreis, knüpft als einseitige, nicht-unternehmerische Handlung eines Rechtssubjektes mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht (funktionaler Maßnahmenbegriff) mit einer nicht territorial unterscheidenden Regelung („unterschiedslose Maßnahme“ gemäß der geltenden Terminologie) unmittelbar an die Gegenleistung für potenzielle Kaufverträge an (Anknüpfungsgegenstand). Strafbewehrt erzwingt die Maßnahme eine betriebswirtschaftliche Preiskalkulation oberhalb des eigenen Einkaufspreises eines Wirtschaftssubjektes auf der Wirtschaftsstufe des Einzelhandels (Anknüpfungspunkt). Eine wettbewerbsstrategisch relevante Anknüpfung an den Aktionsparameter Preis liegt hier deshalb vor, da in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt die Verfolgung einer *Niedrigpreisstrategie* aus Sicht des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes (Management des Supermarktes, d.h. die Herren Keck und Mithouard) eine *zentrale Wettbewerbsstrategie zur Positionierung in dem konkreten Markt für Standard Röstkaffee (homogenes Gut)* gegenüber anderen Supermärkten bzw. sonstigen Einzelhandelsunternehmen des relevanten Marktes darstellt, welche Röstkaffee derselben Art

²⁶⁰⁹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁶¹⁰ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁶¹¹ Zu den Funktionsmechanismen der Niedrigpreisstrategie siehe S. *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik (2009), S. 249-256 (Limit Pricing) und S. 256-259 (Predatory Pricing), die allerdings in der Tradition der Chicago School davon ausgeht, dass predatory pricing nicht plausibel und wenig erfolgversprechend sei. Predatory pricing wird in der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV als „Kampfpreisstrategie“ und Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs behandelt, vgl. T. *Eilmansberger/F. Bien*, in: MüKo EuWettbR (2015), Art. 102 AEUV, Rn. 522 ff. Zu den Funktionsmechanismen C. *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 7, Rn. 180. *Christian Ewald* betont, dass unter Berücksichtigung neuerer spieltheoretischer Überlegungen die Strategie des predatory pricing unter bestimmten Voraussetzungen durchaus zielführend ist, siehe ebd. Rn. 181.

²⁶¹² Zur Strategie der Preisführerschaft siehe S. *Wied-Nebbeling*, Preistheorie und Industrieökonomik (2009), S. 239-244.

und Güte (handelsübliche Industrieware) im „Standardsegment“ anbieten. In der mikroökonomischen Literatur sind die Funktionsmechanismen und Gesetzmäßigkeiten des Preiswettbewerbs in der statischen und dynamischen Betrachtung von *Preisfunktionen* sowie die *Effekte von Mindestpreisregelungen* auf Angebot und Nachfrage mit den damit verbundenen Umverteilungseffekten und Wohlfahrtsverlusten dokumentiert.²⁶¹³

Unabhängig von dem Beispiel des Sachverhaltes der *Keck*-Entscheidung zeigt sich die Strategierelevanz einer Anknüpfung an den Preis überdies auch in dem Zusammenwirken von *Preiswettbewerb und Nachfragemacht*. Dies offenbarten zuletzt eindrucksvoll die Kartellverfahren des Bundeskartellamtes zu vertikalen Preisabsprachen beim Vertrieb von Röstkaffee auf der Einzelhandelsstufe²⁶¹⁴ sowie die Fusionskontrolle zum Erwerb der Filialen von *Kaiser's Tengelmann* durch *Edeka*.²⁶¹⁵ Ebenso dokumentiert die jüngste Entscheidung des EuGH zu einer Mindestpreisregelung (2015) in dem Fall *Scotch Whisky*²⁶¹⁶, dass die Anknüpfung einer Maßnahme an den Preis, hier wie im Fall *Keck* eine staatliche *Mindestpreisregelung*, die gleiche Wirkung und Strategierelevanz aufweist, wie eine vertikale Preisabsprache zu Mindestpreisen von Unternehmen im Einzelhandel oder die sich durch Fusion erhöhende Nachfragemacht. Der EuGH hat bereits in der Rechtssache *Van Tiggele* 1978²⁶¹⁷ umfängliche Ausführungen zu den ökonomischen Effekten von Mindestpreisregelungen in einer Parallelbetrachtung der Funktion von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln vorgelegt. Diese Ausführungen sind heute aktueller denn je, denn mit der „Relativierung“ der *Keck*-Rechtsprechung durch die EuGH-Entscheidungen seit *Kommission/Portugal (Farbfolien)*, *Kommission/Italien (Anhänger)* und *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*,²⁶¹⁸ erfährt eben die EuGH-Rechtsprechung vor *Keck* eine Renaissance bzw. diese „lebt wieder auf“.

Die hier maßgeblichen Zusammenhänge von *Wettbewerbsformen* der ersten und der zweiten Wettbewerbsstufe, d.h. insbesondere das *Zusammenspiel von Unternehmensgröße (Kapazitätswettbewerb) und Absatzchancen (Preis- und Mengenwettbewerb)*, lassen sich in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix zur Veranschaulichung der ökonomischen Gesetzmäßigkeiten visualisieren. Bei der nachfolgenden Darstellung geht es hierbei insbesondere um die Verdeutlichung der *Interdependenzen von Preiswettbewerb und Kapazitätswettbewerb*, wie diese bei der Begründung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten in Funktionsgruppen zuvor in Kapitel 4 bereits hergeleitet wurden.²⁶¹⁹

²⁶¹³ Siehe nur *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 74 ff., 79/80.

²⁶¹⁴ Bundeskartellamt, Fallbericht 18.01.2016, Az. B10-50/14 – Vertrieb von Röstkaffee (Filterkaffee, Ganze Bohne-Produkte).

²⁶¹⁵ Bundeskartellamt, Fallbericht 06.07.2015, Az. B2-96/14 – Lebensmitteleinzelhandel.

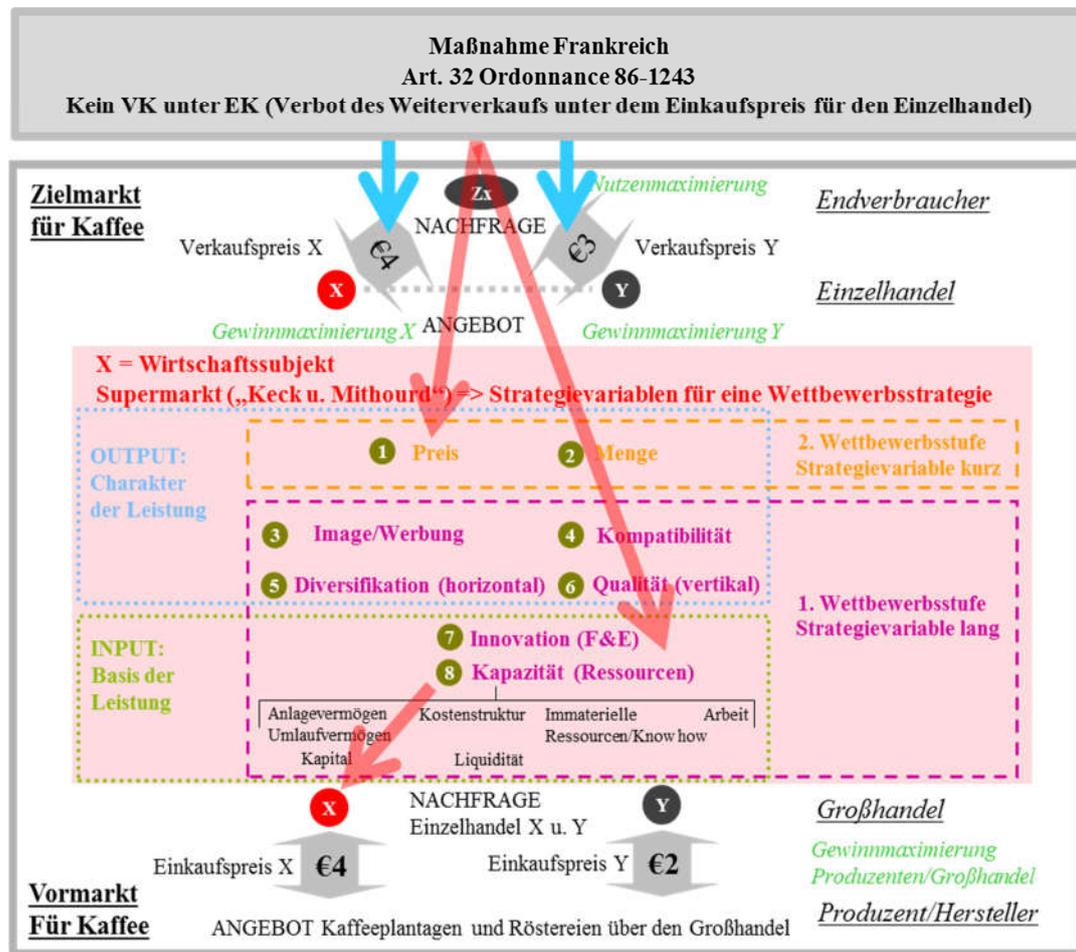
²⁶¹⁶ EuGH *Scotch Whisky* (C-333/14, EU:C:2015:845) Rn. 14 ff.

²⁶¹⁷ EuGH *Staatsanwaltschaft des Königreichs der Niederlande/Jacobus Philippus Van Tiggele (Van Tiggele)* (Rs. 82/77, EU:C:1978:10).

²⁶¹⁸ Kapitel 3 E. II. 7.

²⁶¹⁹ Siehe zuvor A. II. 1. a) cc) (1) (c) (bb).

Abbildung-21: Der Sachverhalt EuGH *Keck* in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix.



© Marco Keser

Der Sachverhalt EuGH *Keck* in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix: Fiktiv ist hier angenommen (d.h. insoweit abweichend von dem Originalsachverhalt), dass der „Supermarkt-Keck“ (X) mit größeren Supermärkten einer Konzernstruktur (Y) konkurriert. Die französische Mindestpreisregelung (Verbot einer Preiskalkulation des Endverkaufspreises auf der *Einzelhandelsstufe* unterhalb des eigenen Einkaufspreises) gilt objektiv und rechtlich betrachtet für alle Wirtschaftssubjekte des relevanten Marktes gleichermaßen (blaue Pfeile).²⁶²⁰ Über die Anknüpfung an den Aktionsparameter Preis, also den *Preiswettbewerb* (1), welcher hier als *Strategievariable für eine Niedrigpreisstrategie* von X (Supermarkt unter der Leitung der Herren Keck und Mithouard) genutzt werden soll, wirkt die Maßnahme strategisch betrachtet aber auf den *Kapazitätswettbewerb* (8) von X und Y unterschiedlich ein (rote Pfeile).²⁶²¹ Damit besteht eine *Strategie-*

²⁶²⁰ Rechtliche Gleichheit gemäß der traditionellen, ausschließlich normativen Subsumtion.

²⁶²¹ Strategische Ungleichheit gemäß einer wettbewerbsökonomischen Subsumtion, im Sinne einer markt-tatsächlichen und strategischen Betrachtung.

relevanz der Maßnahmenanknüpfung für Wettbewerbsstrategien des Preiswettbewerbs und des Kapazitätswettbewerbs, die einer näheren Prüfung im Hinblick auf eine Selektivität und Spezifität bedarf.

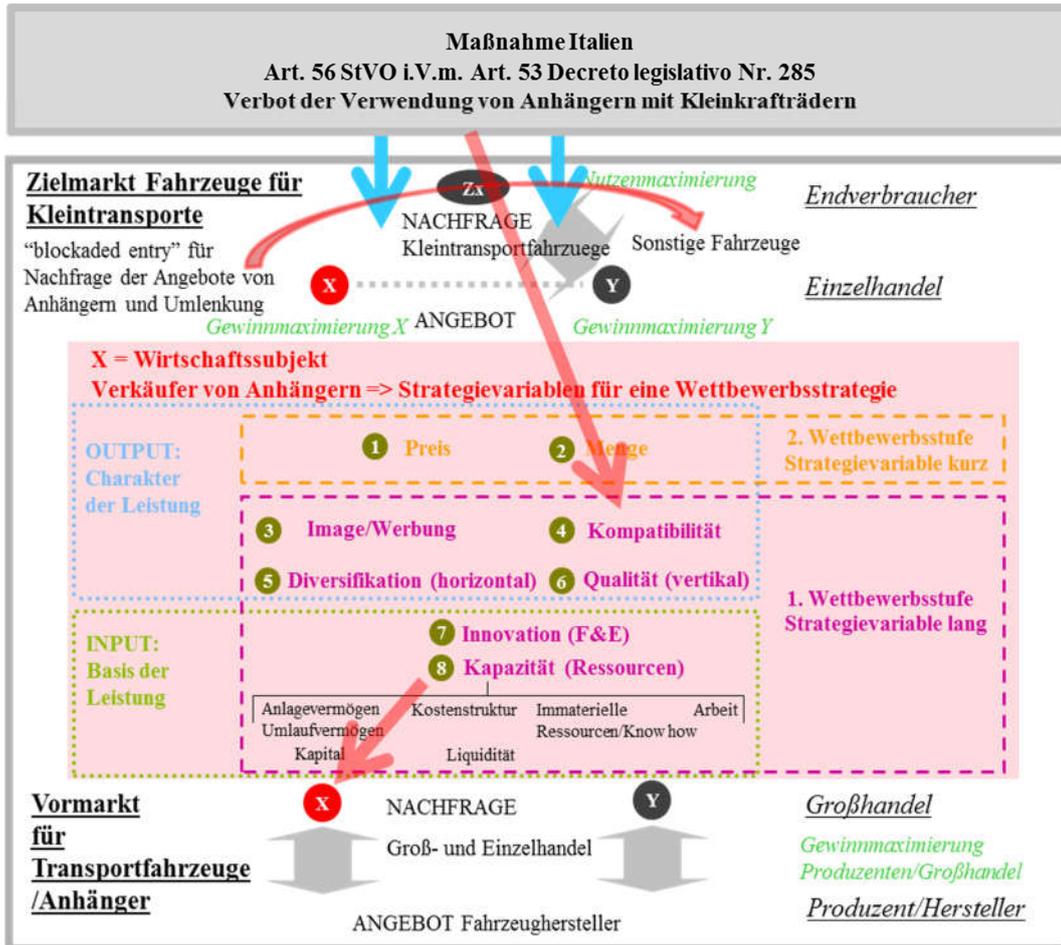
In der wettbewerbsökonomischen Analysematrix wird sichtbar, dass sich die staatliche Mindestpreisregelung ohne Einbeziehung der strategischen Ebene grundsätzlich als rechtlich gleiche Funktionsbedingung für den Preiswettbewerb (1) der konkurrierenden Wirtschaftssubjekte X (Supermarkt unter Leitung der Herren Keck und Mithouard) und Y (Angebotskonkurrenz durch andere Supermärkte eines Großkonzerns) darstellt. Unter Einbeziehung der strategischen Ebene (spieltheoretisch-wettbewerbsökonomische Betrachtung) besitzt die Mindestpreisregelung jedoch eine zentrale *Strategierelevanz* betreffend die (gleiche und freie) Wahl des Aktionsparameters Preis als Strategievariable für eine in der *konkreten Marktsituation* (wegen der Funktionsmechanismen des Wettbewerbs bei homogenen Gütern) zielführende Strategie des Niedrigpreises, mit dem weiterführenden Ziel einer Positionierung von X gegenüber Y im Wettbewerb um die Nachfrage durch Z_x . Die Strategierelevanz der Maßnahme besteht konkret hinsichtlich deren ungleichen strategischen Wirkung auf X und Y im Hinblick auf die Funktionsmechanismen des Wettbewerbs bei einem relativ homogenen Gut (Röstkaffee als Standardprodukt), und zwar in der Interdependenz von Preis- und Kapazitätswettbewerb, d.h. betreffend die maßgeblichen Entscheidungsvariablen und Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der ersten Wettbewerbsstufe (langfristig wirkende Entscheidungen der Funktionsgruppe-I) und der zweiten Wettbewerbsstufe (kurzfristig wirkende Entscheidungen der Funktionsgruppe III).

Die Strategierelevanz der Maßnahmenanknüpfung zeigt sich im Beispiel in der direkten Anknüpfung der staatlichen Mindestpreisregelung („unterschiedslose Maßnahme“) an die *interne betriebswirtschaftliche Preiskalkulation von Wirtschaftssubjekten*. Denn damit betrifft die Maßnahme in mikroökonomischer Lesart die Zusammenhänge von individueller Preis-Absatz-Funktion (PAF), Output-Regel sowie Gewinn- und Produktionsschwelle.²⁶²² Am Maßstab der transnationalen Mobilitätsgleichheit (siehe b)) *Selektivität*) und am Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit (siehe c) *Spezifität*) ist diese Anknüpfung in ihren Wirkungen auf den Marktzutritt/Marktaustritt zu prüfen.

²⁶²² Siehe hierzu T. Siebe, Mikroökonomie (2012), S. 160 (individuelle Preis-Absatz-Funktion, PAF), S. 161 (Output Regel) und S. 161-164 (Gewinnschwelle und Produktionsschwelle).

(b) Beispiel-2: Markt für Transportfahrzeuge (EuGH Anhänger)

Abbildung-22: Der Sachverhalt EuGH Kommission/Italien (Anhänger)²⁶²³ in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix.



© Marco Keser

Der Sachverhalt EuGH Kommission/Italien (Anhänger) in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix: Die italienische Maßnahme (Verbot einer Verwendung von Anhängern, geregelt in der StVO) betrifft den Markt für Transportfahrzeuge (Produktion) und den Markt für Transportdienstleistungen. Hier soll der Markt für Transportfahrzeuge fokussiert werden. Wenngleich die StVO objektiv und rechtlich betrachtet für alle Verkehrsteilnehmer gleich gilt (blaue Pfeile), zeigt sich in der strategischen Betrachtung (rote Pfeile) des Angebotswettbewerbs für Transportfahrzeuge (Branche 1 Produktion/Vertrieb von Anhängern vs. Produktion/Vertrieb anderer Fahrzeuge) und für Transportdienstleistungen (Branche 2, Kleintransporte der Kombination Kraftrad-Anhänger vs. Großtransporte Mitnahmeeffekt bzw. Fahrradkurriere), dass der Markt sowohl in dem Segment der Produktion (Branche-1) als auch in dem Segment der Dienstleistung

²⁶²³ EuGH Kommission/Italien (Anhänger) (C-110/05, EU:C:2009:66).

(Branche 2) Wettbewerbsstrategien tangiert, da *nur* das Ziehen von Anhängern mit Kraftfahrzeugen mit weniger als vier Rädern durch die StVO verboten ist.

Damit ist betreffend das Segment der Produktion und des Vertriebs (Branche 1) der *Kapazitätswettbewerb* (8) durch den *Kompatibilitätswettbewerb* (4) strategisch betrachtet ungleich betroffen (rote Pfeile), nämlich im Wettbewerbsverhältnis verschiedener Fahrzeugtypen für Transporte. Damit ist der Funktionsmechanismus einer Wettbewerbsstrategie der *Diversifikation* („anders als die Konkurrenz“ bzw. „spezieller als die Konkurrenz“) im Sinne einer *Nischenstrategie* ungleich tangiert und die konkrete Maßnahmenanknüpfung besitzt damit eine Strategierelevanz im Wettbewerbsverhältnis von Unternehmen X (Produktion Anhänger) zu Unternehmen Y (Produktion anderer Transportfahrzeuge). Denn im *Kompatibilitätswettbewerb* (4) als Wettbewerbsform der ersten Wettbewerbsstufe (langfristig wirkende Entscheidung der Funktionsgruppe-II von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten) ist die Strategie in der Regel nicht kurzfristig änderbar, da diese maßgeblich von der Ressourcenausstattung des Unternehmens abhängt. Damit ist der *Kapazitätswettbewerb* (langfristig wirkende Entscheidung der Funktionsgruppe-I von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten) strategisch tangiert.

Die visuelle Darstellung in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix verdeutlicht, dass die Strategierelevanz vor allem darin besteht, dass durch die Maßnahmenanknüpfung (Verbot der StVO) an die Kompatibilität von Anhängern eine *Umlenkung der Nachfrage* für Fahrzeuge/Dienstleistungen von Unternehmen X zu Unternehmen Y erfolgt. Ob dies unter dem Gesichtspunkt der transnationalen Mobilität tatsächlich der Fall einer Mobilitätsbeschränkung ist, muss sodann an den Maßstäben der transnationalen Mobilitätsgleichheit (siehe b) *Selektivität*) und der transnationalen Mobilitätsfreiheit (siehe c) *Spezifität*) im Detail geprüft werden.

(2) Relevanz der Wettbewerbsstrategie für den Marktzutritt/-austritt

Für die Subsumtion der Relevanz der zuvor festgestellten Wettbewerbsstrategie für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt ist es, wie zuvor mit der wettbewerbsökonomischen Analysematrix dargelegt, wichtig, die Funktionsmechanismen von Wettbewerbsformen und der für diese maßgeblichen Strategien mit deren spieltheoretischen „Gesetzmäßigkeiten“ in die rechtliche Subsumtion von Mobilitätsfreiheit und -gleichheit einzubeziehen. In der Regel lassen sich für jede Wettbewerbsstrategie grundlegende wettbewerbsökonomische Funktionsmechanismen bzw. Gesetzmäßigkeiten definieren.²⁶²⁴ So sind etwa für den Preiswettbewerb im Zusammenspiel mit anderen Wettbewerbsformen (Sachverhalt EuGH *Keck*)²⁶²⁵ andere Faktoren entscheidend als für den Kompatibilitätswettbewerb (Sachverhalt EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*)²⁶²⁶. Nachfolgend werden anknüpfend an die vorherigen Ausführungen beispielhaft die we-

²⁶²⁴ Siehe nur *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 71 ff. zum Preiswettbewerb, S. 135 ff. zum Mengen- und Kostenwettbewerb, S. 249 ff. zum Varianten-, Standort- und Qualitätswettbewerb, S. 301 ff. zum Werbewettbewerb und schließlich zum Kompatibilitätswettbewerb S. 325 ff., jeweils m.w.N.

²⁶²⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁶²⁶ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

sentlichen Funktionsmechanismen des Preis- und Kompatibilitätswettbewerbs anhand der vorgenannten Subsumtionsbeispiele weitergehend veranschaulicht.

(a) *Beispiel-1: Niedrigpreisstrategie, „billiger als die Konkurrenz“*

Im Detail ergibt sich die Relevanz der Wettbewerbsstrategie für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt beim Preiswettbewerb aus den *Funktionsmechanismen der Wettbewerbsstrategie* eines Niedrigpreises (Niedrigpreisstrategie, „billiger als“) im Sinne einer sog. „Preisführerschaft“. Das Strategieziel der Niedrigpreisstrategie besteht im potenziellen Wettbewerb darin, durch den niedrigsten Marktpreis für eine wirtschaftliche Leistung (Output) die bestehenden Nachfragebindungen der Marktgegenseite an Angebotskonkurrenten im aktuellen Wettbewerb aufzubrechen und von der Angebotskonkurrenz auf das eigene Angebot „umzulenken“.²⁶²⁷ Die Wettbewerbsstrategie des Niedrigpreises mit einer zumindest kurzzeitigen Preisführerschaft ist vor allem für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) bzw. allgemein für Newcomer mit einer geringen Kapitalausstattung (Kapazität) oftmals die einzige Möglichkeit, einen Marktzutritt gegenüber im Zielmarkt etablierten („großen“) Konkurrenten zu verwirklichen und damit den Markt „anzugreifen“ (contestable markets Theorem).²⁶²⁸

Im Fall *Keck* kann das „Sonderangebot“ von Röstkaffee mit einem Verkaufspreis unter dem Einkaufspreis (X) gegenüber der etablierten Angebotskonkurrenz (hier angenommen „größerer“ Supermärkte (Y)) im Hinblick auf bestehende Verbrauchergewohnheiten die einzig mögliche bzw. für das Unternehmen der einzig finanzierbare Weg sein, die Nachfrage auf das eigene Unternehmen (X) umzulenken. Andererseits ist es auch möglich, dass die Preisgestaltung von X gezielt dazu genutzt werden soll, den Marktzutritt von Konkurrenten im Sinne einer Strategie des predatory pricing zu verhindern. Dies wäre anhand der konkreten Darlegungen und Beweise im Einzelfall festzustellen.

Im Vergleich etwa zum Qualitätswettbewerb (6) oder zum Imagewettbewerb (3), d.h. zu langfristig wirkenden Aktionsparametern als Strategievariablen der ersten Wettbewerbsstufe, zeigt die Preisstrategie aufgrund ihrer jederzeitig kurzfristigen Abänderbarkeit eine hohe Flexibilität, welche in bestimmten Wettbewerbssituation, insbesondere bei zeitlich relevanten Märkten, von großer Bedeutung sein kann. Zudem sind Qualitätsänderungen und Werbemaßnahmen regelhaft mit hohen Kosten (Investitionen) verbunden. Die Niedrigpreisstrategie ist daher für die „Offenheit“ eines Marktes und den Marktzutritt im potenziellen Wettbewerb oftmals entscheidend, aber wie gesagt, auch von den konkreten (strategisch zu betrachtenden) Marktverhältnissen abhängig.

²⁶²⁷ Zur Strategie einer sog. Niedrigstpreisgarantie, welche ebensolchen Gesetzmäßigkeiten (im simultanen Preiswettbewerb) unterliegt siehe *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (2008), S. 74 ff., insb. S. 76 ff. zur spieltheoretischen Wettbewerbsstruktur.

²⁶²⁸ Kapitel 3 D. II. 4. c) cc).

(b) *Beispiel-2: Nischenstrategie, „spezieller als die Konkurrenz“*

Die *Wettbewerbsstrategie der Nische*²⁶²⁹ ist eine Ausprägung des *Kompatibilitätswettbewerbs durch Differenzierung*. Der Kompatibilitätswettbewerb (4) ist eine Wettbewerbsform, bei der es auf das Verhältnis der eigenen Leistung zu anderen Leistungen, also der des eigenen Unternehmens X zu der von anderen Unternehmen Y ankommt. Charakteristisch für diese Wettbewerbsform ist, dass durch die Herstellung von Kompatibilität zu einer anderen Leistung als der eigenen, sich der Absatz der eigenen Leistung als Komplementärprodukt sachlich und/oder örtlich bzw. auch zeitlich erweitert. Es handelt sich also i.w.S. um eine Form des Marktzutritts über eine *vertikale oder horizontale Expansion*. Die Funktionsmechanismen des Kompatibilitätswettbewerbs sind in der strategischen Betrachtung im Detail komplex.²⁶³⁰

Im Fall EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁶³¹ ist die Strategie der Nische durch das gezielte Angebot von Anhängern zur Verwendung mit Kleinkraftträdern eine wirksame Strategie, um durch die „Spezialität“ des Angebotes eine Nische gegenüber anderen Transportfahrzeugen (Produzenten) / Transportformen (Dienstleister) erfolgreich zu besetzen. Die konkrete Anknüpfung der italienischen StVO an Anhänger zeigt mit der gezielten Anknüpfung von Rechtsfolgen (Nutzungsverbot) an die Kompatibilität eines Produktes bzw. einer Dienstleistung in ihrer Konzeption damit die gleiche Strategierelevanz für den Marktzutritt wie eine Kartellabsprache, welche ein bestimmtes Produkt oder eine Dienstleistung im aktuellen oder potenziellen Wettbewerb behindern würde.²⁶³²

Die Strategie der Nische ist insbesondere in sog. „reifen Branchen“, wie der Fahrzeugbranche, welche u.a. geprägt sind durch ein schwaches Nachfragewachstum, geeignet, um Wettbewerbsvorteile für den Marktzutritt zu erlangen. So betont *Robert M. Grant*, dass sich die Unternehmen in der Automobilbranche ständig darum bemühen, ihren Wettbewerbern durch die Schaffung neuer Marktsegmente mithilfe von Crossover-Fahrzeugen einen Schritt voraus zu sein.²⁶³³

b) *„Selektivität“ (Funktionsbedingungen)*

Nachdem die für den relevanten Markt des transnationalen Sachverhalts relevante Wettbewerbsstrategie, die Anknüpfung der Maßnahme an diese Strategie und die Relevanz der Wettbewerbsstrategie für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt bestimmt wurden (siehe zuvor a)), sind für die Prüfung einer möglichen Beschränkung der trans-

²⁶²⁹ *M. K. Welge/A. Al-Laham*, Strategisches Management (2012), S. 317 ff. (Vierte dynamische strategische Interaktion: Abdeckung der Nischen).

²⁶³⁰ Siehe zu verschiedenen Ausprägungen des Kompatibilitätswettbewerbs in der Form von symmetrischem sowie asymmetrischem Kompatibilitätswettbewerb und den dabei relevanten spieltheoretischen Strukturen *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 325 ff.

²⁶³¹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁶³² Dies sind Fallgruppen von Art. 102 Ziff. b) AEUV, vgl. *T. Eilmansberger/F. Bien*, MüKo EuWettbR (2015), Art. 102 AEUV, Rn. 257 (Verwendungsbeschränkung), Rn. 262 (Einstellung der Herstellung), Rn. 263/264 (Nichtberücksichtigung von Interessen der Nachfrageseite).

²⁶³³ *R. M. Grant*, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014), S. 319.

nationalen Mobilitätsfreiheit/-gleichheit (Mobilitätsbeschränkung) die Subsumtionskriterien der „Selektivität“ (hier b)) betreffend den Kontrollmaßstab der transnationalen Mobilitäts*gleichheit* und der „Spezifität“ (nachfolgend c)) betreffend den Kontrollmaßstab der transnationalen Mobilitäts*freiheit* zu konkretisieren. Herzuleiten ist, welche einzelnen Subsumtionsschritte bei der Selektivität und bei der Spezifität jeweils erforderlich sind um feststellen zu können, ob die Wirkung der streitgegenständlichen Maßnahme eine Beschränkung der Mobilität „bewirkt“ und damit den Marktzutritt / Marktaustritt „weniger attraktiv“ macht bzw. „geeignet“ ist diesen zu „behindern“, entsprechend der Implikationen zur wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung.²⁶³⁴

Zu beachten ist, dass die für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot notwendige funktional-wettbewerbsökonomische Konzeption von Selektivität und Spezifität streng zu unterscheiden ist von der wirkungsgerichteten Analyse einer „Selektivität“ bzw. „Spezifität“ bei der Beihilfenkontrolle nach Art. 107 AEUV.²⁶³⁵ Zudem gilt nicht die „Einschränkung nach der Natur der Maßnahme“ mit einer Unterscheidung von „spezifisch beschränkender“ und „nicht-spezifisch beschränkender Maßnahmen“, welche vor der *Keck*-Rechtsprechung formuliert wurde.²⁶³⁶ Überdies ist zu bemerken, dass die Begriffe „selektiv“ und „spezifisch“ bei Art. 107 AEUV teilweise synonym verwendet werden.²⁶³⁷ Demgegenüber müssen diese Begriffe vorliegend als Subsumtionskriterien betreffend die transnationale Mobilitäts*gleichheit* (Selektivität) einerseits und die transnationale Mobilitäts*freiheit* (Spezifität) andererseits jeweils gesondert betrachtet werden. Denn in der Struktur des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotes ist die *Selektivität* der Ungleichheit von *Funktionsbedingungen* (Entscheidungsrahmen für die Entscheidung zur Mobilität) zugeordnet. Die *Spezifität* betrifft demgegenüber die Einschränkung der Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit betreffend die Nutzung von *Strategievariablen*, gemäß der für den transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt maßgeblichen Wettbewerbsformen und deren Entscheidungsgesetzmäßigkeiten zu Entscheidungsvariablen (Entscheidungsgegenstand für die Mobilität).

Wesentlich ist bei der im folgenden Abschnitt b) zu konkretisierenden „Selektivität“, dass über dieses Kriterium (insoweit deckungsgleich mit der Prüfung bei Art. 107 AEUV) eine Abgrenzung von „selektiven Maßnahmen“ zu „allgemeinen wirtschaftli-

²⁶³⁴ Siehe zuvor II. 1.

²⁶³⁵ *Peter Christian Müller-Graff* hat bereits zur Auslegung von Art. 29 EG (nunmehr Art. 35 AEUV) betont, dass sich eine Eingrenzung des Begriffs der „Maßnahmen gleicher Wirkung“, wie sie durch die *Cassis*- und *Keck*-Rechtsprechung (EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905); EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42)) vorgenommen wird erübrigt, sofern auf eine „spezifische“ Beschränkung abgestellt wird, vgl. *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 29 EG, Rn. 18.

²⁶³⁶ Siehe hierzu m.w.N. *P.-C. Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art. 28 EG, Rn. 260/261. Auch wurde in anderen Zusammenhängen zur Interpretation der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote auf die Notwendigkeit einer „spezifischen“ Beschränkung i.w.S. abgestellt, siehe etwa *J. Kokott*, Die Bedeutung der europarechtlichen Diskriminierungsverbote und Grundfreiheiten für das Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten, in: *M. Lehner* (Hrsg.), Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten, S. 1/24.

²⁶³⁷ *G. von Wallenberg/M. Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 46 Okt. 2011, Art. 107 AEUV, Rn. 41, Fn. 13.

chen Maßnahmen“ vorzunehmen ist. „Allgemein“ sind Maßnahmen, welche in dem relevanten Markt des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalts *sämtliche* im Markt befindlichen Unternehmen *funktionsgleich* betreffen. Bei den Grundfreiheiten wird diese Intention einer Regelung im „Allgemeininteresse“ gemäß der geltenden Rechtsprechung bei den „zwingenden Erfordernissen“ der *Cassis*-Rechtsprechung auf der Ebene der Ausnahmen/Rechtfertigung verwendet, dort allerdings auch zur Abgrenzung von rein wirtschaftlichen Interessen, welche nicht der Rechtfertigung zugänglich sein sollen.²⁶³⁸ Indessen ist eine Überlappung wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Gründe durchaus möglich²⁶³⁹, weshalb hier eine funktional-wettbewerbsökonomische Definition vorgestellt wird. Denn mit dem Kriterium der *Selektivität* ist im Rahmen des Kontrollmaßstabs bei dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot zu prüfen, ob die streitgegenständliche Maßnahme *ungleiche Funktionsbedingungen* für die Entscheidung des Wirtschaftssubjektes „bewirkt“ (Entscheidungsrahmen). Der hierfür maßgeblich rechtliche Maßstab ist die *transnationale Mobilitätsgleichheit*. Damit sind diejenigen Variablen der funktional-wettbewerbsökonomischen Interpretation der EuGH-Rechtsprechung in Bezug zu nehmen, welche die Funktionsbedingungen des wettbewerblich organisierten Binnenmarktes als Entscheidungsrahmen also i.w.S. die Marktstruktur in der Relationsbetrachtung (Gleichheit als Relationskonzeption²⁶⁴⁰) betreffen, wie zuvor unter II. 1. a) cc) (1), (b) hergeleitet.

aa) Obersatz

Zur Subsumtion der „Selektivität“ gilt folgender Obersatz: Eine die transnationale Mobilitätsgleichheit verletzende *selektive Maßnahme* liegt vor, soweit die Maßnahme in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt des relevanten Marktes durch eine Anknüpfung an Aktionsparameter von relevanten Wettbewerbsformen *ungleiche Funktionsbedingungen* für Wettbewerbsstrategien „bewirkt“. Dies ist der Fall, wenn der *Entscheidungsrahmen* des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes betreffend den Marktzutritt und/oder den Marktaustritt (transnationale Mobilität) aufgrund der Wirkung der Maßnahme als Funktionsbedingung sich anders darstellt als für die in demselben Markt befindlichen Konkurrenten des Wirtschaftssubjektes.

Zur Beurteilung dieser Situation (Subsumtion) ist die Marktstruktur des relevanten Zielmarktes im („fiktiven“²⁶⁴¹) aktuellen Wettbewerb in der Perspektive des Zeitraums nach dem („fiktiven“²⁶⁴²) ersten Marktzutritt in dem relevanten Markt zu untersuchen.

²⁶³⁸ *W. Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 36, Rn. 49; *U. Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 36 AEUV, Rn. 61.

²⁶³⁹ *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), 55 EL Jan. 2015, Art. 34 AEUV Rn. 109 mit Verweis auf *W. Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art. 36, Rn. 49, der zahlreiche Beispielfälle aus der Rechtsprechung aufführt.

²⁶⁴⁰ Kapitel 5 C. II. 1. c) cc) (c) (aa) Gleichheit als Relationskonzeption (Reduktion auf den funktionalen Kerngehalt).

²⁶⁴¹ Fiktiv, da die Wettbewerbsverhältnisse nach einem (ebenso) fiktiv angenommenen Marktzutritt nur ex ante, d.h. hypothetisch analysiert und bewertet werden können.

²⁶⁴² Fiktiv, da der Marktzutritt (potenzieller Wettbewerb) in der sequenziellen Betrachtung von Mobilitätsphasen hypothetisch zu bewerten ist.

Dies ist die Sequenz-2 („Gleichheit nach der Freiheit“).²⁶⁴³ Damit ist zu analysieren, ob die streitgegenständliche Maßnahme in dieser Marktstruktur bzw. als Bestandteil der Marktstruktur einen für alle Wettbewerber *gleichen Entscheidungsrahmen* bietet. Soweit im aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes eine Situation „gleich freier“ Entscheidungen für den Gebrauch von Aktionsparametern als Strategievariablen zur Verfolgung der für den relevanten Markt prägenden bzw. für den ersten Marktzutritt zielführenden Wettbewerbsstrategien gegeben ist, besteht transnationale Mobilitätsgleichheit im Sinne der wettbewerbsökonomischen Interpretation der „rechtlich und tatsächlich gleichen Berührtheit“ gemäß der EuGH *Keck*-Rechtsprechung.²⁶⁴⁴ Dieser Zustand, welcher naturgemäß im Ausgangspunkt immer idealtypisch zu betrachten ist garantiert, dass ausschließlich die wirtschaftliche Leistung der Wirtschaftssubjekte durch den differenzierten Einsatz von Aktionsparametern den Erfolg (Wettbewerbsvorteil) im Markt bestimmt und nicht auf bestimmte Wirtschaftssubjekte *selektiv* zugeschnittene (durch Lobbyismus) gestaltete Funktionsbedingungen.

Die Prüfung der Sequenz-2 („Gleichheit nach der Freiheit“) *vor* der Sequenz-1 („Freiheit“ zum ersten Marktzutritt), also die Analyse der Funktionsbedingungen im Zielmarkt zu dem fiktiven Zeitpunkt nach dem erfolgten Marktzutritt im aktuellen Wettbewerb resultiert daraus, dass bei der Subsumtion der Mobilitätsbeschränkung in *spieltheoretischer Hinsicht* der dynamische Aspekt des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes in dem sequenziellen Prozess von Mobilitätsphasen zu berücksichtigen ist.²⁶⁴⁵ Dem liegt die Logik zugrunde, dass aus der Perspektive des den Marktzutritt strategisch planenden Wirtschaftssubjektes, die streitgegenständliche Maßnahme als Teil dieser Marktstruktur den „Rahmen“ für das eigene Marktverhalten gegenüber der Konkurrenz in dem aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes in der Zeit nach dem ersten Marktzutritt bestimmt und daher *ex ante* wesentlich ist für den betriebswirtschaftlichen Erfolg in dem Zielmarkt als Motivation für den Eintritt in den potenziellen Wettbewerb, d.h. für den ersten Marktzutritt (Sequenz-1). Die Betrachtung der (Rück-)Wirkungen der Sequenz-2 auf die Sequenz-1 ist also wesentlich für die Beurteilung der „Attraktivität“ des ersten Marktzutritts im potenziellen Wettbewerb. Bevor aber diese Wirkungen der Funktionsbedingungen im aktuellen Wettbewerb (Sequenz-2) auf den ersten Marktzutritt (Sequenz-1) betrachtet werden können (Prüfung der Spezifität zur Beurteilung einer Beschränkung der transnationalen Mobilitätsfreiheit) sind die Funktionsbedingungen zu bestimmen.

²⁶⁴³ Zur Definition siehe zuvor II. 1. a) cc) (2) (b) Gleichheit nach dem ersten Marktzutritt im Zielmarkt (Sequenz-2) und II. 2. b) Transnationale Mobilitätsgleichheit: Funktionsbedingungen.

²⁶⁴⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

²⁶⁴⁵ Hier wird das sog. Lösen „von hinten“ bei der strategischen Betrachtung mehrstufiger Wettbewerbsprozesse relevant, siehe hierzu *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 18, dort mit einem Beispiel im Zusammenhang der Wirkungsdauer von Aktionsparametern als Strategievariablen.

bb) Subsumtion

Für die Subsumtion der „Selektivität“ sind zunächst die für den transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt maßgeblichen *Funktionsbedingungen festzustellen*. Sodann ist zu prüfen, ob diese im Sinne der „Attraktivitätsformel“ (EuGH *Kraus/Gebhard*) sowie der „tatsächlich und rechtlich gleichen Berührtheit“ (EuGH *Keck*) für alle Wirtschaftssubjekte *gleich* „attraktiv“ sind, in Bezug auf transnationale Mobilität („Attraktivitätsgleichheit“). Als Instrument eignet sich hierfür eine *Branchenanalyse* in Orientierung an den sog. *Five Forces* nach *Michael E. Porter*.²⁶⁴⁶ Dieses in den 1980er Jahre entwickelte Analyseinstrument zeigt eine enge Verbindung zu dem *Marktstruktur-Marktverhalten-Marktergebnis Test* (SVE-Paradigma), wie er in der Praxis des Kartellrechts bei Art. 101, 102 AEUV zur Untersuchung des Marktverhaltens in Kombination mit spieltheoretischen Modellen angewendet wird.²⁶⁴⁷

(1) Feststellung der Funktionsbedingungen (Marktstruktur)

Für die Analyse der Wirkungen einer Maßnahme auf den Entscheidungsrahmen eines Wirtschaftssubjektes im Sinne des Subsumtionskriteriums der *Selektivität* sind die für den relevanten Markt bestimmenden *Funktionsbedingungen festzustellen*. Der Begriff wird vorliegend insoweit abweichend von der Terminologie bei *Peter Behrens*²⁶⁴⁸ definiert. Funktionsbedingungen werden hier als objektive Rahmenbedingungen verstanden, zu denen u.a. auch die Faktoren der sog. *five forces* nach *Michael E. Porter* gehören.²⁶⁴⁹ Die Funktionsbedingungen gemäß dem hier zugrunde gelegten Verständnis bestimmen in der Sprache der Wettbewerbstheorie die *Marktstruktur* als *objektives Element* des Sachverhaltes und damit mittelbar auch das im Tauschsystem „Markt“ bzw. gemäß dem Interaktionssystem „Wettbewerb“ mögliche Marktverhalten als *subjektives Element* des Sachverhaltes. Hierbei handelt es sich in der Sprache der Literatur zum strategischen Management um sog. „Umweltbedingungen“²⁶⁵⁰, die im Kontext der „Wettbewerbskräfte“ bzw. der „Wettbewerbsintensität“²⁶⁵¹ zu betrachten sind, zusammenfassend dargestellt in der nachfolgenden Abbildung-21.

²⁶⁴⁶ *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998), S. 4 ff.

²⁶⁴⁷ *C. Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 7, Rn. 6 ff. Zur zunehmenden Bedeutung spieltheoretisch basierter Modelle zur Modulation strategischen Verhaltens zwischen Unternehmen siehe *G. Knieps*, *Wettbewerbsökonomie* (2005), S. 63.

²⁶⁴⁸ Die Abweichung in der Terminologie hat ihren Grund darin, dass gemäß dem Gegenstand der vorliegenden Untersuchung die Funktionsbedingungen für den *Wettbewerb* als Prinzip und als Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot zu definieren sind, während *Peter Behrens* die Funktionsbedingungen für den *Markt* als Steuerungsmechanismus in Bezug nimmt. Der methodische Ansatz stimmt jedoch überein, vgl. *P. Behrens*, die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 115 ff.: „Die Funktionsfähigkeit des marktformigen Entscheidungsverfahrens ist nun aber von bestimmten Bedingungen abhängig, die sich mit den Stichworten umschreiben lassen: Wettbewerb, Geld und Privatrecht“.

²⁶⁴⁹ *M. E. Porter*, *Competitive Strategy* (1980/1998), S. 4, Figure 1-1. Forces Driving Industry Competition.

²⁶⁵⁰ Siehe nur *H. Hungenberg*, *Strategisches Management in Unternehmen* (2011), S. 90

²⁶⁵¹ Im Überblick *W. Pfähler/H. Wiese*, *Unternehmensstrategien im Wettbewerb* (2008), S. 9/10 mit Abbildung A.2: Die fünf Wettbewerbskräfte nach Porter und eine sechste.

Abbildung-23: Faktoren der Funktionsbedingungen (Marktstruktur).

<p><u>Funktionsbedingungen (Marktstruktur)</u></p> <p>Wettbewerbskräfte (M. E. Porter, modifiziert nach W. Pfähler/H. Wiese) Wettbewerbsintensität und Branchenstrukturanalyse (Branchenumwelt)</p> <ul style="list-style-type: none">(1) Rivalität unter tatsächlichen Wettbewerbern (aktueller Angebots-Wettbewerb)(2) Marktmacht der Marktgegenseite (Nachfrage-Wettbewerb)(3) Marktmacht der Lieferanten (Vorprodukte/Rohstofflieferanten-Wettbewerb)(4) Ersatzprodukte mit Substitutionspotential (Innovationswettbewerb)(5) Interdependenzen zu Konkurrenten über Komplementärgüter(6) Rivalität durch potentielle Wettbewerber (potentieller Angebots-Wettbewerb) <p>Struktur von Angebots- und Nachfrageseite (Markttypologie)</p> <ul style="list-style-type: none">(1) Monopolstruktur(2) Dyopolstruktur(3) Oligopolstruktur(4) Polypolstruktur <p>Globale Umwelt (Makroumwelt) [angelehnt an M.-K. Welge/A. Al-Laham]</p> <ul style="list-style-type: none">(1) Politisch (Gesetze, Verordnungen, Steuern, Handeln der Regierung, Parteiprogramme, Wirtschaftsprogramme etc.)(2) Sozio-kulturell (Werte und Einstellungen, Demographie, Religion etc.)(3) Technologisch (Erfindungen, Entwicklung in alternativen Industriezweigen und in der Industrie usw.)(4) Ökonomisch (nationale und internationale Wirtschaftsdaten, Zinssätze, Bruttoinlandsprodukt, Lohn-/Gehaltsniveau etc.)

© Marco Keser

Definition: „Umweltbedingungen“/„Makroumwelt“: Wichtige Einflussfaktoren sind die wirtschaftsbezogene Gesetzgebung (Gesellschafts-, Steuer-, Zivil-, Wirtschaftsverwaltungs-, Umweltrecht usw.), die Verwaltungen der Mitgliedstaaten oder eben auch das vertikale Verhalten Privater auf der Basis von Regelungs- und Durchsetzungsmacht (horizontale Direktwirkung). Die im Binnenmarkt agierenden Wirtschaftssubjekte (Unternehmen) oder auch nicht im Markt tätige Subjekte des Privatrechts (NGO, Gemeinnützige Stiftungen etc.) beeinflussen die Marktstruktur bzw. den Rahmen als Funktionsbedingungen eines Marktes soweit diese mittels ihrer *Regelungs- und Durchsetzungsmacht*, die von der Marktmacht i.S.d. Prüfung bei Art. 102 AEUV zu unterscheiden ist, bestimmte Gegebenheiten oder Bedingungen in Bezug *auf* den Markt formen, wie etwa die in der Rechtsprechung des EuGH bestätigte Regelungs- und Durchsetzungsmacht bei sog. intermediären Gewalten, konkret etwa bei Tarifpartnern mit einem Tarifvertrag.²⁶⁵²

Funktionsbedingungen beeinflussen als i.w.S. „externe Faktoren“, d.h. objektive Rahmenbedingungen, die *Funktionsmechanismen* (Gesetzmäßigkeiten) von Wettbewerbsformen. Betreffend die Funktionsbedingungen als objektives Element der Sub-

²⁶⁵² EuGH *Roman Angonese gegen Cassa di Risparmio di Bolzano SpA (Angonese)* (C-281/98, EU:C:2000:296) Rn. 34 und 35; EuGH *Walrave* (C-36/74, EU:C:1974:140) Rn. 17; EuGH *Bosman* (C-415/93, EU:C:1995:463) Rn. 82; EuGH *Wouters* (C-309/99, EU:C:2002:98); Rn. 120; EuGH *International Transport Workers' Federation u.a. gegen Viking Line ABP u.a.* (C-438-05, EU:C:2007:772) Rn. 33.

sumtion (Entscheidungsrahmen) ist eine *Selektivität* der Maßnahme insbesondere im Sinne einer *strategischen Ungleichheit* zu prüfen. Hier ist in der wettbewerbsökonomischen Betrachtung eine einseitige, nicht-unternehmerische und nicht-territoriale Maßnahme eines Rechtssubjektes mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht im Sinne des *funktionalen Maßnahmenbegriffs*²⁶⁵³ der Grundfreiheiten dann „selektiv“, wenn diese in ihren tatsächlichen Wirkungen („bewirkt“ gemäß der EuGH-Rechtsprechung) nur eine kleine Gruppe von Adressaten trifft bzw. sogar nur einen Adressaten, d.h. nicht eine Vielzahl von Sachverhalten der Makroumwelt im Sinne einer Regelung im Allgemeininteresse („analog“ *Cassis*).

Konkret ist zu analysieren, ob die Anknüpfung der Maßnahme gemäß deren Regelungsgegenstand zumindest faktisch auf die Branche bzw. ein Geschäftsfeld in der Branche strategisch-protektionistisch einwirkt („bewirken“), obwohl diese oberflächlich bzw. nicht-strategisch betrachtet den Anschein einer alle Wirtschaftssubjekte gleich behandelnden Regelung im Sinne der „Makroumwelt“ hat. Auch bei Art. 107 AEUV wird in ähnlicher Weise eine Abgrenzung von Beihilfen zu allgemeinen wirtschaftlichen Maßnahmen vorgenommen, worunter solche Regelungen fallen, welche allen Wirtschaftsteilnehmern gleichermaßen zugutekommen und deshalb nicht als Beihilfe den Kapazitätswettbewerb verfälschen können. Die gleiche Frage stellt sich bei der Prüfung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot in der Abgrenzung von selektiver, d.h. strategisch protektionistischer Maßnahme und allgemeiner Maßnahme, allerdings wegen der „Kompetenzsensibilität“ der Grundfreiheiten im Hinblick auf die Interessentrias²⁶⁵⁴ auf noch komplexere Weise. Für die Grundfreiheiten ist das Kriterium der Selektivität im Lichte der Interessentrias daher so zu definieren, dass nur solche mitgliedstaatlichen Maßnahmen eine ungleiche (selektive) Funktionsbedingungen darstellen, welche nachweisbar im Sinne politischer Märkte²⁶⁵⁵ (*Theorie institutioneller Markteintrittsschranken*, welche die *politische Ökonomie des Marktzugangs* umfassen²⁶⁵⁶) strukturell bzw. politisch-strategisch i.w.S. auf die Marktstruktur zu Lasten einer Gruppe von Wirtschaftssubjekten oder Wirtschaftsobjekten einwirken und so das Interaktionssystem Wettbewerb im weitesten Sinne strategisch in der Logik der Wettbewerbsökonomie *gezielt* tangieren.

Damit lassen sich auch Fälle eines i.w.S. so zu bezeichnenden „politischen Kartells“ erfassen. Dies sind Sachverhalte bei denen z.B. Mitglieder der Regierung (Politik), Beamte der für den relevanten Markt zuständigen Verwaltung (Exekutive) und Vertreter der Wirtschaft (Lobbyisten von oder für Unternehmen) gezielt zusammenwirken, um über eine dem objektiven Anschein nach für alle Marktteilnehmer gleich wirkende Maßnahme (wie z.B. eine Regelung zu Öffnungszeiten/Betriebsferien oder zu Mindestpreisen) strategisch ungleiche Funktionsbedingungen für einen relevanten Markt zu

²⁶⁵³ Zur Herleitung des funktionalen Maßnahmenbegriffs siehe Kapitel 4 B. III.

²⁶⁵⁴ Kapitel 1 B. I. 3. und Kapitel 5 B. I.

²⁶⁵⁵ Siehe zuvor II. 1. a) bb) (2) Strategischer Protektionismus und politische Märkte.

²⁶⁵⁶ F. Schmidt, *Institutionelle Markteintrittsschranken, potenzielle Konkurrenz und Unternehmensverhalten* (1998), S. 112 ff. „Grundlagen einer positiven Theorie institutioneller Markteintrittsschranken“, dort mit Ausführungen zur Konzeption des „politischen Marktes“, sowie S. 222 ff. „Die Politische Ökonomie des Marktzugangs“.

schaffen, und zwar strategisch zugunsten einer bestimmten Gruppe von Wirtschaftssubjekten bzw. protektionistisch zu Lasten einer anderen. Auf diese Weise lassen sich Maßnahmen zur Beeinflussung des potenziellen Wettbewerbs erfassen, welche den Marktzutritt von Konkurrenten abschrecken (deterred entry) oder blockieren (blockaded entry) sollen.²⁶⁵⁷

In Anlehnung an die verstärkt ökonomische Analyse beim „more economic approach“ im Wettbewerbsrecht²⁶⁵⁸ könnten hierfür maßgebliche empirische Kriterien in die Prüfung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot einbezogen werden, womit der forensischen Praxis dem Beweis zugängliche und im weitesten Sinne „messbare“ Variablen vorlägen, welche darüber hinaus auch Aspekte der Interessen-Trias bei der Subsumtion berücksichtigen ließen.²⁶⁵⁹ Entscheidend ist, dass mit dem hier vorgestellten Modell im Ergebnis *keine Erhöhung der Kontrolldichte* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot einhergeht, sondern eine *Veränderung der Prüfungsperspektive* hin zu einer verbesserten, da effektiveren und exakteren inhaltlichen Prüfung. Dem Rechtsanwender soll ein feinmaschiges Raster an Variablen zur Verfügung stehen, welche es ihm ermöglichen auch subtile, vor allem strategische Formen staatlichen und privaten Protektionismus zu erfassen²⁶⁶⁰, und zwar ohne dabei die Ratio von *Keck*²⁶⁶¹ und *Cassis*²⁶⁶² berücksichtigend (Stichwort: „uferlose“ Kontrolle aller nur erdenklichen „Erschwerungen“), die Interessen-Trias zu „sprengen“. Der Preis eines damit im Einzelfall ganz sicher verbundenen größeren Verfahrens- und Prozessaufwandes bei der Untersuchung konkreter wettbewerblicher Wirkungen staatlicher Maßnahmen auf den Marktprozess, hier insbesondere wegen der Notwendigkeit von umfänglichen Marktanalysen und spieltheoretischen „Berechnungen“ (verbunden mit entsprechendem Fortbildungsbedarf von Richtern, Rechtsanwälten, Beratern bzw. dem Einkauf externer ökonomischer Expertise), dürfte durch ein deutliches Mehr an dogmatischer Kongruenz sowie einer verbesserten Einzelfallgerechtigkeit und erhöhter Rechtssicherheit mehr als aufgewogen werden.

Das Kriterium der „Selektivität“ ist dann nicht erfüllt, wenn die streitgegenständliche Maßnahme als Teil der Funktionsbedingungen in dem relevanten Markt des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalts alle Wirtschaftssubjekte und/oder Wirtschaftsobjekte objektiv rechtlich (Law) und strategisch (Economics) in gleicher Weise tangiert und somit, umgangssprachlich ausgedrückt, gleiche „Spielregeln“ für alle von der Maß-

²⁶⁵⁷ Zu Typen und Erscheinungsformen von Markteintrittsbarrieren von blockiertem Markteintritt (blockaded entry), abgeschrecktem Markteintritt (deterred entry) und zugelassenem Markteintritt (accommodated entry) im Überblick mit Definitionen *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 14/15.

²⁶⁵⁸ Kapitel 3 D. II. 4. c) ee).

²⁶⁵⁹ Dieses Bedürfnis liegt sowohl der *Cassis*- als auch der *Keck*-Rechtsprechung (EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42); EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905)) zugrunde. Soweit Grundfreiheiten auch private Maßnahmen erfassen (Drittwirkung), erfolgt die Begrenzung durch die Privatautonomie.

²⁶⁶⁰ Hierfür besteht ein Bedürfnis, weil in der Praxis heute solche subtilen Maßnahmen überwiegen, vgl. *E. Pache*, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2006), § 10, Rn. 23.

²⁶⁶¹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁶⁶² EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

nahme tangierten Wirtschaftssubjekte und -objekte im Sinne der „Attraktivität“ des Marktes bestehen. Oder, analog zu der Handhabung im Beihilfenrecht ausgedrückt, wenn eine Differenzierung aus der „Natur“ bzw. der Struktur des Marktes oder eines Systems folgt, wie etwa eine unterschiedliche Besteuerung, die sich aus der inneren Logik eines Steuersystems ergibt²⁶⁶³, was im Einzelfall zu prüfen wäre, da sodann aus wettbewerbsökonomischer Perspektive dem Grunde nach gleiche Wettbewerbsbedingungen bestehen. Das Gegenteil ist der Fall, wenn z.B. eine Regelung zu Öffnungszeiten aufgrund ihrer konkreten Anwendung, wie im Fall EuGH *Sbarigia*, offensichtlich zu ungleichen Funktionsbedingungen führt.

Beispiel EuGH *Sbarigia*²⁶⁶⁴: Die Betriebsferienregelung für die Apotheke von Frau Sbarigia stellt im Verhältnis zu einer konkurrierenden Apotheke, welcher eine Ausnahme von dieser Regelung erteilt wurde, eine Blockade des Marktes für Angebote an die Marktgegenseite (Römer und Touristen) in der Ferienzeit dar. Beschränkt ist damit der aktuelle und potenzielle *Mengenwettbewerb*. Die für Frau Sbarigia möglichen potenziellen transnationalen Kaufverträge lassen sich über empirische Marktanalysen verifizieren und die möglichen Einnahmen bzw. die mögliche Gewinnsumme (= nunmehr entgangener Gewinn für Frau Sbarigia) auch betriebswirtschaftlich quantifizieren. Eine entsprechende Darlegung und der Beweis im Prozess wären also möglich. Der durch die Umlenkung der Nachfrage auf eine konkurrierende Apotheke Frau Sbarigia entgangene Gewinn ist letztlich das Resultat des für Frau Sbarigia in den Betriebsferien unterbundenen Wettbewerbs. Dieser unterbundene Angebotswettbewerb via Beschränkung der Menge auf null in der Betriebsferienzeit wird darüber hinaus potentiell auch Apotheker aus anderen Mitgliedstaaten vom Markteintritt (Niederlassung in Rom) abschrecken. Auch hierüber lässt sich der transnationale Aspekt des scheinbar nur nationalen Sachverhaltes herleiten. Damit bedürfte es in diesem Fall keiner weiteren Prüfung der Spezifität der Maßnahme.

Insgesamt ist also im Wege einer Gesamtbetrachtung zu bewerten, ob eine selektive Wirkung der Maßnahmenanknüpfung am Maßstab eines gleichen bzw. gleich freien Marktzutritts (transnationale Mobilitätsgleichheit) darin liegen könnte, dass diese für die *Entscheidungsfindung* eines Wirtschaftssubjektes für oder gegen den Marktzutritt / Marktaustritt anders wirkt als für die Konkurrenten, und zwar in Bezug auf die gleichen Wettbewerbsformen und Wettbewerbsstrategien. Somit ist aus der Sicht der Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes eine Maßnahme darauf hin zu untersuchen, ob diese so konstruiert ist, dass sie nicht im Sinne einer allgemeinen Rahmenregelung für den Wettbewerb gilt, d.h. als gleicher Entscheidungsrahmen, welcher den Aktionsradius aller Wirtschaftssubjekte gleich bestimmt, sondern in der wettbewerbsstrategischen Betrachtung eine Gruppe von Wirtschaftssubjekten gegenüber anderen am Maßstab der für den Markt konkret relevanten Wettbewerbsformen und Wettbewerbsstrategien im Wettbewerb schlechter stellt, in dem sich der Marktzutritt / Marktaustritt für ein Wirtschaftssubjekt oder eine Gruppe von Wirtschaftssubjekten betriebswirtschaftlich „nicht mehr

²⁶⁶³ Vgl. von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL 46 Okt. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 41.

²⁶⁶⁴ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

lohnt“. Hierin kommt eine subjektive Facette des gleichheitsrechtlichen Aspektes von Mobilität zum Ausdruck indem zu prüfen ist, ob im relevanten Markt für alle agierenden Wirtschaftssubjekte allgemeine und gleich spezifische Funktionsbedingungen im Sinne der „tatsächlich und rechtlich gleichen Berührtheit“ nach EuGH *Keck*²⁶⁶⁵ vorherrschen.

(2) Prüfung der Attraktivitätsgleichheit

Unter Berücksichtigung der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH *Keck*-Rechtsprechung und der Nachfolgerechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten sowie der *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung²⁶⁶⁶ ist die *transnationale Mobilitätsgleichheit* gemäß dem Subsumtionskriterium der Selektivität dann verletzt, wenn die Maßnahme derart *ungleiche Funktionsbedingungen* „bewirkt“, dass der Marktzutritt und/oder der Marktaustritt aus der Sicht des betroffenen Wirtschaftssubjektes objektiv-betriebswirtschaftlich nicht (mehr) „attraktiv“ erscheint. Für die Bewertung und Subsumtion der „Attraktivität“ gelten insbesondere die mikroökonomischen Funktionsmechanismen und Gesetzmäßigkeiten der sog. Gewinnschwelle / Produktionsschwelle²⁶⁶⁷, denen wiederum die Zusammenhänge von Gewinnmaximierung, Kostenverläufen, Preis-Absatz-Funktion (PAF) und Output-Regel²⁶⁶⁸ etc. zugrundeliegen.

Die Prüfung der Funktionsbedingungen bezieht sich hierbei auf den im aktuellen Wettbewerb des Zielmarktes-1 bestehenden *Entscheidungsrahmen*, wobei gemäß der Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der Mobilitätsphasen zu analysieren ist, ob die Wirkung der streitgegenständlichen Maßnahme als Funktionsbedingung im Zielmarkt (Sequenz-2) den ersten Marktzutritt (Sequenz-1) abgeschreckt oder blockiert. Erst mit der Einbeziehung dieser Dynamik im Sinne einer *sequenziellen Interdependenz von Wettbewerbsfreiheit und -gleichheit* in den Zusammenhängen von potentiell und aktuellem Wettbewerb (Mobilitätsprozess und Wettbewerbsphasen)²⁶⁶⁹ wird oftmals erst hinreichend sichtbar, ob es sich um eine *selektive* Maßnahme handelt oder nicht. Als Analyseinstrument kann hierfür der Marktstruktur-Marktverhalten-Marktergebnis Test (*SVE-Paradigma*) herangezogen werden.²⁶⁷⁰ In der Kombination mit spieltheoretischen Erkenntnissen und den vorgenannten, klassischen mikroökonomischen Instrumenten, kann durch die Betrachtung der Kausalitätsbeziehungen von Marktstruktur und Marktverhalten der Einfluss der Funktionsbedingungen *auf* das Verhalten der Akteure in den o.g. Sequenzen sichtbar gemacht werden.

²⁶⁶⁵ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

²⁶⁶⁶ Zuvor Abschnitt II. 1.

²⁶⁶⁷ T. Siebe, *Mikroökonomie* (2012), S. 161-164.

²⁶⁶⁸ T. Siebe, ebd. (2012), S. 138-143 (Kostenverläufe), S. 159-161 (Gewinnmaximierung, PAF, Output Regel).

²⁶⁶⁹ Siehe Abschnitt II. 1 a) (2) Maßstäbe für die Entscheidungsfreiheit in Mobilitätsphasen mit Abbildung-18.

²⁶⁷⁰ Kapitel 3 D. II. 4. c) dd).

(a) *Beispiel-1: Selektivität einer Mindestpreisregelung (EuGH Keck)*

Zurückkommend auf den Sachverhalt *EuGH Keck* als Beispiel, besteht infolge der Anknüpfung der französischen Mindestpreisregelung an die Preiskalkulation der Wirtschaftssubjekte im aktuellen Wettbewerb (Sequenz-2) keine Möglichkeit etablierte Anbieter über eine Preisstrategie „anzugreifen“. Damit wird zugleich der Marktzutritt (Sequenz-1) über eine Wettbewerbsstrategie des Niedrigpreises mit dem Ziel der zumindest kurzfristigen Preisführerschaft blockiert (blockaded entry).

Hierzu markiert die Abbildung des Sachverhaltes in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix (siehe zuvor III. 1 a) bb) (1) (a)), dass die staatliche Mindestpreisregelung rein gleichheitsrechtlich betrachtet für alle Wirtschaftssubjekte gleichermaßen gilt (*blaue Pfeile*). In der wettbewerbsökonomischen Perspektive der Strategierelevanz offenbart sich indessen die Selektivität der Maßnahme, nach der keine „rechtlich und tatsächlich gleiche Berührtheit“ und damit keine „Attraktivitätsgleichheit“ für den Marktzutritt im Preiswettbewerb gegeben ist (*rote Pfeile*). Denn in der Analyse anhand der in dem Sachverhalt maßgeblichen Wettbewerbsformen und Marktstufen (Einzelhandel und Großhandel) zeigt sich, dass die Anknüpfung der Maßnahme an die Preiskalkulation (Mindestpreis) in dem Oligopol mit einem homogenen Produkt (Standard Röstkaffee) bei dem der Preiswettbewerb gegenüber dem Qualitäts- und Imagewettbewerb dominiert und Wirtschaftssubjekte einen Wettbewerbsvorteil haben, welche über ihre Nachfragemacht geringere Einkaufspreise gegenüber den Produzenten bzw. den Großhandel durchsetzen können. Für Wirtschaftssubjekte mit einer guten Ressourcenausstattung an Kapital und Liquidität (wie Y) hat die Mindestpreisregelung daher *strategisch per se* eine weniger bedeutende Wirkung als für Wirtschaftssubjekte mit geringerer Ressourcenausstattung (wie X).

In der wettbewerbsstrategischen Relationsbetrachtung (Maßstab der transnationalen Mobilitätsgleichheit) zeigt sich die Selektivität der Mindestpreisregelung zu Lasten des Wirtschaftssubjektes X (rot), welches hier den Supermarkt unter Leitung der Herren Keck und Mithouard repräsentiert. In der *Interdependenz von Preiswettbewerb und Kapazitätswettbewerb* wirkt die Maßnahme betreffend den Kapazitätswettbewerb (Wettbewerbsform der ersten Wettbewerbsstufe mit langfristiger Wirkung) selektiv zugunsten des Wirtschaftssubjektes Y (schwarz). Denn Y kann aufgrund seines strukturellen Vorteils im Kapazitätswettbewerb durch niedrigere Einkaufspreise aufgrund von Nachfragemacht auf dem Vormarkt im Großhandel (EK von € 2 per Kilo Kaffee bei Y gegenüber einem EK von € 4 bei X) auch bei der Beachtung der Mindestpreisregelung immer den günstigeren Endverkaufspreis anbieten (VK von € 3 per Kilo Kaffee bei Y gegenüber VK von mindestens € 4 bei X). Gegenüber X „bewirkt“ die französische Mindestpreisregelung somit einen strategischen Wettbewerbsnachteil gegenüber Y im Sinne eines strategischen Protektionismus. Die *Selektivität* ist daher erfüllt und die transnationale Mobilitätsgleichheit verletzt.

(b) *Beispiel-2: Selektivität einer StVO (EuGH Anhänger)*

Für den Sachverhalt *EuGH Kommission/Italien (Anhänger)* gilt, dass infolge der Anknüpfung der italienischen StVO an die Kompatibilität eines Fahrzeugs (Verbot einer Nutzung/Verwendung von Anhängern mit Kleinkraftträdern) selektiv der Straßenverkehr für eine Art von Transport gesperrt wird, nämlich von Kleintransporten mit Kraftträdern und Anhängern. Im aktuellen Wettbewerb (Sequenz-2) besteht daher keine Möglichkeit für etablierte Hersteller von Anhängern bzw. von Kleinkraftträdern (Branche 1) oder von Kleintransportfirmen (Branche 2), den Markt gegenüber im Markt befindlichen Anbietern anderer Transportfahrzeuge oder Transportdienstleistungen über eine Strategie der Nische „anzugreifen“. Damit wird zugleich der Marktzutritt (Sequenz-1) über den Kompatibilitätswettbewerb mit dem Ziel eines spezielleren Angebotes blockiert (blockaded entry).

Hierzu markiert die Abbildung des Sachverhaltes in der wettbewerbsökonomischen Analysematrix (siehe zuvor III. 1 a) bb) (1) (b)), dass das Verbot der StVO rein gleichheitsrechtlich betrachtet für alle Wirtschaftssubjekte gleichermaßen gilt (*blaue Pfeile*). In der wettbewerbsökonomischen Perspektive der Strategierelevanz offenbart sich indessen die Selektivität der Maßnahme, nach der keine „rechtlich und tatsächlich gleiche Berührtheit“ und damit keine „Attraktivitätsgleichheit“ für den Marktzutritt im Kapazitätswettbewerb gegeben ist (*rote Pfeile*) und sogar eine Umlenkung der Nachfrage erfolgt. Damit ist das Kriterium der Selektivität erfüllt.

c) *„Spezifität“ (Strategievariablen)*

Mit dem Kriterium der *Spezifität* gilt es, das „Bewirken“ („weniger attraktiv“, „geeignet zu behindern“) einer Mobilitätsbeschränkung (Beschränkung von „Marktzutritt“ und/oder „Marktaustritt“) am Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit im Sinne der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH Rechtsprechung²⁶⁷¹ in die Prüfung einzubeziehen. Hierbei ist zu subsumieren, ob die Anknüpfung der Maßnahme an einen Aktionsparameter aus der Perspektive des betroffenen Wirtschaftssubjektes die Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit (Entscheidungsgegenstand) spezifisch begrenzt. Dafür sind zwei Aspekte in die Subsumtion der *Spezifität* einzubeziehen: erstens die Feststellung, dass der *Aktionsradius* zum Einsatz von Strategievariablen einer Wettbewerbsstrategie durch die Maßnahme begrenzt wird (bb) (1), und zweitens, dass diese Begrenzung durch eine strategische Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten und deren Entscheidungsvariablen betreffend die in dem transnationalen Sachverhalt des relevanten Marktes zielführenden Wettbewerbsstrategien erfolgt (bb) (2)).

Entsprechend der zuvor begründeten funktionalen Teleologie der „Attraktivitätsformel“ der *EuGH Kraus/Gebhard*²⁶⁷²-Rechtsprechung geht es bei der Subsumtion hier also um die tatsächliche Frage, ob die streitgegenständliche Maßnahme in strategisch-protektionistischer Weise den aktuellen und/oder potenziellen Wettbewerb aus der Sicht des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes „unattraktiv“ macht bzw. „ge-

²⁶⁷¹ Abschnitt II. 1. a) . Zu den Strategievariablen siehe II. 1. a) cc) (1) (c) und (2).

²⁶⁷² *EuGH Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); *EuGH Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

eignet“ ist, diesen zu „behindern“. Darzulegen und zu beweisen ist demnach, dass sich die aktuellen und/oder die potentiellen Wettbewerbsverhältnisse in Bezug auf Marktzutrittsstrategien und/oder Marktaustrittsstrategien *durch* die betrachtete Maßnahme negativ verändern oder sich bei deren Hinwegdenken positiv verändern würden.

Eine spezifische Begrenzung des Aktionsradius zur Nutzung von Strategievariablen ist nachgewiesen, wenn transnational zielführende Wettbewerbsstrategien betreffend die in dem relevanten Markt maßgeblichen Wettbewerbsformen durch die Konstruktion der Maßnahme strukturell bzw. systematisch („planerisch“) so beeinflusst werden, dass der Marktzutritt und/oder Marktaustritt aus der Sicht des den Marktzutritt/-austritt avisierenden Wirtschaftssubjektes *betriebswirtschaftlich* (entsprechend der Funktionsmechanismen/Gesetzmäßigkeiten der Mikroökonomie) nicht mehr sinnvoll erscheinen, also „weniger attraktiv“ sind.²⁶⁷³ Zur Beurteilung dieser im Wesentlichen mikroökonomisch zu bewertenden „Attraktivität“ bzw. „Geeignetheit“ sind wiederum die *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* von Wettbewerbsformen und deren *Entscheidungsvariablen* zu betrachten. Konkret ist zu prüfen, ob der Eintritt in den potenziellen Wettbewerb aus der Perspektive des planenden Wirtschaftssubjektes mit den dafür nötigen Variablen und dem Ziel verfolgt werden kann, Wettbewerbsvorteile²⁶⁷⁴ zu erlangen. Oder anders ausgedrückt, es ist zu untersuchen, ob sich der Marktzutritt betriebswirtschaftlich betrachtet im Sinne der zuvor bereits ausgeführten mikroökonomischen Funktionsmechanismen und Gesetzmäßigkeiten (insbesondere der sog. Gewinnschwelle / Produktionsschwelle²⁶⁷⁵) unter den gegebenen Funktionsbedingungen des Marktes aus der Sicht des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes „lohnen“ kann.

Da es bei der Verwirklichung von transnationaler Mobilität um die Konkurrenz möglicher Leistungs- und Vertragsbeziehungen mit der Marktgegenseite in einem örtlich, sachlich und zeitlich relevanten Markt geht (geprüft bei dem Kontrollgegenstand im Rahmen des Anknüpfungsgegenstandes, A. I. 1. b)), ist strukturell im Rahmen der im transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt maßgeblichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen (d.h. in der Branche beim Warenmarkt Art. 34, 35 AEUV, Dienstleistungsmarkt Art. 56 AEUV, Kapitalmarkt Art. 63 Abs. 1 AEUV, Niederlassungsmarkt Art. 49 AEUV oder in dem Umfeld des Arbeitsmarktes Art. 45 AEUV) zu prüfen, ob im Vergleich zu den konkurrierenden Wirtschaftssubjekten (konkurrierende Warenproduzenten, Warenverkäufer, Dienstleistungsanbieter, andere Arbeitnehmer im Auswahlverfahren etc.) zukünftig nennenswert Verträge mit der Marktgegenseite realisierbar sind, d.h. insbesondere im Wege einer Nachfrageumlenkung durch „bessere Leistung“ und den gezielten Einsatz von Strategievariablen.

Spezifisch in diesem Sinne kann eine Maßnahme demnach nur dann auf die Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit einwirken und so den Aktionsradius des Wirtschaftssubjektes begrenzen, wenn sie die *Nutzung von Strategievariablen* (z.B. der *Preis* im Rah-

²⁶⁷³ Die hier definierte „Spezifität“ unterscheidet sich damit wesentlich von der Konzeption des Begriffs, den der EuGH in seiner Rechtsprechung zu Art. 35 AEUV verwendet hat.

²⁶⁷⁴ Hier im strategischen Sinne verstanden, vgl. *M. E. Porter*, *Competitive Advantage* (1985/1998) passim.

²⁶⁷⁵ *T. Siebe*, a.a.O. (2012), S. 161-164.

men einer Niedrigpreisstrategie mit dem Ziel der Preisführerschaft im Fall EuGH *Keck*) nicht bloß als „zufälligen“ Reflex betrifft, sondern strukturell wirkt. Nachzuweisen ist somit, dass eine i.w.S. „planvolle Einwirkung“ auf die Entscheidungsgesetzmäßigkeiten von Wettbewerbsstrategien vorliegt. Nur wenn beide Aspekte (Begrenzung des Aktionsradius *und* Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten) kumulativ erfüllt sind, kann von einem „Bewirken“ i.S.v. strategischem „Einwirken“ auf den potenziellen Wettbewerb gesprochen werden (Beschränkung der transnationalen Mobilitätsfreiheit).

Bei der hierfür anzustellenden Darlegung und der Beweisführung ist eine umfassende Strategieanalyse unter Hinzuziehung spieltheoretischer Erkenntnisse und mikroökonomischer Instrumente nötig, wie diese im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum zur Strategischen Unternehmensführung bzw. zur Mikroökonomie beschrieben sind.²⁶⁷⁶ Die Beweisführung lässt sich dabei (wie im Kartellverfahren) durchaus auch auf Indizien stützen.²⁶⁷⁷ Bei dem Verdacht eines „politischen Kartells“ wären dies z.B. Darlegungen zu Nähebeziehungen von am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Vertretern der Legislative und/oder der Exekutive hinsichtlich Branchenvertretern solcher Unternehmen, die von der Maßnahme und dem von ihr abgeschreckten oder blockierten Marktzutritt anderer Unternehmen profitieren. Der oder die Maßnahmenurheber (im rechtsförmlichen Verfahren die passivlegitimierte Partei) müssten die strategisch-protektionistischen Wirkungen einer Maßnahme, also das „Bewirken“, entweder auf der Ebene des Tatbestandes mit dem Gegenbeweis erschüttern oder bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Wege einer „Werte- und Effizienzeinrede“ widerlegen (dazu sogleich näher in Abschnitt C.), etwa durch die Darlegung und den Beweis übergeordneter Wertungen und deren „externen Kosten“ („normative Effizienz“).

Mit dem Kriterium der *Spezifität* wird folglich berücksichtigt, dass die Grundfreiheiten nicht „abstrakt“ den Binnenmarkt oder den Wettbewerb schützen, sondern funktionsspezifisch den operativen Teilaspekt der für den Wettbewerb notwendigen „Offenheit“ von Märkten im Sinne des Free Movement-Konzepts (Kapitel 3 A. I.). D.h. die Kontrolle der Grundfreiheiten bezieht sich explizit auf den *sequenziellen Prozess der transnationalen Mobilität wirtschaftlicher Leistungen*. Diese Mobilität bezieht sich auf aktuelle und potenzielle Vertrags- und Leistungsbeziehungen im transnationalen Leistungsaustausch von Angebot und Nachfrage im Binnenmarkt, betreffend die von den Grundfreiheiten erfassten fünf Marktbereiche (Waren-, Arbeits-, Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalmarkt). Somit schützen die Grundfreiheiten entsprechend deren in Kapitel 4 begründeten wettbewerbsökonomischen Funktion „nur“ die wettbewerblich organisierten Leistungs- und Gegenleistungsprozesse von Wirtschaftssubjekten (Input-Ebene) und Wirtschaftsobjekten (Output-Ebene) und die dafür nötigen *Funk-*

²⁶⁷⁶ Siehe nur *W. Pfähler/H. Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008) passim; *M. K. Welge/A. Al-Laham*, Strategisches Management (2012), S. 150 ff. (zur Strategieforschung), S. 292 (Umfeldanalyse), S. 348 ff. (Konkurrenzanalyse); *H. Hungenberg*, Strategisches Management in Unternehmen (2011), S. 195 ff. (Wettbewerbsvorteile und Wettbewerbsstrategien); *R. M. Grant*, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014), S. 82 ff. (Untersuchung zur Attraktivität der Branche) und S. 200 ff. (Wettbewerbsvorteil und Strategie).

²⁶⁷⁷ Zur Beweiserhebung im Kartellrecht siehe umfassend *T. Klose*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 54, Rn. 92 ff.

tionsbedingungen und Strategievariablen. Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass die Grundfreiheiten kein allgemeines (Wirtschafts-) Freiheits- und Gleichheitsrecht verbürgen und eine unbegrenzte transnationale wirtschaftliche Freiheit mit der supranationalen Architektur der Union in einem derzeit noch unauflösbaren Konflikt stünde. Angesichts der deshalb bestehenden Notwendigkeit zur Berücksichtigung der bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen für die Ausgestaltung nationaler Rahmenbedingungen²⁶⁷⁸, etwa im Bereich der Sozialpolitik oder der Steuerpolitik, wird mit dem Kriterium der *Spezifität* sichergestellt, dass nicht jede Beeinflussung von Funktionsbedingungen und Strategievariablen dem grundfreiheitlichen Kontrollmaßstab unterfällt.

Zurückkommend auf die Argumentation zur Notwendigkeit einer Überwindung der *Keck*-Rechtsprechung²⁶⁷⁹ verdeutlicht das Kriterium der *Spezifität*, dass nach der hier vertretenen Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot die „Logik“ der *Keck*-Formel in ihrer Ausprägung als *per se* die Kontrolldichte reduzierende faktische Bereichsausnahme (beruhend auf der formal typisierenden Unterscheidung einer Maßnahmentypisierung zwischen unterschiedslosen sog. produktbezogenen Regelungen und sog. Modalitäten) in einer umfassenden wettbewerbsökonomischen Wirkungsanalyse aufgeht. Damit ist auch ein „Spürbarkeitskriterium“ (de minimis Grenze) nicht erforderlich. Argumente für die Geltung der *Keck*-Formel bzw. deren ratio decidendi für alle Grundfreiheiten erübrigen sich damit ebenso. Denn die Frage der angemessenen Kontrolldichte bzw. des angemessenen „Schwellenwertes“, welche im Lichte der Interessentrias zu beantworten ist, wird nach der hier vorgeschlagenen Konzeption über eine feinmaschige „Filterfunktion“ und die im Detail sehr genauen Subsumtionskriterien der *Selektivität* und *Spezifität* gesichert. Zudem greift das Spürbarkeitsargument bei dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot im Vergleich zu der Prüfung im Kartellrecht bereits deshalb nicht, da es bei der Kontrolle von Maßnahmen, seien diese hoheitlichen oder privaten Ursprungs (funktionaler Maßnahmenbegriff), nicht auf Marktanteile ankommt. Das Gesetzgebungsmonopol der Mitgliedstaaten ist im Falle von gesetzlichen Maßnahmen oder auf diesen beruhenden Vollzugshandlungen (z.B. Verordnung, Verwaltungsakt) ohnehin *per se* als Regelungs- und Durchsetzungsmacht zu bewerten und bedarf keines gesonderten „Grenzwertes“. Bei der horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten besteht nach der vorliegend vertretenen Auffassung wiederum eine nicht aus der unternehmerischen Position im Markt herrührende Marktmacht, sondern aus anderen Gründen existierende faktische Regelungs- und Durchsetzungsmacht, die ebenso unabhängig von Marktanteilen besteht.²⁶⁸⁰ Bei der funktional-wettbewerbsökonomischen Subsumtion ist die Prüfung einer „Spürbarkeit“ darüber hinaus auch deshalb unnötig, da einerseits jede Einschränkung von Strategievariablen, wie zuvor dargelegt, Einfluss auf die transnationale Mobilitätsfreiheit ausübt und andererseits im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine umfassende Abwägung unter Kosten-Nutzen Gesichtspunkten erfolgen kann (hierzu im Detail C. III.).

²⁶⁷⁸ Hierzu S. *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt (2013), S. 136 ff.

²⁶⁷⁹ Kapitel 5 C. I. 2.

²⁶⁸⁰ Kapitel 4 B. III. 1. b) und 2.

Aus den gleichen Gründen wie vorgenannt sind auch die in der Rechtsprechung des EuGH zu findenden Bereichsausnahmen von „Nicht-Modalitäten“ oder „Verwendungsmodalitäten“ bzw. „Nutzungsmodalitäten“²⁶⁸¹, welche darauf abstellen, dass die Wirkungen einer Maßnahme zu „ungewiss“ seien um Auswirkungen auf den Marktzutritt/Marktaustritt haben zu können, nicht erforderlich. Denn gemessen an den Gesetzmäßigkeiten der strategischen Wettbewerbsökonomik kann jede Maßnahme Wirkungen entfalten, welche den Marktzutritt und/oder den Marktaustritt strategisch abschrecken oder blockieren. Damit besteht nach der hier vertretenen Konzeption von Marktintegrationsrecht die dogmatisch-konzeptionell zwingende Notwendigkeit jegliche „Modalitäten“ als Bestandteil der Darlegungs- und Beweislast funktional umzudeuten²⁶⁸², und zwar in eine konsequent auf die strategischen Wirkungen von Maßnahmen jeglicher Art bezogene Mobilitätswirkungsprüfung.

aa) Obersatz

Für die Subsumtion der *Spezifität* gilt folgender Obersatz: Eine Maßnahme wirkt strategisch-protektionistisch und verletzt die *transnationale Mobilitätsfreiheit* von Maßnahmenadressaten wenn zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (1) Die Maßnahme reduziert den *Aktionsradius* des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes betreffend den Einsatz von *Strategievariablen* der für die wirtschaftliche Mobilität in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt maßgeblichen Wettbewerbsstrategien (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit). (2) Die Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt maßgeblichen Entscheidungsvariablen von Wettbewerbsstrategien werden strategisch so beeinflusst, dass das Wirtschaftssubjekt von dem Marktzutritt zu dem Zielmarkt und/oder von dem Marktaustritt aus dem Ausgangsmarkt abgeschreckt („deterred entry“) oder blockiert („blockaded entry“) wird.

bb) Subsumtion

Bei der Subsumtion der *Spezifität* ist ausgehend von dem Prüfungsergebnis bei der *Selektivität* (Funktionsbedingungen als Entscheidungsrahmen, siehe zuvor b)) festzustellen, ob die wirtschaftliche Mobilität, also der Marktzutritt und/oder Marktaustritt, wegen der Anknüpfung der Maßnahme an Aktionsparameter nicht „attraktiv“ erscheint. Wie im Obersatz formuliert, ist die „Attraktivität“ dabei in zwei Schritten zu subsumieren. Erstens über die Feststellung einer erheblichen Reduzierung des hier so benannten *Aktionsradius* zum Einsatz von *Strategievariablen* (hierzu (1)). Zweitens über die Feststellung einer strategischen Beeinflussung von typischen *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* der für die Wettbewerbsstrategie (Entscheidungsgegenstand) maßgeblichen Input-/Output-Ebene der wirtschaftlichen Leistung (Bezugspunkt der Entscheidung) und/oder der Kurz- oder Langfristigkeit der Entscheidung (Wirkungsdauer der Entscheidung) für

²⁶⁸¹ Kapitel 5 C. I. 2. a) aa).

²⁶⁸² Die „Modalitäten“ an sich gehen bereits in der *funktionalen Maßnahmenqualifikation* auf, siehe hierzu die Ausführungen bei dem Kontrollgegenstand zuvor bei A. I. Zur Herleitung des funktionalen Maßnahmenbegriffs siehe Kapitel 4 B. III.

die Positionierung im aktuellen und/oder potenziellen Wettbewerb im Sinne der *Mobilitätsphasen* (hierzu (2)).

(1) *Begrenzung des Aktionsradius zum Einsatz von Strategievariablen*

Der *Aktionsradius* repräsentiert das „Bündel“ möglicher Entscheidungen des Wirtschaftssubjektes zur Nutzung von Aktionsparametern als Strategievariablen für den Marktzutritt/Marktaustritt (Wahlfreiheit nach *Erich Hoppmann* bzw. Freiheitsrecht als Kapazitätskonzeption²⁶⁸³).

Soweit der Aktionsparameter einer Wettbewerbsform, wie z.B. der Preis im Fall EuGH *Keck*²⁶⁸⁴ oder die Kompatibilität im Fall EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁶⁸⁵, in dem relevanten Markt aus der Perspektive des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes gezielt als Instrument für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt gewählt werden muss, also als Mittel für den Einstieg in den potenziellen Wettbewerb fungiert, handelt es sich um den Einsatz des Aktionsparameters einer Wettbewerbsform als *Strategievariable*. Diese Definition von strategierelevanten Aktionsparametern (hier benannt als Strategievariablen) beruht auf einer spieltheoretisch fundierten Betrachtung mehrstufiger Wettbewerbsprozesse, wie diese bei *Wilhelm Pfähler* und *Harald Wiese* dargestellt sind.²⁶⁸⁶ Entscheidend für die Einstufung eines Aktionsparameters als Strategievariable ist demnach der Unterschied zwischen einem *nicht-strategischen Verhalten*, d.h. der allgemeinen betriebswirtschaftlichen Nutzung eines Aktionsparameters (wie beim Preis die übliche Preiskalkulation in Orientierung an der Kostenstruktur von Fixkosten und variablen Kosten usw.²⁶⁸⁷) und einem *strategischen Verhalten*, also der Nutzung von Aktionsparametern zur gezielten Positionierung einer wirtschaftlichen Leistung im aktuellen und/oder potenziellen Wettbewerb (wie z.B. im Fall *Keck* die Nutzung des Preises zur Verfolgung einer Niedrigpreisstrategie mit dem Ziel der Preisführerschaft). Da die allgemein betriebswirtschaftlich induzierte Steuerung des Marktverhaltens für alle Marktformen (Monopol, Oligopol, Polypol etc.²⁶⁸⁸), Wettbewerbsformen und Wirtschaftsstufen der Wertschöpfungskette²⁶⁸⁹ gleichermaßen gilt, bedarf die nicht-strategische Nutzung von Aktionsparametern im weiteren Gang der Untersuchung keiner vertieften Betrachtung. Demgegenüber wird mit der strategischen Nutzung von Aktionsparametern ein subjektives Element erfasst, nämlich das dem Wirtschaftssubjekt obliegende vorausschauend planvolle und Gegenreaktionen antizipierende Entscheiden von *Marktverhalten* in der Bewertung des Marktverhaltens der Angebotskonkurrenz sowie der Marktgegenseite, und zwar unter Berücksichtigung der

²⁶⁸³ Kapitel 5 C. II. 1. c) cc) (c) (bb). Freiheit als Kapazitätskonzeption (Reduktion auf den funktionalen Kerngehalt).

²⁶⁸⁴ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁶⁸⁵ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁶⁸⁶ *W. Pfähler/H. Wiese*, a.a.O. (2008), S. 11 ff. 18/19.

²⁶⁸⁷ Produktions- und Kostentheorie, vgl. *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 133 ff.

²⁶⁸⁸ Markttypologie bzw. das sog. Stackelberg'sche Marktformschema, *T. Siebe*, ebd. (2012), S. 175.

²⁶⁸⁹ Zu den horizontalen und vertikalen Beziehungen zwischen Unternehmen auf Wirtschaftsstufen bzw. in der Wertschöpfungskette siehe *W. Kerber/U. Schwalbe*, MüKo EuWettbR (2015), Einl., Rn. 444.

zuvor bei der Selektivität festgestellten Funktionsbedingungen des Marktes (Marktstruktur) als Rahmen für die diese strategische Entscheidung.²⁶⁹⁰

Zu bewerten sind also die unter Geltung der Maßnahme (bzw. unter „Hinwegdenken“ der Maßnahme i.S.e. „Gegenprobe“) in dem relevanten Markt des transnationalen Sachverhaltes möglichen Optionen für maßgebliche *Wettbewerbsstrategien*, also das mögliche „Entscheidungsbündel“ als Aktionsradius des Wirtschaftssubjektes. Bei dieser funktional freiheitsrechtlichen Betrachtung von Strategievariablen (Freiheit als „Kapazitätskonzept“) ist zu prüfen, inwieweit verschiedene Strategien in den Wettbewerbsverhältnissen des relevanten Marktes für den Marktzutritt/-austritt (trotz der Maßnahme) als Wahlmöglichkeiten verbleiben. Dies wäre ggf. eine Strategie der Kostenführerschaft („billiger“ als die Konkurrenz), eine Produktdifferenzierungsstrategie („besser“ als die Konkurrenz), eine Komplementärstrategie („ergänzend“ bzw. „interdependent“ zu der Konkurrenz), eine Strategie der Image-Differenzierung („anders“ als die Konkurrenz) oder eine Strategie der Zeitführerschaft („schneller“ als die Konkurrenz, sog. first mover) usw.

Abbildung-24: Übersicht zu Aktionsparametern von Wettbewerbsformen als spezifische Strategievariablen und korrespondierende Wettbewerbsstrategien.

Aktionsparameter von X als spezifische Strategievariable für Wettbewerbsstrategien im Verhältnis zu Y (Marktverhalten)

1. Preis	Strategie: „billiger als Y“
2. Menge	Strategie: „mehr gegenüber Y“
3. Image/Werbung	Strategie: „subjektiv anders als Y“
4. Kompatibilität	Strategie: „passender als Y“
5. Diversifikation	Strategie: „objektiv anders zu Y“
6. Qualität	Strategie: „besser als Y“
7. Innovation	Strategie: „neuer als Y“
8. Kapazität	Strategie: „größer als Y“

© Marco Keser

In diesem Sinne einer aus der subjektiven Perspektive der im relevanten Markt agierenden Wirtschaftssubjekte zu prüfenden „Offenheit des Marktes“²⁶⁹¹, ist ausgehend von dem *Entscheidungsrahmen* (siehe Prüfung bei der Selektivität) zu analysieren, in welcher Weise die *Funktionsmechanismen* von Wettbewerbsstrategien durch die Maßnahmenanknüpfung strategisch beeinflusst werden. Rechtlich sind dabei zwei Perspektiven einzunehmen. Erstens müssen die Gehalte von Markt- und Wettbewerbsfreiheit in

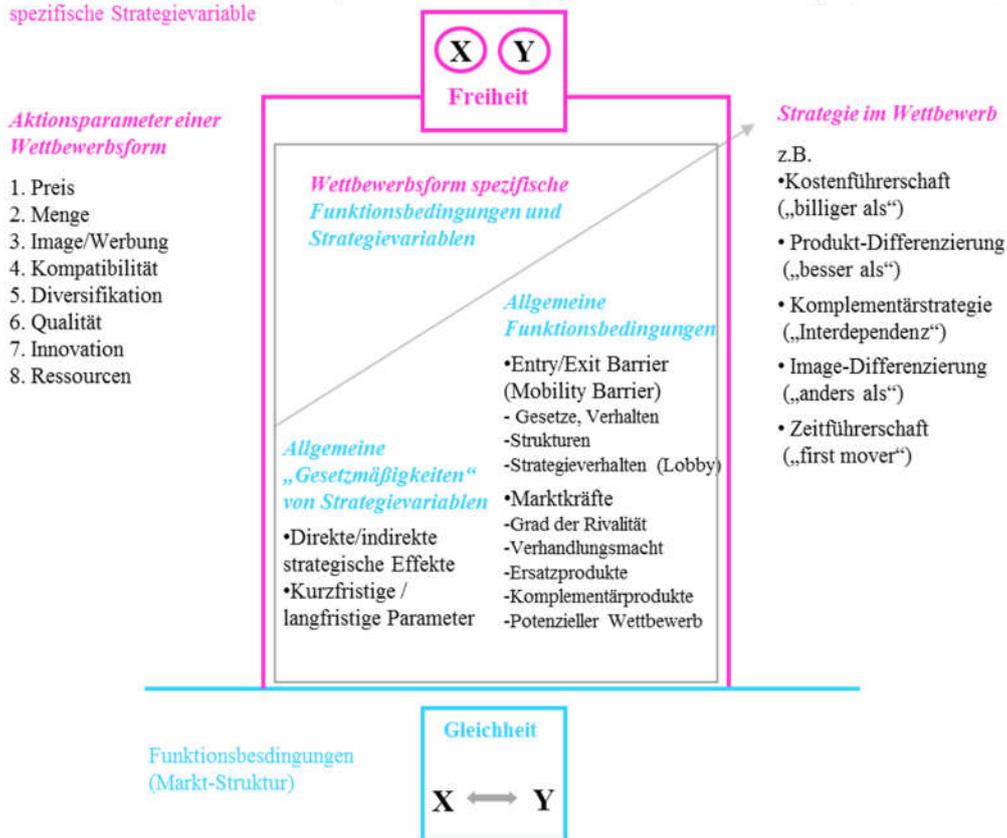
²⁶⁹⁰ Dieses folgt aus der funktional-wettbewerbsökonomischen Teleologie der EuGH *Kraus/Gebhard*-Rechtsprechung zur „Attraktivität“, EuGH *Kraus* (C-19/92, EU:C:1993:125); EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411).

²⁶⁹¹ In der Sprache der Literatur zur Wettbewerbstheorie und wie in Art. 119, 120 AEUV mit der Formulierung „Grundsatz einer *offenen* Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ in Bezug genommen.

Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot es als *Marktzugangsfreiheit* betrachtet werden, d.h. die Entscheidungsfreiheit im Sinne eines maximal möglichen Bündels transnationaler Handlungsoptionen (freiheitsrechtliche Kapazitätskonzeption). Zweitens sind die Gehalte von Markt- und Wettbewerbs*gleichheit* in Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot es als *Marktzugangsgleichheit* betreffend die Marktzugangsfreiheit zu betrachten, d.h. es ist ein Vergleich möglicher Handlungsbündel zwischen Wettbewerbern hinsichtlich *gleich freier* sowie gerechter Entscheidungs- und Handlungsoptionen (gleichheitsrechtliche Relationskonzeption in der Interdependenz zur freiheitsrechtlichen Kapazitätskonzeption) anzustellen. Hierbei sind die freiheits- und gleichheitsrechtlichen Facetten der Mobilitätsphasen („Freiheit“, „Gleichheit nach der Freiheit“) einzubeziehen.

Abbildung-25: Die Freiheit als Kapazitätskonzeption und die Gleichheit als Relationskonzeption in ihren Bezügen zu spezifischen Strategievariablen und Wettbewerbsstrategien (abstrahierte Darstellung als „System“).

Entscheidung zur Wahl eines Aktionsparameters zur Verfolgung einer transnationalen Strategie (Markt-Verhalten) / spezifische Strategievariable



(a) *Beispiel-1: Preis- und Kapazitätswettbewerb*

Eine staatliche *Mindestpreisregelung*, welche wie im Sachverhalt der EuGH *Keck-Entscheidung* (1993)²⁶⁹² (oder im Fall *Van Tiggele* (1978)²⁶⁹³ bzw. zuletzt im Fall *Scotch Whiskey* (2015)²⁶⁹⁴) eine bestimmte Art der Preisfestsetzung für den Endverkauf von Waren verbietet, betrifft auf den ersten Blick den *Preiswettbewerb* (1) als Wettbewerbsform der zweiten Wettbewerbsstufe. Eine strategisch wettbewerbsökonomische Betrachtung am Beispiel des Sachverhaltes der *Keck-Entscheidung* offenbart jedoch, dass mit dem Verbot einer Preisfestsetzung unterhalb des eigenen Einkaufspreises tatsächlich eine Anknüpfung an die betriebswirtschaftliche Preiskalkulation von Wirtschaftssubjekten vorliegt die dazu führt, dass der *Kapazitätswettbewerb* (8) als Wettbewerbsform der ersten Wettbewerbsstufe zur hauptsächlich für den Markt relevanten Wettbewerbsform avanciert. Dies ergibt sich aus den folgenden Zusammenhängen.

Soweit eine *Niedrigpreisstrategie*, wie im Fall *Keck*, nur oberhalb eigener Einkaufspreise genutzt werden kann, hier als Folge einer staatlichen Mindestpreisregelung, sind bestehende Kundenbindungen der Marktgegenseite zu im Markt etablierten Angebotskonkurrenten über niedrigere Preise i.d.R. nicht auflösbar. Insoweit ist der Markt über den Preiswettbewerb nur beschränkt oder gar nicht „angreifbar“ (contestable markets Theorie).²⁶⁹⁵ Als Alternative müssten im Angebotswettbewerb nunmehr Wettbewerbsstrategien unter Einsatz langfristig wirkender Aktionsparameter verfolgt werden. Dies sind gemäß der wettbewerbsökonomischen Analysematrix entweder Wettbewerbsstrategien der ersten Wettbewerbsstufe im Zusammenhang der Input Ebene (Kapazitätswettbewerb; Innovationswettbewerb) oder Strategien des Image-, Kompatibilitäts-, Diversifikation-, Qualitätswettbewerbs auf der Output-Ebene. Wirtschaftssubjekte, welche indessen nur über eine geringere Ressourcenausstattung (wie im Beispiel X) als die Angebotskonkurrenz (im Beispiel Y) verfügen, wie etwa Newcomer oder kleine Unternehmen (X). Eben letztere Unternehmen (X) werden durch eine staatliche Mindestpreisregelung daher strukturell beschränkt, zumindest soweit der Charakter der wirtschaftlichen Leistung in dem relevanten Markt so gestaltet ist, dass die Marktgegenseite primär auf Preisunterschiede reagiert (Tatfrage der sog. Kreuzpreiselastizität). Im Beispiel ist dies die Eigenschaft von Standard Röstkaffee als relativ homogenes und damit leicht substituierbares Produkt, womit bei Kaffee der Preiswettbewerb aus Sicht der Marktgegenseite eine zentrale Bedeutung für die Nachfrageentscheidung hat. Damit liegt eine erhebliche Reduzierung des Aktionsradius vor, d.h. eine Begrenzung der Wettbewerbs-

²⁶⁹² EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁶⁹³ EuGH *Staatsanwaltschaft des Königreichs der Niederlande/Jacobus Philippus Van Tiggele (Van Tiggele)* (Rs. 82/77, EU:C:1978:10).

²⁶⁹⁴ EuGH *Scotch Whisky* (C-333/14, EU:C:2015:845).

²⁶⁹⁵ Die Sachverhalte einer sog. *Kampfpreisstrategie* (predatory pricing), bei denen ein Wirtschaftssubjekt durch eine gezielte Preiskalkulation unterhalb des Limits der Konkurrenten agiert, um diese zum Marktaustritt zu zwingen bzw. um den Marktzutritt neuer Konkurrenten abzuschrecken, sind hiervon zu unterscheiden. Siehe hierzu zuletzt im Zusammenhang der Frage eines neuen „consumer choice“ approach im Kartellrecht unter Einbeziehung der EuG/EuGH Leading cases *France Télécom*, *Microsoft* und *Intel u.a., P. Nihoul*, „Freedom of choice“: the emergence of a powerful concept in European competition law, in: *Nihoul/Charbit/Ramundo* (Hrsg.), *Choice* (2016), S. 9 ff.

strategiewahlfreiheit für eine *spezifische Strategievariable* ist durch die Maßnahme in dem relevanten Markt (Standard Röstkaffee) für kleine (ressourcenschwache) Wirtschaftssubjekte (X) gegeben.

(b) Beispiel-2: Kompatibilitäts- und Kapazitätswettbewerb

In dem Sachverhalt der EuGH Entscheidung *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁶⁹⁶ verhält sich die Situation wie folgt. Durch die Anknüpfung der Maßnahme (Verbot der StVO) an eine bestimmte Kombination von Fahrzeugen (Kleinkraftrad mit Anhänger), wird eine Kombination zweier komplementärer Produkte tangiert, wobei das eine Produkt (Anhänger) ohne das komplementäre andere Produkt (Kleinkraftrad) einerseits keinen Absatz mehr finden kann (Warenmarkt für Anhänger) und andererseits in der Kombination von Kleinkraftrad und Anhänger keine Transporte mehr durchgeführt werden dürfen (Dienstleistungsmarkt für Kleintransporte). Damit wird erstens der *Kompatibilitätswettbewerb* (4) betreffend ergänzende Produkte für Kleinkrafträder in strategisch-protektionistischer Form für Produzenten, Groß- und Einzelhändler von Anhängern für Kleinkrafträder (Branche 1, Maßstab Art. 34, 35 AEUV) ausgeschaltet. Zweitens wird der Markt für Kleintransporte beschränkt (Branche 2, Maßstab Art. 56 AEUV).

Den „Spezialisten“ im Anhängersegment des Produktmarktes und des Dienstleistungsmarktes verbleibt nur noch die Möglichkeit mit anderen Wettbewerbsformen zu agieren, etwa in den Innovationswettbewerb (7) oder in den Qualitätswettbewerb (6) einzutreten, d.h. in Ressourcen intensivere Wettbewerbsformen der ersten Wettbewerbsstufe. Eine Möglichkeit wäre, ein vollkommen neues bzw. anderes Produkt im Markt für Transportfahrzeuge für Kleintransporte anzubieten (Produktmarkt) oder neue Formen von Kleintransporten (Dienstleistungsmarkt) oder besonders hochwertige Transportfahrzeuge bzw. Transportdienstleistungen (neue Servicelevel) anzubieten. Solche Strategien werden aber nur Unternehmen gelingen, welche entweder über nennenswerte Kapital- bzw. Liquiditätsreserven verfügen oder in der Lage sind kreditfinanziert Innovationen zu betreiben. Dies sind Unternehmen, die hinsichtlich der Wettbewerbsformen der ersten Wettbewerbsstufe auf der Input-Ebene (Funktionsgruppe-I) bereits Vorteile haben. Damit liegt eine spezifische Reduzierung des Aktionsradius für kleine Unternehmen vor, die auf kostengünstige Transportfahrzeuge bzw. Transportdienstleistungen angewiesen sind. Damit besteht eine erhebliche Begrenzung der Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit für eine *spezifische Strategievariable* in dem relevanten Markt.

(2) Strategische Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten

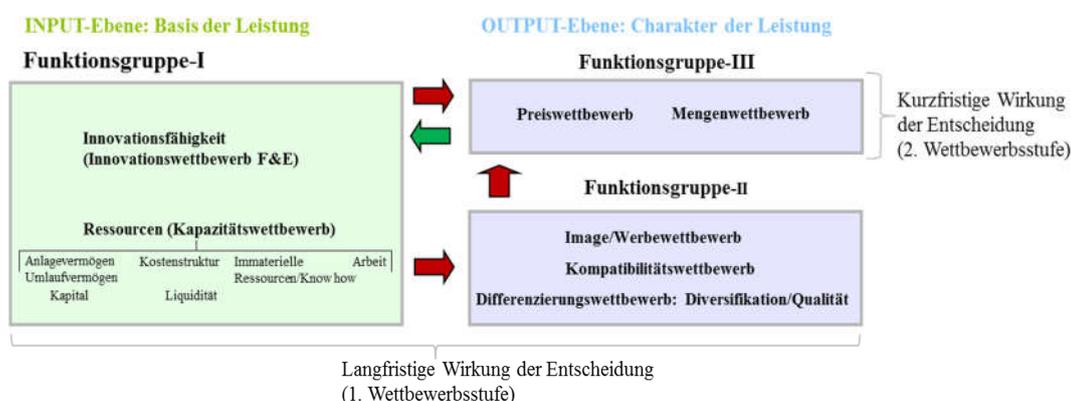
Nachdem zuvor (1)) eine wesentliche Reduzierung des Aktionsradius und damit der Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit als erste Voraussetzung der Spezifität festgestellt wurde, ist nunmehr der Nachweis zu führen, dass eine strategische Beeinflussung von typischen *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* der für die Wettbewerbsstrategie (Entschei-

²⁶⁹⁶ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

dingsgegenstand) maßgeblichen Entscheidungsvariablen vorliegt (Input-/Output als Bezugspunkt der Entscheidung; Kurz- oder Langfristigkeit als Wirkungsdauer der Entscheidung) und die Positionierung im aktuellen und/oder potenziellen Wettbewerb betriebswirtschaftlich bewertet als nicht mehr lohnend („attraktiv“) erscheint.

Für die Feststellung dieser Wirkungen einer Maßnahme müssen die zuvor hergeleiteten Entscheidungsgesetzmäßigkeiten zu Entscheidungsvariablen von Wettbewerbsformen²⁶⁹⁷ in die Prüfung einbezogen werden. Im Mittelpunkt stehen hierbei die Interdependenzen von Wettbewerbsformen in Funktionsgruppen und die Nutzung von Aktionsparametern als kurz- oder langfristig wirkende Strategievariablen auf der Input- oder der Output-Ebene.

Abbildung-26: Entscheidungsgesetzmäßigkeiten und Entscheidungsvariablen in der Ordnung von Funktionsgruppen.



© Marco Keser

(a) Beispiel-1: Mindestpreisregelung

Wie bereits zuvor bei der Selektivität (b)) festgestellt, bedingt die staatliche Mindestpreisregelung auf der Marktstufe des Einzelhandels in der wettbewerbsstrategischen Bewertung, dass *Niedrigpreisstrategien* im Geschäft mit Endverbrauchern nicht zur Anwendung gelangen können, zumindest nicht, solange die Preisbildung auch nur zeitweise unter dem Einkaufspreis für die angebotene Ware liegt. Daraus resultiert für die Wirtschaftsstufe des Einzelhandels ein mittelbarer Zwang zur Nutzung langfristig wirkender Wettbewerbsstrategien, d.h. zur Nutzung kostenintensiver Aktionsparameter der ersten Wettbewerbsstufe (Funktionsgruppe-I und -II) als Strategievariablen für den potenziellen Wettbewerb.

In der Gesamtbetrachtung sind damit aus wettbewerbsstrategischer Sicht durch die Mindestpreisregelung die Entscheidungsgesetzmäßigkeiten für den Preiswettbewerb strukturell zu Lasten von Wirtschaftssubjekten mit geringerer Ressourcenausstattung verändert, womit der *Kapazitätswettbewerb* (8) zu der für die Generierung von Wettbewerbsvorteilen eigentlich maßgeblichen Wettbewerbsform avanciert. Damit liegt eine

²⁶⁹⁷ Zuvor Abschnitt II. 1. a) cc) (1) (c) (bb).

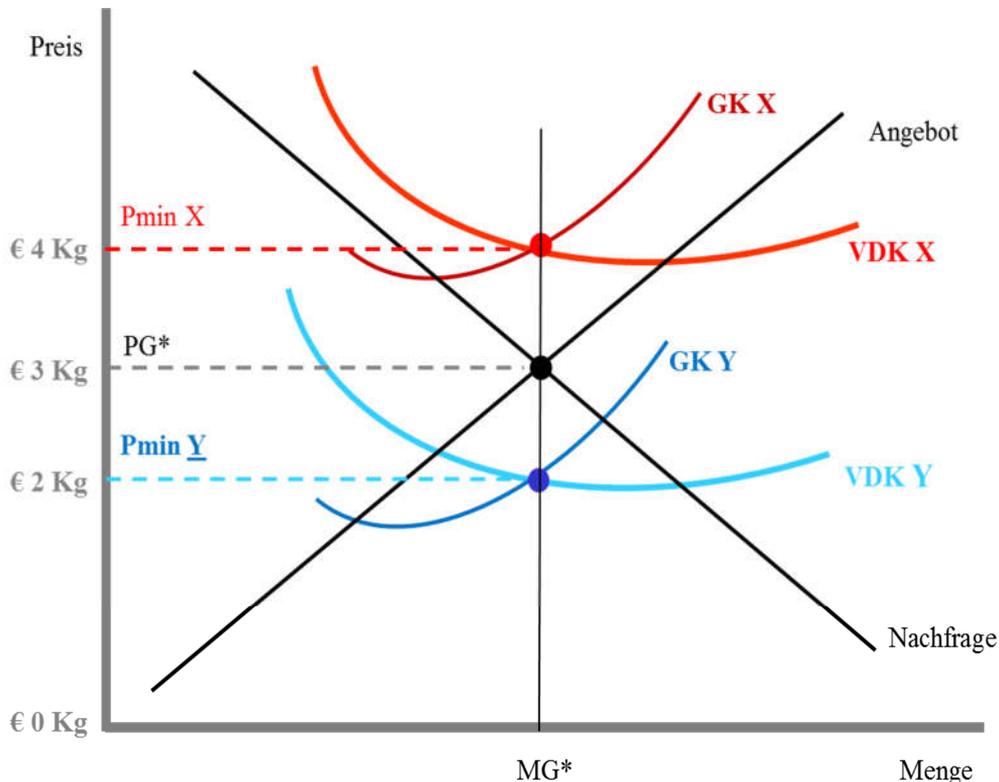
strategisch-protektionistische Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der für den relevanten Markt zentralen Wettbewerbsform in der *Interdependenz von Preis- und Kapazitätswettbewerb* vor. Denn die *direkte Anknüpfung der Mindestpreisregelung an die betriebswirtschaftliche Preiskalkulation*, deren Möglichkeiten sich primär aus den Ressourcen und der möglichen Kostenfunktion von Wirtschaftssubjekten ableiten, *betrifft typischerweise weniger kapitalstarke Unternehmen* (wie im Beispiel X) signifikant stärker als kapitalstarke (wie im Beispiel Y). Dies soll nachfolgend exemplarisch im Detail weiter ausgeführt werden.

(aa) Strategisch-mikroökonomische Bewertung

Eine strukturelle und damit strategisch-protektionistische Wirkung der Maßnahme, welche den *Preiswettbewerb (I)* als den maßgeblichen Wettbewerb betreffend homogene Leistungen für den potenziellen Wettbewerb „unattraktiv“ macht, lässt sich unter Einbeziehung der mikroökonomischen Funktionsmechanismen und Gesetzmäßigkeiten zu sog. *Gewinn- und Produktionsschwellen* nachweisen.

Der Preiswettbewerb ist für kleine Unternehmen (X, wie z.B. den Supermarkt eines Einzelhändlers, eine kleine GmbH oder ein Bioladen) nicht mehr „attraktiv“ für den potenziellen Wettbewerb, und eigentlich auch nicht mehr für den aktuellen Wettbewerb. Denn „kleine“ Unternehmen (X) können aufgrund ihrer Kostenfunktion systembedingt niemals eine Preiskalkulation wählen, die ein Unterbieten der „großen“ Unternehmen (Y) ermöglicht. Dies folgt insbesondere daraus, dass große Unternehmen auf dem Vormarkt, also im Einkauf, aufgrund ihrer Nachfragemacht i.d.R. wesentlich günstigere Stückpreise verwirklichen können (*ceteris paribus* und hier als für den Sachverhalt festgestellt angenommen), und deshalb deren Preiskalkulation immer niedrigere Endverkaufspreise auf der Einzelhandelsstufe ermöglicht als die der Angebotskonkurrenz durch kleine Unternehmen. Dies zeigt in vereinfachter Form die nachfolgende Graphik.

Abbildung-27.²⁶⁹⁸ Selektiv spezifische Wirkung einer staatlichen Mindestpreisregelung auf die Preiskalkulation von „Kleinunternehmen“ (X) und „Großunternehmen“ mit Nachfragemacht auf dem Vormarkt (Y).



© Marco Keser

Die Graphik zeigt einen fiktiven Gleichgewichtspreis PG^* für Röstkaffee auf der y-Achse in Höhe von 3 Euro, dem die abgesetzte Menge MG^* auf der x-Achse entspricht. Die Kosten von Röstkaffee auf dem Vormarkt (Einkaufspreis) für kleine Unternehmen (X) und für große Unternehmen mit Nachfragemacht (Y) sind jeweils auf der y-Achse abgetragen (für X=Euro 4; für Y=Euro 2) und aus Sicht der Unternehmen X und Y jeweils Bestandteil ihrer Variablen Durchschnittskosten (jeweils Kurve VDK), also der Kosten pro Einheit/Kg etc. Die Grenzkostenkurve zeigt für X (GK X) und für Y (GK Y) jeweils die mit der letzten „Einheit“ verbundenen zusätzlichen Kosten an. Stark vereinfachend (*ceteris paribus*) wird hier angenommen, dass ein Verkauf unter dem Einstandspreis im Sinne der französischen Mindestpreisregelung (EuGH *Keck*) hier einem Angebot von Kaffee an Endverbraucher zu einem Preis unterhalb von P_{minX} bzw. P_{minY} entspricht, also unterhalb des Schnittpunktes von VDK/GK. Denn ein Angebot unterhalb der variablen Durchschnittskosten (VDK) im Schnittpunkt der Grenzkosten (GK) bedeutet, dass die Variablen Kosten nicht mehr durch die Erlöse gedeckt werden und dem Unternehmen dadurch Verluste entstehen. Dies entspricht dem Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Mindestpreisregelung.

²⁶⁹⁸ In Anlehnung an Graphiken bei T. Siebe, Mikroökonomie (2012), S. 79 Abbildung 21: Preis-, Mengen- und Wohlfahrtswirkungen eines Mindestpreises und S. 163 Abbildung 51: Produktionsschwelle und kurzfristige Preisuntergrenze.

Aufgrund der hier angenommenen Nachfragemacht von Y auf dem Vormarkt gegenüber Produzenten/Großhändlern von Röstkaffee liegt der Einkaufspreis für 1 Kg Röstkaffee für Y im Durchschnitt bei 2 Euro. Demgegenüber liegt der Einkaufspreis bei Unternehmen X für dieselbe Menge Röstkaffe bei durchschnittlich 4 Euro. Unter Einhaltung der staatlichen Mindestpreisregelung, welche einen Verkauf von Produkten unter dem Einstandspreis auf der Einzelhandelsstufe strafbewehrt verbietet, kann das kleine Unternehmen X Röstkaffee an den Endverbraucher also nicht einmal zu dem fiktiven Gleichgewichtspreis (PG*) anbieten, da der eigene Einkaufspreis pro Kg in Höhe von 4 Euro bereits über diesem liegt und sogar zwei Euro über dem der großen Unternehmen Y. Demgegenüber kann das große Unternehmen Y sogar unterhalb des fiktiven Gleichgewichtspreises (PG*) Kaffee an Endverbraucher anbieten, ohne die Mindestpreisregelung zu verletzen. Wollte das Unternehmen X also im Preiswettbewerb gegenüber Y „mithalten“ wollen, müsste es gegen die Mindestpreisregelung verstoßen und Röstkaffe an Endverbraucher mindestens zu 2 Euro pro Kg anbieten.

Diese (stark vereinfachten) Ausführungen zu den Funktionsmechanismen in der Interdependenz von Preis- und Kapazitätswettbewerb veranschaulichen, dass eine staatliche Mindestpreisregelung dieselben Marktbarrieren bilden kann wie ein Preiskartell (Art. 101 AEUV). Eine gesetzliche Regelung, die mit der Begründung eingeführt wird, „ruinösen Preiswettbewerb“ zu verhindern, kann also unter Berücksichtigung der konkreten Funktionsbedingungen und Entscheidungsgesetzmäßigkeiten des relevanten Marktes bei wettbewerbsstrategischer Betrachtung genau die gegenteilige Wirkung von dem Erzeugen, was sie nach der Gesetzesbegründung erzielen soll. Der Mindestpreis schützt hier im konkreten (vereinfachten) Beispiel nicht den fairen Preiswettbewerb bzw. nicht in jedem Fall, sondern protegiert tendenziell (strategisch bewertet) „große“ Unternehmen mit Nachfragemacht auf dem Vormarkt (Tatfrage).

Zurückkommend auf die hier anzustellende Konkretisierung des Subsumtionskriteriums *Spezifität* verdeutlicht das vorstehende Beispiel, dass es für den Nachweis der strategisch-protektionistischen Wirkung einer Maßnahme auf eine Gesamtbetrachtung ankommt. Dabei sind maßgeblich, erstens die Interdependenzen von Wettbewerbsformen der zweiten Wettbewerbsstufe (hier Preiswettbewerb) und der ersten Wettbewerbsstufe (hier Kapazitätswettbewerb versus Qualitäts- und Werbe-/Imagewettbewerb); zweitens jene für die Preiskalkulation geltenden mikroökonomischen Funktionsmechanismen und Gesetzmäßigkeiten (Produktionsfunktionen, Kostenfunktion usw.); drittens das typische Verhalten der Markgegenseite, im vorliegenden Beispiel bei einem relativ homogenen Gut mit entsprechender Substituierbarkeit gemäß den Gesetzmäßigkeiten der Kreuzpreiselastizität (Nachfragefunktion, Präferenzen).

Zurückkommend auf das Fallbeispiel müssten also kleine Unternehmen X im Hinblick auf Verbrauchergewohnheiten und Kundenbindungen zu Unternehmen Y die Nachfrage z.B. gezielt durch Werbemaßnahmen umlenken, d.h. bestehende Kundenbindungen zu den Supermärkten über den *Image-/Werbewettbewerb* „angreifen“. Da indes „kleinen“ Unternehmen X (z.B. Bioläden) in der Regel keine nennenswerten Werbeetats zur Verfügung stehen, bliebe für das mittel- bis langfristige unternehmerische Ziel eines Eintritts in den potenziellen *Qualitätswettbewerb* (hier höhere Qualität bzw.

bessere Umwelt- und Sozialverträglichkeit wie z.B. von Fair Trade-Bioware vorausgesetzt) nur der *Preiswettbewerb* mit einer zumindest kurzfristigen Niedrigpreisstrategie, um bestehende Kundenbindungen „anzugreifen“. Eben diese Wettbewerbsstrategie ist durch die staatliche Mindestpreisregelung den Unternehmen X aber versagt. Fraglich ist zudem, ob das Ziel bzw. der Zweck der gesetzlichen Mindestpreisregelung (z.B. Verhinderung von Kampfpreisstrategien / predatory pricing) überhaupt durch eine Maßnahmenanknüpfung an die interne Preiskalkulation von Wirtschaftssubjekten erreichbar ist, oder ob nicht andere, weniger in die Entscheidungsgesetzmäßigkeiten von Wettbewerbsformen/Wettbewerbsstrategien eingreifende Maßnahmen denkbar sind. Dies sind Aspekte, welche bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der „Geeignetheit“, der „Erforderlichkeit“ und der „Angemessenheit“ zu subsumieren sind (hierzu sogleich Abschnitt C.).

(bb) Wirkung auf den Marktzutritt/Marktaustritt

Nachdem die strategisch-mikroökonomische Bewertung (zuvor aa)) des Sachverhaltes ergeben hat, dass die Nutzung von für den relevanten Markt maßgeblichen Strategievariablen strategisch-protektionistisch reduziert ist und damit die *Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit* spezifisch begrenzt wird, muss nunmehr noch die Wirkung dieser Reduzierung auf den aktuellen und den potenziellen Wettbewerb festgestellt werden, also der konkrete Einfluss dieser Begrenzung des Aktionsradius auf den Marktzutritt und/oder Marktaustritt (transnationale wirtschaftliche Mobilität).

Die staatliche Mindestpreisregelung „bewirkt“ in dem Beispiel konkret eine *Abschreckung des Marktzutritts* („deterred entry“) für kleine, ressourcenschwache Wirtschaftssubjekte (X). Denn strukturell und damit strategisch-protektionistisch bleiben diesen Möglichkeiten des Preiswettbewerbs, wie insbesondere Niedrigpreisstrategien (kurzfristige Strategien) versagt. Aber auch die Möglichkeiten des Qualitätswettbewerbs oder des Werbe-/Imagewettbewerbs (langfristige Strategien) sind effektiv für solche Wirtschaftssubjekte nicht wirksam, da der Preis die entscheidende Variable im Hinblick auf die Nachfrageentscheidung der Marktgegenseite bildet. Somit verbleibt kleinen Unternehmenstypen (X), welche auf dem Vormarkt (im Beispiel Einkauf von Röstkaffee) entweder aufgrund fehlender Nachfragemacht (z.B. Bioladen oder Einzelunternehmer-Supermarkt) oder aus ethischer Überzeugung (z.B. Fair Trade-Bioladen) regelhaft weniger günstig einkaufen können als Ressourcen starke Unternehmen (z.B. Supermärkte eines Konzerns) nur die Möglichkeit, entweder den Markt zu verlassen (Marktaustritt) oder eigene (ethische) Überzeugungen von z.B. nachhaltiger Ware und Produktion aufzugeben und über andere Produktparten in den potenziellen Wettbewerb einzutreten. Hiermit zeigt sich im Ergebnis, dass staatliche Mindestpreisregelungen sehr weitgehende Effekte auf die Marktstruktur und das Marktverhalten und damit auch auf das Marktergebnis haben können (SVE-Paradigma). Denn zu dem Marktergebnis können i.w.S. auch die gesellschaftlichen Effekte gezählt werden, welche sich in dem hier beispielhaft skizzierten Wettbewerbsverhältnis von „kleinen“ und „großen“ Unternehmen (Fair Trade Bio Kaffee vs. Standard Röstkaffee aus industriellem Anbau) darin zeigen, dass

nachhaltig produzierte und „ethisch“ gehandelte Waren auf den konkreten Absatzmärkten durch staatliche Maßnahmen strategisch benachteiligt sein können.

(cc) Ergebnis

Im Ergebnis der kursorischen spieltheoretisch-wettbewerbsökonomischen Betrachtung zeigt sich, dass in der strategischen Bewertung der Branche in Wirtschaftsstufen der Wertschöpfungskette (Produzent, Großhandel, Einzelhandel, Verbraucher) auf der *Einzelhandelsstufe* (X versus Y) zu erkennen ist, dass die Ressourcenausstattung (Kapazitätswettbewerb) entscheidend ist für die Möglichkeit einer *Kostenführerschaft*, welche u.a. die Möglichkeit eröffnet, Konkurrenten von einem Marktzutritt (etwa durch eine *Limit-Preisstrategie*²⁶⁹⁹) abzuschrecken.

Die gesetzliche Mindestpreisregelung (Maßnahme) im Fall EuGH *Keck* wirkt in der *Interdependenz von Preis- und Kapazitätswettbewerb* systembedingt strategisch-protektionistisch zugunsten „großer“ Unternehmen, da deren relativer Kostenvorteil durch Ressourcenstärke hinsichtlich des Einkaufs auf dem Vormarkt (Nachfragemacht auf der Wirtschaftsstufe der Produzenten und des Großhandels) durch die potenziellen Wettbewerber mit geringerer Kapitalausstattung („kleine“ Unternehmen), und damit weniger günstigerer Kostenstrukturen und somit weniger Nachfragemacht auf dem Vormarkt, systembedingt niemals unterboten werden kann. Denn die Mindestpreisregelung knüpft das Tatbestandsmerkmal „unter dem Einkaufspreis“ konkret (Anknüpfungspunkt) betreffend die interne unternehmerische (betriebswirtschaftliche) Kosten-/Preiskalkulation an. Eben dieser mögliche Einkaufspreis unter Befolgung der gesetzlichen Mindestpreisregelung (Maßnahme) bestimmt sich aber nicht nach der „qualitativen“ Leistungsfähigkeit eines Wirtschaftssubjektes betreffend die Wettbewerbsformen der Funktionsgruppe-II (wie Qualität, Kompatibilität etc.), sondern allein danach, wie sehr das Wirtschaftssubjekte durch „Größe“ auf dem Vormarkt geringere Einkaufspreise durchsetzen kann. Auf diese Weise liegt der Einkaufspreis „großer“ Wirtschaftssubjekte strategisch bewertet systemimmanent (d.h. gemäß der Konzeption der Maßnahmen) immer unter dem möglichen Einkaufspreis der „kleinen“ Wirtschaftssubjekte, so dass die gesetzliche Mindestpreisregelung strukturell zu Ungunsten kleiner Wirtschaftssubjekte (und damit vermutet protektionistisch) die Kalkulation des Endverkaufspreises nach unten limitiert.

Die Bewertung einer solchen gesetzlichen Mindestpreisregelung als „bestimmte Verkaufsmodalität“ widerspricht daher in offensichtlicher Weise den Entscheidungsgesetzmäßigkeiten in der Interdependenz von Wettbewerbsstrategien der ersten Wettbewerbsstufe (Funktionsgruppen-I/-II) und der zweiten Wettbewerbsstufe (Funktionsgruppe-III). In der wettbewerbsökonomischen Detailanalyse zeigen die Interdependenzen von Input und Output-Ebene, dass sowohl eine Mindestpreisregelung in der Form des Verbots eines Endverkaufspreises unterhalb des eigenen Einkaufspreises, welches oberflächlich betrachtet als „bestimmte Verkaufsmodalität“ unkritisch erscheint, als auch jede andere Mindestpreisregelung hinsichtlich der für den Kapazitäts- und den

²⁶⁹⁹ W. Pfähler/H. Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 82.

Qualitätswettbewerb maßgeblichen Funktionsmechanismen regelmäßig erhebliche wettbewerbsstrategische Nachteile für ressourcenschwache Wirtschaftssubjekte bewirkt. Dies sind insbesondere solche Wirtschaftssubjekte, welche aufgrund fehlender Marktmacht auf dem Vormarkt (Wirtschaftsstufe Produzenten und Großhandel) keine großen Warenmengen (wie z.B. Kaffee) einkaufen können und folglich keine entsprechenden Einkaufsrabatte gewährt bekommen. Damit wirkt die Mindestpreisregelung im Fall *Keck* im Hinblick auf die Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der Entscheidungsvariablen der zuvor genannten Wettbewerbsformen strategisch-protektionistisch und damit selektiv zu Lasten „kleiner“ Unternehmen.

(b) Beispiel-2: Sicherheitsvorschrift

Betreffend den Sachverhalt der EuGH-Entscheidung zur Rechtssache *Kommission/Italien (Anhänger)* zeigen die Entscheidungsgesetzmäßigkeiten in der Wechselbezüglichkeit von Funktionsgruppe-I und Funktionsgruppe-II, dass bei dem Ausschluss des Kompatibilitätswettbewerbs durch die Maßnahme (StVO) nur noch über langfristig wirkende Strategien der Funktionsgruppe-I, d.h. über den Kapazitäts- oder Innovationswettbewerb in den Markt eingetreten werden kann, oder über andere Wettbewerbsformen als den Kompatibilitätswettbewerb der Funktionsgruppe-II. Angesichts der fehlenden Komplementarität von Anhängern und Krafrädern durch das Verbot der StVO, laufen die Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der Funktionsgruppe-III, also der Preis- oder Mengenwettbewerb ohnehin leer. Konkret bedeutet dies für Hersteller von Anhängern (Produzentenstufe) und für Kleintransportunternehmungen (Dienstleistung für die Marktgegenseite von Kleintransportbedarfen), dass der Markt nur mit hohem Kapitaleinsatz „angegriffen“ werden kann, womit eine „Offenheit“ i.S.d. „contestable market“-Ansatzes nicht mehr gegeben ist. Strategien der Produktinnovation oder die Erschließung vollkommen neuer Qualitäten von Kleintransporten wären erforderlich. Sämtliche dieser Strategien sind kapitalintensiv und benachteiligen somit strukturell, d.h. strategisch-protektionistisch „kleinere“ Wirtschaftssubjekte.

2. Zurechnung (Marktverantwortung)

Nachdem mit der Subsumtion zur Mobilitätsbeschränkung festgestellt wurde, dass die Maßnahme eine Beschränkung von Marktzutritt und/oder Marktaustritt „bewirkt“, ist in einem zweiten Schritt die Wirkung der Maßnahme einem Maßnahmenurheber zuzurechnen, wobei zwischen einer *prozessrechtlichen Ebene* (Passivlegitimation) und einer *materiell-rechtlichen Ebene* (Akzessorietät, Äquivalenz, Adäquanz) zu unterscheiden ist. Mit dem Kriterium der „Zurechnung“ werden somit zwei Ebenen der Anwendung bei der Geltendmachung bzw. Durchsetzung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot in förmlichen Rechtsverfahren²⁷⁰⁰ erfasst, bei denen i.d.R. jeweils die Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen ist.

²⁷⁰⁰ Beispielsweise Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt, Anfechtungsklage und/oder Feststellungsklage im Verwaltungsgerichtsprozess, Strafverfahren, Zivilklageverfahren.

a) *Prozessrechtliche Ebene (Zulässigkeit)*

Für die prozessuale Ebene der Prüfung von Aktiv- und Passivlegitimation im Rahmen der Zulässigkeit eines förmlichen Rechtsverfahrens folgt aus der funktionalen Auslegung des Maßnahmenbegriffs, dass die Bestimmung der Parteienverhältnisse nicht mehr über die Qualität des Rechtssubjektes als staatlich oder privat erfolgt, sondern über eine summarische Zuordnung von Handlungsbeiträgen in deren strategisch-protektionistischen Wirkung auf den Marktprozess. Dies entspricht der in Kapitel 4 begründeten funktionalen Auslegung des Kontrollgegenstandes und dem funktionalen Maßnahmenbegriff der Grundfreiheiten.²⁷⁰¹ Im Rahmen der Zulässigkeit sind also die bei dem Kontrollgegenstand ausgeführten Subsumtionsschritte zur Feststellung des *transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes*²⁷⁰² summarisch zu prüfen, da sich hiermit sowohl die für den Streitgegenstand (Maßnahme) anwendbaren subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV als auch die Normadressaten ermitteln lassen. Die Frage der Konkurrenz der Grundfreiheiten sowie des Verhältnisses von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln, z.B. die parallele Anwendbarkeit von Art. 107 AEUV und Grundfreiheiten²⁷⁰³, wird hier relevant.

Unter Berücksichtigung der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV²⁷⁰⁴ und des funktionalen Komplementärverhältnisses von Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung²⁷⁰⁵ besteht so bei der Prüfung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverboteseine wünschenswerte Kohärenz von prozessualer und materieller Ebene, die eine hinreichend exakte Bestimmung der Aktiv- und Passivlegitimation ermöglicht. Denn die Kriterien zur Feststellung der Aktiv- und Passivlegitimation stehen im Einklang mit der materiellen Prüfung bei dem Kontrollgegenstand und dem Kontrollmaßstab, da die Feststellung der Mobilitätsbeschränkung (strategisch-protektionistisch beeinflusster Marktzutritt und/oder Marktaustritt) im Rahmen der Begründetheit ebenso anhand funktional-wettbewerbsökonomischer Variablen erfolgt und damit unabhängig ist von der förmlichen Rechtssubjektqualität des Maßnahmenurhebers.

b) *Materiell-rechtliche Ebene (Begründetheit)*

Soweit die Subsumtion des *transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes* (Prüfung der Aktiv- und Passivlegitimation im Rahmen der Zulässigkeit; Prüfung des Anknüpfungsgegenstandes der Maßnahme bei dem Kontrollgegenstand) sowie die Prüfung der Mobilitätsbeschränkung²⁷⁰⁶ ergibt, dass die Wirkung der Maßnahme neben einer

²⁷⁰¹ Kapitel 4 B. II. 4. Funktional definierter Kontrollgegenstand und Kapitel 4 B. III. 3. Funktionaler Maßnahmenbegriff.

²⁷⁰² Kapitel 6 A. I. 1. b).

²⁷⁰³ Kapitel 4 B. II. 1. a) cc).

²⁷⁰⁴ Kapitel 3 B. und Kapitel 4 A.

²⁷⁰⁵ Kapitel 4 C.

²⁷⁰⁶ Zuvor 1. a) bis c).

Grundfreiheit oder mehreren Grundfreiheiten auch die Wettbewerbsregeln²⁷⁰⁷ betrifft (Anspruchsmehrheit) oder eine Grundfreiheit durch einen privaten Maßnahmenurheber²⁷⁰⁸ und zugleich einen hoheitlichen Maßnahmenurheber tangiert ist²⁷⁰⁹ (Parteienmehrheit), muss eine Zurechnung von „Handlungsbeiträgen“ erfolgen. Beide Konstellationen können in einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt freilich auch kombiniert auftreten, z.B. wenn ein privater Maßnahmenurheber eine Grundfreiheit verletzt und zugleich eine staatliche Einrichtung die Wettbewerbsregeln und die Grundfreiheiten.

Im Fall einer Anspruchsmehrheit von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln wird das Kriterium der *Akzessorietät* relevant (hierzu aa)) sowie die *Äquivalenz* und *Adäquanz* (hierzu bb)). Im Falle einer Parteienmehrheit sind nur letztere Zurechnungskriterien maßgeblich.

aa) *Akzessorietät der Handlungen*

Das Zurechnungskriterium der *Akzessorietät* ist, wie in Kapitel 4 bei der Funktionsabgrenzung der hoheitlichen und privaten Machtkontrolle ausgeführt, dann relevant, wenn eine Maßnahme das vertikale und horizontale Verhältnis von Staat und Privat betrifft²⁷¹⁰ und zu prüfen ist, ob ein unternehmerisches Verhalten *im* Markt, das gegen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV verstößt, einem Mitgliedstaat oder einer seiner „öffentlichen Unternehmen“ (Art. 106 Abs. 1 AEUV) akzessorisch zuzurechnen ist, da der Staat das wettbewerbswidrige unternehmerische Verhalten im Markt durch eine Einflussnahme *auf* das Unternehmen zu verantworten hat.²⁷¹¹

Die Prüfung der Akzessorietät ist in diesen Fallkonstellationen notwendig, da ansonsten die Grenzen zwischen der *Funktion der Grundfreiheiten* (Kontrolle einseitiger, nicht-unternehmerischer Maßnahmen von Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht mit Wirkungen *auf* den Markt: vertikale-Kontrolle) und der *Funktion der Wettbewerbsregeln* (Kontrolle von einseitigen und zweiseitigen unternehmerischen Maßnahmen mit Wirkungen *im* Markt: horizontale-Kontrolle) verwischen würden. Mittels der Akzessorietät kann eine exakte Zurechnung von Wirkungsbeiträgen erfolgen und zudem werden die unterschiedlichen Rechtsfolgen und divergierenden Verfahren, so ist z.B. das Kartellverfahren durch die VO 1/2003 speziell geregelt, beachtet.

Soweit also die Maßnahme eines Mitgliedstaates auch *auf* ein Unternehmen gerichtet ist, welches sodann *im* Markt entsprechend der staatlichen „Weisung“ agiert, besteht eine akzessorische Zurechnung des horizontalen Verhaltens des Unternehmens im Markt über das vertikale Verhältnis der Maßnahme zu dem „dahinter stehenden“ Mitgliedstaat. Auch hier kommt eine parallele Verantwortung von Staat und Privat in Be-

²⁷⁰⁷ Hier ist die Schnittstelle von Grundfreiheiten, Art. 106 AEUV und Entzugstatbeständen relevant, wie in Kapitel 4 B. III. 2. dargestellt.

²⁷⁰⁸ Gemäß der geltenden Terminologie also die Fallgruppe der *horizontalen Direktwirkung* der Grundfreiheiten, vgl. Kapitel 4 B. III. 1. b) und 2. a).

²⁷⁰⁹ Gemäß der geltenden Terminologie ist dies die Fallgruppe der staatlichen *Schutzpflicht*, bei der eine Haftung für Unterlassen besteht.

²⁷¹⁰ Kapitel 4 B. III.

²⁷¹¹ Kapitel 4 B. III. 2. a).

tracht: Mitgliedstaaten haften im Wege der Staatshaftung, Unternehmen gegenüber geschädigten Konkurrenzunternehmen im Wege des zivilrechtlich geltend zu machenden Schadenersatzes.

bb) Äquivalenz und Adäquanz

Ausgehend von der in Kapitel 4 begründeten Dogmatik von Marktverantwortungsrecht²⁷¹², muss die mobilitätsbeschränkende Wirkung der Maßnahme einem oder mehreren Maßnahmenurhebern (Verantwortlichen) zugerechnet werden. Angesichts dieser haftungsrechtlichen Facette der grundfreiheitlichen Dogmatik bieten sich für diese Prüfung die aus dem zivilrechtlichen Haftungsrecht bekannten Zurechnungskriterien der Äquivalenz und Adäquanz an.²⁷¹³

Mit dem Kriterium der *Äquivalenz* (Kausalität) ist zu prüfen, ob die Maßnahme kausal, d.h. *conditio sine qua non* für die festgestellte Beschränkung der Mobilität ist. Die Kausalität der Maßnahme ist gegeben, wenn ohne die Maßnahme eine negative Beeinflussung der für das Wirtschaftssubjekt maßgeblichen Strategien für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt nicht gegeben wäre.

Mit dem Kriterium der *Adäquanz* ist zu prüfen, ob die mobilitätsbeschränkende Wirkung der Maßnahme nicht „außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit“ liegt. D.h. nicht jede kausale Wirkung soll dem Maßnahmenurheber zugerechnet werden, sondern nur eine solche, die generell nach den „Gesetzen der Logik“ voraussehbar war. Hierbei ist auf die Prüfung der strategisch-protektionistischen Wirkung der Maßnahme bei der „Selektivität“ (Funktionsbedingungen) und der „Spezifität“ (Strategievariablen) zurück zu kommen. Es fehlt an der Adäquanz einer Maßnahme, wenn die kausal selektive und spezifische Beeinflussung des Marktzutritts und/oder Marktaustritts durch die Maßnahme nach allen für den Maßnahmenurheber zumutbar verfügbaren theoretischen und tatsächlichen Erkenntnissen völlig ungeeignet erscheint, eine Beschränkung der Mobilität zu verursachen.

Bei der konkreten Prüfung der Adäquanz ist also zu untersuchen, ob der Mitgliedstaat die für den Eintritt der Mobilitätsbeschränkung maßgeblichen wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten in tatsächlicher Hinsicht hinreichend ermitteln und für deren Bewertung auf die aktuell verfügbaren, d.h. nach dem „Stand der Wissenschaft“ bestehenden theoretischen Erkenntnisse im Rahmen seiner Ermessensausübung²⁷¹⁴ zurückgreifen konnte bzw. hätte können. Dieses „Korrektiv“ einer i.w.S. ex post „Wahrscheinlichkeitsprognose“ zur Kausalität ist die notwendige Kehrseite der freiheitsrechtlichen Dimension des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot.

Im Hinblick auf die Zurechnung am Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit ist dabei entscheidend, eine exakte *Wirkungswahrscheinlichkeitsbetrachtung* anzustellen. Diese lässt sich durch eine Analyse der in dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt möglichen strategisch relevanten Optionen des Wirtschaftssubjektes und

²⁷¹² Kapitel 4 C. II. und III.

²⁷¹³ Siehe den Überblick zur Verursachung und Zurechnung eines Schadens bei K. Schellhammer, Zivilrecht nach Anspruchsgrundlagen (1996), S. 481-486.

²⁷¹⁴ Hierzu umfassend A. Bleckmann, Ermessensfehlerlehre (1997) passim.

dessen tatsächlichen Möglichkeiten ermitteln, welche ihm mit und ohne die Maßnahme zur Verfügung stünden. Konkret ist demnach die *voraussehbare Selektivität und Spezifität* zu prüfen, also ob für den Mitgliedstaat nach aller Wahrscheinlichkeit überhaupt voraussehbar sein konnte, dass die Maßnahme *selektiv* auf die Wahlfreiheit / Wahlgleichheit von Wirtschaftssubjekten derart einwirken kann, dass die Entscheidung zum Einsatz von für den Marktzutritt / Marktaustritt maßgeblichen Aktionsparametern und der hierfür maßgeblichen Wettbewerbsstrategien *spezifisch* negativ beeinflusst würde. Im Sinne der für die Marktverantwortung geltenden Gefährdungshaftung kommt es dabei auf die Motivation des Maßnahmenurhebers allerdings nicht an.²⁷¹⁵ Ausreichend für das Vorliegen von Adäquanz sind die objektiven Umstände.

Die Prüfung der Adäquanz als „Voraussehbarkeit“ (Eintrittswahrscheinlichkeit einer Mobilitätsbeschränkung) im Rahmen der Zurechnung auf der Tatbestandsebene des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot ist streng zu unterscheiden von der Prüfung der „Angemessenheit“ der Maßnahme im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (siehe unten C.), da dort ein Wirkungsintensitäts- und Effektivitätsvergleich anzustellen ist²⁷¹⁶, der nur zu erfolgen hat, wenn eine Zurechnung der Wirkung der Maßnahme zu dem Urheber überhaupt vorliegt.

3. Zusammenfassung

Der gemäß dem functional economic approach (European Law & Economics) funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch konkretisierte *Kontrollmaßstab* des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot) stellt eine subjektiv-rechtliche adäquate Umsetzung der prinzipiellen Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit dar. Dieser Kontrollmaßstab bedarf für die praktische Umsetzung einer angemessenen Prüfungsstruktur. In diesem dritten Abschnitt wurden daher die für die Subsumtion einer *Mobilitätsbeschränkung* nötigen Subsumtionskriterien hergeleitet und definiert, mit denen eine strategisch-protektionistische Beeinflussung von Marktzutritt und/oder Marktaustritt in der Praxis nachgewiesen werden kann. Anhand zweier Sachverhalte der EuGH-Rechtsprechung (*Keck* sowie *Kommission/Italien (Anhänger)*) wurden die Subsumtionskriterien jeweils mit konkreten Obersätzen und einer beispielhaften Subsumtion hergeleitet und exemplifiziert. Für die hier so benannte *Mobilitätsbeschränkungsanalyse*, mit der die strategisch-protektionistischen Wirkungen einer Maßnahme auf die Entscheidung eines Wirtschaftssubjektes für oder gegen einen Marktzutritt / Marktaustritt zu prüfen sind, wurden vier Kriterien definiert:

1. a) Strategierelevanz (Wettbewerbsstrategien),
1. b) Selektivität (Funktionsbedingungen),

²⁷¹⁵ In grundsätzlicher Weise zur ökonomischen und rechtlichen Reflexion von Verschuldensprinzip und dem Prinzip der strikten Haftung, welche auf die im Unionsrecht maßgebliche Situation von staatlicher versus privater Marktverantwortung durchaus übertragbar ist, P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 161-168.

²⁷¹⁶ Kapitel 6 C. III. 1.

1. c) Spezifität (Strategievariablen),
2. Zurechnung (Akzessorietät, Äquivalenz, Adäquanz).

Der in der Praxis mit der Prüfung dieser wettbewerbsökonomisch determinierten Subsumtionskriterien verbundene erhöhte Aufwand für die Darlegung und die Beweisführung, ist der zunehmenden Komplexität der gesellschaftlichen Realität geschuldet, welche sich, anders als zu Beginn der europäischen Integration, heute durch subtile Formen selektiv protektionistischer Aktivitäten auszeichnet.²⁷¹⁷

Die zur Herleitung der Prüfungsstruktur herangezogenen Sachverhaltsbeispiele aus der Rechtsprechung des EuGH, wie insbesondere EuGH *Keck*²⁷¹⁸ betreffend den Preis- und Kapazitätswettbewerb sowie EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁷¹⁹ betreffend den Kompatibilitätswettbewerb, haben verdeutlicht, dass die hoch umstrittene Kategorie der „Modalitäten“ („bestimmte Verkaufsmodalitäten“, „Nutzungsmodalitäten“, „Verwendungsmodalitäten“) unter keinem Gesichtspunkt als für die transnationale Mobilität „unschädliche“ Maßnahmen dem Tatbestand der Grundfreiheiten (wie bisher in der Form von Bereichsausnahmen ohne Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) entzogen werden dürfen. Bestätigt wurde durch die Herleitung der Prüfungsstruktur zudem, dass eine Konzeption der Grundfreiheiten als transnationale Mobilitäts*gleichheitsrechte* und Mobilitäts*freiheitsrechte* (Mobilitätsbeschränkungsverbot) zur adäquaten Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (wie in Kapitel 3 begründet) unverzichtbar ist, und das eine Konzentration auf die Marktzugangsfunktion, wie zuletzt von dem EuGH fokussiert, im Lichte der operativen Facette des Free Movement-Konzeptes (funktionale Transnationalität) der richtige Weg einer die Interessen-Trias hinreichend berücksichtigenden Konzeptionierung und Konkretisierung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot darstellt.

Zur weiteren Konkretisierung und Ausdifferenzierung der hier vorgestellten Prüfungsstruktur könnten für die Praxis i.w.S. *normativ-ökonomische Gesetzmäßigkeiten* bestimmter Märkte und Wettbewerbsformen über eine Zugrundelegung der vorliegenden entwickelten *wettbewerbsökonomischen Analysematrix*²⁷²⁰ in Leitlinien formuliert und in Fallgruppen zusammengefasst werden. So könnte etwa die Aufzeichnung typischer Strategiekonzepte zur staatlichen und/oder unternehmerischen Beeinflussung des Preiswettbewerbs (Beispiel EuGH *Keck*²⁷²¹) oder einer ebensolchen Beeinflussung des Kompatibilitätswettbewerbs (Beispiel EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*²⁷²²) helfen, exemplarisch die ökonomischen Funktionsmechanismen und Gesetzmäßigkeiten, wie diese umfassend in dem vorliegend zitierten Schrifttum zum Strategischen Management dokumentiert sind, für die juristische Praxis greifbar zu machen. Dies betreffend wurde nachgewiesen, dass sich regelhaft geltende, normativ-wettbewerbsökonomische Zu-

²⁷¹⁷ Siehe zur gestiegenen Komplexität und dem „modernen“ Protektionismus, Einleitung Kapitel 1 A.

²⁷¹⁸ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁷¹⁹ EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

²⁷²⁰ Kapitel 4 B. I. 3. a).

²⁷²¹ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

²⁷²² EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)* (C-110/05, EU:C:2009:66).

sammenhänge zumindest summarisch standardisiert erfassen und für die Prüfungspraxis nutzbar machen lassen. So könnte etwa die Kommission, über bereits bestehende Ansätze hinaus²⁷²³, „Leitlinien zur Anwendung der Grundfreiheiten“ erstellen, welche typische Wettbewerbssituationen und deren Mobilitätsbeschränkungskontrolle betreffend die Marktbereiche der Grundfreiheiten erfassen, also für den Warenmarkt, den Arbeitsmarkt, den Markt für Dienstleistungen und Niederlassungen sowie für den Kapitalmarkt. Damit würden dem nationalen Rechtsanwender wichtige Interpretationshilfen an die Hand gegeben, wie dies im Wettbewerbsrecht seit langem der Fall ist.

IV. Ergebnis

Im Wege einer „Ökonomisierung“ des Tatbestandes der Grundfreiheiten im Sinne eines „functional economic approach“ bei der Auslegung und Anwendung der Grundfreiheiten²⁷²⁴, lassen sich *Kontrollgegenstand* (I.) und *Kontrollmaßstab* (II.) der Grundfreiheiten entsprechend der in Kapitel 4 hergeleiteten Funktion der Grundfreiheiten und gemäß einer Dogmatik von Marktverantwortungsrecht kongruent definieren und in eine wettbewerbsökonomisch fundierte *Prüfungsstruktur* überführen (III.).

Auf der Basis einer *funktionalen Maßnahmenqualifikation* mit der Bestimmung von Anknüpfungsgegenstand (I. 1.) und Anknüpfungspunkt (I. 2.) einer Maßnahme, wird die Konstruktion einer (bislang als „unterschiedslose Maßnahme“ bezeichneten) Handlung in ihren Beziehungen zu einem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt exakt erfassbar. Entsprechend dem in Kapitel 4 funktional bestimmten Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten sind für die Qualifikation der Maßnahme bei dem *Anknüpfungsgegenstand* dabei die Kriterien einseitig, nicht-unternehmerisch, Rechtssubjekt mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht maßgeblich. Der transnationale wirtschaftliche Sachverhalt kennzeichnet die maßgeblichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen auf welche sich die Maßnahme bezieht. Der *Anknüpfungspunkt* einer nicht-territorial ausgestalteten Maßnahme (welcher die Definition der „unterschiedslosen Maßnahme“ ersetzt), wird im Hinblick auf Aktionsparameter von Wettbewerbsformen und für diese maßgeblichen Wettbewerbsstrategien bestimmt. Der Anknüpfungspunkt ist das Bindeglied zu der im Rahmen des Kontrollmaßstabes (II.) vorzunehmenden *Mobilitätsbeschränkungsanalyse* (III. 1.), die auf einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der geltenden EuGH-Rechtsprechung (II. 1.) sowie einer Verknüpfung deren rechtlichen Maßstäbe mit wettbewerbsökonomischen Variablen beruht (II. 2.). Die Beschränkung des Marktzutritts und/oder Marktaustritts (Mobilitätsbeschränkung) ist dabei in subjektiv-rechtlicher Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot am Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit als Kontrollmaßstab des grundfreiheitlichen

²⁷²³ Wie z.B. das Working Staff Paper der Europäischen Kommission zu dem Binnenmarkt und dem Verfahren der Information zu der Umsetzung des Binnenmarktes, vgl. Homepage der Kommission GD Binnenmarkt.

²⁷²⁴ Dieser Ansatz folgt aus der Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten, vgl. Kapitel 4, gemäß dem hier vertretenen Ansatz von European Law & Economics, wie in Kapitel 1, Kapitel 3 und Kapitel 4 begründet.

Beschränkungsverbot zu prüfen, und zwar anhand von vier funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierten Kriterien: Strategierelevanz, Selektivität, Spezifität, Zurechnung.

Über das *grundfreiheitliche Beschränkungsverbot* werden die objektiv-rechtlichen Maßstäbe des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Prinzip) auf die Ebene des subjektiven Rechts (Anwendung) transformiert. Das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot sichert mit dem Kontrollmaßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit (Mobilitätsbeschränkungsverbot) subjektiv-rechtlich umfassend den Marktzutritt und den Marktaustritt als Teil eines stets in seiner ökonomischen Gesamtheit zu betrachtenden sequenziell-dynamischen Prozesses von Mobilitätsphasen.

Mit der hier vorgestellten Konzeption soll insbesondere eine verbesserte Kontrolle von strategisch-protektionistischen Wirkungen einer Maßnahme *auf* die Entscheidung von Wirtschaftssubjekten und deren *Entscheidungsgesetzmäßigkeiten* ermöglicht werden. Hierfür sind die tatsächlichen makro- und mikroökonomischen Funktionsmechanismen bzw. Gesetzmäßigkeiten von Marktstruktur und Marktverhalten und die für den jeweils relevanten Markt (transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt) maßgeblichen Wettbewerbsstrategien für den aktuellen und potenziellen Wettbewerb über die wettbewerbsökonomische Konkretisierung des Kriteriums der „Attraktivität“ (EuGH *Kraus/Gebhard*) in die Mobilitätsbeschränkungsprüfung einbezogen. Die Subsumtion der „Offenheit des Marktes“ erfolgt über die kumulative Betrachtung von *Funktionsbedingungen (objektives Element der Kontrolle)* betreffend die *Marktstruktur* und die für das erforderliche *Marktverhalten* (Mobilität im aktuellen und potenziellen Wettbewerb) nötige Entscheidungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte im Hinblick auf *Strategievariablen (subjektives Element der Kontrolle)* von Wettbewerbsformen und der für diese Wettbewerbsformen jeweils strategisch transnational zielführenden Wettbewerbsstrategien für den Marktzutritt und/oder Marktaustritt. Mit diesem funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierten Mobilitätsbeschränkungsverbot lassen sich die bislang in der Praxis kaum überprüfbaren strategisch-protektionistischen Wirkungen von „unterschiedslosen Maßnahmen“ erfassen, und zwar ohne die Kontrolldichte der Grundfreiheiten („kompetenzwidrig“) per se zu erhöhen.

B. Auflösung der Rechtfertigungsebene

Die im AEUV enthaltenen Ausnahmen bei den Grundfreiheiten (Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1, Art. 64 AEUV), welche im Schrifttum auch als „geschriebene Rechtfertigungsgründe“ bezeichnet werden, sowie die „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis*-Rechtsprechung, die weithin als „ungeschriebene Rechtfertigungsgründe“ gelten²⁷²⁵, sind gemäß der in Kapitel 4 begründeten Dogmatik von Marktverantwortungsrecht²⁷²⁶ in die funktionale Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot einzubetten.

Gemäß der vorliegend vertretenen funktional, normativ-wettbewerbsökonomischen Teleologie der Grundfreiheiten²⁷²⁷ und dem dogmatisch-konzeptionellen Befund einer Inkongruenz von Tatbestand und Ausnahmen²⁷²⁸, sind die bislang als „Rechtfertigungsgründe“ konzipierten Merkmale (Ausnahmen) als *ordre-public-Vorbehalte* zu qualifizieren. Letztere sind sodann in die Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu implementieren. Daraus ergibt sich eine zweistufige Prüfungsstruktur für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot, welche hier als „Zwei-Stufen-Test“ bezeichnet wird (hierzu nachfolgend I.). Hinsichtlich der richterrechtlich mit der EuGH *Cassis*-Rechtsprechung etablierten „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses²⁷²⁹ gilt, dass diese ebenso wie die im AEUV explizit ausgewiesenen Ausnahmen (Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1, Art. 64 AEUV) dogmatisch kongruent als typisierte Ziele im Rahmen der ersten Stufe der sog. „Geeignetheit“²⁷³⁰ bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu verorten sind (hierzu nachfolgend II.).

I. „Zwei-Stufen-Test“ von Tatbestand und Abwägung

In semantischer Anlehnung an den zuletzt für die Grundfreiheiten in ihrer Marktzugangsfunktion formulierten „Drei-Stufen-Test“ i.w.S.²⁷³¹ wird in diesem Abschnitt zur Begründung eines „Zwei-Stufen-Tests“ erörtert, in welcher Weise die im AEUV kodifizierten Ausnahmen (sog. geschriebene Rechtfertigungsgründe) sowie die „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis*-Rechtsprechung (sog. ungeschriebene Rechtfertigungsgründe) als *ordre public-Vorbehalte* und „externe Kosten“ zu qualifizieren (dazu 1.) und so-

²⁷²⁵ Kapitel 5 C. III. 1.

²⁷²⁶ Kapitel 4 C. Zu den Konsequenzen für die Dogmatik der Grundfreiheiten siehe dort III.

²⁷²⁷ Kapitel 4 A. und B. IV. 1. und C.

²⁷²⁸ Kapitel 1 A. II. 1 i) „Zwingender Erfordernisse“ als Ausnahmen (Problembereich 9) und Kapitel 5 C. III. Inkongruenz von Tatbestand und Ausnahmen, dort der dogmatische Befund bei 1. c).

²⁷²⁹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

²⁷³⁰ Dies erfolgt durchaus in Annäherung an den von *Kingreen* verfolgten Ansatz, der ebenso eine stärkere Gewichtung der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einfordert, vgl. *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 182-187: Ersetzung der *Cassis*-Formel auf der Tatbestandsebene im Rahmen eines materiellen Diskriminierungsbegriffs und Hervorhebung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke zu den Schranken der geschriebenen Rechtfertigungsgründe.

²⁷³¹ Kapitel 5 C. II. 2. a).

dann im Sinne *typisierter Ziele* wettbewerbsökonomisch als „*externe Kosten*“ in die Abwägung bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzubinden sind (hierzu 2.). Diese funktionale „Umdeutung“ von Ausnahmen bedingt, dass die „geschriebenen“ und „ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe“ für die im rechtsförmlichen Verfahren passiv legitimierte Partei in ihrer Funktion als „typisierte Ziele“ (Geeignetheit) als Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast fungieren (3.).

Gemäß dem „Zwei-Stufen-Test“ umfasst die *erste Stufe* der Prüfung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens somit den Beschränkungstatbestand, mit der Subsumtion von Kontrollgegenstand (siehe zuvor A. I.) und Kontrollmaßstab (siehe zuvor A. II.). Die *zweite Stufe* bildet eine Abwägung mit einer funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch modifizierten Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, mit der Subsumtion von Geeignetheit (dazu C. I.), Erforderlichkeit (dazu C. II.) und Angemessenheit (dazu C. III.).

1. Rechtfertigungsgründe als „*ordre public*“-Vorbehalte und „*externe Kosten*“

Im Lichte der Interessen-Trias²⁷³² repräsentieren die im AEUV geschriebenen Rechtfertigungsgründe sowie die „*zwingenden Erfordernisse*“ der *Cassis*-Rechtsprechung²⁷³³ typisierte Interessen der Mitgliedstaaten gegenüber wirtschaftlichen Interessen von Wirtschaftssubjekten.

„Übersetzt“ in die funktional-wettbewerbsökonomische Konzeption der Grundfreiheiten²⁷³⁴ sind sowohl die im AEUV explizit aufgeführten als auch die richterrechtlich etablierten Rechtfertigungsgründe i.w.S. zu der „*Makroumwelt*“ eines Marktes²⁷³⁵ zu zählen. Gleichwohl repräsentieren die Rechtfertigungsgründe sämtlich Kernbereiche staatlicher Souveränität oder zumindest übergeordnete Interessen der Allgemeinheit, (wie Öffentliche Sicherheit und Ordnung, Umweltschutz; Gesundheitsschutz usw.) womit diese als „*ordre public*“²⁷³⁶ grundsätzlich nicht den „*Gesetzmäßigkeiten*“ des wettbewerblich organisierten Binnenmarktes unterliegen sollten. Gemäß der wettbewerbsökonomischen Teleologie der Grundfreiheiten lassen sich die Rechtfertigungsgründe indessen gerade wegen dieses Zusammenhangs als „*Kosten*“ von i.w.S. „*öffent-*

²⁷³² Kapitel 1 B. I. 3. und Kapitel 5 B. I.

²⁷³³ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8. Siehe hierzu *Schütz/Bruha/König*, Europarecht (2004), § 11, S. 606.

²⁷³⁴ Kapitel 4.

²⁷³⁵ Siehe hierzu unter dem Aspekt der „*allgemeinen Funktionsbedingungen*“ zuvor bei A. II. 1 a) cc) (b) (aa).

²⁷³⁶ Im Schrifttum werden die kodifizierten Ausnahmen, insbesondere der Begriff der „*öffentlichen Ordnung*“ als „*ordre public*“ qualifiziert, vgl. nur *V. Kreuzschitz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 45 AEUV, Rn. 123: „Die Staaten haben den *ordre-public*-Vorbehalt von jeher als letzte Bastion ihrer Souveränität betrachtet, und auch die Väter des Vertrages glaubten hierauf nicht verzichten zu können“, Rn. 124: „Es handelt sich [...] um die Möglichkeit einer Negation der durch den Vertrag gewährten Rechte aus übergeordneten staatlichen Interessen“. Einige Auffassungen im Schrifttum qualifizieren auch die „*zwingenden Erfordernisse*“ der *Cassis*-Rechtsprechung (EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42)) als „*ordre public*“, so *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 52 und 157 ff.; *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 349, 369.

lichen Gütern“ (öffentliche Sicherheit, Gesundheit etc.) oder von „Allgemeininteressen“ (Medienvielfalt, Kohärenz der Steuersysteme etc.) bewerten. In der Regel werden die durch eine Maßnahme „bewirkten“ i.w.S. betriebswirtschaftlichen Kosten durch die Erschwerung oder Verhinderung von Marktzutritt und/oder Marktaustritt (als Einnahmeverringerungen oder Kostenerhöhungen) nicht die volkswirtschaftlichen Kosten, respektive die „externen Kosten“²⁷³⁷ der diesen gegenüberstehenden öffentlichen Güter und Allgemeininteressen überwiegen, welche die Rechtfertigungsgründe erfassen. Diese wettbewerbsökonomische Teleologie von Rechtfertigungsgründen harmoniert mit der im EUV/AEUV kodifizierten Zuständigkeits- und Kompetenzverteilung, welche im Lichte der „Loyalitätspflichten“ der Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 3 EUV) sowie der „Identität“ der Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 2 EUV) auszulegen ist. Die Qualifikation der Rechtfertigungsgründe als „ordre public-Vorbehalte und zugleich als „externe Kosten“ bezieht sich dabei auf die Konzeption bzw. den Begriff der *volkswirtschaftlichen Kostenbetrachtung*.²⁷³⁸ D.h. die betriebswirtschaftlichen Kosten eines Wirtschaftssubjektes, welche durch die Maßnahme als „Mehr“ an (privaten) Kosten verursacht werden, lassen sich den (öffentlichen) Kosten als „externe Kosten“ gegenüberstellen, welche ohne die Maßnahme, also den Rechtfertigungsgrund, entstünden.

2. Rechtfertigungsgründe als typisierte Ziele „externer Kosten“

Setzt man die geschriebenen Rechtfertigungsgründen (AEUV) und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen („zwingende Erfordernisse“ des Allgemeininteresses nach der *Cassis*-Rechtsprechung²⁷³⁹) ausgehend von der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV in Beziehung zu der Struktur des wettbewerblichen Beschränkungsverbot bei Art. 101 AEUV, so folgt daraus erstens eine Strukturidentität von Rechtfertigung und Freistellung, Art. 101 Abs. 3 AEUV (hierzu a)). Zweitens ist eine Funktionsidentität bei der Abwägung erkennbar (hierzu b)). Hiermit lassen sich die in Kapitel 5 C. III. dargelegten Wertungswidersprüche (hierzu c)) sowie die dogmatischen Friktionen der *Cassis*-Rechtsprechung (hierzu d)) überwinden.

a) Strukturidentität von Rechtfertigung und Freistellung

Seit dem Erlass der VO 1/2003 besteht eine identische Struktur von Rechtfertigung (Grundfreiheiten) und Freistellung bei Art. 101 AEUV (Wettbewerbsregeln). Diese Konvergenz spricht dafür, die enumerative Ausrichtung von „zwingenden Erfordernissen“ des Allgemeininteresses gemäß der *Cassis*-Rechtsprechung analog zur Struktur der Freistellung zu konzipieren, denn mit der VO 1/2003 ist im europäischen Kartellrecht ein durchaus tiefgreifender Systemwechsel vollzogen worden, der die Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln näher zusammen rückt.

²⁷³⁷ Hier sind „externe Kosten“ in Anlehnung an das Verständnis von „externen Effekte“ bei *Peter Behrens* zu verstehen, vgl. *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 85-91.

²⁷³⁸ Siehe zu „externen Effekten“/„externen Kosten“ (Marktversagen) und deren Internalisierung im Überblick *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 96/97 (dort auch zum *Coase*-Theorem).

²⁷³⁹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

Art. 101 Abs. 3 AEUV, im Vertrag an sich als Ermächtigungsnorm formuliert, wurde durch Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 zu einem unmittelbar geltenden sowie unmittelbar anwendbaren Freistellungstatbestand transformiert. Die unmittelbare Wirkung des Art. 101 Abs. 3 AEUV hat zur Konsequenz, dass mitgliedstaatliche Behörden und Gerichte in eigener Verantwortung und Verpflichtung sowohl die Voraussetzungen der Verbotstatbestände nach Art. 101 Abs. 1 (vgl. Art. 1 Abs. 1 VO 1/2003) und Art. 102 AEUV (vgl. Art. 1 Abs. 3 VO 1/2003) als auch die Freistellungsvoraussetzung für Art. 101 AEUV (vgl. Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003) prüfen. Systematisch entspricht diese Handhabung nunmehr den vom EuGH für die Grundfreiheiten entwickelten Grundsätzen (unmittelbare Geltung, unmittelbare Anwendbarkeit), die seither von den nationalen Behörden und Gerichten von Amts wegen zu beachten und anzuwenden sind. Nur bei Zweifeln bzgl. der Auslegung ist der EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens zu befragen. Im Vergleich zu der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV stellt die Konzeption der *Cassis*-Rechtsprechung aus der ex post Perspektive, d.h. aus der zeitlichen Perspektive nach dem Erlass der VO 1/2003, gewissermaßen eine „Kopie“ der Freistellungskonzeption des Kartellrechts dar. Denn die zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses sind als Ausnahmen zu dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot ebenso *enumerativ* wie die Freistellungsmöglichkeiten bei Art. 101 Abs. 3 AEUV.

b) *Funktionsidentität auf der Abwägungsebene*

Anders als bei der Prüfung von Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit bei den Grundfreiheiten, liegt bei Freistellungen das Hauptgewicht bei der Abwägungsprüfung von vier sogenannten positiven und negativen Kriterien, welche kumulativ erfüllt sein müssen und eine ökonomische Wirkungsbetrachtung voraussetzen.²⁷⁴⁰ Dabei werden in der wettbewerbsrechtlichen Praxis zunehmend übergeordnete, d.h. auch *nicht-wirtschaftliche* Gesichtspunkte, wie Allgemeininteressen und Querschnittsklauseln (u.a. z.B. der Umweltschutz) bei Art. 101 Abs. 3 AEUV berücksichtigt.²⁷⁴¹ Angesichts der Werte- und Zielidentität sowie des funktionalen Komplementärverhältnisses von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln ist es daher konsequent, invers hierzu, ebenso ökonomische Aspekte bei der Abwägung im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei den Grundfreiheiten zu berücksichtigen. Hierbei können gemäß der wettbewerbsökonomischen Teleologie der Grundfreiheiten die seitens der EuGH-Rechtsprechung anerkannten „zwingenden Erfordernisse“ als „externe Kosten“ qualifiziert und bewertet (hierzu sogleich näher bei e)) sowie abwägend den unternehmerischen, betriebswirtschaftlich zu betrachtenden Kosten der mobilitätsbeschränkenden Maßnahme gegenüber gestellt werden.

Eben diese Struktur wäre aber in der geltenden Konzeption der „tatbestandsimmanenten Rechtfertigung“ nach der *Cassis*-Rechtsprechung des EuGH nicht möglich. So

²⁷⁴⁰ T. Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 8, Rn. 71.

²⁷⁴¹ Zur positiven Berücksichtigung von Umweltschutzvereinbarungen T. Lübbig, ebd. (2016), § 9, Rn. 253 m.w.N.

weit aber die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses als typisierte Ziele bei der Prüfung der „Geeignetheit“ im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als i.w.S. „externe Kosten“ fungieren, lassen sich gemäß dem Argument der Konvergenz, also insoweit analog zu der Prüfung bei Freistellungen, sämtliche Aspekte der „externen Kosten“ im Sinne positiver und negativer Kriterien bei der Prüfung der Grundfreiheiten im Rahmen einer Werte fundierten Kosten-Nutzen-Analyse berücksichtigen. Damit ist eine exakte und umfassende Prüfung von „Kosten“ versus „Werten“ und „Allgemeininteressen“ im Sinne der Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung nach Lissabon²⁷⁴² ermöglicht.

Eine solche Struktur ist auch aus prozessökonomischen Gründen sinnvoll. Insbesondere bei vielschichtigen Sachverhalten, welche sich an der Schnittstelle von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln befinden²⁷⁴³, wie beispielsweise im Fall EuGH *PreussenElektra*²⁷⁴⁴ oder im Fall EuGH *Sbarigia*²⁷⁴⁵, wäre so eine kongruente Prüfung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln möglich. Besonderes Augenmerk muss zwar auf die divergierenden Verfahren gerichtet werden, wie die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für Legalausnahmen und Freistellungen bei dem Beihilfenverbot²⁷⁴⁶, sowie auf die im Detail divergierenden Regeln zur Darlegungs- und Beweislast, welche bei Art. 101 Abs. 3 AEUV unter Beachtung der parallelen Zuständigkeit der Kommission in Art. 2 VO 1/2003 eine spezifische Ausprägung gefunden haben.²⁷⁴⁷ Jedoch ist kein Grund ersichtlich, warum sich diese Anforderungen nicht bewältigen ließen.

c) Überwindung von Wertungswidersprüchen

Letztlich spricht für eine Revision der geltenden Konzeption von Rechtfertigungsgründen und deren Verortung als „typisierte Ziele“ auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch das Prinzip einer grundsätzlich engen Auslegung von Ausnahmen im Unionsrecht. Denn jenseits der Feststellung, dass selbst der EuGH eine klare Trennung zwischen den „zwingenden Erfordernissen“ des Allgemeininteresses der *Cassis*-Rechtsprechung²⁷⁴⁸ und den im AEUV geschriebenen Rechtfertigungsgründen bisweilen vermissen lässt, d.h. die Rechtsprechung uneinheitlich ist²⁷⁴⁹, stellt die *Cassis*-

²⁷⁴² Kapitel 3 B.

²⁷⁴³ Siehe Kapitel 4 B. III.

²⁷⁴⁴ EuGH *PreussenElektra* (C-379/98, EU:C:2001:160).

²⁷⁴⁵ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388).

²⁷⁴⁶ Art. 107 Abs. 2 AEUV (Legalausnahmen) und Art. 107 Abs. 3 AEUV (Erlaubnistatbestände), siehe hierzu E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 3 Beihilfenrecht/Sonderbereiche (2016), Art. 107 Abs. 2 AEUV, Rn. 7 und M. Rusche, ebd. (2016), Art. 107 Abs. 3 AEUV, Rn. 1 ff.

²⁷⁴⁷ Zu den Beweislastregeln und deren rechtspolitischen Bedeutung K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 2 (2012), Art.2 VO 1/2003, Rn. 5 und Rn. 9 ff.

²⁷⁴⁸ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

²⁷⁴⁹ P.-C. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 34 AEUV, Rn. 192, 196 ff. Siehe etwa EuGH *Hanns-Martin Bachmann gegen Belgischer Staat (Bachmann)* (C-204/90, EU:C:1992:35) Rn. 14 ff. EuGH *Peter Svensson und Lena Gustavsson ge-*

Rechtsprechung auch eine rechtspolitisch induzierte „Sonderlösung“ dar, die angesichts der vorliegend aufgezeigten Perspektive einer funktional-wettbewerbsökonomischen Konzeption für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot gemäß dem aktuellen Stand der Integration als nicht mehr angemessen erscheint. Rückblickend bestand die rechtspolitische „Legitimation“ für eine „Sonderlösung“ von Ausnahmen darin, die „zwingenden Erfordernisse“ als Zugeständnis an die „Macht“ der Mitgliedstaaten zunächst der Tatbestandsebene zuzuordnen, um sich nicht dem Vorwurf einer unzulässigen Erweiterung von Ausnahmen des Vertrages ausgesetzt zu sehen.²⁷⁵⁰ Damit sicherte sich der Gerichtshof einstweilen die nationale Akzeptanz seiner Rechtsprechung. De facto sowie funktional systematisch-teleologisch betrachtet ist es jedoch irrelevant, wie die Konzeption von „zwingenden Erfordernissen“ bezeichnet und in der Prüfungsstruktur zwischen der Tatbestands- und Rechtfertigungsebene verortet wird. Denn materiell besteht durch die *Cassis*-„Doktrin“ nach wie vor eine Erweiterung der Rechtfertigungsgründe, die angesichts der *Gebhard*-Rechtsprechung²⁷⁵¹ für alle Grundfreiheiten gilt. Wenngleich sich der EuGH damit zunächst eine Reduktion der weiten *Dassonville*-Formel als grundlegende Umschreibung des Beschränkungsbegriffs ersparte, war dies damit „erkauft“, später mit der *Keck*-Rechtsprechung²⁷⁵² einen noch radikaleren Weg einschlagen zu müssen. Denn dem „Druck“ der Mitgliedstaaten ausweichend führte der EuGH mit der *Keck*-Rechtsprechung eine der engen Auslegung von Rechtfertigungsmöglichkeiten in noch stärkerem Maße widersprechende Konstruktion von faktischen *Bereichsausnahmen* ein.²⁷⁵³ Damit wurde der im Vertragswerk im „hohen Rang“ stehende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (heute Art. 5 Abs. 4 EUV) für unterschiedslose Maßnahmen in der Form „bestimmter Verkaufsmodalitäten“ vollkommen ausgeblendet, womit neben der *Cassis*-Rechtsprechung²⁷⁵⁴ weitere „Allgemeininteressen“ in der Form von „Modalitäten“ zugelassen wurden, die faktisch keiner Beweisspflicht mehr für deren Ziel und Zweck unterliegen. Diese systemische Interdependenz von *Cassis*- und *Keck*-Rechtsprechung verdeutlicht, dass, will man sich nicht in den Netzen dieser teleologisch nicht (mehr) begründbaren „Sonderlösung“ weiter verfangen, insgesamt eine Revision auch der Rechtfertigungsdogmatik angezeigt ist. Jedenfalls in dieser Hinsicht ist *Thorsten Kingreen* voll zuzustimmen, nämlich soweit er mit seinem Ansatz die *Cassis*-Formel in dem Prüfungsaufbau der Grundfreiheiten gänzlich auflöst und nicht mehr

gen *Ministre du Logement et de l'Urbanisme (Svensson und Gustavsson)* (C-484/93, EU:C:1995:379) Rn. 15.

²⁷⁵⁰ In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass der rechtsprechenden Gewalt des Gerichtshofs durch den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV, und bezugnehmend Art. 7 AEUV Kohärenzprinzip) Grenzen gesetzt sind. Die Befugnis zur „Wahrung und Auslegung des Unionsrechts“ impliziert die Befugnis zur Rechtsschöpfung nicht in unbegrenztem Maße, siehe zu dieser „Begrenzungsfunktion“ *J. Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL September 2015, Art. 5 EUV, Rn. 14. Der Grat zwischen zulässiger Vertragsauslegung und unzulässiger Vertragserweiterung ist schmal und die kompetenziellen Grenzen schwer zu bestimmen.

²⁷⁵¹ EuGH *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411)

²⁷⁵² EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905) Rn. 16.

²⁷⁵³ Siehe Kapitel 5 C. I. 2. c) zu dem dogmatischen Befund der „Modalitäten“-Rechtsprechung.

²⁷⁵⁴ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

zur Anwendung bringt.²⁷⁵⁵ Indessen lässt sich eine zur subjektiv-rechtlichen Umsetzung des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot angemessene Kontrolldichte der Grundfreiheiten, hier ausdrücklich entgegen der Ansicht von *Thorsten Kingreen*, nicht durch eine Auslegung der Grundfreiheiten als materielle Diskriminierungsverbote erreichen.

d) *Auflösung der Unterscheidung von „unterschiedlich“/“unterschiedslos“*

Gemäß der wettbewerbsökonomischen Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot sind die marktzutrittsbeschränkenden und/oder die marktaustrittsbeschränkenden Wirkungen von territorialen (unterschiedlichen bzw. diskriminierenden) Maßnahmen in konvergenter Orientierung an der Freistellungsmethode bei Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht anders zu bewerten als solche von nicht-territorialen (unterschiedslosen bzw. beschränkenden) Maßnahmen. Denn tatsächlich können die Wirkungen von nicht-territorialen Maßnahmen auf die transnationale Mobilität sogar „schädlicher“ sein als die von Maßnahmen mit einer territorialen Anknüpfung.²⁷⁵⁶ Dies wurde bei den Ausführungen zum Kontrollmaßstab deutlich, etwa bei dem „zweiten Blick“ auf den Sachverhalt der Rechtssache *Sbarigia*.²⁷⁵⁷ Eine Unterscheidung zwischen sog. „unterschiedlichen“ und „unterschiedslosen“ Maßnahmen auf der Rechtfertigungsebene ist damit heute weder rechtspolitisch legitimiert noch materiell begründbar.

e) *„Qualifikation als „externe Kosten“*

Sowohl die im AEUV geschriebenen Rechtfertigungsgründe als auch die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der *Cassis*-Rechtsprechung lassen sich funktional-wettbewerbsökonomisch als „externe Kosten“ qualifizieren (siehe bereits zuvor 1.).²⁷⁵⁸ Sämtliche der vom EuGH anerkannten „zwingenden Erfordernisse“ werden somit in ihrer Eigenschaft als den wirtschaftlichen Individualinteressen an transnationaler Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit übergeordneten Allgemeininteressen i.w.S. „abzinsbar“ und als „externe Kosten“ bewertbar. Bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind die Kosten der Allgemeininteressen somit den individuellen unternehmerischen Interessen und betriebswirtschaftliche Kosten abwägend gegenüber zu stellen. Diese Konzeption ist Ausdruck der zuvor beschriebenen Strukturidentität von grundfreiheitlichen Ausnahmen und Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV sowie der wettbewerbsökonomischen Funktion der Grundfreiheiten, welche eine weit über das

²⁷⁵⁵ *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999), S. 154 ff., S. 185. Siehe zuletzt die grundsätzliche Kritik von *Thorsten Kingreen* an der *Cassis*-Rechtsprechung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art. 34-36 AEUV, Rn. 80-84.

²⁷⁵⁶ Ähnlich *E. Pache*, Handbuch Europarecht (2015), § 10, Rn. 23.

²⁷⁵⁷ EuGH *Sbarigia* (C-393/08, EU:C:2010:388), siehe zuvor A. I. 1. b).

²⁷⁵⁸ Hier in Anlehnung an das Verständnis von „externen Effekte“ bei *Peter Behrens*, a.a.O. (1986), S. 85-91.

Konzept der Diskriminierung hinausgehende Kontrolle des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Wirkungsanalyse) impliziert.²⁷⁵⁹

3. Ausnahmen als Darlegungs- und Beweislasteichterung

Der EuGH hat in einigen neueren Entscheidungen zur Auslegung der Grundfreiheiten bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, insbesondere bei der „Erforderlichkeitsprüfung“ klargestellt, dass die Mitgliedstaaten substantiiert zu der Begründung von Ausnahmen darlegen und beweisen müssen²⁷⁶⁰ und zugleich eine im Vergleich zu früheren Entscheidungen umfänglichere Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgenommen.²⁷⁶¹ Dieser neuen Ausrichtung folgend entwickeln sich die im Vertrag geschriebenen Ausnahmen faktisch immer mehr zu einer Modifikation der Darlegungs- und Beweislast. So betont der EuGH richtigerweise, dass die Mitgliedstaaten zumindest keinen dezidierten „Vollbeweis“ leisten müssen. Da die im AEUV kodifizierten Ausnahmen nach der hier vertretenen Auffassung auf der Ebene des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu verorten sind, stellen diese dort hinsichtlich der Vermutung eines überwiegenden Interesses zugunsten der Mitgliedstaaten eine durchaus evidente Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast dar, und zwar insoweit, als sowohl die im Vertrag kodifizierten Ausnahmen (Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1, Art. 64 AEUV) als auch die „zwingenden Erfordernisse“ (*Cassis*) als „typisierte Ziele“ per se als „geeignet“ anzusehen sind (Indizienbeweis).

II. Ergebnis

Über die hier in der Interdependenz von Beschränkungstatbestand und Rechtfertigung / Ausnahmen dargelegte wettbewerbsökonomische „Übersetzung“ der *Cassis*-Rechtsprechung²⁷⁶² lassen sich die in Kapitel 1 definierten und in Kapitel 5 kritisch analysierten Problembereiche der Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung²⁷⁶³ von unterschiedlichen bzw. diskriminierenden und unterschiedslosen bzw. beschränkenden Maßnahmen auflösen, soweit diese mit der Konzeption der *Cassis*-Rechtsprechung zusammen hängen. Damit erledigt sich zugleich die problematische

²⁷⁵⁹ Ähnlich bereits *B. Weiher*, Nationaler Umweltschutz, S 174: „Des weiteren kann oftmals [...] nur schwerlich festgestellt werden, ob eine Maßnahme diskriminiert oder nicht. „*Es ist darum von Vorteil, sich dieses Problems im Rahmen des Art. 30 EGV, der Verbotswirkung der Vorschrift entsprechen, zu entheben und allein auf die Tatsache der handelsbeschränkenden Wirkung abzustellen*“.

²⁷⁶⁰ Dies ist die Konsequenz einer Tendenz zur Verlagerung des Prüfungsschwerpunktes auf die Ebene der Abwägung, womit die Anforderungen an die Darlegungslast, d.h. an den Umfang des (Parteien-) Vortrags gestiegen sind, siehe nur *C. Barnard*, *The Four Freedoms* (2016), S. 179 ff., S. 181: „The Court is also increasingly demanding about the evidence that is required to satisfy the necessity test.“

²⁷⁶¹ Kapitel 5 C. III. 2.

²⁷⁶² EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²⁷⁶³ Kapitel 1 A. II. 1. a) Maßnahmentypisierung (Problembereich 1) und b) Wirkungsdifferenzierung (Problembereich 2) sowie Kapitel 5 C. I. 1. a) aa) und bb).

Maßstabsdualität.²⁷⁶⁴ „Zwingende Erfordernisse“ sind als „Sonderlösung“ aufzugeben und wettbewerbsökonomisch „übersetzt“ als *externe Kosten* zu betrachten und damit nicht mehr der Rechtfertigungsebene zuzuordnen.²⁷⁶⁵ Vielmehr sind diese in Konvergenz zu der Freistellung bei Art. 101 Abs. 3 AEUV im Rahmen der Abwägung gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (hierzu sogleich Abschnitt C.) neu zu verorten. Dies gilt für die Prüfung von territorialen Maßnahmen im Bereich der per se Regel ebenso wie für nicht-territoriale Maßnahmen, welche einer umfassenden Mobilitätsbeschränkungsanalyse bedürfen.²⁷⁶⁶

Dogmatisch-konzeptionell betrachtet bedingt diese Modifikation der Rechtfertigung eine zweifache Neujustierung, jedoch keine Erhöhung der grundfreiheitlichen Kontrolldichte. Im Bereich der per se Regel – territorial anknüpfende Maßnahmen – bekommen die Mitgliedstaaten mehr Möglichkeiten auch „finale“ („bezweckte“) Eingriffe in den potentiellen und/oder aktuellen Wettbewerb zu „rechtfertigen“, wenngleich diese dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen müssen. Im Bereich der Mobilitätsbeschränkungsanalyse – nicht-territoriale Maßnahmen – verschiebt sich hingegen die Kontrolldichte durch eine Änderung der Darlegungs- und Beweislast zweifach. Ersten entfällt die formale Tatbestandsreduktion im Sinne der Bereichsausnahmen von „Modalitäten“ der *Keck-Rechtsprechung*.²⁷⁶⁷ Bereits insoweit sind nur noch die tatsächlichen Mobilitätswirkungen der Maßnahme auf den Wettbewerb im Markt entscheidend und diese müssten durch einen Gegenbeweis von Maßnahmenurhebern entkräftet werden. Zweitens entfällt die Rechtfertigung über enumerative Ausnahmen im Sinne „zwingender Erfordernisse“ des Allgemeininteresses. Diese sind nicht mehr auf Ebene der Rechtfertigung als Ausnahmen zu betrachten, sondern würden als *typisierte Ziele* der „Geeignetheit“ bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dargelegt (dazu im Detail sogleich unter C. I.).

Für die Urheber von einseitigen, nicht-unternehmerischen Handlungen in der Ausübung von Regelungs- und Durchsetzungsmacht (Mitgliedstaaten oder Private) bedeutet dies, dass die geschriebenen Ausnahmen des AEUV und die „zwingenden Erfordernisse“ (*Cassis*) als typisierte Ziele per se „geeignet“ sind (Indizienbeweis) im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, jedoch gemäß ihrer Qualifikation als „externe Kosten“ einer umfassenden Abwägung gegenüber privaten Kosten mittels ökonomischer Bewertungsmaßstäbe sowie einer Kosten-Nutzen-Analyse unterliegen. Diese wettbewerbsökonomische „Funktionalisierung“ ist ein greifbarer Ausdruck der präzisierten (nicht erhöhten) grundfreiheitlichen Kontrolle und damit eines verbesserten Individualrechtsschutzes gemäß der in Kapitel 3 dargelegten Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung, welche den Schutz des Einzelnen, sei es nun als Wirtschaftssubjekt oder als Unionsbürger, auf eine „höhere Stufe“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) gestellt hat.

²⁷⁶⁴ Kapitel 1 A. II. 1. c) Maßstabsdualität (Problembereich 3) und Kapitel 5 C. I. 1. a) cc).

²⁷⁶⁵ Kapitel 1 A. II. 1. i) „Zwingende Erfordernisse“ als Ausnahmen (Problembereich 9) und Kapitel 5 C. III. 1.

²⁷⁶⁶ Siehe zuvor Abschnitt A. I. 2.

²⁷⁶⁷ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905). Kapitel 1 A. II. 1 d) Modalitäten (Problembereich 4) und Kapitel 5 C. I. 2.

C. Werte fundierte Ökonomisierung der Verhältnismäßigkeit

Mit der funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch revidierten Struktur des Beschränkungstatbestandes (zuvor A.) sowie der Auflösung der Rechtfertigungsebene (zuvor B.), bekommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „globaler Interessenausgleich“²⁷⁶⁸ mit dem hier vorgestellten „Zwei-Stufen-Test“ zur Prüfung des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot ein wesentlich größeres Gewicht als bislang.²⁷⁶⁹

Entsprechend dem *functional economic approach* ist eine *Werte fundierte Ökonomisierung* der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit notwendig. Diese Modifikation bedeutet konkret, dass betreffend die Prüfung von hoheitlichen Maßnahmen (Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte) i.w.S. eine *wettbewerbsökonomisch fundierte und Werte orientierte Folgenabschätzung* zu erfolgen hat, bei der die „Intensität“, also das „Wie“ der Mobilitätsbeschränkung, in den Blick zu nehmen ist. Anhand eines Maßstabes von Werte fundierter, normativ-wettbewerbsökonomischer Effizienz (i.S.e. „normativen Effizienz“) sind im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse die „privaten Kosten“ des von einer Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes den „externen Kosten“, welche die Maßnahme begründen und die i.w.S. zu internalisieren sind, abwägend gegenüberzustellen. D.h. die bei dem Beschränkungstatbestand (A.) festgestellte Mobilitätsbeschränkung, also das „Was“ (Kontrollgegenstand) und das „Ob“ (Kontrollmaßstab) eines weniger attraktiven Marktzutritts und/oder Marktaustritts, ist mit den Zielen und Zwecken (Geeignetheit) der diese Beschränkung verursachenden Maßnahme in Verbindung zu bringen. Diese Ziele und Zwecke können die im AEUV geschriebenen und die ungeschriebenen „zwingenden Erfordernisse“ (*Cassis*) als „typisierte Ziele“ (ordre public Vorbehalte) sein, wie zuvor (B.) begründet. Auch andere „Schranken“, wie Grundrechte und Querschnittsklauseln wären hier relevant. Gemäß der „ökonomisierten“ Abwägung sind also die „privaten Kosten der Mobilitätsbeschränkung“ betreffend die Maßnahmenadressaten den „Interessen der Allgemeinheit“ (Lauterkeit des Handelsverkehrs im Fall *Keck*, Sicherheit des Straßenverkehrs im Fall *Kommission/Italien (Anhänger)*) bei Fehlen der staatlichen Maßnahme (etwa eine Beeinträchtigung des Handelsverkehrs, der Sicherheit oder des Verbraucherschutzes) als „externe“ Kosten in einer Zweck-Mittel-Relation von Werten und Effizienz gegenüberzustellen.

In der Perspektive des institutionellen Rechts folgen dem Vorgenannten rechtspolitische und gleichsam dogmatisch-konzeptionelle Fragen: erstens, wie eine wettbewerbsökonomische Folgenabschätzung betreffend hoheitliche Regelungen mit dem staatlichen Ermessen bei der Gesetzgebung zu vereinbaren ist; zweitens wie eine Abwägung von hoheitlichen Allgemeininteressen und unternehmerischen Partikularinter-

²⁷⁶⁸ M. Keser, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Binnenmarktsetzung – Zur Kosten-Nutzen-Analyse als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Binnenmarktsetzung zum Gesundheitsschutz, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt (2004), S. 143.

²⁷⁶⁹ Albrecht Bach hat auf die zentrale Bedeutung der Verhältnismäßigkeit, aber auch auf die Herausforderungen bei deren konkreten Prüfung hingewiesen, vgl. A. Bach, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen (1992), S.260 ff., dort betreffend die konkrete Umsetzung einer Bindung von Mitgliedstaaten an das „Strukturprinzip Wettbewerb“ (These von Albrecht Bach), S. 248 ff.

ressen in der Interessen-Trias von Unionsinteressen, mitgliedstaatlichen Allgemeininteressen und unternehmerischen Gewinninteressen konkret zu prüfen ist; drittens, anhand welcher Kriterien eine solche Abwägung zu erfolgen hat, und ob der dafür nötige Aufwand, z.B. im Lichte dadurch entstehender Prozesskosten, überhaupt realisierbar bzw. erstrebenswert erscheint.

Zur Beantwortung dieser Fragestellungen folgt die weitere Untersuchung folgendem Aufbau: auf der ersten Ebene der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit) werden die im AEUV kodifizierten Ausnahmen sowie die „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis*-Rechtsprechung²⁷⁷⁰ entsprechend ihrer zuvor begründeten Qualifikation als *ordre public* Vorbehalte wie typisierte Ziele/Zwecke der Mitgliedstaaten betrachtet (dazu nachfolgend I.). Daran anschließend wird auf der zweiten Ebene der Prüfung (Erforderlichkeit) für die konkrete Abwägung eine Ziel/Zweck-Mittel-Relation anhand eines Zielerreichungsvergleichs unter Berücksichtigung von Werten und Effizienz dargelegt (dazu nachfolgend II.). Schließlich wird für die dritte Ebene der Prüfung (Angemessenheit) eine Werte bezogenen Kosten-Nutzen-Analyse im Sinne einer *normativen Effizienz* mit dem Abwägungsmaßstab eines Wirkungsintensitäts- und Effektivitätsvergleichs vorgestellt (dazu nachfolgend III.), unter Berücksichtigung der Interessen-Trias (Unionsinteressen, hoheitliche Allgemeininteressen und unternehmerische Partikularinteressen). Die „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis*-Rechtsprechung werden dabei im Sinne „externer Kosten“ ebenso in die Subsumtion integriert wie andere „öffentliche Güter“, insbesondere die Wertemaßstäbe der Union selbst, die geschriebenen Rechtfertigungsgründe sowie die Querschnittsklauseln des AEUV oder die Grundrechte der GRC. Im Ergebnis wird damit eine wettbewerbsökonomisch fundierte und zugleich deutlicher an Werten orientierte Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgeschlagen (IV.).

²⁷⁷⁰ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

Abbildung-28: Struktur der Abwägungsprüfung (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

B. Abwägung (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)	
I. Geeignetheit	(Bezugspunkt: Zielerreichung als Effektivität vs. Strategischer Protektionismus)
1.	Abwägungsmaßstab: Zielerreichungsmöglichkeit
	a) Abwägungsgegenstand
	b) Abwägungspunkt
2.	Ziel und Zweck der Maßnahme (strategisch protektionistische Motivation?)
3.	Maßnahmenurheber (Zurechnung der Wirkung an Staat oder Privat?)
II. Erforderlichkeit	(Bezugspunkt: Zweck-Mittel-Relation / Werte und Effizienz)
1.	Abwägungsmaßstab: Zielerreichungsvergleich
2.	Wettbewerbsökonomische Implikationen (Analyse der Effizienz von M1 und M2)
III. Angemessenheit:	(Bezugspunkt: Normative Effizienz / Kosten-Nutzen-Analyse)
1.	Abwägungsmaßstab: Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich
2.	Wettbewerbsökonomische Implikationen (Analyse der Kosten von Werten, externer und privater Kosten)
	- Kosten-Nutzen-Analyse am Maßstab der Werte fundierten normativen Effizienz (Gesamtbilanz)
	- Interessen-Trias: Kosten-Privat (betriebswirtschaftlich) vs. Kosten-Mitgliedstaat vs. Kosten-Union ("externe Kosten")

© Marco Keser

I. Geeignetheit: Zielerreichung vs. strategischer Protektionismus

Die Prüfung der „Geeignetheit“ ist angesichts der funktionalen Interdependenz von Beschränkungstatbestand und Verhältnismäßigkeit an die neue Struktur der wettbewerbsökonomisch determinierten Mobilitätsbeschränkungsprüfung anzupassen. Zu dieser Anpassung gehört einerseits die Berücksichtigung der funktionalen Maßnahmenqualifikation mit der Erfassung strategisch-protektionistischer Maßnahmen (zuvor A.), andererseits die mit dem „Zwei-Stufen-Test“ begründete (zuvor B.) neue Verortung der im AEUV kodifizierten Ausnahmen und der „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis*-Rechtsprechung sowie deren Qualifikation als *typisierte Ziele* der „Geeignetheit“. Demzufolge wird korrespondierend mit der Ebene des Kontrollgegenstandes (zuvor A. I.) die Prüfung der *Zielerreichungsmöglichkeit* dargestellt (dazu nachfolgend 1.). Im Verhältnis zu der Ebene des Kontrollmaßstabes (zuvor A. II. und III.) ist wiederum zu prüfen, ob mit der Maßnahme ein schutzwürdiges übergeordnetes Ziel verfolgt wird oder ob *strategisch protektionistische Motive* indiziert sind (dazu nachfolgend 2.). Schließlich wird aufgezeigt, dass es bei der Frage der Maßnahmenurheberschaft, analog zu der Zurechnung auf der Ebene des Tatbestandes (A. III. 2.), auch bei der Prüfung der „Geeignetheit“ nicht formal darauf ankommt, ob originär hoheitliche Rechtssubjekte die Maßnahme erlassen haben oder privatrechtlich organisierte (dazu 3.).

1. Abwägungsmaßstab (Zielerreichungsmöglichkeit)

Bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wird bei der ersten Abwägungsstufe der „Geeignetheit“ geprüft, ob es möglich erscheint, das mit der Maßnahme angestrebte *Ziel* zu erreichen bzw. den mit ihr verfolgten *Zweck* zu verwirklichen (*Effektivität* der Maßnahme). Dieser Abwägungsmaßstab wird hier benannt als *Zielerreichungsmöglichkeit*.

Das (politische) Ziel und der (sachlich-fachliche) Zweck einer Maßnahme können dabei durchaus unterschiedlichen Prämissen folgen. Insoweit ist zunächst der für die Prüfung der „Geeignetheit“ nötige *Abwägungsmaßstab* zu konkretisieren. Zudem sind die Kriterien zu bestimmen, anhand derer Ziel und Zweck der Maßnahme in ihren Bezügen zu dem transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt (Konzept der funktionalen Transnationalität)²⁷⁷¹ untersucht werden können. Anhand des klassischen Beispiels der EuGH-Entscheidung zu dem deutschen *Reinheitsgebot für Bier*²⁷⁷² lassen sich die Verhältnisse von Ziel und Zweck einer Maßnahme sowie die Notwendigkeit deren Unterscheidung kurz veranschaulichen.

Beispiel: EuGH *Reinheitsgebot für Bier* (vereinfacht): Das in dem Biersteuergesetz enthaltene Verbot bestimmte Zutaten für die Herstellung von Bier zu verwenden (Kontrollgegenstand) hat den Zweck, die Inhaltsstoffe in Bier zu regulieren (*Zweck* der Norm: Regulierung von Inhaltsstoffen in Lebensmitteln), und soll nach dem Vortrag des Maßnahmenurhebers den Verbraucher, hier den Bierkonsumenten, schützen (*Ziel* der Norm: Verbraucherschutz). Die dahinter stehende Fachlichkeit (fachbehördliche bzw. ministerielle Expertise) und Motivation (fachlich begründetes, politisch gewolltes und ggf. parlamentarisch abgestimmtes Ziel der Norm) kann jenseits der offensichtlichen Argumente für ein bestimmtes Ziel (Verbraucherschutzniveau) deutlich komplexer sein (fachlich und/oder politisch strategisches Ziel der Norm).

a) Interdependenz zu der Maßnahmenqualifikation

Der vorstehend in Bezug genommene Sachverhalt der EuGH-Entscheidung zu dem deutschen *Reinheitsgebot für Bier* zeigt exemplarisch, dass die Prüfung der *Geeignetheit* in der funktional-wettbewerbsökonomischen Teleologie spiegelbildlich zu der Struktur des Beschränkungstatbestandes ausgestaltet werden muss. Dies ist deshalb der Fall, weil sich die Abwägung bereits bei der ersten Stufe der Geeignetheit auf die funktional qualifizierte Maßnahme und deren bei dem *Kontrollgegenstand* analysierte Konstruktion von Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungspunkt (siehe oben A. I.) bezieht. D.h. die Analyse der „Geeignetheit“ einer Maßnahme, ein festgelegtes Ziel zu erreichen bzw. einen Zweck zu verwirklichen, betrifft den transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt des relevanten Marktes, wie bei dem Kontrollgegenstand definiert. Dementsprechend muss sich die Struktur der Maßnahmenqualifikation (A. I.) auf der Ebene der Abwägung bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit widerspiegeln. Bei der

²⁷⁷¹ Kapitel 3 A. I. und zuvor A. I. 1. b).

²⁷⁷² EuGH *Reinheitsgebot für Bier* (C-178/84, EU:C:1987:126).

Subsumtion der Geeignetheit ist daher zwischen dem hier so benannten Abwägungsgegenstand (aa) und dem Abwägungspunkt (bb) zu differenzieren.

aa) Abwägungsgegenstand

Mithilfe des Kriteriums *Abwägungsgegenstand* ist spiegelbildlich zu der Subsumtion bei dem *Anknüpfungsgegenstand* (siehe A. I. 1.) der transnationale wirtschaftliche Sachverhalt des relevanten Marktes mit den Vertrags- und Leistungsbeziehungen als Bezugspunkt der Geeignetheit in den Blick zu nehmen. In der Subsumtion wird damit bestimmt, auf *was* sich die Erreichung des Ziels und/oder des Zwecks der Maßnahme in dem wirtschaftlichen Sachverhalt bezieht.

bb) Abwägungspunkt

Spiegelbildlich zu der Bestimmung der Maßnahmenanknüpfung bei dem *Anknüpfungspunkt* des Kontrollgegenstandes (A. I. 2.) ist hinsichtlich der Prüfung der Zielerreichungsmöglichkeit die Unterscheidung zwischen einer Anknüpfung an die Territorialität (unterschiedliche Maßnahme bzw. Diskriminierung in der geltenden Terminologie) und einer nicht-territorialen Anknüpfung an Aktionsparameter (unterschiedslose Maßnahme bzw. Beschränkung in der geltenden Terminologie) zu berücksichtigen. Dies ist deshalb notwendig, da nach der hier vertretenen funktional-wettbewerbsökonomischen Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot selbst bei der Anknüpfung an die Territorialität (per se Verbot) die Maßnahme verhältnismäßig sein kann, soweit im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse (hierzu III.) in der Gegenüberstellung von „externen Kosten“ bei dem Hinwegdenken der Maßnahme und „betriebswirtschaftlicher Kosten“, welche durch die beschränkenden Wirkungen der Maßnahme bei dem tangierten Wirtschaftssubjekt entstehen, die „externen Kosten“ überwiegen. Freilich sind bei der territorialen Anknüpfung strengere Maßstäbe an diese Relation anzulegen. Bei der nicht-territorialen Anknüpfung wiederum ist zu subsumieren, *wie* die Anknüpfung an einen Aktionsparameter als Strategievariable mit der Erreichung von Ziel und Zweck der Maßnahme zusammenhängt.

b) Subsumtionsbeispiel

Bezogen auf den Sachverhalt zu der EuGH-Entscheidung *Reinheitsgebot für Bier*²⁷⁷³ (siehe oben) ist der Anknüpfungsgegenstand und damit auch der *Abwägungsgegenstand* das Wirtschaftsobjekt Bier (Output-Ebene) und die für den Verkauf von Bier maßgeblichen transnationalen Leistungs- und Vertragsbeziehungen (funktionale Maßnahmenqualifikation). Das Verbot bestimmter Zutaten im Bier ist der Anknüpfungspunkt, welche sich auf den Aktionsparameter Qualität bezieht und damit auch den *Abwägungspunkt* darstellt, der hier eine nicht-territoriale Anknüpfung an die Eigenschaft des Wirtschaftsobjektes Bier und damit an den Qualitätswettbewerb aufweist.

²⁷⁷³ EuGH *Reinheitsgebot für Bier* (C-178/84, EU:C:1987:126).

Die Anknüpfung steht hier in Beziehung zu dem Zweck der Maßnahme bzw. dem Schutzzweck der geprüften Norm (Regulierung der Inhaltsstoffe von Lebensmitteln) sowie ggf. dem dahinter stehenden politischen Ziel (Verbraucherschutz). Wettbewerbsökonomisch betrachtet ist mit der Geeignetheit somit i.w.S. die Grundbedingung von *Effektivität* einer Maßnahme in Bezug genommen, nämlich die Prüfung, ob das mit der Maßnahme (hier: Verbot von Inhaltsstoffen) verfolgte Ziel (hier: Verbraucherschutz) *überhaupt* erreicht werden kann. Ob die Maßnahme auch dem Erfordernis der *Effizienz* genügt, ist dann die Folgefrage, welche im Rahmen der „Erforderlichkeit“ zu prüfen ist. Denn erst dort erfolgt die Bewertung, ob für den gleichen *Zielerreichungsgrad* (hier: Verbraucherschutz gemäß einem bestimmten Niveau) nicht eine weniger belastende und damit effizientere Maßnahme (hier z.B. Information der Verbraucher durch Angabe von Inhaltsstoffen) möglich wäre, d.h. ökonomisch gesprochen auch mit einer solchen Regelung möglich wäre, die ein Allokationsoptimum nach dem Pareto-Paradigma²⁷⁷⁴ anders erreicht bzw. ein Gleichgewicht im Sinne des *Kaldor-Hicks-Kriteriums (Vermögensmaximierungsprinzip)*²⁷⁷⁵, welches aber weniger „private Kosten“ bei dem Adressaten der Maßnahme verursacht.

2. Ziel und Zweck der Maßnahme: Strategisch-protektionistische Motivation?

Nicht jedes von dem Maßnahmenurheber verfolgte Ziel kann als Legitimation für die Mobilitätsbeschränkung herangezogen werden. Vielmehr ist die tatsächlich hinter dem Ziel (der Effektivität der Maßnahme) liegende *subjektive Motivation* („Bauplan“) der Maßnahme zur Selektivität und Spezifität zu betrachten (hierzu a)). In diesem Zusammenhang begründen die geschriebenen Rechtfertigungsgründe und die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses als typisierte Ziele eine Vermutung für die Schutzwürdigkeit des Zieles und/oder Zwecks der Maßnahme (hierzu b)) und sind damit zugleich ein Indiz für eine nicht strategisch-protektionistische Motivation.

a) Interdependenz zu der „Selektivität“ und „Spezifität“

Eine entscheidende Verknüpfung mit der funktional-wettbewerbsökonomischen Konzeption des Beschränkungstatbestandes zeigt sich in der Interdependenz des Kriteriums der „Geeignetheit“ mit den Kriterien der „Selektivität“ und der „Spezifität“ bei dem Kontrollmaßstab (siehe oben A. III. 1. b) und c)). Denn bei der Mobilitätsbeschränkungsanalyse wird festgestellt, wie genau die Maßnahme über eine selektivspezifische Anknüpfung an Wettbewerbsstrategien den transnationalen Tauschprozess von Angebot und Nachfrage im aktuellen und potenziellen Wettbewerb beeinflusst. D.h. bei dem Kontrollmaßstab wird eine freiheits- und gleichheitsrechtlich relevante Beeinflussung von Wettbewerbsstrategien zur Leistungs- bzw. Vertragstransnationalität festgestellt, welche sich entsprechend typischer wettbewerbsökonomischer Gesetzmäßig-

²⁷⁷⁴ V. Pareto, Manuel d' économie politique (1909), hierzu ausführlich H. J. Wagener, Vilfredo Pareto (1848-1923), in: H. D. Kurz (Hrsg.) Klassiker des ökonomischen Denkens, Band 2 (2009), S. 26 ff., 35, 37-42.

²⁷⁷⁵ W. Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch (2010), S. 135.

keiten dort objektiv darlegen und beweisen lässt. Mit der Erfüllung der „Selektivität“ und „Spezifität“ ist objektiv die strategisch-protektionistische Wirkung der Maßnahme nachgewiesen, und damit eine Verletzung der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit gegeben (Tatbestandserfüllung). Zugleich indiziert diese objektiv festgestellte Wirkung entsprechend denklögischer Gesetze die hinter der beschränkenden Maßnahme stehende Motivation des Maßnahmenurhebers zur strategischen Protektion.

Indessen sind damit die tatsächlich hinter der objektiv indizierten Motivation von „Selektivität“ und „Spezifität“ stehenden Gründe (der „Bauplan“ der Maßnahme) noch nicht festgestellt. Daher müssen im Rahmen der Abwägung nunmehr als „Gegengewicht“ zu der weiten „Gefährdungsverantwortung“ des Beschränkungsverbotens nunmehr auch legitimierende Argumente für die „Selektivität“ und „Spezifität“ bewertet werden. Hierbei geht es auf der Stufe der „Geeignetheit“ zunächst nur um die Feststellung, *welches* Ziel bzw. *welchen* Zweck die Maßnahme im Sinne der Vermeidung „externer Kosten“ im Allgemeininteresse verfolgt. Hierbei ist insbesondere relevant, ob die Maßnahme auf die Erreichung eines sich aus den geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen abzuleitenden Schutzzieles ausgerichtet ist (hierzu nachfolgend b)). Mit anderen Worten ist zu prüfen, ob die Maßnahme ein *schutzwürdiges* Ziel verfolgt. Sofern ein solches Ziel nicht vorliegt bzw. nachgewiesen ist, kann die Maßnahme nicht im Allgemeininteresse legitimiert sein.

b) *Typisierte Ziele: Ausnahmen und „zwingende Erfordernisse“*

Den geschriebenen Rechtfertigungsgründen und den „zwingenden Erfordernissen“ kommt als *ordre public* Vorbehalte die Funktion „typisierter Ziele“ zu (siehe zuvor B.). Damit greift bei der Geeignetheit eine Vermutung zu Gunsten des Maßnahmenurhebers, dass das mit der Maßnahme verfolgte Ziel, soweit es dem Katalog der geschriebenen Rechtfertigungsgründen bzw. den „zwingenden Erfordernissen“ des Allgemeininteresses im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung²⁷⁷⁶ entspricht, bereits dem Grunde nach, d.h. ohne die Notwendigkeit expliziten Beweisantritts, eine schutzwürdige Motivation darstellt.

Liegt der Maßnahme kein typisiertes Ziel zugrunde, wäre im förmlichen Rechtsverfahren von dem Maßnahmenurheber ausführlich vorzutragen, welches andere allgemein schutzwürdige Ziel die Maßnahme mit welcher Legitimation begründet. Hierin kommt die bereits zuvor dargelegte Facette der bisherigen Rechtfertigungsgründe als Darlegungs- und Beweislastregeln zum Ausdruck, welche charakteristisch ist für die ökonomisierte Konzeption der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Beispiel EuGH *Agrarblockaden*: Die Blockade ausländischer Produkte durch Bauern (funktionale Maßnahme²⁷⁷⁷) ist objektiv grundrechtlich bewertet zunächst die Aus-

²⁷⁷⁶ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42) Rn. 8.

²⁷⁷⁷ Gemäß der geltenden Terminologie ein Fall der horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten und entsprechend dem vorliegenden Konzept eine *funktionale Maßnahme*, vgl. Kapitel 4 B. III.. 3. und zuvor A. I. 1.

übung von Meinungsfreiheit. Tatsächlich sollte aber nach dem Willen der französischen Bauern (Motivation) der Verkauf anderer als französischer Agrarprodukte tangiert werden (Zweck der Handlung). Der hinter dieser auf den Markt für Agrarprodukte einwirkenden Maßnahme liegende *Plan* (Strategie) einer Marktzutrittsabschreckung (Ziel der Handlung) ist objektiv indiziert und zurechenbar (Äquivalenz und Adäquanz). Damit ist die Vermutung verbunden, dass die Bauern mit der Blockade kein in den geschriebenen Rechtfertigungsgründen oder den zwingenden Erfordernissen enthaltendes typisiertes Ziel im Sinne der „Geeignetheit“ verfolgen, sondern ein strategisch-protektionistisches Ziel im Individualinteresse, nämlich die (vorgeschobene) Nutzung der Meinungsfreiheit und des Demonstrationsrechts mit dem Ziel einer Protektion des Marktes. Im Gerichtsprozess oder Verwaltungsverfahren wäre die hier indizierte Motivation zur Protektion aus den objektiven Umständen heraus darzulegen und nachzuweisen. Ist der Nachweis eines schutzwürdigen Zieles durch die passiv legitimierte Partei, hier die Bauern, nicht möglich, wäre die Maßnahme (Blockade) per se nicht geeignet und damit unverhältnismäßig.

Für die geschriebenen Rechtfertigungsgründe und die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses als typisierte Ziele könnten zwecks Vereinheitlichung der Rechtspraxis und zur Verbesserung der Prozessökonomie nach dem Vorbild von gemäß Art. 101 Abs. 3, 103 AEUV i.V.m. Art. 288 Abs. 2 AEUV erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) auch bei den Grundfreiheiten Hinweise bzw. Richtvorgaben erfolgen. So wäre es möglich, typische transnationale *wirtschaftliche* Sachverhalte zu umschreiben, welche (wie bei den Darstellungen zu den Freistellungsgründen der GVO) bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit herangezogen werden könnten. Damit ließen sich die wettbewerbsökonomischen Wirkungen von Maßnahmen in der Darstellung von Fallgruppen effizienter beurteilen. Den EuGH würde dies entlasten, da weniger Anlass bestünde, im Wege der Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) nach der Auslegung und Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu fragen. Eine derartige Verordnung zur Auslegung und Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei den Grundfreiheiten könnte als „AVO-Grundfreiheiten“ betitelt und dem Grunde nach auf die Kompetenz zur Binnenmarktsetzung gestützt werden.

3. Maßnahmenurheber: Zurechnung der Wirkung an Staat oder Privat

Soweit einseitige, nicht-unternehmerische Handlungen von privaten Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht streitgegenständlich sind²⁷⁷⁸, müssen auch diese dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Hier wird im Schrifttum zur horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten streitig diskutiert, ob die auf übergeordnete Interessen zugeschnittenen Rechtfertigungsgründe des AEUV oder die „zwingenden Erfordernisse“ nach der *Cassis*-Rechtsprechung²⁷⁷⁹ auf private Maßnahmen Anwendung finden können.²⁷⁸⁰ Die Bedeutung dieser Diskussion relativiert sich mit der hier vertre-

²⁷⁷⁸ Siehe hierzu Kapitel 4 B. III, Kapitel 5 C. I. 3. und zuvor A. I. 1. a).

²⁷⁷⁹ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²⁷⁸⁰ Siehe nur *S. Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten (2009), S. 225 ff.

tenen Konzeption typisierter Ziele. Denn soweit *ordre public*-Vorbehalte als „Allgemeininteressen“ im Sinne typisierter Abwägungstopoi der Verhältnismäßigkeit gelten und damit i.w.S. „externe Kosten“ repräsentieren, besteht kein Grund, diese nicht als durch Private „geschützte“ Kosten für die Abwägung anzuerkennen. Invers zeigt sich diese Möglichkeit bei der Freistellung im Kartellrecht, denn dort werden insbesondere Gesichtspunkte des Umweltschutzes bei der Abwägung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV im Wege der Verhältnismäßigkeitsprüfung positiv berücksichtigt.²⁷⁸¹ Auch für diesen Aspekt der „Geeignetheit“ könnten in Anlehnung an die Systematik von GVO entsprechende Ziele in der Form von „Kosten-Fallgruppen“ formuliert werden, welche sodann auf der Stufe der „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ einer Abwägung zu unterziehen sind.

Zurückkommend auf den Beispielsfall EuGH *Agrarblockaden* ließe sich feststellen, dass Ziel und Zweck der Maßnahme im Sinne der „Geeignetheit“ aus der unternehmerischen Interessenssphäre der demonstrierenden Bauern motiviert sind. Gezielt werden nicht Aktionsparameter *im* Wettbewerb (wie Preis, Menge, Qualität, Image etc.) zur Positionierung im aktuellen und potenziellen Wettbewerb genutzt (*Ziel* der Maßnahme), sondern eine Demonstration als nicht-unternehmerische Maßnahme zur Einwirkung *auf* den Markt (*Zweck* der Maßnahme). Jene durch die „Masse“ einer Demonstration begründete faktische Regelungs- und Durchsetzungsmacht (festgestellt bei dem Kontrollgegenstand) wird also strategisch für das Ziel eingesetzt. Somit lässt sich feststellen, dass das grundrechtlich geschützte Demonstrationsrecht bzw. das Recht zur freien Meinungsäußerung nicht im Sinne der grundrechtlich geschützten Institution „Meinung“, d.h. markt- und wettbewerbsunspezifisch genutzt wird, sondern gezielt („Bezwecken“) bzw. dem „Plan“ nach („Bewirken“) als strategisch-protektionistisches Instrument (spezifisch) zur Beschränkung der Mobilität von konkurrierenden Agrarprodukten (selektiv). Soweit daneben der französische Staat *akzessorisch* eine solche nicht-unternehmerische Beeinflussung der Mobilität ermöglicht (Handeln) oder duldet (Unterlassen), wären die Wirkungen analog zu der Konzeption bei den sog. Entzugstatbeständen nach Art. 101, 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV (akzessorisch) auch dem französischen Staat zuzurechnen. Im Ergebnis der Subsumtion ist die „Geeignetheit“ der Maßnahme (Agrarblockade) im Hinblick auf deren Ziel und Zweck zu verneinen, da das vorgegebene Ziel und dessen Zwecke (Meinungsäußerung) nicht mit der wahren Motivation (strategischer Protektionismus) übereinstimmt.

Mit dem Blick auf die Rechtsfolgen bestünde im Ergebnis sodann (je nach Akzessorietät) eine „gesamtschuldnerische“ Haftung aus der Marktverantwortung des französischen Staates *und* der Marktverantwortung der (strategisch-protektionistisch) handelnden Bauern. Mit diesem Beispiel wird zugleich sichtbar, dass die hier vorgestellte funktional-wettbewerbsökonomische Dogmatik eine kongruente Alternative zu der aus der Grundrechtslehre entnommenen Dogmatik von *Schutzpflichten*²⁷⁸² darstellt. Denn

²⁷⁸¹ T. Lübbig, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 9, Rn. 253.

²⁷⁸² Insbesondere Peter Szczekalla leitet die Schutzpflicht bei den Grundfreiheiten aus der Grundrechtsdogmatik im Rahmen einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“ ab, vgl. P. Szczekalla, Schutzpflichten (2002), S. 462 ff.

Schutzpflichten vermögen die Marktverantwortung privater Rechtssubjekte im nicht-unternehmerischen Bereich für strategischen Protektionismus nicht hinreichend zu erfassen. Soweit über die vorliegend begründete Dogmatik von Marktverantwortungsrecht eine originäre private Verantwortung für selektiv-spezifische Mobilitätsbeschränkungen mit der Rechtsfolge von Schadenersatzansprüchen besteht, wird dies private Rechtssubjekte, welche ihre faktische Regelungs- und Durchsetzungsmacht zu Lasten der wirtschaftlichen Mobilitätsfreiheit und -gleichheit anderer verwenden dazu anhalten, eben solche Verhaltensweisen zu überdenken. Drohende Schadenersatzansprüche sind als Kosten für Unternehmen im Zweifel wirksamer als staatliche Schutzpflichten. Zudem privilegiert die Schutzpflichtendogmatik gerade diejenigen privat organisierten Rechtssubjekte, welche die wirtschaftliche Mobilität anderer Marktteilnehmer via nicht-unternehmerische Verhaltensweisen beschränken, da der Staat deren Marktverantwortung faktisch übernimmt. Diese staatliche Haftungsübernahme für privates Verhalten widerspricht dem grundsätzlichen Gedanken von Privatautonomie, die als Kehrseite freien privaten Handelns gleichsam eine private Verantwortung für privatautonomes Handeln voraussetzt.

II. Erforderlichkeit: Zweck-Mittel-Relation (Werte und Effizienz)

Mit der „Erforderlichkeit“ und dem hier charakteristischen Konzept einer Prüfung von hypothetischen Alternativmaßnahmen die als gleich gut zur Erreichung des Ziels und/oder des Zwecks zu bewerten sind, wird das Ziel einer Maßnahme dem Mittel zur Erreichung des Ziels in einer *Relationsbetrachtung* gegenübergestellt (Zweck-Mittel-Relation).

Mit der Einbeziehung von betriebswirtschaftlichen „privaten Kosten“ (die infolge der Mobilitätsbeschränkung bei von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjekten entstehen) und „externen Kosten“ (deren Minimierung die Maßnahme gemäß deren Ziel/Zweck dient) in diese Relationsbetrachtung (functional economic approach), sind Argumente der *Effektivität* und der *Effizienz*²⁷⁸³ zu berücksichtigen. Auf diese Weise kann die Relation von Ziel/Zweck der Maßnahme zu dem dafür gewählten Mittel der Maßnahme (bei einem Gesetz ist dies i.d.R. die Rechtsfolge) unter Berücksichtigung eines i.w.S. *Allokationsoptimums*²⁷⁸⁴ normativ und wettbewerbsökonomisch beurteilt werden. Dabei ist die Teleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung im Sinne eines „Gegengewichtes“ in die Abwägung zu implementieren, d.h. die Wertegebundenheit der Union in der Verbindung von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit (Art. 2 EUV) mit den markt- und wettbewerblichen Grundsätzen, wie in Kapitel 3 dargelegt.²⁷⁸⁵ Insoweit

²⁷⁸³ Hier indessen nicht i.e.S. von Pareto-Optimum oder Kaldor-Hicks-Gleichgewicht zu verstehen, was durchaus auch bei der Bewertung von Mobilitätsbeschränkungen in Betracht käme. Vielmehr in einem weiteren Sinne eines „Allokationsoptimums“, im Sinne einer Verweisung auf „soziale Entscheidungsverfahren“, wobei dem Recht eine „zentrale sozialorganisatorische Funktion zukommt“, wie von P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 83/85, umschrieben.

²⁷⁸⁴ P. Behrens, ebd. (1986), S. 85.

²⁷⁸⁵ Kapitel 3 C. III.

muss das wirtschaftliche (leistungsbezogene) Allokationsoptimum bei der Bewertung einer Maßnahme in Relation gesetzt werden zu außerökonomischen (ethischen) Zwecken von an Werten orientierten Maßstäben. Der dafür notwendige Abwägungsmaßstab der „Erforderlichkeit“ (hierzu 1.) sowie die aus der wettbewerbsökonomischen Interpretation folgenden Implikationen für die konkrete Beurteilung der „Erforderlichkeit“ (hierzu 2.) sind nachfolgend näher zu betrachten.

1. Abwägungsmaßstab (Zielerreichungsvergleich)

Der Rechtsprechung des Gerichtshofs folgend beinhaltet der Maßstab der „Erforderlichkeit“ als zweite Stufe der Subsumtion bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Prüfung, ob für die Verfolgung des mit der Maßnahme (nachfolgend M-1) geltend gemachten Ziels eine weniger beschränkende Alternativmaßnahme (nachfolgend M-2) ersichtlich ist.²⁷⁸⁶ In der Begrifflichkeit des wettbewerbsökonomisch definierten Kontrollmaßstabes (A. II.) bedeutet dies, dass eine weniger belastende, d.h. die transnationale Mobilitätsgleichheit und Mobilitätsfreiheit geringer einschränkende Alternative zu der streitgegenständlichen Maßnahme, welche ebenso gut das angestrebte Ziel bzw. den Zweck der Regelung erreichen würde, nicht denkbar bzw. nicht machbar erscheint. Dieser Abwägungsmaßstab wird hier in der Konzeption einer funktionalen Relationsbetrachtung benannt als *Zielerreichungsvergleich*.

Beispiel EuGH *Reinheitsgebot für Bier*:²⁷⁸⁷ Bei der Prüfung der „Erforderlichkeit“ wird die streitgegenständliche Maßnahme (M-1), also das gesetzliche Verbot bestimmter Inhaltsstoffe für Bier, mit ihren bei dem Kontrollmaßstab (Prüfungsstation A. II.) festgestellten selektiven und spezifischen Wirkungen auf die wirtschaftliche Mobilität betreffend den oder die Maßnahmenadressaten (X) einer hypothetischen Alternativmaßnahme (M-2), z.B. einer Regelung zur Etikettierung der Inhaltsstoffe anstelle eines Verbotes, gegenübergestellt. Sofern mit M-2 das bei der „Geeignetheit“ definierte Ziel (Z) eines bestimmten Verbraucherschutzniveaus mit M-1 gleich gut erreicht werden kann (dies wäre gutachterlich im Gerichtsprozess zu klären), ist M-1 nicht „erforderlich“ im Sinne der rechtlich hypothetischen Vergleichsbetrachtung. In der funktionalen Relationsbetrachtung ist mit der Maßnahme daher eine „effiziente“ Mittel-Zweck-Relation im Sinne eines „Pareto-Optimum“ somit nicht zu erreichen. Denn anstelle einer Beschränkung des Qualitätswettbewerbs über eine Einwirkung auf die Input-Ebene der wirtschaftlichen Leistung, nämlich deren stoffliche Zusammensetzung (diese betrifft den Produktionsprozess und damit den Input), wäre eine weniger wettbewerbsstrategisch eingreifende Beschränkung über eine Bestimmung zum Image bzw. Wettbewerb (Output-Ebene) möglich um das gleiche Ziel (Verbraucherschutz) zu erreichen. Mithin ist die bereits bei dem Kontrollmaßstab festgestellte Mobilitätsbeschränkung (das „Ob“) angesichts ihrer hier normativ-wettbewerbsökonomisch festgestellten zu hohen „Wirkungsintensität“ (das „Wie“) nicht verhältnismäßig und damit als Verletzung von Art. 34 AEUV unionsrechtswidrig.

²⁷⁸⁶ Grundlegend zum Verständnis der „Erforderlichkeit“ EuGH *Adrian de Peijper* (C-104/75, EU:C:1976:67) Rn. 14/18.

²⁷⁸⁷ EuGH *Reinheitsgebot für Bier* (C-178/84, EU:C:1987:126).

2. Wettbewerbsökonomische Implikationen der konkreten Prüfung

Mit der funktional-wettbewerbsökonomischen Interpretation der Mittel-Zweck-Relation ist bei der „Erforderlichkeit“ eine funktionale Relationsbetrachtung von Werten und Effizienz zu implementieren (functional economic approach). Freilich ist dabei zu berücksichtigen, dass es unterschiedliche Facetten bzw. Zusammenhänge von *Effizienz* zu beachten gilt.²⁷⁸⁸ Gemäß der hier vertretenen Konzeption ist das Effizienzkriterium für die Abwägung in der Zweck-Mittel-Relation im Sinne der von *Peter Behrens* vorgenommenen Grundlegung einer i.w.S. rechtlich *und* ökonomisch zu verstehenden Wohlfahrtsfunktion als „Allokationsoptimum“²⁷⁸⁹ in Bezug zu nehmen. Diese stellt den „individualistischen Charakter“ von Effizienz, also die Betrachtung einer „Änderung individueller Nutzenniveaus“, in den Mittelpunkt der Analyse.²⁷⁹⁰ In dieser Sichtweise einer Ökonomischen Rechtstheorie ist das „Pareto-Optimum“ als Maßstab einer Relation von Werten und Effizienz wie folgt zu beschreiben:

„Das Allokationsoptimum in der von Pareto formulierten Form (Pareto-Optimum) hat daher einen [...] besonders bedeutsamen verfahrensmäßigen Aspekt: Es verweist auf soziale Entscheidungsverfahren, die bestimmten – auch institutionellen – Bedingungen genügen müssen, damit der Bezug der gesellschaftlichen Wohlfahrtsfunktion zu den individuellen Präferenzen gewährleistet ist. Dabei schreibt die Ökonomie gerade dem *Recht* eine zentrale sozialorganisatorische Funktion zu. In diesem Sinne stellt daher das Effizienzkriterium einen der normativen Maßstäbe dar, nach denen [...] (soziale) Entscheidungsverfahren zu bewerten und rechtlich zu gestalten sind“.²⁷⁹¹

In diesem Sinne von Effizienz als (auch) normativer Maßstab sind also in einer hypothetisch-projizierenden Analyse der Alternativmaßnahme (M-2) die ökonomischen Effekte der Maßnahme (M-1) gemäß der Konzeption eines Allokationsoptimums in Beziehung zu setzen zu der rechtlich determinierten „individuellen Effizienz“ im Lichte der markt- und wettbewerbsbezogenen Wertgehalte von Gleichheit, Freiheit und Gerechtigkeit. Hier wird in besonders markanter Weise deutlich, dass an der „Schnittstelle“ von „Werte- und Wirtschaftsgrundsätzen“ unter Implementierung der neuen Unions-teleologie auf der einen Seite ökonomische (Wohlfahrts-)Kriterien normativ zu bewerten sind und auf der anderen Seite rechtliche Begriffe und vor allem auch *Werte* ökonomisch „quantifizierbar“ gemacht werden können und müssen. Dabei schließen sich wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Ansätze nicht gegenseitig aus, sondern im Gegenteil, sie ergänzen sich wechselseitig.²⁷⁹²

In der praktischen Umsetzung dieser konzeptionell-dogmatischen Erkenntnis ist also bei der „Erforderlichkeit“ zu prüfen, ob gegenüber der streitgegenständlichen Maß-

²⁷⁸⁸ Siehe hierzu *H.-B. Schäfer/C. Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts* (2005): Zur Definition von Effizienz, S. 1 sowie S. 7 zu „Verteilungsgerechtigkeit und Effizienz“; S. 8-10 zu Alternativen für das Effizienzkriterium, sowie zu dem *Kaldor-Hicks-Kriterium* im Zusammenhang „liberaler Rechte“ und Effizienz die Darstellung auf S. 48/49.

²⁷⁸⁹ *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986), S. 81 ff. 83-85.

²⁷⁹⁰ *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 84.

²⁷⁹¹ *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 85.

²⁷⁹² *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 8 ff. „Interdependenz der Ordnungen“.

nahme (M-1) andere fiktiv bzw. hypothetisch zu erdenkende Maßnahmen (M-2) ersichtlich sowie rechts-/verwaltungstechnisch gestaltbar bzw. umsetzbar wären, welche die für den transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt maßgeblichen Funktionsbedingungen und Strategievariablen der transnationalen wirtschaftlichen Mobilität (siehe zuvor Abschnitt III. 1. b) Selektivität und c) Spezifität) weniger beschränken und damit die für den aktuellen und/oder potenziellen Wettbewerb zielführenden Wettbewerbsstrategien weniger beeinträchtigen. In einem verwaltungsbehördlichen Verfahren oder einem gerichtlichen Prozess wären also anhand der bei der Mobilitätsbeschränkungsprüfung (siehe zuvor A. II., III.) bereits in Bezug genommenen Daten (in der wettbewerbsökonomischen Sicht also die für den relevanten transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt bestimmenden Aktionsparameter von Wettbewerbsstrategien und den dazu dargelegten und bewiesenen Tatsachen) zu untersuchen, ob eine „weniger selektiv und spezifisch wirkende Maßnahme“ (M-2) möglich erscheint.

Beispiel EuGH *Keck*²⁷⁹³: Der im Sachverhalt der EuGH *Keck*-Entscheidung streitgegenständliche Preiswettbewerb wird durch eine Mindestpreisregelung selektiv und spezifisch begrenzt. Im Rahmen der Prüfung der „Erforderlichkeit“ wären hier die von der französischen Regierung vorgebrachten Argumente des „Allgemeininteresses“ betreffend die Wirkung eines „ruinösen“ Preiswettbewerbs (etwa durch Kampfpreisstrategien / predatory pricing) als „externe Kosten“ zu bewerten. Gutachterlich wäre demnach zu verifizieren, welche Wohlfahrtseffekte bzw. „Kosten“ durch einen Preiswettbewerb in der Form eines sich gegenseitigen „Unterbietens“ über Preiskalkulationen unter dem sog. Einstandspreis kurz- und langfristig zu erwarten wären. Diese „externen Kosten“ wären sodann abzuwägen gegenüber den singulären betriebswirtschaftlichen „privaten Kosten“ und den Mobilitätsfreiheits- und Mobilitätsgleichheitsinteressen des oder der von dem Verbot betroffenen Unternehmen. Abzuwägen wäre hier also das Interesse an einer freien Entscheidung zur Nutzung des Aktionsparameters „Preis“ als Strategievariable für die Verfolgung von Wettbewerbsstrategien im potenziellen Wettbewerb (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit) mit den dieser Freiheit gegenüberstehenden „externen Kosten“, welche die Maßnahme gemäß deren Zielsetzung schützen soll. Konkret ist also in der *Keck*-Mittel-Relation von „Erforderlichkeit“ das individuelle Interesse einer freien bzw. gleich-freien Nutzung der Wettbewerbsform „Preiswettbewerb“ im Sinne des Effizienzkriteriums „abzuzinsen“ und den „Kosten“ des mit der Mindestpreisregelung verfolgten Ziels (Allgemeininteresse, Verhinderung eines ruinösen Preiswettkamps) gegenüberzustellen. Die Entscheidung dieser im Detail aufwändigen Abwägung und Rechtsfolgenabschätzung ist erstens eine Darlegungs- und Beweisfrage (Vorbringen der Parteien) und zweitens eine Frage der richterlichen Beweiswürdigung, welche i.d.R. durch das nationale Gericht zu bewerkstelligen ist.

Für den bei der „Geeignetheit“ in Bezug genommenen Beispielsachverhalt der EuGH-Entscheidung zu dem *Reinheitsgebot für Bier* wäre die Abwägung der Zweck-Mittel-Relation wie folgt zu formulieren:

²⁷⁹³ EuGH *Keck* (C-267/91 u. C-268/91, EU:C:1993:905).

Beispiel EuGH *Reinheitsgebot für Bier*.²⁷⁹⁴ Maßgeblich ist hier der Qualitätswettbewerb. Durch das Verbot bestimmter Inhaltsstoffe für Bier (M-1) kann von den Bierherstellern als Produzenten (X und Y) und von den nachgelagerten Wirtschaftsstufen (Großhandel, Einzelhandel) die Qualität von Bier nicht mehr als Aktionsparameter zur Verfolgung einer Wettbewerbsstrategie (Strategievariable) eingesetzt werden. Daher bleiben Bierherstellern als Wettbewerbsstrategien im Wesentlichen nur noch der Preis-, Mengen- oder der Imagewettbewerb als strategische Differenzierungsmöglichkeiten gegenüber konkurrierenden Wirtschaftssubjekten auf der Angebotsseite. Im Rahmen der Erforderlichkeit ist zu prüfen, ob eine denkbare Alternativmaßnahme (M-2) i.w.S. „effizienter“ sein könnte als das streitgegenständliche Reinheitsgebotes (M-1).

Ob die Regelung des deutschen Biersteuergesetzes mit dem Verbot bestimmter Inhaltsstoffe (M-1) „erforderlich“ ist, um das mit der Maßnahme verfolgte Ziel (Gesundheits- und Verbraucherschutz) zu erreichen oder ob eine i.w.S. „effizientere“ Alternativmaßnahme (M-2) möglich wäre, ist gemäß der funktionalen Konzeption von „Erforderlichkeit“ im Wege einer Gegenüberstellung von „privaten Kosten“ (Wirkung der Maßnahme M-1 auf das tangierte Wirtschaftssubjekt) und der i.w.S. „externen Kosten“ (Hinwegdenken der Maßnahme M-1) festzustellen (Maßstab der normativen-Effizienz). In dem konkreten Beispiel des Biermarktes wäre im Rechtsstreit folglich auf der einen Seite eine Untersuchung der Branche (z.B. durch Befragung der Marktgegenseite als empirische Methode) nötig. Auf der anderen Seite wären die möglichen „Kosten“ von gesundheitlichen Schädigungen der Verbraucher, deren Eintrittswahrscheinlichkeit und die Kosten eines geringeren Verbraucherschutzniveaus zu quantifizieren. Soweit sich bei der Analyse des transnationalen wirtschaftlichen Sachverhaltes ergeben würde, dass für die Marktgegenseite (z.B. Bierlokale als Einkäufer oder Endkunden) als Kriterium für die Auswahlentscheidung zwischen Bier der Brauerei X (Reinheitsgebot erfüllt) und Bier der Brauerei Y (Reinheitsgebot nicht erfüllt) in erster Linie die Qualität in Form der Zusammensetzung des Bieres entscheidend ist, müsste die funktionale Relation von „privaten Kosten“ versus „externen Kosten“ ausführlich geprüft werden. Sollte die Marktuntersuchung (z.B. via Befragung der Marktgegenseite) hingegen ergeben haben, dass die Produktauswahl, d.h. die Entscheidung welches Bier überwiegend präferiert wird, von der Marktgegenseite primär nach dem Preis oder nach dem Image bzw. der Werbung getroffen wird, dann wäre M-1 keine „kostenkritische“ Maßnahme und damit im Hinblick auf den Marktzutritt (Sequenz 1) sowie im Hinblick auf den Wettbewerb im Zielmarkt (Sequenz 2) neutral und damit verhältnismäßig. Eine weitere Prüfung der „Angemessenheit“ hätte nicht zu erfolgen.

²⁷⁹⁴ EuGH *Reinheitsgebot für Bier* (C-178/84, EU:C:1987:126).

III. Angemessenheit: Normative Effizienz (Kosten-Nutzen-Analyse)

1. Abwägungsmaßstab (Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich)

Wenngleich der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht durchgängig eine dritte Stufe bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prüft, wird hier der Rechtsprechungslinie gefolgt, in welcher der EuGH die sog. „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ bzw. die „Angemessenheit“ bei der Subsumtion aufgenommen hat.²⁷⁹⁵

Mit dem Kriterium der „Angemessenheit“ ist zu subsumieren, ob eine „geeignete“ und „erforderliche“ Maßnahme nicht in der *Intensität* ihrer konkreten (ökonomischen) Wirkungen auf die wirtschaftliche Interessenssphäre des von der Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes außer Verhältnis steht zu der Effizienz des mit der Maßnahme verfolgten Ziels/Zwecks (Zielerreichungsgrad). Mit dieser funktional-wettbewerbsökonomischen Interpretation von „Angemessenheit“ ist demnach ein effizienter Zustand im Sinne eines Werte berücksichtigenden Pareto-Optimums (normative Effizienz²⁷⁹⁶) unter Einbeziehung der Implikationen der Interessen-Trias gegeben, wenn das mit der Maßnahme verfolgte Ziel des Allgemeininteresses (Interesse des Mitgliedstaates) oder das europäische Integrationsinteresse (Interesse der Union), z.B. eine Maßnahme zur Vermeidung von CO² (Umweltschäden i.S. „externer Kosten“), nicht effizienter zu erreichen ist, ohne dass das individuelle wirtschaftliche Interesse an transnationaler wirtschaftlicher Mobilität (Interesse des Wirtschaftssubjekts), d.h. der Marktzutritt und/oder Marktaustritt, weniger beschränkt würde (Intensität der Mobilitätsbeschränkung versus Zielerreichungsgrad im Sinne normativer Effizienz).

Auf der dritten Abwägungsstufe der „Angemessenheit“ steht also eine ausführliche Abwägung sämtlicher positiver und negativer Effekte einer Maßnahme im Raum, und zwar im Vergleich von *Wirkungsintensität* (in Bezug auf das Individualinteresse des Wirtschaftssubjektes) und *normativer Effizienz* (in Bezug auf das Allgemeininteresse der Mitgliedstaaten oder des europäischen Interesses der Union). Dieser Abwägungsmaßstab wird hier dementsprechend zusammenfassend benannt als *Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich*.²⁷⁹⁷

²⁷⁹⁵ Vgl. U. Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2012), Art. 36 AEUV, Rn. 74/75.

²⁷⁹⁶ In Anlehnung an das von Peter Behrens dargelegte normative Verständnis von Effizienz, vgl. P. Behrens, a.a.O. (1986), S. 83 ff.

²⁷⁹⁷ Soweit entsprechend dem funktionalen Maßnahmenbegriff Maßnahmen von Privaten zur Abwägung stehen, könnten privat-rechtlich organisierte Wirtschaftssubjekte analog zu der Freistellungslogik im Wettbewerbsrecht auch wirtschaftliche Gründe im Sinne einer „Effizienzeinrede“ vorbringen. Weiter könnte Privaten bei vorhandener Grundrechtsrelevanz einer Maßnahme, etwa bei der Ausübung der Meinungsfreiheit (Demonstrationsrecht), auf der Rechtsfolgenseite (Schadenersatz) Haftungsmilderungen zugestanden werden, so dass z.B. nur dann Schadenersatz als Folge für die Verletzung einer Grundfreiheit zu leisten wäre, wenn dem privaten „Störer“ Verschulden in Form des Vorsatzes oder der groben Fahrlässigkeit zur Last fiel(e) (analoge Anwendung der *Courage/Crehan* Rechtsprechung, EuGH *Courage und Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465)). Eine volle Haftung käme dann in Betracht, wenn z.B. ein Grundrecht, wie die Meinungsfreiheit, gezielt eingesetzt würde, um andere Wirtschaftsteilnehmer zu behindern. Dies entspräche der Handhabung im Wettbewerbsrecht, bei dem das „Bezwecken“ einer Beschränkung des Wettbewerbs stets sanktioniert wird.

Mit dieser funktionalen Konzeption von „Angemessenheit“ offenbart sich einerseits die Parallelität zu der Abwägung positiver und negativer Kriterien bei der Beurteilung von Freistellungen in der Systematik von Art. 101 Abs. 3 AEUV (Konvergenzargument in der Werte- und Zielidentität). Andererseits zeigt sich der Unterschied zu der materiellen Prüfung bei der Mobilitätsbeschränkung auf der Ebene des Kontrollmaßstabes (siehe A. II. und III.), bei der mittels einer Subsumtion von vier Kriterien²⁷⁹⁸ das „Ob“ der Mobilitätsbeschränkung festgestellt wird, deren Intensität, also das „Wie“, mit der „Angemessenheit“ zu beurteilen ist.

2. Wettbewerbsökonomische Implikationen der konkreten Prüfung

a) Wirkungsgleichheit in Bezug auf das „Ziel“

Bei der Prüfung der „Erforderlichkeit“, d.h. ob eine Alternativ-Maßnahme (M-2) ebenso gut das Ziel (Z) erreichen kann, wie die streitgegenständliche Maßnahme (M-1) ist eine Untersuchung zur *Wirkungsgleichheit* in Bezug auf das mit der Maßnahme (M-1) verfolgte Ziel anzustellen. Bei der „Angemessenheit“ werden demgegenüber die Auswirkungen zur Erreichung des Ziels (Wirkungsintensität), also quasi die unabdingbaren „*Nebenwirkungen*“ bezogen auf den Normadressaten untersucht. Hierbei ergeben sich methodisch dem Grunde nach zwei Möglichkeiten: erstens eine singuläre Betrachtung der Maßnahme M-1 (Singuläre Wirkungsintensitätsanalyse), und zweitens ein Wirkungsvergleich von Maßnahme M-1 und von Alternativmaßnahme M-2 (Alternative Wirkungsintensitätsanalyse). Bei der zweiten Möglichkeit ist die Überschneidung mit der Prüfung der „Erforderlichkeit“ evident, da hier M-1 und M-2 ebenso miteinander verglichen werden, wie bei der Prüfung, ob beide Maßnahmen in gleicher Weise geeignet sind, das Ziel (Z) zu erreichen. Dabei ist es durchaus prozessökonomisch, wenn beide Prüfungsstationen, also die „Erforderlichkeit“ als *Zielerreichungsvergleich* von M-1/M-2 und die „Angemessenheit“ als *Wirkungsintensitätsvergleich* von M-1/M-2 in einem Schritt gemeinsam untersucht werden. Insoweit ist die Prüfungspraxis des Gerichtshofs, sofern diese einen zweistufigen Aufbau bei der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme wählt, in dogmatisch-konzeptioneller Hinsicht nicht zu beanstanden, zumindest soweit beide Aspekte (Zielerreichungsvergleich und Wirkungsintensitätsvergleich) bei der Bewertung der Maßnahme hinreichend Berücksichtigung finden. Der Zusammenhang von Zielerreichungsvergleich und Wirkungsintensitätsvergleich zeigt aber auch, dass nicht die formale Einteilung der Anzahl von Prüfungsstufen, sondern der materielle Gehalt, also die Funktion der Prüfung und deren Subsumtionskriterien entscheidend ist.

²⁷⁹⁸ „Strategierelevanz“ (Wettbewerbsstrategien), „Selektivität“ (Funktionsbedingungen), „Spezifität“ (Strategievariablen) und „Zurechnung“ (Marktverantwortung), siehe oben A. III.

b) *Ausnahmen/Rechtfertigungen à la Cassis als i.w.S. „externe“ Kosten*

Im Rahmen der zuvor dargelegten funktional-wettbewerbsökonomisch determinierten Prüfung der „Angemessenheit“ lassen sich die im AEUV kodifizierten Ausnahmen sowie die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses der *Cassis*-Rechtsprechung sämtlich als „externe“ Kosten“ bewerten und bei dem Wirkungsintensitätsvergleich den betriebswirtschaftlich zu bewertenden „privaten Kosten“ dem von einer die wirtschaftliche Mobilität beschränkenden Maßnahme betroffenen Wirtschaftssubjekt gegenüberstellen. Bei den vom EuGH anerkannten, enumerativen „zwingenden Erfordernissen“ handelt es sich insbesondere um „Kosten“ betreffend die Umwelt, die Gesundheit oder den Verbraucherschutz bzw. Kosten eines finanziellen Gleichgewichts der Steuersysteme, der sozialen Systeme oder auch der Medienvielfalt, um nur einige zentrale Beispiele zu nennen.²⁷⁹⁹

Mit der hier vorgeschlagenen *wertenden Internalisierung* „externer Kosten“ wird im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse die qualitative und quantitative Bewertung der Wirkungsintensität der Mobilitätsbeschränkung (M-1) im Vergleich zu deren Effizienz möglich. Im Ergebnis dieser Bewertung steht eine hier so benannte *Kostenbilanz* für Kosten der streitgegenständlichen Maßnahme M-1 im Vergleich zu Kosten einer fiktiven (Alternativ-)Maßnahme M-2 (Ergebnis der Rechtsfolgenabschätzung). Bei der hier definierten Kosten-Nutzen-Analyse werden also die „externen Kosten“ (das Allgemeininteresse) den „privaten Kosten“ (dem Individualinteresse) unter Berücksichtigung deren normativen „Wertigkeit“ gegenübergestellt. Dabei wären im rechtsförmlichen Verfahren die finanziellen Einbußen des von der Mobilitätsbeschränkung tangierten Wirtschaftssubjektes darzulegen und zu beweisen, etwa über die Vorlage der Unternehmensbilanz bzw. der Kosten und Leistungsrechnung (Kostenwirkung von M-1 bei dem Wirtschaftssubjekt). Diese Daten würden sodann der Kostenbilanz einer möglichen Alternativmaßnahme (Kosten von M-2) gegenübergestellt. Soweit in diesem Vergleich die der Maßnahme (M-2) im Sinne eines geschriebenen Rechtfertigungsgrundes oder eines „zwingenden Erfordernisses“ inhärenten „externen Kosten“, wie z.B. die Sicherheit des Straßenverkehrs oder ein bestimmtes Umweltschutzniveau, geringer ausfielen als die bei dem Betroffenen durch die beschränkenden Wirkungen der streitgegenständlichen Maßnahme (M-1) verursachten „betriebswirtschaftlichen Kosten“, wäre die Maßnahme (M-1) nicht angemessen. Sofern in einem Rechtsstreit private Maßnahmen auf dem Prüfstand stünden (horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten), wären in der Kosten-Nutzen-Analyse auch wirtschaftliche Gründe und deren Effekte (ausgedrückt als Kosten) ebenso abzuwägen, insoweit durchaus analog zu der Freistellungssystematik bei Art. 101 Abs. 3 AEUV.

In der Regel werden die „externen Kosten“, also die Allgemeininteressen infolge geschriebener Rechtfertigungsgründe oder „zwingender Erfordernisse“ (wie der Gesundheitsschutz, Umweltschutz etc.) die „privaten Kosten“ singulärer Unternehmensinteressen überwiegen, zumindest soweit diese ausschließlich dem Interesse an Gewinn-

²⁷⁹⁹ Siehe die Auflistung bei P.-C. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art. 34 AEUV, Rn. 203-226.

maximierung folgen. Jedenfalls muss die an wettbewerbsökonomischen Gesichtspunkten ausgerichtete Abwägung der Kosten-Nutzen-Analyse nicht regelhaft zu einer von Werten und Allgemeininteressen „entkoppelten“ Effizienzbetrachtung im Sinne eines „more economic approach“ geraten. Die hier gegenüber den rein ökonomischen Effizienzgesichtspunkten als „Gegengewicht“ fungierenden, nicht-wirtschaftlichen geschriebenen Rechtfertigungsgründe bzw. „zwingenden Erfordernisse“ gemäß der *Cassis-Rechtsprechung*²⁸⁰⁰ sowie die im AEUV kodifizierten Querschnittsklauseln können, ganz im Gegenteil, gerade durch eine entsprechende „Ökonomisierung“ und Internalisierung sogar an Bedeutung gewinnen. Denn oftmals wird erst in gesamtwirtschaftlicher Perspektive und im Sinne der Wohlfahrtsökonomie deutlich, dass z.B. irreversible Schädigungen der Umwelt mit keinem noch so hohen privaten Einzelgewinn oder mit einer Verbesserung der Verbraucherwohlfahrt im Sinne von „technischen“ Effizienzargumenten in Einklang zu bringen sind. Auch Gesichtspunkte der Wahlmöglichkeiten („choice“) lassen sich hier einbeziehen, entsprechend der jüngst zu beobachtenden Entwicklungen im Kartellrecht, die eine zunehmende Berücksichtigung von „consumer choice“ erkennen lassen.²⁸⁰¹

In jedem Fall kann das vertragsautonom an Werten *und* Wirtschaftszielen (Binnenmarkt und Wettbewerb) gleichermaßen ausgerichtete Allokationsoptimum eben durchaus auch im Sinne eines normativ-ökonomischen Pareto-Optimums in der Verwirklichung bzw. Sicherung eines Wertes (Chancengleichheit, Fairness) oder einer Querschnittsklausel der Union liegen (normative Effizienz). Ein solch normativ ausgerichtetes Allokationsoptimum kann sich konkret bzw. „operationalisiert“ auch in den „zwingenden Gründen“ des Allgemeininteresses abbilden. Insoweit ist hier der Auffassung von Generalanwalt *Cruz Villalón* in den Schlussanträgen zur Rechtssache *Santos Palhota* zu folgen²⁸⁰², nach der solche Gründe bei der Abwägung und gerade nicht auf der Ebene der Rechtfertigung zu berücksichtigen sind.²⁸⁰³

[Rn. 53²⁸⁰⁴] „Das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verlangt, dass die Arbeitsbedingungen, wenn sie zwingende Gründe des Allgemeininteresses darstellen, die eine Ausnahme vom freien Dienstleistungsverkehr rechtfertigen, nicht mehr eng ausgelegt werden. Da der Schutz der Arbeitnehmer als Faktor eine Rolle spielt, dessen Schutz unmittelbar in den Verträgen verankert ist, *handelt es sich nicht mehr um eine bloße Ausnahme* von einer Freiheit und *erst recht nicht mehr um eine in der Rechtsprechung entwickelte ungeschriebene Ausnahme*. Der neue Primärrechtsrahmen räumt, soweit er zwingend einen hohen Grad an Sozialschutz vorschreibt, den Mitgliedstaaten die Be-

²⁸⁰⁰ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

²⁸⁰¹ *P. Nihoul*, „Freedom of choice“: the emergence of a powerful concept in European competition law, in: *Nihoul/Charbit/Ramundo* (Hrsg.), *Choice* (2016), S. 9 ff., S. 22/23 zu dem Mechanismus; *P. Behrens*, The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law, in: ebd. (2016), S. 123 ff

²⁸⁰² Schlussanträge des Generalanwaltes *Cruz Villalón* EuGH *Santos Palhota* (C-515/08, EU:C:2010:245) Rn. 51).

²⁸⁰³ Insoweit bestätigt sich an dieser Stelle nochmals die dogmatisch-konzeptionelle Notwendigkeit einer Auflösung der Rechtfertigungsebene in ihrer bisherigen Form, wie zuvor bei B. dargelegt.

²⁸⁰⁴ Schlussanträge des Generalanwaltes *Cruz Villalón* EuGH *Santos Palhota* (C-515/08, EU:C:2010:245) Rn. 53.

fugnis ein, zum Schutz eines bestimmten Niveaus des Sozialschutzes eine Freiheit zu beschränken, ohne dass das Unionsrecht dies als etwas Außergewöhnliches betrachtet, dem restriktiv zu begegnen wäre. *Dieser* in den soeben zitierten neuen Vertragsbestimmungen verankerte *Gedanke kommt in der Praxis bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum Ausdruck.*“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

c) *Wertende Berücksichtigung der Interessen-Trias*

Die in Kapitel 1 und Kapitel 5 dargelegten Implikationen der Interessen-Trias²⁸⁰⁵ berücksichtigend, sind bei dem Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse neben den zuvor bei a) und b) ausgeführten Aspekten auch die Auswirkungen einer Suspendierung der streitgegenständlichen Maßnahme infolge des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheit im Hinblick auf die Interessen der Mitgliedstaaten wertend zu berücksichtigen.²⁸⁰⁶

Insbesondere der in diesem Zusammenhang bestehende Interessenkonflikt betreffend die Fragen von ausschließlicher Zuständigkeit der Union (Art. 3 AEUV) für „die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ einerseits und der geteilten Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten (Art. 3 AEUV) für den Binnenmarkt andererseits, ist einem gerechten Ausgleich zuzuführen. Neben den sekundärrechtlichen Ermächtigungsnormen zur Rechtsangleichung (Richtlinienkompetenz) und Rechtsvereinheitlichung (Verordnungskompetenz) bei den Grundfreiheiten (z.B. Art. 46 AEUV „Richtlinien und Verordnungen, Art. 50 AEUV „Richtlinien“, Art. 59 AEUV „Richtlinien“) sind es gerade die Grundfreiheiten, welche nationales Recht auch in „kompetenzsensiblen“ Bereichen über die Prinzipien der unmittelbaren Geltung, der unmittelbaren Wirkung und via Anwendungsvorrang „verdrängen“.

So muss insbesondere im Bereich von Maßnahmen des Steuerrechts²⁸⁰⁷ oder Sozialrechts der Mitgliedstaaten eine ausführliche Bewertung und Internalisierung der in Rede

²⁸⁰⁵ Als Problemursache Kapitel 5 B. I. und III. Zur Interessen-Trias als Teil des institutionellen Rahmens im Kontext der Supranationalität Kapitel 1 B. I. 3.

²⁸⁰⁶ In diesem Kontext ist die veränderte Rolle der nationalen Parlamente relevant, welche sich u.a. durch das „Frühwarnsystem“ ausdrückt, vgl. Art. 12 Ziffer b EUV i.V.m. Art. 5 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 4 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit und dem Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, insbesondere Art. 3. Das hierbei maßgebliche Subsidiaritätsprinzip ist an zentralen Stellen des Unionsrechts verankert, vgl. Präambel EUV Satz 13, Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 EUV, konkretisiert durch das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Art. 69 AEUV; Erklärung zu Bestimmungen der Verträge Ziffer 18 (Wahrnehmung mitgliedstaatlicher Kompetenz bei geteilter Zuständigkeit unter Verzicht der Union auf eine Regelung unter Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität). Indessen sind diese Implikationen nach der vorliegend vertretenen funktionalen Konzeption des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens weder bei dem Tatbestand noch bei der Verhältnismäßigkeit direkt zu verarbeiten. Vielmehr sind deren „Kosten“ i.w.S. „abzuzinsen“ und im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse wertend zu internalisieren.

²⁸⁰⁷ Vgl. zur Kohärenz der Steuersysteme zuletzt EuGH *Max-Heinz Feilen gegen Finanzamt Fulda (Feilen)* (C-123/05, EU:C:2005:502) Rn. 29 ff.; zum Verbraucherschutz EuGH *Reinheitsgebot für Bier* (C-178/84, EU:C:1987:126) Rn. 28 sowie EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik (Energiegetränke)* (C-420/01, EU:C:2003:363) Rn. 29.

stehenden mitgliedstaatlichen „externen Kosten“ erfolgen.²⁸⁰⁸ Denn das Steuer- und Sozialrecht gehört zu den Kernbereichen mitgliedstaatlicher Souveränität und im weiteren Sinne auch zur Identität der Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV), zumindest soweit etwa steuerrechtliche Regelungen an die Verhältnisse eines Landes besonders angepasst sind. Gleichwohl muss aber auch im Bereich des nationalen Steuerrechts²⁸⁰⁹ das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten umfassend gelten.²⁸¹⁰ Zu beachten ist überdies, dass den Wirtschaftsinteressen gegenüberstehende Politiken der Union oder auch die Querschnittsklauseln des AEUV den „Interessenkonflikt“ verschärfen können. Im Detail ist hierauf an dieser Stelle nicht weiter einzugehen, sondern lediglich festzuhalten, dass sich sämtliche Kollisionslagen dieser Art im Rahmen der „Angemessenheit“ mit dem zuvor dargestellten funktionalen Instrumentarium im Wege einer wertenden Kosten-Nutzen-Analyse verarbeiten lassen. Denn mittels einer Kosten-Nutzen-Analyse lassen sich die institutionellen Rahmenbedingungen der Supranationalität in der Praxis konkret normativ-ökonomisch bewerten und abwägen. Dadurch wird eine per se Reduktion des grundfreiheitlichen Tatbestandes via Bereichsausnahmen („Modalitäten“ à la *Keck*) bzw. eine „Rechtfertigung“ via „zwingende Erfordernisse“ (à la *Cassis*), welche jeweils die für eine praxisgerechte Bewertung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte erforderliche Feinkontrolle vermissen lassen, obsolet. Überdies sollte gerade bei gesellschaftspolitisch zentralen Fragen die notwendige Transparenz bzw. Nachvollziehbarkeit der Rechtsprechung über die Darlegung einer ausführlichen Abwägung des „Für und Wider“ i.S.e Kostenbilanz der Rechtsfolgenabschätzung hergestellt werden, um nicht zuletzt die Akzeptanz der Rechtsprechung sowie der von ihr bewerteten Regeln zu erhöhen.

Zur weiteren Veranschaulichung soll an dieser Stelle ein Sachverhalt aus der aktuellen EuGH-Rechtsprechung zum Erbschaftsteuerrecht angeführt werden.

Beispiel EuGH *Steuerkohärenz*²⁸¹¹: Art. 63 Abs. 1 AEUV (Kapitalverkehrsfreiheit) erfasst eine Regelung des deutschen Schenkungs- und Erbschaftssteuergesetzes (ErbStG), welche die Steuerpflicht bei dem Erwerb von Todes wegen an den Begriff des Inlandsvermögens anknüpft. § 27 ErbStG setzt für die Anrechnung von Nachlass-

²⁸⁰⁸ Im Schrifttum wurden für mitgliedstaatliche Maßnahmen in diesen Bereichen angesichts ihrer hohen innenpolitischen Bedeutung und Kompetenzsensibilität Ausnahmen zu dem Beschränkungsverbot diskutiert, so zum Sozialrecht *C. Nowak/J. Schnitzler*, *Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten – Genereller Rechtsprechungswandel oder Sonderweg im Bereich der sozialen Sicherheit*, *EuZW* 2000, S. 627 ff.

²⁸⁰⁹ Zur Kohärenz der Steuersysteme EuGH *Hanns-Martin Bachmann gegen Belgischer Staat (Bachmann)* (C-204/90, EU:C:1992:35) Rn. 14 ff.; EuGH *Peter Svensson und Lena Gustavsson gegen Ministre du Logement et de l'Urbanisme (Svensson und Gustavsson)* (C-484/93, EU:C:1995:379) Rn. 15; zuletzt EuGH *Max-Heinz Feilen gegen Finanzamt Fulda (Feilen)* (C-123/05, EU:C:2005:502) Rn. 29 ff.;

²⁸¹⁰ Siehe nur *J. Kokott*, *Die Bedeutung der europarechtlichen Diskriminierungsverbote und Grundfreiheiten für das Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten*, in: *M. Lehner* (Hrsg.), *Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten* (2000), S. 1, 23/24 unter Hinweis darauf, dass ein „gewisser Nivellierungsdruck nach unten“ auch im Steuerrecht hinzunehmen sei, bis die letztlich angestrebte Harmonisierung durch Gemeinschaftsakte erfolge.

²⁸¹¹ Zur Kohärenz der Steuersysteme zuletzt EuGH *Max-Heinz Feilen gegen Finanzamt Fulda (Feilen)* (C-123/15, EU:C:2016:496).

verbindlichkeiten einen Vorerwerb nach deutschem Recht voraus (Sachverhalt hier durch den Verf. stark vereinfacht).²⁸¹² Nach der Subsumtion durch den EuGH „bewirkt“ die Steuerregelung eine Wertminderung des Nachlasses und stellt folglich eine Beschränkung des Kapitalverkehrs dar.²⁸¹³ Jedoch greift als „zwingender Grund des Allgemeininteresses“ die *Notwendigkeit der Wahrung der Kohärenz des Steuersystems*. Dies ist der Fall, wenn ein „unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem betreffenden steuerlichen Vorteil und dessen Ausgleich durch eine bestimmte steuerliche Belastung dargetan ist, wobei die Unmittelbarkeit dieses Zusammenhangs anhand des Ziels der fraglichen Regelung beurteilt werden muss.“²⁸¹⁴

Nach dem vorliegend entwickelten Konzept der ökonomisierten Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wäre die normative Effizienz der Steuerregelung zu prüfen. Mit der Kosten-Nutzen-Analyse ist die nationale (Erbschafts-) Steuerregelung als streitgegenständliche Maßnahme (M-1) einer fiktiven Alternativmaßnahme (M2) gegenüberzustellen. Während mit der Regelung des deutschen Erbschaftssteuergesetzes (M1) das Ziel einer Vermeidung von Doppelbesteuerungen unter Anknüpfung an die Territorialität verfolgt wird, wäre dazu im Vergleich eine Alternativmaßnahme (M-2) möglich, gemäß derer eine Gesamtbewertung von Besteuerungslasten unter dem Gesichtspunkt funktionaler Transnationalität vorzunehmen wäre. Damit bestünde eine andere Besteuerungsmöglichkeit zugunsten der Allgemeinheit. Sollte die Analyse des relevanten Marktes zu dem Ergebnis gelangen, dass der für den transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt entscheidende Aktionsparameter eines oder mehrerer Wirtschaftssubjekte durch die (Erbschafts-) Steuerregelung im Sinne einer „selektiven“ und „spezifischen“ Funktionsbedingung begrenzt wird, und dadurch der Marktzutritt beschränkt wird, etwa weil das nationale Steuerrecht für Arbeitnehmer, Dienstleister oder Gesellschaften den Standort wegen einer strategisch-protektionistisch wirkenden (ungerechten) Besteuerung „weniger attraktiv“ macht und dadurch erhebliche „private Kosten“ entstehen, so wäre am Maßstab der Gesamtwohlfahrt sowie der gesellschaftlichen und finanziellen Situation des Mitgliedstaates usw. („externe Kosten“) abzuwägen, ob das politische Interesse des Mitgliedstaates an dem Erhalt der konkreten (Erbschafts-) Steuerregelung und deren Systematik (Kohärenz), d.h. der „Nutzen“ dieser Maßnahme, die „privaten Kosten“ der von der Steuerregelung adressierten Wirtschaftssubjekte im Sinne eines normativ Allokationsoptimums übersteigt (*positive Wirkungsbilanz* im Sinne der normativen Effizienz). Dies ist eine Tatsachenfrage, welche das nationale Gericht unter Zugrundelegung und umfassenden Würdigung des Parteivortrages (im Sinne einer

²⁸¹² In den Entscheidungsgründen EuGH *Max-Heinz Feilen gegen Finanzamt Fulda (Feilen)* (C-123/15, EU:C:2016:496) ist der Sachverhalt mit allen für diesen einschlägigen Vorschriften des deutschen Erbschaftssteuerrechts in den Rn. 7-14 ausgeführt.

²⁸¹³ EuGH *Max-Heinz Feilen gegen Finanzamt Fulda (Feilen)* (C-123/15, EU:C:2016:496) Rn. 21/22.

²⁸¹⁴ EuGH *Max-Heinz Feilen gegen Finanzamt Fulda (Feilen)* ebd., Rn. 29/30. Die Subsumtion erfolgt zugunsten des Vortrags der deutschen Regierung in den Rn. 31-42 mit dem Ergebnis, dass die Regelung verhältnismäßig ist. In eine detaillierte Prüfung von „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ steigt der EuGH nicht ein, womit die Subsumtion zur Verhältnismäßigkeit bei Rn. 40 eine geringe Abwägungsdichte offenbart.

Rechtsfolgenabschätzung des nationalen Steuerrechts) sowie unter Berücksichtigung einer angemessenen Balance der Interessen-Trias²⁸¹⁵ zu entscheiden hat.

d) *Effizienz und Werte in der Kosten-Nutzen-Analyse*

Zur Konkretisierung der zuvor bei a) bis c) bereits in Bezug genommenen normativen Effizienz, soll in einem letzten Schritt die Implementierung von Effizienz und Werten bei der Subsumtion der „Angemessenheit“ näher betrachtet werden.

Wenngleich der Gerichtshof bei der Prüfung der „Angemessenheit“ eher (noch) zurückhaltend agiert, hat er bereits in seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit in den 1980er Jahren zum Umweltschutz²⁸¹⁶ betont, dass die durch Ausnahmen (Rechtfertigungsgründe) verursachten Hindernisse für den Warenaustausch nicht außer Verhältnis zu dem Schutz anderer Rechtsgüter stehen dürfen.²⁸¹⁷ Generalanwalt *Nils Wahl* hat in seinen Schlussanträgen zu einer Rechtssache in dem Umfeld zur Regulierung von Glücksspielen und Wetten, hier in dem Verfahren *Laezza*²⁸¹⁸, ausführlich zur der Bedeutung der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch das nationale Gericht ausgeführt.²⁸¹⁹ Dabei hat er ausdrücklich auf eine Kosten-Nutzen Betrachtung (Marktwert versus staatliche Interessen) abgestellt.²⁸²⁰

Hieran anknüpfend muss nach der in vorliegender Untersuchung vorgeschlagenen funktionalen Konzeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sowie angesichts der veränderten Unionsteleologie einer Werte- und Wirtschaftsverfassung²⁸²¹ eine ausführliche Kosten-Nutzen-Analyse erfolgen, d.h. unter Berücksichtigung ökonomischer Effizienzerwägungen und Werten bzw. i.w.S. ethischer Aspekte. Die hierfür notwendigen Subsumtionskriterien und deren Prüfdichte gilt es zu bestimmen. Hierfür kann die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu der sog. Binnenmarktsetzung (Sekundärrechtsetzung) im Bereich des Gesundheitsschutzes²⁸²² als Beispiel herangezogen werden. Dort wurde beginnend mit der Entscheidung des EuGH zu der Rechtssache *Jippes*²⁸²³ deutlich, dass eine Kosten-Nutzen-Analyse eine erhebliche Konkretisierung der Wir-

²⁸¹⁵ Kapitel 1 B. I. 3. und Kapitel 5 B. I.

²⁸¹⁶ *B. Weiher*, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr (1997) passim, und S. 51 ff. zu Produktstandards.

²⁸¹⁷ EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Dänemark (Verpackungen)* (C-302/86, EU:C:198:421) Rn. 6.

²⁸¹⁸ Schlussanträge des Generalanwaltes Nils Wahl *Strafverfahren gegen Rosanna Laezza (Laezza)* (C-375/14, EU:C:2015:788). Diese Rechtssache ist im Zusammenhang einer großen Zahl weiterer Verfahren, über 17 bei dem Gerichtshof zum Zeitpunkt der Schlussanträge anhängige Rechtssachen, zu sehen, die Generalanwalt *Nils Wahl* in Fußnote 2 ausdrücklich in Bezug nimmt.

²⁸¹⁹ Schlussanträge des Generalanwaltes Nils Wahl *Laezza* (C-375/14, EU:C:2015:788) Rn. 78 ff.

²⁸²⁰ Schlussanträge des Generalanwaltes Nils Wahl *Laezza* (C-375/14, EU:C:2015:788) Rn. 101: „Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit umfasst insbesondere eine Untersuchung des Marktwerts der von dieser Gebrauchsüberlassung betroffenen Ausstattung.“

²⁸²¹ Kapitel 3 B.

²⁸²² Siehe hierzu *M. Keser*, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Binnenmarktsetzung – Zur Kosten-Nutzen-Analyse als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Binnenmarktsetzung zum Gesundheitsschutz, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt (2004), S. 139 ff.

²⁸²³ EuGH *H. Jippes u.a. gegen Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (Jippes)* (C-189/01, EU:C:2001:420), Rn. 86 ff.

kungsanalyse ermöglicht und damit die Auswirkungen einer Maßnahme dementsprechend genauer geprüft werden können. Dies ist im Sinn eines Mehr an „Gerechtigkeit“ und eines dadurch verbesserten Individualrechtsschutzes zu begrüßen. Die Prüfdichte der Kosten-Nutzen-Analyse richtet sich gemäß dieser Entscheidung allerdings nach der Art und Ausführlichkeit des Parteivortrages, der sich gegen eine sekundärrechtliche Maßnahme wendenden Partei (Unternehmen).²⁸²⁴ Hier wird deutlich erkennbar, dass der Gerichtshof dem Grunde nach von einem weiten gesetzgeberischen Ermessen ausgeht und politische (parlamentarische) Wertungen nicht durch Akte der Rechtsprechung konkretisiert sehen möchte. Insoweit kommt hierin im Sinne einer Berücksichtigung der Interessen-Trias²⁸²⁵ eine Achtung politischer Willensbildungsprozesse zum Ausdruck, wie in Kapitel 5 B. dargelegt.²⁸²⁶

Bei der Prüfung der Grundfreiheiten muss jedoch noch stärker als bei der Sekundärrechtsetzung unter Berücksichtigung der Interessen-Trias in den Blick genommen werden, dass bei der Abwägung von Unionsinteressen und unternehmerischen Partikularinteressen gegenüber mitgliedstaatlichen Interessen (Allgemeininteressen), etwa des Gesundheits- oder Verbraucherschutzes, die *Selektivität* einer Maßnahme in Bezug auf die *Chancengleichheit und Fairness* im Markt in den Mittelpunkt zu stellen ist. Und zwar deshalb, weil sich die Unionsteleologie nach Lissabon in starkem Maße auf die wertende Betrachtung der Interessen Einzelner bezieht, im Sinne einer *Union der Bürger* bzw. einer europäischen „Bürgergesellschaft“, oder wenn man so will, europäischen Privatrechtsgesellschaft eigener Art, nämlich einer solchen wertegebender Prägung. Dennoch müssen im Lichte des institutionellen Rahmens der Union und gemäß dem Konzept der Supranationalität auch die Interessen der Mitgliedstaaten hinreichend Beachtung finden. Denn die Grundfreiheiten derogieren über den Anwendungsvorrang nationales Recht mittelbar auch gegen den (nationalen politischen) Willen der Bevölkerung (*discrimination à rebours*).²⁸²⁷ Demgegenüber wirken die Mitgliedstaaten bei der Sekundärrechtsetzung auch im Bereich des Binnenmarktes (VO, RL) mit, über ihre Regierungen im Rat und zudem über eine Befassung des Europäischen Parlaments. Der Vertrag von Lissabon hat zudem das neue parlamentarische Verfahren zum Subsidiaritätsschutz eingeführt, was zeigt, dass auf die Interessen der Mitgliedstaaten besondere Rücksicht zu nehmen ist. Wenn also bereits bei der gerichtlichen Überprüfung im Bereich der Binnenmarktsetzung im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen eingeräumt wird, dann muss erst Recht bei der Prüfung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote der mit den Rechtsfolgen (Verbot) einer Grundfreiheit konfrontierte Mitgliedstaat (stellvertretend für die ihn demokratisch

²⁸²⁴ M. Keser, a.a.O. (2004), S. 139, 154 ff.

²⁸²⁵ Kapitel 1 B. I. 3.

²⁸²⁶ Kapitel 5 B. I. 2. Wert der Demokratie: Repräsentation von nationalem „Bürgerwillen“.

²⁸²⁷ Diese zeigte sich etwa im Bereich des Handwerks bei dem Erfordernis eines Meistertitels in Deutschland, siehe hierzu umfassend W. G. Leisner, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung, in: Schriften des Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften München (2014) passim, mit einer Übersicht zu der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung (EuGH *Knoors*; EuGH *Van de Bijl*; EuGH *Castro Freitas und Escallier*; EuGH *Corsten*; EuGH *Schnitzer*) auf S. 34-51 m.w.N.

legitimierenden Bürger) die Möglichkeit haben, im Rahmen der Abwägung über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinreichend Argumente vorzutragen, welche „wertend“ den ökonomischen Kosten des von einer Maßnahme betroffenen Wirtschaftssubjektes gegenübergestellt werden. Dies ist insoweit der dogmatisch-konzeptionelle Ausgleich für die freiheitsrechtliche Auslegung des Kontrollmaßstabes des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot als transnationales Mobilitätsfreiheitsrecht (siehe A. II.) in Umsetzung des freiheitsrechtlichen Maßstabes des Prinzips unionsrechtliches Beschränkungsverbot (siehe Kapitel 3 F. I.).

Die (betriebs-)wirtschaftlichen Auswirkungen des von einer Maßnahme betroffenen Wirtschaftssubjektes sind daher als „private Kosten“ mit den integrationspolitischen Interessen der Union und den Allgemeininteressen der Mitgliedstaaten (Interessen-Trias) als im weitesten Sinne zu „internalisierende externe Kosten“²⁸²⁸ umfassend an den Maßstäben von „Effizienz“ und „Werten“ (Freiheit, Gleichheit, Gerechtigkeit) abzuwägen. Die hierfür maßgebliche grundlegende Begründung zu den damit in Verbindung stehenden Aspekten von i.w.S. *normativ-ökonomischer Allokationseffizienz*, Verteilung und Gerechtigkeit in der ökonomischen Betrachtung des Rechts, findet sich wiederum bei *Peter Behrens*²⁸²⁹, eben aus der Sicht einer Theorie, die „das Recht unter dem Aspekt seines Beitrages zur Leistungsfähigkeit alternativer sozialer Steuerungsmechanismen (Entscheidungsverfahren) analysiert“:

„Die Orientierung rechtlicher Entscheidungen über alternative Möglichkeiten der Nutzung von Ressourcen am Ziel der Effizienz bedeutet zunächst einmal die allgemeine Forderung, daß Nutzen und Kosten einer Handlung möglichst vollständig dem Handelnden zugerechnet werden. Für die allgegenwärtige Problematik externer Effekte bedeutet dies, daß das Recht die Entscheidungsstrukturen so gestalten muss, daß externe Effekte möglichst vermieden, d.h. internalisiert werden“ (S. 105).

„Unter dem Gesichtspunkt der Transaktionskostenminderung steht das Recht vor einer doppelten Gestaltungsaufgabe: Zunächst muß derjenige Steuerungsmechanismus ausgewählt werden, der im Hinblick auf eine bestimmte Problemlösung die kostengünstigste Möglichkeit der Koordination individueller Entscheidungen verspricht“ (S. 109).

Die grundlegende Regel hinter diesen Ausführungen, welche sich hier für die Bewertung von Effekten einer die Mobilität beschränkenden Maßnahme am Maßstab der abwägenden „Angemessenheit“ übertragen lässt, ist, dass die ökonomisch messbaren Kosten einer rechtlich wertenden Betrachtung zugeführt werden und zugleich die Effizienz (das „reine“ Allokationsoptimum) hier nicht in einer streng „technisch-wirtschaftlichen“ Bedeutung zu sehen ist, sondern als Maßstab (Steuerungsziel) für die Dogmatik und die praktische Ausgestaltung eines rechtlichen Steuerungsmechanismus, hier die „Angemessenheit“ als Bestandteil des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Um also in der Praxis bei der Prüfung der „Angemessenheit“ die Kosten einer Maßnahme hinreichend bewerten und berücksichtigen zu können ist es erforderlich, die

²⁸²⁸ P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 105.

²⁸²⁹ P. Behrens, ebd. (1986), S. 105 ff.

hier vorgeschlagene funktional-wettbewerbsökonomische Dogmatik einer Kosten-Nutzen-Analyse um diejenigen wettbewerbsökonomischen Variablen zu ergänzen, welche bereits auf der Ebene des Beschränkungstatbestandes implementiert wurden. Zur Beurteilung der *Wirkungskosten* sind daher im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse die *Funktionsbedingungen* und *Strategievariablen* in ihren objektiven Facetten (Rahmenbedingungen) sowie in ihrer subjektiven Bedeutung für die Entscheidung zur Nutzung von Aktionsparametern als Strategievariablen (Wettbewerbsstrategien) einzubeziehen.²⁸³⁰

Als weiteres „Gegengewicht“ ist im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse, neben den im Vertrag von Lissabon erstmalig implementierten Leitgedanken von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit (Art. 2 EUV), eine neue „soziale Dimension“ zu berücksichtigen. Damit ist einerseits das explizit mit dem Binnenmarkt in den Kontext gestellte Leitbild einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“²⁸³¹ (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) gemeint. Andererseits zeigen u.a. die Präambeln von EUV und AEUV sowie die „Gemeinsamen Bestimmungen“ (Art. 1 bis 8 EUV) und die Bestimmungen über demokratische Grundsätze“ (Art. 9 bis 12 EUV) in Zusammenschau mit den Grundrechten der Charta der Grundrechte (GRC), die Grundlagen einer vertragsautonomen *europäischen (Wirtschafts-)Ethik*.²⁸³² Im Übrigen lassen sich die positiven „Effekte“ ethischen wirtschaftlichen Handels i.w.S. ökonomisch als *Allokationsoptimum* „messen“, worauf *Peter Behrens* hingewiesen hat.²⁸³³ Eine solche *europäische ökonomische Ethik* als Bestandteil einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik)²⁸³⁴ ist nicht nur Ausprägung theoretischer oder dogmatischer Konstrukte, sondern entspringt einem tatsächlichen Bedürfnis nach *ethischer Politik*, *ethischer Ökonomie* und *ethisch gebundenem Recht* in der europäischen Gesellschaft. Dies zeigt sich im Lichte des sich gerade gegenwärtig dynamisch verändernden europäischen Gesellschaftsbildes, welches zuletzt unter anderem stark geprägt wurde und wird durch die Ablehnung einer Europäischen Verfassung, den BREXIT²⁸³⁵, durch die bei weitem nicht bewältigte internationale und europäische Finanzkrise sowie durch die im Kontext ideologischer und religiöser Grundsatzfragen von politischen Systemen stehende uneinheitliche Flüchtlingspolitik. Insoweit könnte eine *europäische ökonomische Ethik* der sichtbare Ausdruck eines vertragsautonomen *ethischen Verständnisses von Effizienzgesichtspunkten* sein, nach welchem ein bewusster „Verzicht auf „ökonomische Effizienz“ gerade als „Werteffizient“ und wohlfahrtsfördernd angesehen werden könnte.

In diesen Kontext von wirtschaftlicher Ethik und Angemessenheitsprüfung soll zuletzt der Sachverhalt der EuGH *Keck*-Entscheidung gestellt werden, und zwar unter dem

²⁸³⁰ Eben durchaus im Sinne eines Allokationsoptimums, wie von *Peter Behrens* umschrieben, vgl. *P. Behrens*, ebd. (1986), S. 83 ff.

²⁸³¹ Vgl. hierzu auch Kom. Mitteilung: Europäische Werte in der globalisierten Welt, KOM(2005) 525 endg. 5., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=URISERV:c10150>.

²⁸³² Siehe die Nachweise in der Einleitung Fußnote 2 und 47.

²⁸³³ *P. Behrens*, a.a.O. (1986), S. 91-110.

²⁸³⁴ Kapitel 1 B. III. 1.

²⁸³⁵ *P. J. J. Welfens*, BREXIT aus Versehen: Europäische Union zwischen Desintegration und neuer EU (2017) passim.

Gesichtspunkt einer abwägenden Betrachtung von Marktgerechtigkeit als Fairness und Chancengleichheit.

Die in Abschnitt A. III. dargelegten strategischen Effekte staatlicher Mindestpreisregelungen²⁸³⁶ zeigen gemessen am Maßstab der „Marktgerechtigkeit“, dass die strategisch-protektionistischen Wirkungen von Maßnahmen auch unter Einbeziehung der Gerechtigkeitsfrage (Werteverfassung), und hier insbesondere des Gedankens von Fairness und Chancengleichheit im Wettbewerb (als i.w.S. Ausdruck der sozialen Marktwirtschaft) sowie unter Einbeziehung von externen Kosten von Produktionsformen (wie z.B. Umweltschutz), in einer gesamtgesellschaftlichen Dimension rechtlich bewertet werden müssen. Denn unter dem Gesichtspunkt der *Chancengleichheit* ist zu berücksichtigen, dass für typischerweise weniger kapitalstarke Unternehmen (X, z.B. ein Bioladen) im Vergleich zu typischerweise ressourcenstarken Unternehmen (Y, wie z.B. konzerngebundene Supermärkte), die *Gesetzmäßigkeiten langfristiger Inputentscheidungen*, d.h. die Funktionsmechanismen der Wettbewerbsformen (1) und (2) der ersten Wettbewerbsstufe gemäß den Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der Funktionsgruppe-I, in besonderem Maße relevant sind. Denn die Entscheidung zu den Aktionsparametern dieser Wettbewerbsformen beeinflussen regelhaft *alle* anderen Wettbewerbsformen in struktureller Weise. So determinieren die Ressourcen eines Wirtschaftssubjektes (Kapazität) und die Möglichkeiten zur Erneuerung der Basis einer wirtschaftlichen Leistung durch Innovation immer die Umsetzbarkeit sowohl von langfristig maßgeblichen Leistungsmerkmalen der Funktionsgruppe-II (Wettbewerbsformen (3) bis (6) der ersten Wettbewerbsstufe) als auch die Umsetzbarkeit von Strategien der Funktionsgruppe-III (Wettbewerbsformen (2) und (1), also Preis- und Mengenwettbewerb).

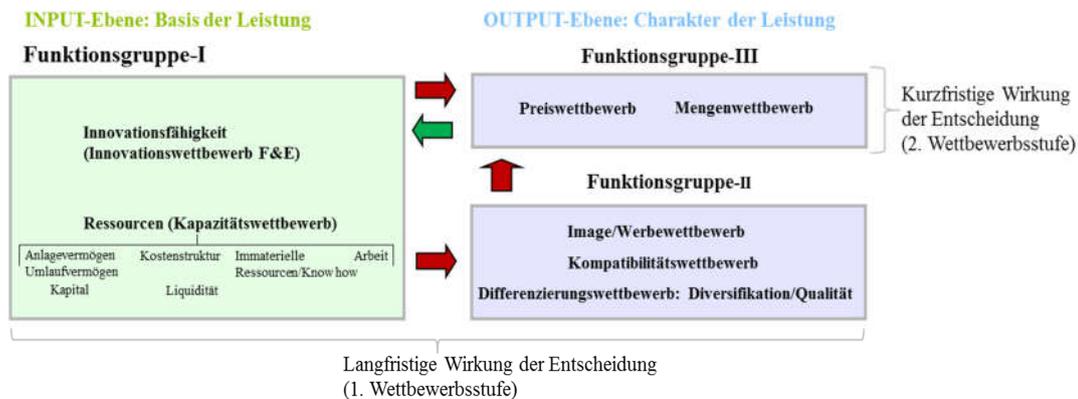
Obwohl also eine staatliche Mindestpreisregelung (wie im Fall EuGH *Keck*) „unterschiedslos“ an die betriebswirtschaftliche Preiskalkulation von Wirtschaftssubjekten und damit an den Preis als Aktionsparameter anknüpft, beeinflusst diese nicht-territoriale Anknüpfung eben nicht „nur“ den *Preiswettbewerb* (direkter Effekt=zweite Stufe der Strategietaxonomie), sondern in der strategischen Betrachtung von Funktionsgruppen *alle* Wettbewerbsformen der ersten Wettbewerbsstufe (strategischer Effekt=erste Stufe der Strategietaxonomie)²⁸³⁷, und damit neben dem *Kapazitätswettbewerb* auch den *Qualitätswettbewerb* sowie den *Werbe-/Imagewettbewerb*. Diese Konsequenz folgt aus den Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der wettbewerblichen *Funktionsgruppen*, welche eine strategische Interdependenz von Wettbewerbsformen der ersten und zweiten Wettbewerbsstufe aufzeigen, wie bereits zuvor in Abschnitt A. III.²⁸³⁸ dargelegt.

²⁸³⁶ Zuvor A. III. 1. c) bb) (2) Strategische Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten (a) Beispiel-1: Mindestpreisregelung.

²⁸³⁷ W. Pfähler/H. Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (2008), S. 39-43. Die *Strategietaxonomie* folgt der ökonomischen Logik der strategischen Analyse von zweistufigen Wettbewerbsprozessen. Wie bereits in Kapitel 4 B. I. 3. definiert, betrifft die erste Wettbewerbsstufe langfristig wirkende Aktionsparameter (Wettbewerbsformen (8) bis (3) der wettbewerbsökonomischen Analysematrix) und die zweite Wettbewerbsstufe kurzfristige Aktionsparameter (Wettbewerbsformen (1) und (2) der wettbewerbsökonomischen Analysematrix).

²⁸³⁸ A. III. 1. c) bb) (2) Strategische Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten.

Abbildung-29: Interdependenzen von Wettbewerbsformen und deren Entscheidungsgesetzmäßigkeiten.



© Marco Keser

Unter dem Gesichtspunkt der *Chancengleichheit und Fairness im Wettbewerb*, als Aspekt der transnationalen Mobilitätsgleichheit, lässt sich hierzu die bereits 1978 in der Rechtssache EuGH *Van Tiggele*²⁸³⁹ gegenständliche Thematik der Chancengleichheit von kleinen Unternehmen im Verhältnis zu großen Unternehmen in die Betrachtung einbeziehen. In der gesellschaftspolitischen Dimension der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union ist damit die „Schere“ zwischen per se Ressourcenvorteilen von großen Konzernen gegenüber KMU oder Kleinunternehmen („Tante Emma Läden“) angesprochen, welche zwar über das Recht nicht gänzlich nivelliert werden kann²⁸⁴⁰, aber ebenso wenig über das Instrument der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ ignoriert werden darf.

Gemessen an dem Maßstab der *Effizienz* zeigt die staatliche Mindestpreisregelung in der Betrachtung von Kostenführerschaft und Wohlfahrt in der *Gesamtnachfragefunktion* für den Sachverhalt am Beispiel des Marktes für Röstkaffee eine positive Wirkung auf die *Gesamtwohlfahrt*²⁸⁴¹, denn die größte Menge an Kaffee wird hier zu dem günstigsten Preis durch Unternehmen Y angeboten. Im Lichte des Gedankens der *Fairness* und in wertender Betrachtung anhand der Maßstäbe von Unternehmensethik, Wirtschaftsethik, freiem und fairem Handel etc. sowie unter Einbeziehung von externen Kosten (Sozial- und Umweltkosten), welche i.d.R. durch die industrielle Fertigung von Röstkaffee entstehen, besteht in der *Gesamtbilanz einer normativen-wertenden Effizienzbetrachtung* eine weniger positive Situation.

²⁸³⁹ EuGH *Staatsanwaltschaft des Königreichs der Niederlande/Jacobus Philippus Van Tiggele (Van Tiggele)* (Rs. 82/77, EU:C:1978:10).

²⁸⁴⁰ Peter Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986) in der Schlussbemerkung, S. 337: „Der politische Gehalt der hier vorgestellten ökonomischen Rechtstheorie besteht unter diesem Aspekt vor allem darin, daß nicht die Überwindung des Phänomens gesellschaftlicher Macht, sondern allein seine Bändigung in einer vernünftigen und gerechten Ordnung – und d.h. vor allem in einer verbindlichen Rechts- und Verfassungsordnung – als sinnvolles Ziel zu akzeptieren ist.“

²⁸⁴¹ B. Woekner, *Strategischer Wettbewerb* (2014), S. 41 Abbildung 1.18. Drastischer Grenzkostenvorteil im Preiswettbewerb.

„Kleine“, d.h. etwa wenig kapitalstarke Unternehmen, welche z.B. fair gehandelten Bio-Röstkaffee in Demeter Qualität vertreiben, sind nicht effizient im klassisch ökonomischen Sinne, z.B. wegen fehlender Skalenerträge durch Größe usw. In der gesamtgesellschaftlichen, nämlich normativ-wettbewerbsökonomischen Betrachtung einer Wertefundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik) sind diese Unternehmen aber „normativ-effizient“. Doch hat die in Abschnitt III. bei 1. c) beispielhaft bei der „Spezifität“ dargestellte Situation verdeutlicht, dass angesichts der Wirkungen einer staatlichen Mindestpreisregelung nennenswerte Marktanteile für fair gehandelten Kaffee gegenüber der Konkurrenz „großer“ Supermärkte nur noch über kostenintensive Wettbewerbsstrategien zu erreichen sind. Eben diese Wettbewerbsformen können sich wenig kapitalstarke „Kleinunternehmen“ (wie z.B. ein Bioladen) in Anbetracht der für sie im Vergleich etwa zu Konzernen maßgeblichen Kostenfunktionen ohne Kreditfinanzierung i.d.R. aber nicht leisten. Wollen diese „kleinen“ Unternehmen nicht in die „Kreditfalle“ laufen und sich damit der Gefahr einer „schleichenden Insolvenz“ aussetzen, müssen diese unter (systembedingt notwendigen) Verzicht auf Gewinnmargen, wie diese Supermärkte in Konzernstrukturen mit den Kostenfunktionen industrieller Produktion aber ohne „Abzinsung“ der Umweltschäden als „externe Kosten“ verwirklichen können, aus „ethischer Überzeugung“ handeln. Langfristig werden diese „kleinen“ Unternehmen unter Berücksichtigung der wettbewerbsökonomischen Gesetzmäßigkeiten von Gewinn- und Produktionsschwellen²⁸⁴² aber voraussichtlich zu einem Marktaustritt gezwungen sein, sollte nicht eine Nachfrageumlenkung durch andere Ereignisse erfolgen, wie z.B. durch einen politisch bewusst forcierten Bewusstseinswandel (z.B. für nachhaltige Produktion und ethische Produktions- und Vertriebsbedingungen usw.).

Diese summarischen Gedanken zur Berücksichtigung i.w.S. ethischer Aspekte bei der Abwägung im Rahmen der Angemessenheit im Sinne einer *Wertefundierten, normativen Effizienz* sollen verdeutlichen, dass mit der Werteverfassung nach Lissabon die Chance besteht, die Maßstäbe der ökonomischen Effizienz im klassischen Sinne unter Einbeziehung strategischer Betrachtungen und gesamtgesellschaftlicher Faktoren, d.h. durch normative Wertungen zu ergänzen, ganz im Sinne einer „modernisierten“ Wertefundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik). Denn die Konzeptionen der klassischen Ökonomie allein führen nicht zu „gerechten“ oder „ethisch“ angemessenen Ergebnissen, dies dürfte unstrittig sein.²⁸⁴³ Eben das Ziel einer „gerechten Effizienz“ wurde von den klassischen Theorien, soweit ersichtlich, auch nicht intendiert. Insofern besteht mit der Werte- und Wirtschaftsunion die Chance, „Werte“ (Law) und „Effizienz“ (Economics) sowohl bei der Gestaltung des Rechts (Regelbildung) als auch bei dessen Subsumtion im Einzelfall (Anwendung) einzubeziehen. So können Berechnungen zur Gesamt- oder Verbraucherwohlfahrt, wie gezeigt, unschwer durch Aspekte der Fairness und der Chancengleichheit ergänzt werden.

²⁸⁴² Zu den Funktionsmechanismen *T. Siebe*, Mikroökonomie (2012), S. 161 ff.

²⁸⁴³ Siehe nur *T. Siebe*, ebd. (2012), S. 52; *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 81 ff., 91-106 zur Verteilung und Verteilungsgerechtigkeit im Kontext von Wohlfahrtskriterien.

Die vorstehenden Aussagen lassen sich in den Kontext der aktuellen europäischen ja sogar weltwirtschaftlichen Entwicklung eines „Zerfalls von Ordnung(en) stellen. Die anhaltende sog. „Finanzkrise“ führt nicht nur mit der „Nullzinspolitik“ vor Augen, dass eine globalisierte Weltwirtschaft anderen Regeln folgen muss, als ausschließlich denen von klassisch verstandener Effizienz. Denn in der Gesamtbetrachtung der europäischen Situation ist die „Effizienz“ heute durchaus auch „Ineffizient“. Diese *Ineffizienz der Effizienz*, deren mathematischer Nachweis an dieser Stelle nicht geführt werden kann (der aber lohnenswert erscheint), gilt es mittels neuer Ansätze in eine i.w.S. „ökonomische und ethisch-normative Effizienz“ zu transformieren. Dies mag von Skeptikern als „naiv“ oder wenig realistisch bezeichnet werden, unter Berufung auf ein in der Natur des Menschen liegendes „rational-maximierendes“ Streben nach Macht. Mit der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union, welche aus der Sicht des Verfassers die weltweit fortschrittlichste normative Grundlage dafür bietet, eine auf Werten basierende Ökonomie zu etablieren, hat Europa jetzt die Chance einen neuen Weg des „qualitativen Fortschritts“ zu gehen, nämlich einen solchen Fortschritt zu forcieren, der Wirtschaftsdaten in der wettbewerbsökonomischen Analyse auch an den *Maßstäben von Werten und „Menschlichkeit“* orientiert. Wenn insoweit die „ethische Qualität“ wirtschaftlicher Leistungen, die sich mittel- bis langfristig auch in einer erhöhten „Lebensqualität“ für Individuen abbilden wird, zu einem europäischen Paradigma erhoben und „messbar“ gemacht würde, dann könnte gerade dies im *weltweiten Wettbewerb der (wirtschaftlichen/ politischen) Systeme* ein bedeutender, vor allem qualitativer Standortvorteil sein, welcher auch den im Binnenmarkt agierenden Unternehmen einen weltweit wirksamen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte²⁸⁴⁴, der nachhaltig wäre, da er auf einer qualitätsorientierten und stabilen Ordnung beruhte. Denn in einem auf Wissen basierenden, hoch entwickelten und innovativen Wirtschaftsraum, wie dem der Europäischen Union, gehört eine i.w.S. „europäische Ethik“ zu einem zentralen Faktor der Lebensqualität, die sich im Ergebnis in normativ-ökonomisch effizienteren Leistungen ausdrücken könnte. Im rechtlichen Kontext der Grundfreiheiten lässt sich diese hier nur skizzierbare neue Ausrichtung einer „ethisch-normativen Effizienz“, wie gezeigt, ganz konkret in die Abwägung bei der „Angemessenheit“ einbetten und im Wege einer „wertenden Ökonomisierung“ über eine Kosten-Nutzen-Analyse bei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit implementieren.

²⁸⁴⁴ *Michael E. Porter* hat die strategische Betrachtung von Wettbewerbsvorteilen im Zusammenspiel von Staaten und Unternehmen mit dem Konzept von Clustern und deren Umfeldbedingungen ausführlich dargelegt, und hervorgehoben, dass viele der entscheidenden Faktoren *außerhalb* der Unternehmung liegen und als i.w.S. gemeinsame Wettbewerbsparameter von Staaten und Unternehmen zu verstehen sind, *M. E. Porter, Competitive Advantage of Nations (1990/1998)*, S. xiii Introduction: „For companies, a central message of The Competitive Advantage of Nations is that many of a company’s competitive advantages lie outside the firm and are rooted in locations and industry clusters [...] More broadly, there is an inevitable mutual dependence between government and business in national productivity. An ongoing dialog is needed to remove obstacles, lower unnecessary business costs, and create appropriate inputs, information and infrastructure. The tension, distrust, and paternalism that characterize the relationship in many countries are counterproductive and a hidden cost of doing business“. Eben diese Aussage kann auf die vorliegend skizzierte „normativ-ethische Effizienz“ als (rechtlicher) Standortfaktor für Europa erstreckt werden.

Die Aspekte einer *europäischen ökonomischen Ethik* können und sollten im Sinne einer „Dogmatik im Kontext“²⁸⁴⁵ bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme im Hinblick auf die rechtlichen Prinzipien der Union, die wirtschaftlichen Rahmendaten und die gesellschaftliche „Wirklichkeit“ kontextual bei der „Angemessenheit“ berücksichtigt werden. An dieser Stelle ist es die Aufgabe der Wissenschaft und der Rechtspraxis gleichermaßen, hier verstanden im Sinne eines interdisziplinären Ansatzes von European Law & Economics, deduktiv und induktiv eine durch rechtliche Prinzipien fundierte und wie es *Andreas Suchanek*²⁸⁴⁶ sinngemäß ausgedrückt hat, eine Ökonomie der gesellschaftlichen Interaktion und Institutionen zu entwickeln.

IV. Ergebnis

Die Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bekommt mit der hier vorgeschlagenen funktionalen Konzeption auf der Basis eines *functional economic approach*²⁸⁴⁷ ein deutlich größeres und verändertes Gewicht als bisher.

In einer dreiteiligen Prüfungsstruktur von „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ ist unter Zugrundelegung einer funktional, normativ-wettbewerbs-ökonomischen Interpretation der einzelnen Prüfungsstationen die Handhabung und Prüfdichte dieser drei Kriterien zu modifizieren. Zunächst sind die im AEUV geschriebenen Rechtfertigungsgründe sowie die ungeschriebenen „zwingenden Erfordernisse“ der *Cassis*-Rechtsprechung²⁸⁴⁸ als *typisierte Ziele* auf der Ebene der Geeignetheit implementiert (siehe C. I.). Der maßgebliche Abwägungsmaßstab ist hier die *Zielerreichungsmöglichkeit*, im Sinne der Effektivität einer Maßnahme. Im Rahmen der „Erforderlichkeit“ erfolgt, wie bisher, ein Vergleich zwischen der streitgegenständlichen Maßnahme (M-1) mit hypothetischen Alternativmaßnahmen (M-2). Hierbei ist zu prüfen, ob bei gleicher Möglichkeit der Zielerreichung (gleiche Effizienz) nicht weniger mobilitätsbeschränkende Maßnahmen denkbar sind. An dieser Stelle können die Mitgliedstaaten argumentieren, dass die von ihnen gestaltete Maßnahme nicht strategisch-protektionistisch motiviert ist und im Übrigen den kleinstmöglichen „Eingriff“ in die Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit des von einer Maßnahme tangierten Wirtschaftssubjektes darstellt. Der hierfür maßgebliche Abwägungsmaßstab ist der *Zielerreichungsvergleich* im Sinne einer „gerechten“ Zweck-Mittel-Relation von Werten und Effizienz (siehe C. II.). Auf der Ebene der „Angemessenheit“ wird in Modifikation der bisherigen Handhabung eine Kosten-Nutzen-Analyse implementiert, mit welcher die *normative Effizienz* einer Maßnahme zu bewerten ist (siehe C. III.).

Bei der Subsumtion werden „externe Kosten“, repräsentiert u.a. durch die im AEUV geschriebenen Rechtfertigungsgründe und „zwingende Erfordernisse“ des Allgemeininteresses nach *Cassis*, den „privaten Kosten“ des Maßnahmenadressaten (betriebswirtschaftlicher Verlust wegen der Mobilitätsbeschränkung) gegenübergestellt.

²⁸⁴⁵ U. Haltern, *Europarecht - Dogmatik im Kontext* (2007) passim.

²⁸⁴⁶ A. Suchanek, *Ökonomische Ethik* (2001), Vorwort, S. VII/VIII.

²⁸⁴⁷ Kapitel 1 B. III. 2.

²⁸⁴⁸ EuGH *Cassis de Dijon* (C-120/78, EU:C:1979:42).

Der maßgebliche Abwägungsmaßstab ist hier ein *Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich*. Im Ergebnis steht eine Kostenbilanz als Ausdruck einer i.w.S. Rechtsfolgenabschätzung. Der für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot bestimmende institutionell-rechtliche Rahmen und hier insbesondere die Interessen-Trias, findet bei der „wertenden Kostenbetrachtung“ hinreichend Berücksichtigung. Dadurch wird es den Mitgliedstaaten ermöglicht, auf der Basis eines Nachweises hoher externer Kosten eine „Werte- und Effizienzeinrede“ zu erheben, im Sinne eines weit verstandenen normativ-ökonomischen Allokationsoptimums am Maßstab der Gesamtwohlfahrt bzw. am Maßstab hoher externer Kosten von Werten. Auch die Aspekte einer ökonomischen Ethik bzw. einer Wirtschaftsethik lassen sich auf diese Weise im Rahmen der *Angemessenheit* in die Abwägung der normativen-Effizienz einbeziehen, womit im Ergebnis die *Gesamtbilanz* einer normativen-wertenden Effizienzbetrachtung abgebildet werden kann.

D. Zusammenfassung und Prüfungsraster

Zur adäquat subjektiv-rechtlichen Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Prinzip)²⁸⁴⁹ erfolgte in diesem Kapitel für die Anwendungsebene eine funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determinierte Konzeptionierung und inhaltliche Konkretisierung der *Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote* (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot). Hiermit wurde, ausgehend von der wettbewerbsökonomisch bestimmten Funktion der Grundfreiheiten in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV²⁸⁵⁰, ein Weg zur Überwindung der in Kapitel 5 analysierten dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten²⁸⁵¹ vorgestellt.

Gemäß der grundfreiheitlichen Funktion einer vertikalen (Macht-)Kontrolle betreffend einseitige, nicht-unternehmerische Handlungen von Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht²⁸⁵² (Funktionskreis der Grundfreiheiten in dem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung) wurde eine zweistufige Prüfung von Tatbestand (A.) und Abwägung (B.) i.S.e. „Zwei-Stufen-Test“ hergeleitet. Mittels einer „Ökonomisierung“ des Tatbestandes (A.) gemäß dem functional economic approach, wurden für den *Kontrollgegenstand* der Grundfreiheiten (A. I.) eine funktionale Maßnahmenqualifikation und für den *Kontrollmaßstab* (A. II.), ausgehend von einer *wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der geltenden EuGH-Rechtsprechung* mit einer Verknüpfung von rechtlichen Maßstäben und wettbewerbsökonomischen Variablen, die Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und -gleichheit für die subjektiv-rechtliche Anwendung definiert. Für die konkrete Prüfung einer Mobilitätsbeschränkung wurden vier *Subsumtionskriterien* hergeleitet (A. III.), Strategierelevanz (Wettbewerbsstrategie); Selektivität; Spezifität; Zurechnung, und für die Rechtsanwendung inhaltlich definiert. Daran anschließend erfolgte mit einer Auflösung der bisherigen Rechtfertigungsprüfung (B.) eine Aufwertung und „Werte fundierte Ökonomisierung“ der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (C.), als zweite Stufe der Beschränkungsprüfung. Unter Berücksichtigung der Korrelation von Kontrollgegenstand/Kontrollmaßstab (Tatbestand) und Abwägung (Verhältnismäßigkeit), wurden hierbei mit einer Neujustierung der Abwägungsmaßstäbe bei der „Geeignetheit“ (C. I., Zielerreichungsmöglichkeit), „Erforderlichkeit“ (C. II., Zielerreichungsvergleich) und der „Angemessenheit“ (C. III., Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich) i.w.S. Werte und wettbewerbsökonomisch fundierte, normativ-ökonomische Abwägungsmaßstäbe sowie eine Kosten-Nutzen-Analyse (i.S.e. „normativen Effizienz“) implementiert.

In der nachfolgend abgebildeten Übersicht ist die gesamte Prüfungsstruktur des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Anwendungsvoraussetzungen, A. Tatbestand, B. Abwägung) mit ergänzenden Erläuterungen zusammenfassend dargestellt.

²⁸⁴⁹ Kapitel 3 G.

²⁸⁵⁰ Kapitel 4.

²⁸⁵¹ Kapitel 5 C.

²⁸⁵² Kapitel 4 B. II. 4. Funktionaler Kontrollgegenstand und III. 3. Funktionaler Maßnahmenbegriff.

Abbildung-30: Prüfungsraster für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot).

Anwendungsvoraussetzungen
1. Sachlich: Wirtschaftlicher Sachverhalt 2. Örtlich: Gebiet der EU/Mitgliedstaaten 3. Sekundärrecht <ul style="list-style-type: none"> a. VO/RL regelt den Sachverhalt nicht abschließend (als speziellere Regelung) b. VO/RL ist am Maßstab der Grundfreiheiten zu überprüfen (Normenhierarchie.)

Der *Tatbestand* (Prüfungspunkt A.) des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbotens umfasst einen Kontrollgegenstand (Prüfung bei A. I.) und einen Kontrollmaßstab (Prüfung bei A. II.), wobei der Begriff „Maßnahme“ dem Kontrollgegenstand und der Begriff „Beschränkung“ dem Kontrollmaßstab zugeordnet wurde. Damit sind die bislang häufig synonym verwendeten Begriffe konzeptionell und inhaltlich strikt voneinander getrennt sowie jeweils funktional-wettbewerbsökonomisch eigenständig definiert.

A. Tatbestand	(1. Stufe)
----------------------	-------------------

I. Kontrollgegenstand (Funktionale Maßnahmenqualifikation)
<p>1. Anknüpfungsgegenstand</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Einseitige, nicht-unternehmerische Handlung, Rechtssubjekt mit Regelungs-/Durchsetzungsmacht (funktionaler Maßnahmenbegriff): Abgrenzung zu zweiseitig, unternehmerisch (101 AEUV); einseitig, unternehmerisch mit Marktmacht (102 AEUV) b. Transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt (funktionale Transnationalität) <ul style="list-style-type: none"> aa) Transnationale Leistungs- und Vertragsbeziehungen <ul style="list-style-type: none"> (1) Leistungs-transnationalität (Transnationalität von Angebot/Nachfrage, aktuell/potenziell) (2) Leistungs-/Vertragsbeziehungen (Leistungsgegenstand und -inhalt, aktuell/potenziell) bb) Relevanter Markt (Wettbewerbsverhältnisse) <ul style="list-style-type: none"> (1) Sachlich (Marktbereiche der einzelnen Grundfreiheiten) (2) Örtlich (Reichweite der Leistungs-/Vertragsbeziehungen) (3) Zeitlich (Angebots- und Nachfragezeitraum)
<p>2. Anknüpfungspunkt</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Territoriale Anknüpfung („Bezwecken“) Per se Verbot (bislang „unterschiedliche Maßnahme“) b. Nicht-territoriale Anknüpfung: („Bewirken“) Market access approach (bislang „unterschiedslose Maßnahme“) <ul style="list-style-type: none"> aa) Anknüpfung an einen/mehrere Aktionsparameter (Wettbewerbsformen) im wirtschaftlichen Sachverhalt bb) Abgrenzung von Anknüpfungen <i>auf</i>den Markt/<i>in</i> dem Markt (vertikale/horizontale Kontrolle) Grundfreiheiten vs. Wettbewerbsregeln (Art. 101, 102, 107, Entzugstatbestände)

Der funktional determinierte *Kontrollgegenstand*²⁸⁵³ gründet sich auf einen funktionalen Maßnahmenbegriff²⁸⁵⁴, welcher, analog zu dem funktionalen Unternehmensbegriff bei den Wettbewerbsregeln, einer wettbewerbsökonomisch bestimmten Funktion der Grundfreiheiten folgt. Über eine *funktionale Maßnahmenqualifikation* in Anlehnung an die Methodik im IPR, lassen sich über die Kriterien von *Anknüpfungsgegenstand* (Prüfungsschritt A. I. 1.) und *Anknüpfungspunkt* der Maßnahme (Prüfungsschritt A. I. 2.) die Beziehungen der streitgegenständlichen Handlung (Maßnahme) zu dem relevanten Markt eines transnationalen Sachverhaltes bestimmen und Aktionsparametern von Wettbewerbsformen zuordnen (das „Was“ einer Beschränkung). Im Rahmen dieser „Qualifikation“ wird also die Maßnahme nicht mehr (formal) als „unterschiedliche“/„unterschiedslose“, staatliche/private Maßnahme bzw. als „Modalität“ eingeordnet, sondern entsprechend ihrer (strategisch-protektionistischen) „Konstruktion“ in den Verknüpfungen von transnationalen Vertrags- und Leistungsbeziehungen eines relevanten Marktes mit Merkmalen der Maßnahme (wie z.B. Tatbestandsmerkmale, Rechtsfolgen bei einem Gesetz) qualifiziert. Hiermit wird eine Konzeption vorgestellt, mit der sich die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der Problembereiche 1 bis 6²⁸⁵⁵ überwinden ließen.

Im Einzelnen werden im Rahmen der funktionalen Maßnahmenqualifikation bei dem *Anknüpfungsgegenstand* (A. I. 1.) zunächst in einem ersten Schritt (1. a)) die in Kapitel 4 herausgearbeiteten Merkmale des funktionalen Maßnahmenbegriffs subsumiert: *einseitige, nicht-unternehmerische Handlung eines Rechtssubjektes mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht*. Hiermit erfolgt zugleich eine Abgrenzung zu zweiseitigem, unternehmerischem Handeln (Art. 101 AEUV) sowie zu einseitigem, unternehmerischem Handeln auf der Basis von Marktmacht (Art. 102 AEUV), also zu den Kontrollgegenständen der Wettbewerbsregeln. In einem zweiten Schritt (1. b)) wird anstelle des bisher im Schwerpunkt noch geographisch determinierten „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ ein hier so benannter *transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt* qualifiziert. Entsprechend der territorialitätsunabhängigen Konzeption von funktionaler Transnationalität gemäß dem Free Movement-Konzept²⁸⁵⁶ werden hier zum einen die transnational maßgeblichen Leistungs- und Vertragsbeziehungen bestimmt (aa)) sowie zum anderen die Wettbewerbsverhältnisse in dem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt (bb)). Bei der Subsumtion des sachlich relevanten Marktes können zugleich die Grundfreiheiten gemäß ihrer Marktbereiche nach den konkreten materiellen Anknüpfungen gegeneinander abgegrenzt werden. Als Konsequenz der funktionalen Transnationalität werden die bisher als sog. Inländerdiskriminierung (*discrimination à rebours*) bezeichneten Sachverhalte regelhaft von dem Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten erfasst.

²⁸⁵³ In Umsetzung der grundlegenden Herleitung auf der Regelbildungsebene Kapitel 4 B. III. 4.

²⁸⁵⁴ In Umsetzung der grundlegenden Herleitung auf der Regelbildungsebene Kapitel 4 B. III. 3.

²⁸⁵⁵ Kapitel 1 A. II. 1. a) bis f) und Kapitel 5 C. I.

²⁸⁵⁶ Kapitel 3 A. I. und F. III.

Bei dem *Anknüpfungspunkt* (A. I. 2.) wird in funktionaler „Revision“ der Maßnahmentypisierung und Wirkungsdifferenzierung „unterschiedlicher“/„unterschiedsloser bzw. „diskriminierender“ / „beschränkender“ Maßnahmen²⁸⁵⁷, mit den Kriterien „Bezwecken“ und „Bewirken“ zwischen einer *territorialen Anknüpfung* (2. a)) und einer *nicht-territorialen Anknüpfung* (2. b)) unterschieden. Damit wird in prozessualer bzw. verwaltungsverfahrenrechtlicher Hinsicht erstens die Darlegungs-/Beweislast bestimmt und zweitens die Prüfdichte festgestellt. Nur nicht-territorial anknüpfende Maßnahmen bedürfen einer umfassenden Beweisaufnahme sowie einer Mobilitätsbeschränkungsanalyse am Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit (Mobilitätsbeschränkungsverbot). Die „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ der *Keck*-Rechtsprechung und deren Erweiterungen („Absatzmodalitäten“, „Verwendungsmodalitäten“, „Nutzungsmodalitäten“, „Nicht-Modalitäten“)²⁸⁵⁸ gehen hierin auf. Die Ratio der *Keck*-Rechtsprechung („Filter“ ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung) und die ihr immanente Beweislastverteilung sind über die materiellen Anforderungen der Maßnahmenqualifikation berücksichtigt. Bei dem Anknüpfungspunkt einer nicht-territorial anknüpfenden Maßnahme wird konkret erstens (aa)) die Anknüpfung an einen oder mehrere Aktionsparameter von Wettbewerbsformen festgestellt, bezugnehmend auf die Qualifikation bei dem Anknüpfungsgegenstand, sowie zweitens (bb)) die Unterscheidung von vertikaler („auf“ den Markt) und horizontaler („im“ Markt) Ausrichtung der Anknüpfung vorgenommen. Hiermit wird die im Detail komplexe Schnittstelle von horizontaler Direktwirkung (Grundfreiheiten), Art. 106 Abs. 1 AEUV und Entzugstatbeständen (Wettbewerbsregeln)²⁸⁵⁹ verarbeitet.

²⁸⁵⁷ Kapitel 1 A. II. 1. a) und b) sowie Kapitel 5 C. I. 1.

²⁸⁵⁸ Kapitel 1 A. II. 1. d) und Kapitel 5 C. I. 2.

²⁸⁵⁹ Kapitel 4 B. III. 2.

II. Kontrollmaßstab (Transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit: Mobilitätsbeschränkungsverbot)

1. Mobilitätsbeschränkung

„Bewirken“: Der Marktzugang ist „weniger attraktiv“/die Maßnahme ist „geeignet zu behindern“ (EuGH).
Prüfung der Wirkungen einer Maßnahme *auf* den Marktzutritt/-austritt (Mobilitätsbeschränkungsanalyse).

- a. **Strategierelevanz** Die Maßnahmen-Anknüpfung an einen Aktionsparameter (siehe I. 2. b aa) betrifft diesen als *Strategievariable* einer *Wettbewerbsstrategie* mit Relevanz für die transnationale Mobilität (Marktzutritt und/oder Marktaustritt).
- b. **Selektivität** Die Maßnahmen-Anknüpfung „bewirkt“ ungleiche *Funktionsbedingungen* (Marktstruktur) für eine Wettbewerbsstrategie zur transnationalen Mobilität.
Maßstab: Transnationale Mobilitätsgleichheit.
(Besteht eine gleiche „Attraktivität“ der Funktionsbedingungen?)
- c. **Spezifität** Die Maßnahmen-Anknüpfung „bewirkt“ eine Begrenzung des Aktionsradius zur Nutzung von *Strategievariablen* via strategischer Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der für den Marktzutritt/-austritt maßgeblichen Entscheidungsvariablen von Wettbewerbsstrategien im aktuellen oder potenziellen Wettbewerb (Wettbewerbsstrategiewahlfreiheit).
Notwendig ist hierbei die Betrachtung von Mobilitätsphasen.
Maßstab: Transnationale Mobilitätsfreiheit.
(Besteht eine freie und gleich freie „Attraktivität“ der Strategievariablen?)

Mobilitätsphasen:

Sequenz-1: „*Freiheit*“ zum Marktzutritt Zielmarkt-1/Marktaustritt Ausgangsmarkt.

Sequenz-2: „*Gleichheit nach der Freiheit*“ im aktuellen Wettbewerb im Zielmarkt -1.

Sequenz-3: „*Freiheit nach der Gleichheit*“ zum Marktzutritt in Zielmarkt-2.

2. Zurechnung (öffentlich- und/oder privat-rechtlich organisiertes Rechtssubjekt)

- a. **Prozessrechtlich:** Passivlegitimation
- b. **Materiellrechtlich:** Akzessorietät, Äquivalenz, Adäquanz

Bei dem *Kontrollmaßstab* (Prüfung bei A. II.) der transnationalen Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit (Mobilitätsbeschränkungsverbot) wird, in subjektiv-rechtlich operativer Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot²⁸⁶⁰, ausgehend von der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung²⁸⁶¹ und einer Verknüpfung ihrer rechtlichen Maßstäbe mit wettbewerbsökonomischen Variablen²⁸⁶², das Vorliegen einer Mobilitätsbeschränkung (also das „Ob“ einer Beschränkung) über eine Mobilitätsbeschränkungsanalyse überprüft (Prüfungsschritt A. II. 1.) und einem Maßnahmenurheber zugerechnet (Prüfungsschritt A. II. 2.). Hierfür bestehen bei der Mobilitätsbeschränkungsanalyse drei Subsumtionsschritte: Strategierelevanz (1. a)), Selektivität (1. b)) und Spezifität (1. c)), sowie unter dem Aspekt der Zurechnung zwei Subsumtionsschritte: Passivlegitimation (2. a)) und Akzessorietät, Äquivalenz, Adäquanz (2. b)).

²⁸⁶⁰ Kapitel 3 F. und G.

²⁸⁶¹ Kapitel 3 E. II. und zuvor A. II. 1.

²⁸⁶² Zuvor A. II. 2.

Alle vorgenannten Strukturmerkmale wurden gemäß dem functional economic approach mittels wirtschaftswissenschaftlicher Theoreme und Paradigmen konkretisiert und definiert. Im Einzelnen wird bei der Prüfung der Mobilitätsbeschränkung zunächst in einem ersten Schritt (1. a)), ausgehend von den Variablen der *wettbewerbsökonomischen Analysematrix*²⁸⁶³, die *Strategierelevanz* der Maßnahmen-Anknüpfung festgestellt. Hierfür ist zu untersuchen, ob die Anknüpfung an einen Aktionsparameter (subsumiert bei dem Kontrollgegenstand A. I. 2 b aa) als nicht-territoriale Anknüpfung) dessen Qualität als *Strategievariable einer Wettbewerbsstrategie* mit Relevanz für die transnationale Mobilität (Marktzutritt/Marktaustritt) betrifft.

In einem zweiten Schritt (1. b)) ist sodann die *Selektivität* der Maßnahmen-Anknüpfung zu prüfen, also das „Bewirken“ ungleicher Funktionsbedingungen für eine transnational relevante und für den Marktzutritt/Marktaustritt zielführende Wettbewerbsstrategie einer Wettbewerbsform. Dieser Aspekt betrifft den Maßstab der *transnationalen Mobilitätsgleichheit*²⁸⁶⁴ und damit die von dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot geschützte Marktstruktur (gleiche „Attraktivität“ der Funktionsbedingungen).²⁸⁶⁵

In einem dritten Schritt (1. c)) ist die *Spezifität* der Maßnahmen-Anknüpfung festzustellen, also das „Bewirken“ einer Begrenzung des Aktionsradius zur Nutzung von Strategievariablen, und zwar durch eine strategische Beeinflussung von Entscheidungsgesetzmäßigkeiten der für den Marktzutritt/Marktaustritt maßgeblichen Entscheidungsvariablen von Wettbewerbsstrategien im aktuellen oder potenziellen Wettbewerb (Mobilitätsphasen).²⁸⁶⁶ Dieser Aspekt betrifft den Maßstab der *transnationalen Mobilitätsfreiheit*²⁸⁶⁷ und damit das von dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot geschützte Marktverhalten (freie und gleich freie „Attraktivität“ der Strategievariablen).²⁸⁶⁸ Aus der Perspektive des planenden Wirtschaftssubjektes („Attraktivität“ i.S.v. EuGH *Kraus/Gebhard*)²⁸⁶⁹ können somit unter Zugrundelegung der „Gesetzmäßigkeiten“ von acht typischen Wettbewerbsformen (gemäß der *wettbewerbsökonomischen Analysematrix*)²⁸⁷⁰ die strategischen Effekte einer Maßnahme auf die Entscheidung für oder gegen den Marktzutritt/Marktaustritt juristisch bewertet und im Sinne des „geeignet sein den Marktzugang zu behindern“ (EuGH *Dassonville* i.V.m. EuGH *Keck* und EuGH *Mickelsson & Roos*)²⁸⁷¹ dargelegt und bewiesen werden.

²⁸⁶³ Kapitel 4 B. I. 3. a).

²⁸⁶⁴ Kapitel 3 F. II. und III. 2.

²⁸⁶⁵ Zuvor A. II. 1. a) cc) (1) (b) Funktionsbedingungen als Entscheidungsrahmen (Marktstruktur).

²⁸⁶⁶ Zuvor A. II. 1. a) cc) (1) (c) Strategievariablen als Entscheidungsgegenstand (Marktverhalten) und (2) Maßstäbe für die Entscheidungsfreiheit in Mobilitätsphasen.

²⁸⁶⁷ Kapitel 3 F. I. und III. 1.

²⁸⁶⁸ Zuvor A. II. 1. a) cc) (1) (c) Strategievariablen als Entscheidungsgegenstand (Marktverhalten).

²⁸⁶⁹ Kapitel 3 E. II. 4. und Kapitel 5 C. II. 1. a) cc) sowie zuvor A. II. 1. a) bb).

²⁸⁷⁰ Kapitel 4 B. I. 3. a) bb) Aktionsparameter/Wettbewerbsformen (Gegenstand der Entscheidung).

²⁸⁷¹ Kapitel 3 E. II. 1., 5.-7. und Kapitel 5 C. II. 1. sowie zuvor A. II. 1. a) aa) und cc).

Bei der Prüfung der *Zurechnung* dieser Mobilitätsbeschränkung an einen Maßnahmenurheber wird die Dogmatik von Marktverantwortung²⁸⁷² umgesetzt. Einerseits wird für die prozessrechtliche Ebene die Passivlegitimation festgestellt (2. a)). Andererseits werden gemäß der Akzessorietät²⁸⁷³ sowie der aus dem Zivilrecht bekannten Zurechnungskriterien der Äquivalenz und Adäquanz, die „Wirkungsbeiträge“ und deren Zuordnung zu hoheitlich oder privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten²⁸⁷⁴ subsumiert (2. b)). Damit wird eine Konzeption vorgestellt, mit der sich die in der dogmatisch-konzeptionellen Perspektive bestehenden Problembereiche 7 und 8²⁸⁷⁵ überwinden ließen.

B. Abwägung (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)

I. Geeignetheit

(Bezugspunkt: Zielerreichung als Effektivität vs. Strategischer Protektionismus)

1. Abwägungsmaßstab: **Zielerreichungsmöglichkeit**
 - a) Abwägungsgegenstand
 - b) Abwägungspunkt
2. Ziel und Zweck der Maßnahme (strategisch protektionistische Motivation?)
3. Maßnahmenurheber (Zurechnung der Wirkung an Staat oder Privat?)

II. Erforderlichkeit

(Bezugspunkt: Zweck-Mittel-Relation / Werte und Effizienz)

1. Abwägungsmaßstab: **Zielerreichungsvergleich**
2. Wettbewerbsökonomische Implikationen (Analyse der Effizienz von M1 und M2)

III. Angemessenheit:

(Bezugspunkt: Normative Effizienz / Kosten-Nutzen-Analyse)

1. Abwägungsmaßstab: **Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich**
2. Wettbewerbsökonomische Implikationen (Analyse der Kosten von Werten, externer und privater Kosten)
 - Kosten-Nutzen-Analyse am Maßstab der Werte fundierten normativen Effizienz (Gesamtbilanz)
 - Interessen-Trias: Kosten-Privat (betriebswirtschaftlich) vs. Kosten-Mitgliedstaat vs. Kosten-Union (“externe Kosten”)

Rechtsfolgen

1. Gefährdungshaftung: Schadenersatz (Staatshaftung) nach nat. R.
2. Haftungsprivilegierungen (Private)

Bei der *Abwägung* (Prüfungspunkt B.) ist die „Intensität“ der Mobilitätsbeschränkung gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit („Wie“ der Beschränkung) in drei Schritten zu überprüfen: Geeignetheit (B. I.), Erforderlichkeit (B. II.), Angemessenheit (B. III.). Unter Auflösung der bisherigen Rechtfertigungsebene und Inkorporation ihrer geschriebenen Ausnahmen (AEUV) und ungeschriebenen Ausnahmen (EuGH *Cassis*)

²⁸⁷² Kapitel 4 C. II. und III.

²⁸⁷³ Kapitel 4 B. III. 2. a) aa) Marktverantwortung durch Zurechnung und bb) Dogmatik der akzessorischen Verantwortung.

²⁸⁷⁴ Zuvor A. III. 2. b) bb) Äquivalenz und Adäquanz.

²⁸⁷⁵ Kapitel 1 A. II. 1. g) und h) sowie Kapitel 5 C. II.

als „externe Kosten“ in die Abwägung²⁸⁷⁶, werden die Abwägungsmaßstäbe der „Geignetheit“ (Zielerreichungsmöglichkeit), „Erforderlichkeit“ (Zielerreichungsvergleich) und „Angemessenheit“ (Wirkungsintensitäts-/Effektivitätsvergleich) an die Struktur und den Inhalt von Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab spiegelbildlich angepasst.

Entsprechend dieses deutlich erhöhten Gewichts der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wurde das Problem der relativen Unbestimmtheit der Verhältnismäßigkeit (als Konsequenz des bislang relativ unbestimmten Kontrollmaßstabs der Grundfreiheiten)²⁸⁷⁷ unter Berücksichtigung der Implikationen der Interessen-Trias²⁸⁷⁸ über einen functional economic approach bei der Abwägung verarbeitet. Sowohl die geschriebenen Ausnahmen als auch die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses der EuGH *Cassis*-Rechtsprechung werden i.S. typisierter Ziele als per se „geeignete“ Ziele anerkannt (Indizienbeweis), ebenso wie die Interessen der Union, wie diese etwa in den Querschnittsklauseln des AEUV (Art. 8-13 AEUV) abgebildet sind. So lässt sich u.a. auch der „alte Streit“ zum „Vorrang“ (Primat) des Wettbewerbs oder anderer Vertragsziele im Einzelfall verarbeiten, in dem gegenläufige Politiken im Rahmen einer Werte fundierten, normativ-wettbewerbsökonomisch geprägten Kosten-Nutzen-Analyse über deren jeweiligen „Kosten“ i.w.S. gegenläufig bewertet („abgezinst“) und abgewogen werden. Im Rahmen der „Angemessenheit“ lassen sich so auch Aspekte der ökonomischen Ethik bzw. der Wirtschaftsethik i.w.S. entsprechend dem Unionstelos der Werte- und Wirtschaftsverfassung in die Kosten-Nutzen-Analyse gemäß dem Konzept einer *Werte fundierten normativen Effizienz* einbeziehen. Hiermit wird eine Konzeption vorgestellt, mit der sich die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der Problembereiche 9 und 10²⁸⁷⁹ einer Lösung zuführen ließen.

Die Anwendung der Grundfreiheiten wird mit der hier vorgeschlagenen Konzeption und Prüfungsstruktur eines Mobilitätsbeschränkungsverbot es zwar durchaus aufwändiger, jedoch gewährleistet diese im Dienste einer Effektivierung und stärkeren Werteorientierung des Individualrechtsschutzes auch eine Erfassung von vorliegend so benannten *strategisch-protektionistischen Maßnahmen* („moderner Protektionismus“). Als Vorschlag einer rechts- und wirtschaftswissenschaftlich theoretisch fundierten Anpassung der Grundfreiheiten an die Marktwirklichkeit hoch diversifizierter, virtueller und globaler Märkte, für die strategische Aspekte des Wettbewerbs zunehmend wichtiger zu werden scheinen, soll die hier vorgestellte Konzeption der Grundfreiheiten einen Weg aufzeigen, wie der subjektive Rechtsschutz dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) und der Unionsteleologie der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union nach Lissabon gleichermaßen gerecht werden könnte.

²⁸⁷⁶ Zuvor B. I. 1. Rechtfertigungsgründe als „ordre-public-Vorbehalte und „externe Kosten“ sowie 2. e) „Qualifikation als externe Kosten“ und zuvor C. III. 2. b). Ausnahmen/Rechtfertigung á la *Cassis* als i.w.S. „externe“ Kosten.

²⁸⁷⁷ Kapitel 1 A. II. 1. j) und Kapitel 5 C. III. 2. Unbestimmtheit der Abwägungsmaßstäbe bei der Verhältnismäßigkeit sowie zuvor C. I. 1. a) Interdependenz zu der Maßnahmenqualifikation und 2. a) Interdependenz zu der „Selektivität“ und „Spezifität“.

²⁸⁷⁸ Kapitel 1 B. I. 3. Und Kapitel 5 B. I.

²⁸⁷⁹ Kapitel 1 A. II. 1. i) und j) sowie Kapitel 5 C. III.

Schlussbetrachtung und Ergebnis der Untersuchung

Diese Arbeit findet ihren Abschluss in einer Zeit des Umbruchs. Ein friedliches und durch universelle Werte geprägtes Europa ist angesichts sich polarisierender politischer und religiöser Strömungen, ungelöster Migrationsfragen, wirtschaftlicher Krisen sowie zuletzt durch die Erosionskraft des sog. BREXIT²⁸⁸⁰ infrage gestellt. An dieser Stelle ist daher auf die Einleitung der Untersuchung zurückzukommen und nochmals *Alfred Müller-Armack* (1948) zu zitieren. In Reflexion des Status quo der damaligen Zeit kurz nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs hatte er Gedanken großer Sorge zum Ausdruck gebracht, die heute (wieder) aktuell sind:

„Dies alles sind Teile des umfassenden Problems einer Neuordnung der Wirtschaft, das nur zu lösen ist, wenn die sachliche wirtschaftswissenschaftliche Erfahrung der Vergangenheit sich verbindet mit dem *Wissen um die zentralen geistigen Werte*, die es auch im Wirtschaftlichen zu sichern gilt. Nichts hat die Wirtschaft verhängnisvoller beeinflusst, als jene Idolbildung, die überall den Zugang zu sachlicher und praktischer Arbeit verlegte. Was nottut, ist ein unverrückbarer *Leitstern*, der uns den Weg aus dem Irrgarten der Vergangenheit weist und in dessen Schein wir wieder das Irdische wirklich irdisch zu sehen lernen.“²⁸⁸¹ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Die Bewahrung und aktive Förderung des „europäischen Geistes“ als „Leitstern“ hat immense Bedeutung. Ganz im Sinne der „Väter der Verträge“, die in den 1950er Jahren noch unter dem nahen Eindruck der Geschehnisse vor und nach 1945 standen, geht es heute (wieder) sowie künftig darum, die geniale Idee der *Friedenssicherung durch eine Werte fundierte wirtschaftliche Integration* für ein vereintes, humanistisch geprägtes Europa mit Nachdruck zu verfolgen.

So wie die Organe der Europäischen Union und die Vertreter der Mitgliedstaaten in der Exekutive, Legislative und Judikative sich verpflichtet sehen sollten, die europäische Idee aus tiefer Überzeugung und mit ganzer Kraft zu fördern, so sind auch die Unionsbürger selbst dazu aufgerufen, hier ganz im Sinne des Prinzips der funktionalen Integration, für die *weltweit vorbildlich den Menschen in den Mittelpunkt stellende Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union* persönliche Verantwortung zu übernehmen. Denn die in der Präambel zum EUV in Bezug genommenen „universellen Werte“

„schöpfend aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen sowie Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtstaatlichkeit als universelle Werte entwickelt haben“ (Präambel EUV, erster Absatz),

²⁸⁸⁰ P. J. J. Welfens, BREXIT aus Versehen: Europäische Union zwischen Desintegration und neuer EU (2017) passim, insbesondere S. 193 ff. zur „EU-Geschichte und Entwicklungsdynamik“, S. 194: „Was ist die EU? Umverteilungs- und Handelsmaschine mit Politikanschluss?“ sowie S. 213 ff. zu „Neue EU-Konstruktion oder Desintegration“.

²⁸⁸¹ A. Müller-Armack, Das Jahrhundert ohne Gott (1948), S. 199 a.E.

müssen aktiv gelebt und verteidigt werden. Voraussetzung für das „Leben“ dieser individuellen Verantwortung „für das Ganze“ (durchaus im Sinne der frühen Gedanken von *Adam Smith*) ist allerdings, dass jene zur wirtschaftlichen Integration bestimmten *operativen Instrumente* des AEUV, wie die im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung stehenden Grundfreiheiten der Union als Beschränkungsverbote zur Sicherung von Marktzutritt und Marktaustritt (Mobilitätsbeschränkungsverbote), so ausgestaltet sind, dass sie i.w.S. „Marktfreiheit“ und „Marktgleichheit“ (*Hans-Peter Ipsen* und *Eberhard Grabitz*), aber auch „Marktgerechtigkeit“ fördern. Dies setzt voraus, dass sich jeder Wirtschaftsteilnehmer vor nationalen Behörden und Gerichten effektiv auf diese berufen kann. Diese „Effektivität“ des subjektiv-rechtlichen Unionsrechts ist für die Akzeptanz Europas durch den Einzelnen und dessen Einsatz für „das Ganze“ von großer, identifikationsstiftender Bedeutung.

Gemessen an den Bedingungen globaler, heute hoch ausdifferenzierter und zu großen Teilen bereits virtueller Märkte (Stichworte Web 2.0, Industrie 4.0), welche betreffend die Positionierung wirtschaftlicher Leistungen in Personam (Dienstleister, Arbeitnehmer, Niederlassungen) und via Objectum (Waren, Kapital) im Wettbewerb zunehmend strategischen „Gesetzmäßigkeiten“ folgen, sind die Grundfreiheiten nur dann effektiv, wenn sie „moderne Formen“ von strategischem Protektionismus als Ausdruck staatlicher und/oder privater Macht erfassen. Die Beschränkungsverbote der Grundfreiheiten müssen daher hinreichenden Rechtsschutz gegenüber solchen Maßnahmen von Mitgliedstaaten und von Privaten (Unternehmen) bieten, welche die transnationale wirtschaftliche Mobilität (Free Movement) als essentielles Merkmal der Wirtschaftsintegration beschränken. Solche Maßnahmen sind oftmals zunächst nicht als Protektionismus erkennbar. Denn tatsächlich kann beobachtet werden, dass die von der Rechtsprechung des EuGH so bezeichneten „unterschiedslosen Maßnahmen“, also Maßnahmen jenseits der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung bzw. des klassischen Protektionismus wie Zölle und Abgaben, sich heute als deutlich subtilere Regelungen und Verhaltensweisen darstellen. Dies sind solche Konstruktionen von Normen oder gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen von Staat und Privat, welche „auf den ersten Blick“ neutral, d.h. nicht als protektionistisch erscheinen. Erst über den tieferen „zweiten Blick“, nämlich eine (spieltheoretisch fundierte) wettbewerbsökonomisch-strategische Betrachtung, lassen sich etwa Mindestpreisregelungen (zuletzt EuGH *Scotch Whiskey*), Regelungen zu Betriebsferien (EuGH *Sbarigia*) oder Sicherheitsvorschriften (EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*) als *strategisch-protektionistische Maßnahmen* erkennen.

Um solche Maßnahmen des *modernen Protektionismus*, verursacht durch Mitgliedstaaten, Private oder durch das Zusammenwirken von hoheitlichen Einrichtungen und Privaten zu erkennen und zu bewerten, ist im Rechtsstreit eine Analyse von im Markt zielführenden Wettbewerbsstrategien sowie ihrer konkreten Funktionsbedingungen und Strategievariablen notwendig. Dabei sind die *strategischen Wirkungen* von „unterschiedslosen Maßnahmen“ (also nicht territorial anknüpfenden Regelungen) auf die Funktionsbedingungen des relevanten Marktes (Branche) sowie auf den möglichen Aktionsradius wirtschaftlichen Verhaltens über den Gebrauch von Aktionsparametern als Strategievariablen zur Verfolgung von, den Marktzutritt/Marktaustritt ermöglichenden,

Wettbewerbsstrategien zu untersuchen. Konkret zeigen sich wettbewerbsstrategische Wirkungen von Maßnahmen z.B. darin, dass faktisch nur einige Wirtschaftsteilnehmer als Adressaten einer Maßnahme, d.h. selektiv und spezifisch, nicht in der Lage sind diejenigen Wettbewerbsstrategien im *potenziellen Wettbewerb* zu verfolgen, welche nötig wären, um via Marktzutritt in den Wettbewerb mit bereits im Markt etablierten (oftmals großen) Unternehmen zu treten. Weiter können Wirtschaftssubjekte durch eine Maßnahme oder das Unterlassen einer Maßnahme im *aktuellen Wettbewerb* mit solchen Konkurrenten konfrontiert werden, welche die Funktionsbedingungen eines „fremden“ Rechtskreises in den aktuellen Wettbewerb „mitbringen“ (auf der Basis des Herkunftsland- / Ursprungslandprinzips), wodurch ungleiche bzw. unfaire Wettbewerbsbedingungen in einer Branche entstehen (Konstellation der sog. umgekehrten Diskriminierung / *discrimination à rebours*).

Als zentrale Instrumente zur Kontrolle staatlicher „Maßnahmen“ bzw. auch privater Verhaltensweisen mit Wirkungen auf die wirtschaftliche Mobilität (Free Movement) im wettbewerblich organisierten Binnenmarkt sind die Grundfreiheiten im Kontext unionsrechtlicher Grundprinzipien und prinzipieller Maßstäbe der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union zu betrachten. Gemäß dem die Unionsverfassung prägenden System von Werten (Art. 2 EUV) und Zielen (Art. 3 EUV), welches basierend auf dem humanistischen Erbe Europas sowie auf ökonomischen Funktionserkenntnissen der leitenden Idee einer dauerhaften Befriedung Europas durch wirtschaftliche Integration folgt, erscheint es mehr denn je angebracht, (Markt-)Gerechtigkeit durch angemessene Teilhabe im aktuellen und potenziellen Wettbewerb einer globalisierten transnationalen Wirtschaft über das Marktintegrationsrecht der Union im europäischen Binnenmarkt zu gewährleisten. Genau dazu sind die Grundfreiheiten nach vorliegend hergeleiteter Konzeption in ihrer „operativen Funktion“ als subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV (Free Movement Law) im Lichte des aktuellen Standes der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) berufen. Eine demgemäß auf den Werten von Freiheit und Gleichheit (Art. 2 EUV) sowie dem Binnenmarktziel gemäß dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) beruhende, d.h. prinzipiengeleitete und normativ-wettbewerbsökonomische, (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten ist Ausdruck eines am Individuum, nämlich an dem Unionsbürger als Wirtschaftssubjekt ausgerichteten, „modernen“ Marktintegrationsrechts eines Europas der Bürger (Art. 3 Abs. 2 EUV).

Mit dem vorliegend unternommenen Versuch einer prinzipiengeleiteten und normativ-wettbewerbsökonomisch fundierten Konzeptionierung der Grundfreiheiten wollte die Untersuchung aufzeigen, wie die geltende Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote und Marktzugangsrechte, so sie auch im europarechtlichen Schrifttum kontrovers diskutiert wird, funktional-systemisch theoretisch fundiert und für die heutigen Anforderungen der Praxis konkretisiert werden könnte. Dementsprechend hat die Untersuchung dargelegt, dass sich die Grundfreiheiten, auf der Basis einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik), funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch als transnationale Mobilitätsfreiheits- und -gleichheitsrechte (Mobilitätsbeschränkungsverbote) konzipieren lassen.

Die im Schrifttum zuletzt unter anderem auch als „Slogan“ hinterfragte²⁸⁸² Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion (insbesondere Rechtssachen EuGH C-265/06 *Kommission/Portugal (Farbfolien)*, EuGH C-110/05 *Kommission/Italien (Anhänger)*; EuGH C-142/05 (*Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*; EuGH C-639/11 *Kommission/Republik Polen (Lenkanlage PKW)*; EuGH C-61/12 *Kommission/Republik Litauen (Lenkanlage PKW)*) lässt sich somit, wie gezeigt wurde, theoretisch fundieren sowie für die Praxis mittels einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ konkretisieren. Die vorgenannte Rechtsprechung des EuGH ist damit dem Grunde nach nicht zu kritisieren. Vielmehr bedarf es der Anstrengung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, die geltende Rechtsprechung, welche aus vielerlei Gründen keine umfänglichen theoretisch-wissenschaftlichen Ausführungen leisten kann und muss, mit einer modernen *Theorie von Marktintegrationsrecht* zu fundieren. Eben hierfür zeigt die vorliegende Untersuchung im Kontext der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union nach Lissabon einen Weg auf. Das Resultat der vorliegenden Arbeit und deren wesentlichen Ergebnisse lassen sich entsprechend dem Gang der Untersuchung wie folgt zusammenfassen:

Einleitend wurde die Notwendigkeit einer Neuausrichtung der grundfreiheitlichen Konzeption/Kontrolldichte²⁸⁸³ angesichts diverser *dogmatisch-konzeptioneller Friktionen der Grundfreiheiten*, welche sich in zehn Problembereichen zusammenfassen lassen²⁸⁸⁴, dargestellt. Ein hinreichend verlässlicher Rechtsschutz gegenüber die transnationale wirtschaftliche Mobilität beschränkende strategisch-protektionistischen Maßnahmen von Mitgliedstaaten oder gar von Privaten bzw. Mischformen von Staat und Privat (z.B. Public Private Partnership) ist gemäß der geltenden Konzeption der Grundfreiheiten in der Praxis nicht gewährleistet. Insbesondere vorliegend so benannte strategisch-protektionistische Maßnahmen des „modernen Protektionismus“, aber auch Sachverhalte einer sog. „umgekehrten Diskriminierung“ (*discrimination à rebours*), werden derzeit von den Grundfreiheiten, gemessen an den Grundprinzipien der Union (wie dem Prinzip der funktionalen Integration und dem Unionsprinzip) bzw. den prinzipiellen Gehalten von Maßstäben der Werte- und Wirtschaftsverfassung (wie der Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit, dem Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzip), noch nicht in angemessener Weise erfasst.

Der zuletzt von dem EuGH hervorgehobenen Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten mangelt es für die Praxis sowohl an einer hinreichend präzisen Definition des Gegenstandes und des Maßstabes der grundfreiheitlichen Kontrolle (vorliegend Kontrollgegenstand / Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten benannt) als auch an hinreichend subsumtionsfähigen Kriterien für die Bestimmung des maßgeblichen „Schwellenwertes“, ab dem von einer Marktzutritts- bzw. Marktaustrittsbeschränkung (Mobilitätsbeschränkung) auszugehen ist. Diese *relative Unbestimmtheit* der grundfreiheitlichen Kontrolle hat ihre Ursache im Wesentlichen darin, dass bis dato weder in der Rechtsprechung noch im europarechtlichen Schrifttum eine konsistente und theoretisch fun-

²⁸⁸² J. Snell, *The notion of Market Access: A Concept or a Slogan?*, CMLR 2010, S. 437 ff./471.

²⁸⁸³ Einleitung Kapitel 1 A. I.

²⁸⁸⁴ Einleitung Kapitel 1 A. II.

dierte gleichheits- und freiheitsrechtliche *Konzeption* für die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote gemäß ihrer Marktzugangsfunktion entwickelt wurde.

Letzterer Befund bildet den *dogmatisch-konzeptionell begründeten Anlass für die Untersuchung*. Der Arbeit liegt die Überzeugung des Verfassers zugrunde, dass eine praktikable Konzeption für die Grundfreiheiten nur mittels einer theoretisch fundierten und prinzipiengeleiteten Herangehensweise gelingen kann (ähnlich i.S.e. Theorie der Grundrechte, *Robert Alexy*). Auszugehen ist hierbei von den Maßstäben der Werte- und Wirtschaftsverfassung sowie von den Maßstäben der EuGH-Rechtsprechung zu den subjektiv-rechtlichen Beschränkungsverboten der internen Politiken des AEUV. Diese Maßstäbe sind im institutionellen Rahmen des Telos der „Werte und Ziel-Architektur“ der Union²⁸⁸⁵ sowie anknüpfend an die Gedanken der vorliegend so benannten „frühen (insbesondere Freiburger und Hamburger) Schule“ im neuen Telos nach Lissabon²⁸⁸⁶ und mittels einer vertragsautonomen European Law & Economics-Methode (functional economic approach)²⁸⁸⁷, in ihrer prinzipiellen Dimension zu bestimmen. Angesichts dieses durchaus umfänglichen *Perspektivenwechsels* und komplexen Untersuchungsprogramms ist die Arbeit als erste Richtungsweisung zu verstehen, welche als „theoretisch-konzeptioneller Rahmen“ der weiteren induktiven sowie deduktiven Reflexion und Diskussion in der Praxis und Wissenschaft offen steht.

Entsprechend des Untersuchungsprogramms zur Begründung des Beschränkungsverbotens als objektiv-rechtliches Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) einerseits und zur Konzeptionierung der subjektiv-rechtlichen Umsetzung desselbigen via Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) andererseits, wurde der Gang der Untersuchung²⁸⁸⁸ in zwei Ebenen aufgeteilt, und zwar in eine Grundlegung auf der Regelbildungsebene (Erster Teil) und eine Grundlegung auf der Anwendungsebene (Zweiter Teil).

Im Ersten Teil der Untersuchung (Grundlegung auf der Regelbildungsebene) wurde das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip begründet (Kapitel 3), und zwar auf der Basis des integrationspolitisch-ökonomisch fundierten Free Movement-Konzepts, einer Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV) sowie mittels prinzipieller Maßstäbe der Werte- und Wirtschaftsverfassung sowie der EuGH-Rechtsprechung zu den subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV. Sodann erfolgte, auf der Grundlage eines vertragsautonomen European Law & Economics-Ansatzes (Methode der Konnexität) sowie unter Zugrundelegung einer eigens hierfür entwickelten wettbewerbsökonomischen Analysematrix, eine Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten (Kapitel 4). Im Wege einer funktionsabgrenzenden Funktionsbestimmung der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV nach Wettbewerbsformen erfolgte hierbei die Begründung eines funktionalen Kontrollgegenstandes der Grundfreiheiten sowie über eine Abgrenzung von vertikaler und horizontaler Machtkontrolle die Begründung eines funktionalen Maßnahmenbegriffs.

²⁸⁸⁵ Einleitung Kapitel 1 B. I.

²⁸⁸⁶ Einleitung Kapitel 1 B. II.

²⁸⁸⁷ Einleitung Kapitel 1 B. III.

²⁸⁸⁸ Kapitel 2.

Im Ergebnis ließen sich drei Funktionskreise einer vertikalen/horizontalen Machtkontrolle von Grundfreiheiten, Wettbewerbs- und Warenmarktregeln definieren und in einem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung zusammenfassen. Aus letzterem folgen Konsequenzen für eine Dogmatik der Grundfreiheiten als Marktverantwortungsrecht. In dem Zweiten Teil der Untersuchung (Grundlegung auf der Anwendungsebene) wurden zunächst die dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten und deren Ursachen im Detail als Grundlage für eine Neukonzeptionierung analysiert (Kapitel 5). Zur adäquat subjektiv-rechtlichen Umsetzung des „unionsrechtlichen Beschränkungsverbot“ (Prinzip) erfolgte sodann für die Anwendungsebene eine funktional determinierte Konzeptionierung und inhaltliche Konkretisierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (Kapitel 6). Auf der Basis einer „Ökonomisierung“ des Tatbestandes (gemäß einem functional economic approach) wurden für den Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten eine funktionale Maßnahmenqualifikation und für den Kontrollmaßstab, ausgehend von einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der geltenden EuGH-Rechtsprechung mit einer Verknüpfung von rechtlichen Maßstäben und wettbewerbsökonomischen Variablen, die Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit und -gleichheit definiert. Für die konkrete Prüfung einer Mobilitätsbeschränkung wurden vier Subsumtionskriterien hergeleitet (Strategierelevanz/Wettbewerbsstrategie, Selektivität, Spezifität, Zurechnung) und für die Rechtsanwendung inhaltlich definiert. Anschließend erfolgte mit einer Auflösung der bisherigen Rechtfertigungsprüfung eine Aufwertung und „Werte fundierte Ökonomisierung“ der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als zweite Stufe der Beschränkungsprüfung („Zwei Stufen Test“). Unter Berücksichtigung der Korrelation von Kontrollgegenstand/Kontrollmaßstab (Tatbestand) und Abwägung (Verhältnismäßigkeit), wurden mit einer Neujustierung der Abwägungsmaßstäbe bei der „Geignetheit“ (Zielerreichungsmöglichkeit), „Erforderlichkeit“ (Zielerreichungsvergleich) und der „Angemessenheit“ (Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich) i.w.S. Werte und wettbewerbsökonomisch fundierte, normativ-ökonomische Abwägungsmaßstäbe sowie eine Kosten-Nutzen-Analyse (i.S.e. „normativen Effizienz“) implementiert.

Die Begründung des *Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip* (Erster Teil, Kapitel 3) erfolgte ausgehend von dem integrationspolitisch-ökonomisch fundierten Free Movement-Konzept der Union sowie den methodischen Eckpunkten einer funktionsbezogenen Prinzipienherleitung und Auslegung.²⁸⁸⁹ Dabei bildet die gegenüber dem EG-Recht veränderte Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV) einer Ziel gebundenen Werte- und Wirtschaftsverfassung²⁸⁹⁰ den systematisch-teleologischen Ausgangspunkt für die Herausarbeitung der dem unionsrechtlichen Beschränkungsverbot zugrundeliegenden Maßstäbe. Diese Maßstäbe wurden aus der Werteverfassung (Unionsprinzip, Prinzip der funktionalen Integration, Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit in ihren marktbezogenen Gehalten²⁸⁹¹), aus der Wirtschaftsverfassung (Binnenmarktprinzip als Schutzgegenstand und Wettbewerbsprinzips als

²⁸⁸⁹ Kapitel 3 A.

²⁸⁹⁰ Kapitel 3 B.

²⁸⁹¹ Kapitel 3 C.

Schutzobjekt²⁸⁹²) sowie aus der EuGH-Rechtsprechung zu den subjektiv-rechtlichen Beschränkungsverboten²⁸⁹³ entwickelt. Die Gesamtheit der Maßstäbe entspricht dem Inhalt des Prinzips „unionsrechtliches Beschränkungsverbot“²⁸⁹⁴, und zwar in der Form objektiv-rechtlicher Maßstäbe der *Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit* sowie der *Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit*, wobei diese Maßstäbe mit dem Free Movement-Konzept als Bezugsgegenstand für die operative Ebene in ein *transnationales Mobilitätsfreiheitsrecht* und *Mobilitätsgleichheitsrecht* münden.²⁸⁹⁵

Die *Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten* (Erster Teil, Kapitel 4) erfolgte, ausgehend von dem Telos der Werte- und Zielidentität der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV²⁸⁹⁶ und von den interdependenten systematisch-teleologischen Verknüpfungen von Prinzip (Schutzgegenstand und Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot) und subjektivem Recht (Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten, Warenmarkt- und Wettbewerbsregeln), über eine *Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse*.²⁸⁹⁷ Letztere umfasst eine wettbewerbsökonomisch determinierte funktionsbestimmende Funktionsabgrenzung der Grundfreiheiten in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV, mittels der für die vorliegende Untersuchung entwickelten Methode der *Konnexität*, und zwar erstens über eine wettbewerbsökonomisch fundierte Funktionsabgrenzung der grundfreiheitlichen Kontrollgegenstände nach Wettbewerbsformen auf der Basis einer *wettbewerbsökonomischen Analysematrix* sowie zweitens im Wege einer Funktionsabgrenzung von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln in einer Gegenüberstellung von staatlicher (vertikale) versus privater (horizontaler) Machtverantwortung. Aus dieser Betrachtung heraus leitete sich sodann auf der Basis von drei Funktionskreisen vertikaler und horizontaler (Macht-)Kontrolle ein hier so benanntes *Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung* ab.²⁸⁹⁸ Auf diese Weise ließen sich die wettbewerbsökonomische Funktion der Grundfreiheiten in der Abgrenzung ihrer Kontrollgegenstände gegenüber denen der Warenmarktregeln (warenmarktliches Beschränkungsverbot) und Wettbewerbsregeln (wettbewerbliches Beschränkungsverbot) für die Praxis hinreichend bestimmen sowie die Konsequenzen für eine funktional-wettbewerbsökonomisch determinierte Dogmatik der Grundfreiheiten ableiten. Im Ergebnis resultiert aus diesem System eine *Dogmatik von Marktverantwortungsrecht*, welche den konzeptionell-systematischen Rahmen für die Konkretisierung des Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten in der Umsetzung des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot bildet.

Bei der Analyse zu den *Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten* (Zweiter Teil, Kapitel 5) wurde zunächst, ausgehend von den in Kapitel 1 A. II. 1. zusammengefassten zehn Problembereichen, das *Kernproblem* der systemisch unbestimm-

²⁸⁹² Kapitel 3 D.

²⁸⁹³ Kapitel 3 E.

²⁸⁹⁴ Kapitel 3 F.

²⁸⁹⁵ Kapitel 3 G.

²⁸⁹⁶ Kapitel 4 A.

²⁸⁹⁷ Kapitel 4 B.

²⁸⁹⁸ Kapitel 4 C.

ten Kontrolldichte der Grundfreiheiten betrachtet, welches sich auf zwei Umstände zurückführen lässt: einerseits auf dem Fehlen eines klar definierten Kontrollmaßstabes betreffend sog. „unterschiedslose Maßnahmen“ und andererseits auf dem Disput um das „Ob“ und „Wie“ eines freiheitsrechtlichen Maßstabes der Grundfreiheiten.²⁸⁹⁹ Als *systemisch-institutionelle Problemursachen* wurden sodann die Konzeption der Supranationalität sowie die divergierenden Interessen der Union, der Mitgliedstaaten sowie der individuellen Wirtschaftssubjekte identifiziert (Interessen-Trias), welche die integrationspolitisch-richterrechtlich determinierte Prüfungsstruktur der Grundfreiheiten prägen.²⁹⁰⁰ Daran anschließend erfolgte eine detaillierte *Problemanalyse* zu den dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der Grundfreiheiten für die Tatbestandsebene, die Rechtfertigung und die Verhältnismäßigkeit,²⁹⁰¹ woraus sich, wie im Ergebnis zusammengefasst, Schlussfolgerungen für eine (Neu-)Konzeption der Grundfreiheiten ergaben.²⁹⁰²

Die Konzeptionierung *der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote* (Zweiter Teil, Kapitel 6) hat ein funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch determiniertes grundfreiheitliches Beschränkungsverbot als transnationales Mobilitätsfreiheitsrecht und Mobilitätsgleichheitsrecht (Mobilitätsbeschränkungsverbot) für die Ebene des subjektiven Rechts begründet. Diese Konzeption ist als Vorschlag zur Überwindung der einleitend in Kapitel 1 A. II. 1. zusammengefassten und in Kapitel 5 C. analysierten Problembereiche zu verstehen. In einem ersten Schritt wurde die „Ökonomisierung“ des Tatbestandes begründet.²⁹⁰³ Gemäß dem „functional economic approach“ wurden auf der Ebene des Kontrollgegenstandes der funktionale Maßnahmenbegriff und auf der Ebene des Kontrollmaßstabes die „transnationale Mobilitätsfreiheit und Mobilitätsgleichheit“ implementiert. Damit ist eine adäquate Umsetzung von Schutzgegenstand und Schutzobjekt des unionsrechtlichen Beschränkungsverbot (Prinzip) gewährleistet. Die daran anschließende Auflösung der bisherigen Rechtfertigungsebene²⁹⁰⁴ sowie Werte fundierte Ökonomisierung und Aufwertung der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit²⁹⁰⁵, benannt als „Zwei-Stufen-Test“, waren ebenso im Sinne eines „functional economic approach“ die logische Konsequenz aus der wettbewerbsökonomischen Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten in Kapitel 4. Im Ergebnis wurden der Inhalt und die Struktur des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot (Mobilitätsbeschränkungsverbot) in einer neuen Prüfungsstruktur zusammenfassend dargestellt.²⁹⁰⁶ Mit normativ-wettbewerbsökonomisch fundierten Definitionen von Formeln und unbestimmten Rechtsbegriffen der EuGH-Rechtsprechung werden damit für die forensische Praxis der Darlegung und dem Beweis einer „transnationalen Mobilitätsbeschränkung“ hinreichend zugängliche Subsumtionskriterien vorgestellt.

²⁸⁹⁹ Kapitel 5 A.

²⁹⁰⁰ Kapitel 5 B.

²⁹⁰¹ Kapitel 5 C.

²⁹⁰² Kapitel 5 D.

²⁹⁰³ Kapitel 6 A.

²⁹⁰⁴ Kapitel 6 B.

²⁹⁰⁵ Kapitel 6 C.

²⁹⁰⁶ Kapitel 6 D.

Der Verfasser ist sich dessen bewusst, dass der Aufwand in der Praxis mit dem hier vorgestellten Konzept und mit der Prüfung wettbewerbsökonomisch determinierter Subsumtionskriterien deutlich steigen dürfte (Kosten). Damit ist wiederum die ökonomische (Effektivitäts- und Effizienz-)Frage aufgeworfen, nach den hierfür realistisch zur Verfügung stehenden Ressourcen und personellen Kapazitäten bei öffentlichen Stellen (insb. Gerichte, Ministerien und Behörden) bzw. bei Privaten (insb. Management in Unternehmen, deren Berater und Rechtsanwälte). Bei der Beantwortung dieser Frage ist jedoch zu bedenken, dass anstelle einer zu befürchtenden „Kapitulation vor Komplexität“ aufgrund der Fülle an zu beachtenden Implikationen, wie diese in der Praxis bereits *de lege lata* aufgrund der Vielfalt an europäischer Rechtsprechung und Literatur versus verfügbarer Ressourcen zwecks Erfassung und Verstehen der selbigen beobachtet werden kann, der Vorteil des hier vorgestellten Prüfungsregimes vor allem darin liegt, die Komplexität der heutigen, durchaus wettbewerbsstrategisch geprägten wirtschaftlichen Realität zu erfassen (Nutzen). Insbesondere könnte der EuGH die hier vorgestellte theoretische Konzeption im Rahmen seiner weiterhin zentralen Kasuistik ergänzend bei der Urteilsfindung und -begründung heranziehen. Letztlich lässt sich die hier skizzierte Effizienz- und Ressourcenfrage auf eine grundlegende und durchaus politische Frage zuspitzen: Wie viel sind uns die in der Präambel zum EUV formulierten „universellen Werte“ Europas wert bzw. welchen Preis sind wir bereit zu zahlen für die zur Marktintegration und Friedenssicherung nötige Europaakzeptanz von Bürgern, Unternehmen sowie letztlich auch von Politikern und Ministeriellen? Illusorisch dürfte es jedenfalls sein, die „Gestaltungsfunktion“ des Unionsrechts und so der Grundfreiheiten²⁹⁰⁷, als wesentlichen Bestandteil von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in einer globalisierten, multipolaren Gesellschaft und Wirtschaft mit einfachen bzw. „billigen“ Instrumenten, d.h. ohne die Berücksichtigung der „Wertefrage“ und ohne die dafür erforderlichen Ressourcen, aufrecht erhalten zu können.

Die den Binnenmarkt und seine Erfolgsgeschichte maßgeblich gestaltende und systemprägende Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote in ihrer Marktzugangsfunktion sollte demnach keinesfalls dem Grunde nach kritisiert oder gar in ihrer Legitimität oder kasuistischen Rationalität in Frage gestellt werden. Vielmehr sollten die Notwendigkeit, die Möglichkeit und der theoretisch-praktische „Mehrwert“ einer rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen „Fundierung“ der Judikatur zu den Grundfreiheiten im Kontext der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union mit dem vorliegenden Versuch einer prinzipiengeleiteten, normativ-wettbewerbsökonomischen Konzeption begründet, veranschaulicht und exemplifiziert werden.

²⁹⁰⁷ Auch wenn die „Gestaltung“ des Binnenmarktes via Sekundärrechtsetzung weit fortgeschritten ist, bleiben die Grundfreiheiten ein essentiell notwendiger „Leitstern“, und zwar sowohl als Rechtmäßigkeitsmaßstab für die Sekundärrechtsetzung als auch für den Individualrechtsschutz in den noch nicht durch Verordnungen oder Richtlinien harmonisierten Bereichen der Union.

Insoweit möchte die Untersuchung einen Beitrag zur Fortschreibung des theoretischen Fundaments der für den Integrationsprozess zentralen Grundfreiheiten leisten, welcher der kasuistischen sowie forensischen Praxis als hilfreicher Baustein dienen mag. Die wesentlichen Ergebnisse dieses Versuchs lassen sich wie folgt in Thesenform zusammenfassen:

Im Mittelpunkt der Untersuchung stand die Begründung des Beschränkungsverbot als ein aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vertragsautonom abzuleitendes *Prinzip unionsrechtliches Beschränkungsverbot (Hauptthese)* und dessen *operative Umsetzung via subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV (Folgethese)*, von denen die Grundfreiheiten als *grundfreiheitliche Beschränkungsverbote* eine bedeutende Teilmenge bilden.

(1) Auf der Ebene des Prinzips umfasst das unionsrechtliche Beschränkungsverbot die objektiv-rechtlichen Maßstäbe der Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit sowie der Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit, wobei diese Maßstäbe mit dem Free Movement-Konzept als Bezugsgegenstand für die operative Ebene in ein transnationales Mobilitätsfreiheits- und Mobilitätsgleichheitsrecht münden.

(2) Dem folgt für eine subjektiv-rechtlich adäquate Umsetzung und operativ angemessene Anwendung dieser Maßstäbe eine Neukonzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) in ihrer vertragsautonomen Qualität als subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV.

(3) Die hierfür notwendige funktionsbestimmende Abgrenzung der Grundfreiheiten in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV erfolgt, ausgehend von der Teleologie einer Werte- und Zielidentität, welche sich wiederum aus dem funktionalen Konzept der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union ergibt, auf der Basis einer funktional-wettbewerbsökonomischen Methode der Konnexität i.S.e. Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse.

(4) Im Ergebnis belegt die normativ-wettbewerbsökonomisch bestimmte Funktion der Grundfreiheiten in einem Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung, dass sich die funktional determinierten Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten auf (1) einseitige, (2) nicht-unternehmerische Handlungen von (3) Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht beziehen (funktionaler Maßnahmenbegriff).

(5) Gemäß dieser funktional-systemisch fundierten Auslegung erfassen die Grundfreiheiten (analog zu dem funktionalen Unternehmensbegriff bei den Wettbewerbsregeln, Art. 101, 102 AEUV) unabhängig von der Rechtssubjektqualität des Urhe-

bers einer Handlung sämtliche Maßnahmen von öffentlich-rechtlich und von privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten.

(6) Zudem werden Maßnahmen erfassbar, die auf einen transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt strategisch-protektionistisch einwirken. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass der Maßnahmenurheber mittels Regelungs- und Durchsetzungsmacht selektiv und spezifisch den Aktionsradius von Wirtschaftssubjekten einengt, den Letztere für auf den Marktzutritt und/oder Marktaustritt zielende Wettbewerbsstrategien benötigen.

(7) Mit dem funktionalen Konzept des grundfreiheitlichen Kontrollgegenstandes ist transnationale wirtschaftliche Mobilität gemäß dem Free Movement-Konzept und dem aktuellen Stand der Integration als so benannte funktionale Transnationalität durch das Marktintegrationsrecht der Union im Binnenmarkt zu gewährleisten. Darunter soll eine Mobilität wirtschaftlicher Leistungen verstanden werden, welche in Ansehung der heute bestehenden globalen Marktverhältnisse in der Interdependenz von Online- und Offlinewirtschaft nicht mehr auf das traditionelle Verständnis von Territorialität (Staatsgrenzen), sondern auf wettbewerblich determinierte Leistungs- und Vertragsbeziehungen bezogen ist.

(8) Mit diesem „modernisierten“ Ansatz von wirtschaftlicher Mobilität soll für die grundfreiheitliche Kontrolle auf konkrete aktuelle und potenzielle Leistungs- und Vertragsbeziehungen, d.h. auf einen funktional zu bestimmenden „relevanten Markt“ (transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt) rekurriert werden, welcher vergleichbar der Methodik im IPR nach dem Anknüpfungsgegenstand und dem Anknüpfungspunkt einer Maßnahme zu „qualifizieren“ ist.

(9) Die unionsrechtliche Kontrolle von Beschränkungen des Marktzutritts und Marktaustritts ist gemäß dieser Konzeption also sowohl für den Kontrollgegenstand (das „Was“ einer Beschränkung) als auch für den Kontrollmaßstab (das „Ob“ einer Beschränkung) sowie für die Abwägung (das „Wie“ einer Beschränkung) funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch, d.h. im Sinne eines functional economic approach zu definieren.

(10) Das Mobilitätsbeschränkungsverbot der Grundfreiheiten betrifft somit die Kontrolle von „unterschiedslosen Maßnahmen“, welche sich durch eine nicht-territoriale, aber wettbewerbsstrategisch relevante Anknüpfung auszeichnen.

(11) In der gleichheits- und freiheitsrechtlichen Facette von wirtschaftlicher Mobilität (Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit/-gleichheit) sind auf der Ebene des Kontrollmaßstabes dementsprechend gemäß einer Logik und Systematisierung nach Wettbewerbsformen auf der Basis einer wettbewerbsökonomischen Analysematrix Aktionsparameter als Strategievariablen von Wettbewerbsformen, deren

Funktionsbedingungen, und die notwendigen bzw. für die Mobilität (Marktzutritt/Marktaustritt) zielführenden Wettbewerbsstrategien in sachlich, örtlich und zeitlich definierten Märkten maßgeblich.

(12) Eingenommen wird damit konsequent die Perspektive eines die wirtschaftliche Mobilität planenden Wirtschaftssubjektes (wie Einzelunternehmer, Management einer Niederlassung, Dienstleister, Arbeitnehmer, Kapitaleigner usw.) und die Bewertung seines gleichheits- und freiheitsrechtlich zu schützender Aktionsradius, welcher die „Attraktivität“ des Marktes/Marktzutritts (im Sinne der „Attraktivitätsformel“ des EuGH) im aktuellen und potenziellen Wettbewerb bestimmt.

(13) Die dafür relevanten rechtlichen Maßstäbe beruhen auf einer funktionalen Reduktion der Kerngehalte von Gleichheit als Relationskonzept (bezogen auf Funktionsbedingungen) und Freiheit als Kapazitätskonzept (bezogen auf Strategievariablen). Das moderne wirtschaftswissenschaftliche Schrifttum zum Strategischen Wettbewerb bzw. Strategischen Management bietet die dafür und für die Bewertung von „Attraktivität“ des Marktzutritts/-austritts maßgeblichen theoretischen Grundlagen und Variablen.

(14) Die Prüfungsstruktur und die in der Praxis etwa von Rechtsanwälten oder Richtern für die Feststellung einer Mobilitätsbeschränkung vorzunehmenden Subsumtionsschritte werden am Beispiel zweier „prominenter“ Rechtssachen, EuGH Keck und EuGH Kommission/Italien (Anhänger), dargestellt. Die maßgeblichen Subsumtionskriterien (Strategierelevanz / Wettbewerbsstrategie, Selektivität, Spezifität, Zurechnung) werden mittels einer beispielhaften Subsumtion hergeleitet und definiert sowie für die Bedingungen des Preiswettbewerbs (EuGH Keck) und des Kompatibilitätswettbewerbs (EuGH Anhänger) exemplifiziert.

(15) Die Prüfung der Mobilitätsbeschränkung (Mobilitätsbeschränkungsanalyse), welche sich entsprechend der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung auf die Funktionsbedingungen (gleichheitsrechtliche Dimension) und Strategievariablen (freiheitsrechtliche Dimension) eines sequenziell zu betrachtenden Mobilitätsprozess von Marktaustritt (aktueller Wettbewerb) und/oder Marktzutritt (potenzieller Wettbewerb) beziehen muss, lässt sich mittels eines funktional-systemischen Ansatzes rechtlich und wirtschaftswissenschaftlich theoretisch fundieren, inhaltlich definieren und operationalisieren.

(16) Eine den institutionell-rechtlichen Rahmen bzw. die Kompetenzordnung der Union infrage stellende Erhöhung der grundfreiheitlichen Kontrolldichte ist mit dem hier vorgestellten Ansatz nicht verbunden, jedoch erfolgt eine Präzisierung der grundfreiheitlichen Kontrolle, einschließlich der Darlegungs- und Beweislast.

(17) Die nötigen gesetzgeberischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume bzw. die Handlungsoptionen von privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten (wie im Falle der sog. horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten) werden nicht unangemessen eingeschränkt. Denn eine prinzipiengeleitete, funktional normativ-wettbewerbsökonomisch determinierte Konzeption der Grundfreiheiten kann und soll, auch unter dem Gesichtspunkt von (Verteilungs-)Gerechtigkeit, im Spiegel der Marktwirklichkeit der heutigen globalen (Welt-) Gesellschaft vielmehr eine umfassende Kontrolle strategisch-protektionistischer Maßnahmen von hoheitlich und privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten ermöglichen, welche gerade nicht die „Kompetenzen“ von Mitgliedstaaten oder die Privatautonomie von Unternehmen konterkariert, sondern i.w.S. neu „kalibriert“.

(18) Unter dem Oberbegriff „Moderner Protektionismus“ geht es hierbei im Lichte von Marktgleichheit (Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV) als Aspekt einer „modernisierten“ Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik) insbesondere um eine Erfassung subtiler Formen des Protektionismus, welche der Funktionsweise auch sog. politischer Märkte folgen bzw. einer veränderten tatsächlichen „Macht durch Strategie“. Solche Maßnahmen lassen sich durch rein gleichheitsrechtliche Konzeptionen im Sinne des „klassischen“ Diskriminierungsverbotes nicht hinreichend erfassen. Letztlich soll so die rechtlich gebundene Marktverantwortung von Mitgliedstaaten und Privaten im Lichte der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union deutlicher konturiert werden.

(19) Für die Praxis begründet die Untersuchung im Ergebnis eine zweistufige Prüfungsstruktur von Tatbestand (Mobilitätsbeschränkung) und Abwägung (Verhältnismäßigkeit), benannt als „Zwei-Stufen-Test“.

(20) Mittels normativ-wettbewerbsökonomisch definierter Variablen (functional economic approach) soll der detaillierte Nachweis von Beschränkungen des Marktzutritts und/oder Marktaustritts (am Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit/-gleichheit) sowie eine Abwägung im Rahmen einer „ökonomisierten“ und Werte fundierten Verhältnismäßigkeit mit einer Kosten-Nutzen-Analyse (am Maßstab der normativen Effizienz) ermöglicht werden, und zwar mittels solcher Subsumtionskriterien, welche der Darlegung und dem Beweis in der Rechtsanwendung hinreichend zugänglich sind.

(21) Insgesamt beruht die vorliegend vorgestellte Konzeption auf einer dynamischen Interpretation des Integrationsrechts der Union unter Berücksichtigung des tatsächlichen Wandels von Gesellschaft und Wirtschaft.

(22) Dem Unionsbürger als Individuum und Wirtschaftssubjekt sollte gemäß dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) unter Berücksichtigung der Werte der Union (Art. 2 EUV) sowie des Leitbildes einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) die Möglichkeit eröffnet werden, wirtschaftliche Mobilität im Binnenmarkt umfassend zu verwirklichen und damit zugleich persönliche Verantwortung für das europäische Gesellschaftsmodell „als Ganzes“ effektiver wahrnehmen zu können. Voraussetzung hierfür ist, dass sich Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit konkret als transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit in der Perspektive von Individualgerechtigkeit als Bestandteil einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik verwirklichen, und zwar konkret als Chancengleichheit und Fairness im aktuellen und potenziellen Wettbewerb.

(23) Insgesamt stellt die Untersuchung ein theoretisches Fundament als Versuch zur Beantwortung einer „Kardinalfrage“ im Europarecht (*Thorsten Kingreen* „Anders Sein der Grundfreiheiten“) vor, nämlich zur Frage, wie eine institutionell angemessene, vertragsautonome Qualifikation der Grundfreiheiten als gleichheits- und freiheitsrechtlich determinierte wirtschaftliche Mobilitätsrechte zur Gewährleistung von Marktzutritt und Marktaustritt (Mobilitätsbeschränkungsverbote) konzeptionell untermauert werden kann.

Anhang gem. § 7 Abs. 6 PromO: Kurzfassung der Ergebnisse

I. Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand der Untersuchung sind die sogenannten Grundfreiheiten der Europäischen Union als Beschränkungsverbote in ihrer zuletzt durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) seit der Entscheidung zu dem sog. „Trailer-Case“ 2009 (EuGH C-110/05 Kommission/Italien (Anhänger)) fokussierten Marktzugangsfunktion, welche im Schrifttum auch als „market access approach“ bezeichnet wird.

Als Normen zur Kontrolle staatlicher „Maßnahmen“, bzw. auch privater Verhaltensweisen mit Wirkungen auf die wirtschaftliche Mobilität (Free Movement) im wettbewerblich organisierten Binnenmarkt, sind die Grundfreiheiten als Instrumente einer (Markt-)Machtkontrolle im Kontext *unionsrechtlicher Grundprinzipien* und prinzipieller *Maßstäbe der Werte- und Wirtschaftsverfassung* der Europäischen Union zu betrachten. Gemäß dem die Unionsverfassung prägenden System von Werten (Art. 2 EUV) und Zielen (Art. 3 EUV), welches basierend auf dem humanistischen Erbe Europas sowie auf ökonomischen Funktionserkenntnissen der leitenden Idee einer dauerhaften Befriedung Europas durch wirtschaftliche Integration folgt, erscheint es mehr denn je angebracht, (*Markt-)Gerechtigkeit* durch angemessene Teilhabe im aktuellen und potenziellen Wettbewerb einer globalisierten transnationalen Wirtschaft über das *Marktintegrationsrecht der Union* im europäischen Binnenmarkt zu gewährleisten. Genau dazu sind die Grundfreiheiten nach der Ansicht des Verfassers in ihrer „operativen Funktion“ als subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV (Free Movement Law) im Lichte des aktuellen Standes der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) berufen. Eine demgemäß auf den Werten von Freiheit und Gleichheit (Art. 2 EUV) sowie dem Binnenmarktziel in Ausrichtung an dem Leitbild einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) beruhende, d.h. prinzipiengeleitete, *normativ-wettbewerbsökonomische (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten* ist Ausdruck eines am Individuum, nämlich an dem Unionsbürger als Wirtschaftssubjekt ausgerichteten, „modernen“ Marktintegrationsrechts eines Europas der Bürger (Art. 3 Abs. 2 EUV). Ausgehend von einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik) sind die Grundfreiheiten somit funktional, d.h. normativ-wettbewerbsökonomisch *als transnationale Mobilitätsfreiheits- und -gleichheitsrechte (Mobilitätsbeschränkungsverbote)* zu konzipieren.

Die theoretische Begründung einer solch prinzipiengeleiteten sowie rechtlich *und* wirtschaftswissenschaftlich fundierten (Neu-)Konzeption der Grundfreiheiten bedarf einer *funktional-systemischen* Herangehensweise.

II. Anlass der Untersuchung

Praxisbezogener Anlass der Untersuchung sind im Lichte der vorgenannten Anforderungen *dogmatisch-konzeptionelle Friktionen der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten*, welche sich in zehn Problembereichen abbilden lassen. Diese Friktionen sind im Zusammenhang mit der zuletzt im Schrifttum kontrovers diskutierten und unter anderem auch als „Slogan“ (*Jukka Snell*) hinterfragten Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte (insbesondere Rechtssachen EuGH C-265/06 *Kommission/Portugal (Farbfolien)*, EuGH C-110/05 *Kommission/Italien (Anhänger)*; EuGH C-142/05 (*Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*; EuGH C-639/11 *Kommission/Republik Polen (Lenkanlage PKW)*) als Befund zur Kasuistik und Voraussetzung für eine (Neu-)Konzeptionierung der Grundfreiheiten zu betrachten.

Mit dem Blick auf die geltende *Konzeption* der für den europäischen Integrationsprozess zentralen Grundfreiheiten (*Peter Christian Müller-Graff* bezeichnete sie zuletzt als „programmoperative Fixsterne im Kosmos des Verfassungsvertragsrechts“) gemäß ihrer durch den EuGH seit 1974 mit der *Dassonville*-Rechtsprechung etablierten Auslegung als *Beschränkungsverbote*, die heute konvergent für alle Grundfreiheiten gilt, ist betreffend die Kontrolle sog. „unterschiedsloser“ – den Marktzutritt/Marktaustritt beschränkender - Maßnahmen festzustellen, dass Gegenstand und Maßstab der grundfreiheitlichen Kontrolle (vorliegend als Kontrollgegenstand/Kontrollmaßstab der Grundfreiheiten benannt), die Kriterien der Kontrolle und damit im Ergebnis auch die Kontrolldichte noch relativ unbestimmt sind.

Eine wesentliche Ursache dieser *relativen Unbestimmtheit* liegt darin begründet, dass der Begriff des *Beschränkungsverbot*es (Prohibition of Restrictions) zwar seinen Ursprung in der EuGH-Rechtsprechung zu „nicht-diskriminierenden“ respektive „unterschiedslosen“ („beschränkenden“) Maßnahmen und deren Rezeption im europarechtlichen Schrifttum zu den Grundfreiheiten hat, jedoch das Beschränkungsverbot als *Verbotstypus* bis heute weder durch den Gerichtshof noch durch das Schrifttum theoretisch, d.h. dogmatisch-konzeptionell ausreichend fundiert wurde. Seit Jahrzehnten sind der Begriff, der Inhalt und die Struktur des Beschränkungsverbotes der Grundfreiheiten umstritten, vor allem die mit diesem Maßstab der Kontrolle im Zusammenhang stehende freiheitsrechtliche Dimension der Grundfreiheiten.

Gegenstand eines lebhaften Diskurses war zuletzt die noch unzureichende Konkretisierung des *Marktzutrittskriteriums* und der deshalb nicht hinreichend bestimmbare „Schwellenwert“, ab dem eine „*unterschiedslose Maßnahme*“ als „Beschränkung“ „geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern“ (EuGH *Dassonville*) bzw. diesen „weniger attraktiv“ zu machen (EuGH *Kraus/Gebhard*) und damit den „Marktzutritt“ (EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*; EuGH *Mickelsson & Roos (Wassermotorräder)*) bzw. den „Marktaustritt“ (EuGH *Gysbrechts*) zu „erschweren“. Insbesondere vorliegend so benannte *strategisch-protektionistische Maßnahmen* des „modernen Protektionismus“, aber auch Sachverhalte einer sog. „umgekehrten Diskriminierung“ (*discrimination à rebours*), werden derzeit von den Grundfreiheiten, hier gemessen an den *Grundprinzipien der Union* (wie dem Prinzip der funktionalen Integration und dem

Unionsprinzip) bzw. den *prinzipiellen Gehalten von Maßstäben der Werte- und Wirtschaftsverfassung* (wie der Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit, dem Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzip), noch nicht in angemessener Weise erfasst.

Das Problem bei der Subsumtion der Grundfreiheiten liegt in der praktischen Anwendung vor allem darin, dass die in der Kasuistik des Gerichtshofs wiederkehrend verwendeten „Formeln“ bzw. unbestimmten Rechtsbegriffe, wie „geeignet zu behindern“ (EuGH *Dassonville*) oder „weniger attraktiv“ (EuGH *Kraus/Gebhard*), welche zudem in Nuancen weitere Abwandlungen erfahren haben, ohne dass diese allerdings weiter definiert wurden, im Detail eine Vielschichtigkeit in sich bergen, die im Zusammenspiel mit dem Marktzutrittskriterium auf den „ersten (rein juristischen) Blick“ kaum mehr erfassbar ist. Dies belegt eindrucksvoll die Quantität des Schrifttums zur Interpretation der Grundfreiheiten.

Ein zentraler Aspekt der EuGH-Rechtsprechung zur Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten, welcher einer intensiven Auseinandersetzung bedarf, besteht darin, dass sich die „Beschränkung des Marktzutritts“ bzw. die „Beschränkung des Marktaustritts“ (zusammenfassend hier als *Mobilitätsbeschränkung* benannt) im Zusammenhang mit der unbestimmten Rechtsbegriffe der „Geeignetheit“ und der „Attraktivität“ nicht aus sich heraus und vor allem nicht (mehr) ausschließlich rechtlich definieren lassen. Hierauf beziehen sich neuere Stimmen im europarechtlichen Schrifttum, wie u.a. die zuletzt unternommenen Ansätze zur Umschreibung eines sog. „Drei Stufen Tests“. Überdies wurde bis dato eine theoretisch kongruente *gleichheits- und freiheitsrechtliche Konzeption* für den Kontrollmaßstab der (Mobilitäts-) Beschränkung nicht entwickelt. Strukturell setzt sich diese Problematik in der Korrelation von Verbotstatbestand (Beschränkungstatbestand), Ausnahmen (Rechtfertigung) und Abwägung (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) fort. *Thorsten Kingreen* hat den dogmatisch-konzeptionell insgesamt kaum befriedigenden Zustand der Grundfreiheiten mit dem Stichwort des unergründeten „Anders-Seins“ der Grundfreiheiten benannt.

Den *dogmatisch-konzeptionell begründeten Anlass* der Untersuchung bilden insoweit der zuvor skizzierte tatsächliche „kasuistische Befund“ sowie das Fehlen einer *Theorie für das Beschränkungsverbot in der Marktzugangsfunktion der Grundfreiheiten*. Nach der Überzeugung des Verfassers erfordert eine angemessene Konzeptionierung für das grundfreiheitliche Beschränkungsverbot eine Auflösung der vorgenannten dogmatisch-konzeptionellen Friktionen auf der Basis einer vertragsautonomen prinzipiengeleiteten und normativ-wettbewerbsökonomischen Herangehensweise. Auszugehen ist demgemäß von den prinzipiellen Gehalten von Maßstäben der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union sowie von denen der EuGH-Rechtsprechung zu den subjektiv-rechtlichen Beschränkungsverboten der internen Politiken des AEUV.

Mit dem hier verfolgten funktional-systemischen Ansatz ist ein durchaus umfänglicher *Perspektivenwechsels* verbunden. Angesichts der Vielschichtigkeit und Komplexität des Unterfangens ist die Arbeit insoweit ausdrücklich als *Versuch einer theoretisch-dogmatischen Neuorientierung und Konzeptionierung* zu verstehen, welcher als Vorschlag Impulse für Wissenschaft und Praxis setzen möchte.

III. Gang der Untersuchung

Entsprechend des zwei rechtliche Qualitäten (Ebenen) umfassenden Untersuchungsprogramms zur Begründung des Beschränkungsverbot als objektiv-rechtliches Prinzip (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) und zur Konzeptionierung der subjektiv-rechtlichen Umsetzung desselbigen via Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot), ist der Gang der Untersuchung (wie in Kapitel 2 dargestellt) in zwei Ebenen aufgeteilt, und zwar in eine *Grundlegung auf der Regelbildungsebene* (Erster Teil) und eine *Grundlegung auf der Anwendungsebene* (Zweiter Teil).

Ausgehend von einer Darstellung zu dem Anlass, Ziel und Rahmen der Untersuchung mit einer Zusammenfassung von dogmatisch-konzeptionellen Friktionen der Grundfreiheiten in zehn Problembereichen (Kapitel 1), wird im Ersten Teil der Untersuchung (Grundlegung auf der Regelbildungsebene) das *Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip* begründet (Kapitel 3), und zwar auf der Basis des integrationspolitisch-ökonomisch fundierten Free Movement-Konzepts, einer Teleologie der Werte, Ziele (EUV) und internen Politiken (AEUV) sowie mittels prinzipieller Maßstäbe der Werte- und Wirtschaftsverfassung sowie der EuGH-Rechtsprechung zu den subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV. Sodann erfolgt auf der Grundlage eines vertragsautonomen European Law & Economics-Ansatzes (Methode der Konnexität) sowie unter Zugrundelegung einer eigens hierfür entwickelten *wettbewerbsökonomischen Analysematrix*, eine *Funktionsbestimmung der Grundfreiheiten* (Kapitel 4). Im Wege einer funktionsbestimmenden Funktionsabgrenzung der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV nach Wettbewerbsformen erfolgt hierbei die Begründung eines *funktionalen Kontrollgegenstandes* der Grundfreiheiten sowie über eine Abgrenzung von vertikaler und horizontaler Machtkontrolle die Begründung eines *funktionalen Maßnahmenbegriffs*. Im Ergebnis lassen sich drei *Funktionskreise* einer vertikalen/horizontalen Machtkontrolle von Grundfreiheiten, Wettbewerbs- und Warenmarktregeln definieren und in einem *Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung* zusammenfassen. Aus letzterem folgen Konsequenzen für eine Dogmatik der Grundfreiheiten als Marktverantwortungsrecht, die deren „Anders Sein“ prägen.

In dem Zweiten Teil der Untersuchung (Grundlegung auf der Anwendungsebene) werden zunächst die *dogmatisch-konzeptionellen Friktionen* der geltenden Auslegung der Grundfreiheiten und deren Ursachen im Detail als Grundlage für eine Neukonzeptionierung analysiert (Kapitel 5). Zur adäquat subjektiv-rechtlichen Umsetzung des „unionsrechtlichen Beschränkungsverbot“ (Prinzip) erfolgt sodann für die Anwendungsebene eine funktional determinierte *Konzeptionierung* und inhaltliche *Konkretisierung der Grundfreiheiten* als *Mobilitätsbeschränkungsverbote* (Kapitel 6). Auf der Basis einer „Ökonomisierung“ des Tatbestandes (gemäß einem *functional economic approach*) werden für den Kontrollgegenstand der Grundfreiheiten eine *funktionale Maßnahmenqualifikation* und für den Kontrollmaßstab, ausgehend von einer wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der geltenden EuGH-Rechtsprechung mit einer Verknüpfung von rechtlichen Maßstäben und wettbewerbsökonomischen Variablen, die Maßstäbe der

transnationalen Mobilitätsfreiheit und -gleichheit definiert. Für die konkrete Prüfung einer Mobilitätsbeschränkung werden vier Subsumtionskriterien hergeleitet (Strategierelevanz/Wettbewerbsstrategie, Selektivität, Spezifität, Zurechnung) und für die Rechtsanwendung inhaltlich definiert.

Anschließend erfolgt mit einer Auflösung der bisherigen Rechtfertigungsprüfung eine Aufwertung und „Werte fundierte Ökonomisierung“ der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als zweite Stufe der Beschränkungsprüfung („Zwei Stufen Test“). Unter Berücksichtigung der Korrelation von Kontrollgegenstand / Kontrollmaßstab (Tatbestand) und Abwägung (Verhältnismäßigkeit), werden mit einer Neujustierung der Abwägungsmaßstäbe bei der „Geeignetheit“ (Zielerreichungsmöglichkeit), „Erforderlichkeit“ (Zielerreichungsvergleich) und der „Angemessenheit“ (Wirkungsintensitäts- und Effizienzvergleich) i.w.S. Werte und wettbewerbsökonomisch fundierte, normativ-ökonomische Abwägungsmaßstäbe sowie eine Kosten-Nutzen-Analyse (i.S.e. „normativen Effizienz“) implementiert.

IV. Rahmen der Untersuchung

Argumentativ und methodisch folgt die Arbeit einerseits den Ansätzen der vorliegend so benannten „frühen (insbesondere Freiburger und Hamburger) Schule“ einer i.w.S. funktionalen Auslegung von Marktintegrationsrecht einschließlich deren Fortführung im neueren Schrifttum sowie andererseits der von *Peter Behrens* dargelegten „Ökonomischen Rechtstheorie“, also einer Funktionslehre von Recht und Ökonomie. Für die normativ-wettbewerbsökonomische Methode werden das moderne wirtschaftswissenschaftliche Schrifttum zum Strategischen Wettbewerb bzw. Strategischen Management einbezogen sowie erste Ansätze im europarechtlichen Schrifttum zur ökonomischen Auslegung der Grundfreiheiten.

Inspiziert von den zuvor genannten Ansätzen liegt der hier vorgestellten Idee einer funktional-systemischen Herangehensweise die Überzeugung des Verfassers zugrunde, dass der Diskurs zur Interpretation der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote respektive Marktzugangsrechte angesichts ihres funktional integrationspolitisch-ökonomischen Ursprungs (*Müller-Graff*) auf einer Prinzipien basierten Begründung des Beschränkungsverbotes als vertragsautonomen Verbotstypus (unionsrechtliches Beschränkungsverbot) sowie einer Werte (normativ prinzipiengeleiteten) *und* wettbewerbsökonomisch fundierten Grundlegung (im Sinne einer European Law & Economics) weiter geführt werden könnte.

In Abgrenzung zu anderen Werken unterbreitet die vorliegende Untersuchung damit bewusst keine ausführliche Exegese der Rechtsprechung des Gerichtshofs oder Lösungen zu Detailfragen betreffend die umstrittene Auslegung der Grundfreiheiten. Eine funktional-systemische Perspektive einnehmend möchte die Arbeit vielmehr einen Beitrag dazu leisten, zwecks „Ordnung der Vielfalt“ an Denkmodellen einen „anders gedachten“ Rahmen im Sinne eines „alternativen Wegs“ für den wissenschaftlichen Diskurs vorzustellen. Da gemäß dieser Herangehensweise keine umfassende Bewertung

von Auffassungen im Schrifttum als „richtig“ oder „falsch“ erfolgt, ist dieser Weg freilich für weitere Reflexionen in Wissenschaft (Deduktion) und Praxis (Induktion) offen.

Die Untersuchung möchte somit auch nicht den kaum erfüllbaren Anspruch erheben, auch nur annähernd alle Einzelaspekte der Rechtsprechung oder die immense Fülle an unterschiedlichsten Auffassungen im Schrifttum für die hier thematisierten bzw. tangierten Detailfragen zu verarbeiten. Dies würde die Grenzen des hier vorgelegten Ansatzes bei weitem sprengen.

V. Kurzfassung der Ergebnisse und Thesen der Untersuchung

Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die Begründung des Beschränkungsverbotens als ein aus der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vertragsautonom abzuleitendes Prinzip *unionsrechtliches Beschränkungsverbot* (Hauptthese) und dessen operative Umsetzung via subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV (Folgethese), von denen die Grundfreiheiten als *grundfreiheitliche Beschränkungsverbote* eine bedeutende Teilmenge bilden.

(1) Auf der Ebene des Prinzips umfasst das unionsrechtliche Beschränkungsverbot nach der hier vorgestellten Konzeption im Ergebnis die objektiv-rechtlichen Maßstäbe der *Integrationsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit* sowie der *Integrationsgleichheit als Markt- und Wettbewerbsgleichheit*, wobei diese Maßstäbe mit dem Free Movement-Konzept als Bezugsgegenstand für die operative Ebene in ein *transnationales Mobilitätsfreiheits- und Mobilitätsgleichheitsrecht* münden.

(2) Dem folgt für eine subjektiv-rechtlich adäquate Umsetzung und operativ angemessene Anwendung dieser Maßstäbe eine Neukonzeptionierung der Grundfreiheiten als Mobilitätsbeschränkungsverbote (grundfreiheitliches Beschränkungsverbot) in ihrer vertragsautonomen Qualität als subjektiv-rechtliche interne Politiken des AEUV.

(3) Die hierfür notwendige *funktionsbestimmende Abgrenzung der Grundfreiheiten* in dem System der subjektiv-rechtlichen internen Politiken des AEUV erfolgt, ausgehend von der *Teleologie einer Werte- und Zielidentität*, die sich wiederum aus dem funktionalen Konzept der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Union ergibt, auf der Basis einer funktional-wettbewerbsökonomischen Methode der *Konnexität* i.S.e. *Teleologie der funktionalen Komplementärverhältnisse*.

(4) Im Ergebnis belegt die normativ-wettbewerbsökonomisch bestimmte Funktion der Grundfreiheiten in einem *Gesamtsystem der unionsrechtlichen Marktverantwortung*, dass sich die funktional determinierten Kontrollgegenstände der Grundfreiheiten auf (1) einseitige, (2) nicht-unternehmerische Handlungen von (3) Rechtssubjekten mit Regelungs- und Durchsetzungsmacht beziehen (*funktionaler Maßnahmenbegriff*).

(5) Gemäß dieser funktional-systemisch fundierten Auslegung erfassen die Grundfreiheiten (analog zu dem funktionalen Unternehmensbegriff bei den Wettbewerbsregeln, Art. 101, 102 AEUV) unabhängig von der Rechtssubjektqualität des Urhebers einer Handlung sämtliche Maßnahmen von öffentlich-rechtlich *und* von privat-rechtlich organisierten Rechtssubjekten.

(6) Zudem werden Maßnahmen erfassbar, die *auf* einen transnationalen wirtschaftlichen Sachverhalt strategisch-protektionistisch einwirken. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass der Maßnahmenurheber mittels Regelungs- und Durchsetzungsmacht selektiv und spezifisch den Aktionsradius von Wirtschaftssubjekten einengt, den Letztere für auf den Marktzutritt und/oder Marktaustritt zielende Wettbewerbsstrategien benötigen.

(7) Mit dem vorliegend vorgestellten funktionalen Konzept des grundfreiheitlichen Kontrollgegenstandes ist transnationale wirtschaftliche Mobilität gemäß dem Free Movement-Konzept und dem aktuellen Stand der Integration als so benannte *funktionale Transnationalität* durch das Marktintegrationsrecht der Union im Binnenmarkt zu gewährleisten. Darunter soll eine Mobilität wirtschaftlicher Leistungen verstanden werden, welche in Ansehung der heute bestehenden globalen Marktverhältnisse in der Interdependenz von Online- und Offlinewirtschaft nicht mehr auf das traditionelle Verständnis von Territorialität (Staatsgrenzen), sondern auf wettbewerblich determinierte Leistungs- und Vertragsbeziehungen bezogen ist.

(8) Mit diesem „modernisierten“ Ansatz von wirtschaftlicher Mobilität soll für die grundfreiheitliche Kontrolle auf konkrete aktuelle und potenzielle Leistungs- und Vertragsbeziehungen, d.h. auf einen funktional zu bestimmenden „relevanten Markt“ (*transnationaler wirtschaftlicher Sachverhalt*) rekuriert werden, welcher vergleichbar der Methodik im IPR nach dem *Anknüpfungsgegenstand* und dem *Anknüpfungspunkt* einer Maßnahme zu „qualifizieren“ ist.

(9) Die unionsrechtliche Kontrolle von Beschränkungen des Marktzutritts und Marktaustritts ist gemäß dieser Konzeption also sowohl für den Kontrollgegenstand (das „Was“ einer Beschränkung) als auch für den Kontrollmaßstab (das „Ob“ einer Beschränkung) sowie für die Abwägung (das „Wie“ einer Beschränkung) funktional, normativ-wettbewerbsökonomisch, d.h. im Sinne eines functional economic approach zu definieren.

(10) Das Mobilitätsbeschränkungsverbot der Grundfreiheiten betrifft somit die Kontrolle von „unterschiedslosen Maßnahmen“, welche sich durch eine *nicht-territoriale, aber wettbewerbsstrategisch relevante Anknüpfung* auszeichnen.

(11) In der gleichheits- und freiheitsrechtlichen Facette von wirtschaftlicher Mobilität (Maßstäbe der transnationalen Mobilitätsfreiheit/-gleichheit) sind auf der Ebene des Kontrollmaßstabes dementsprechend gemäß einer Logik und Systematisierung nach Wettbewerbsformen - auf der Basis einer wettbewerbsökonomischen matrix - *Aktionsparameter* als *Strategievariablen* von *Wettbewerbsformen*, deren *Funktionsbedingungen*, und die notwendigen bzw. für die Mobilität (Marktzutritt/Marktaustritt) zielführenden *Wettbewerbsstrategien* in sachlich, örtlich und zeitlich definierten Märkten maßgeblich.

(12) Eingenommen wird damit konsequent die *Perspektive eines die wirtschaftliche Mobilität planenden Wirtschaftssubjektes* (wie Einzelunternehmer, Management einer Niederlassung, Dienstleister, Arbeitnehmer, Kapitaleigner usw.) und die Bewertung seines gleichheits- und freiheitsrechtlich zu schützender Aktionsradius, welcher die „Attraktivität“ des Marktes/Marktzutritts (im Sinne der „Attraktivitätsformel“ des EuGH) im aktuellen und potenziellen Wettbewerb bestimmt.

(13) Die dafür maßgeblichen rechtlichen Maßstäbe beruhen auf einer funktionalen Reduktion der Kerngehalte von *Gleichheit als Relationskonzept* (bezogen auf Funktionsbedingungen) und *Freiheit als Kapazitätskonzept* (bezogen auf Strategievariablen). Das moderne wirtschaftswissenschaftliche Schrifttum zum Strategischen Wettbewerb bzw. Strategischen Management bietet die dafür und für die Bewertung von „Attraktivität“ des Marktzutritts/-austritts maßgeblichen theoretischen Grundlagen und Variablen.

(14) Die Prüfungsstruktur und die in der Praxis etwa von Rechtsanwälten oder Richtern für die Feststellung einer Mobilitätsbeschränkung vorzunehmenden Subsumtionsschritte werden am Beispiel zweier „prominenter“ Rechtssachen, EuGH *Keck* und EuGH *Kommission/Italien (Anhänger)*, dargestellt. Die maßgeblichen Subsumtionskriterien (Strategierelevanz / Wettbewerbsstrategie, Selektivität, Spezifität, Zurechnung) werden mittels einer beispielhaften Subsumtion hergeleitet und definiert sowie für die Bedingungen des Preiswettbewerbs (EuGH *Keck*) und des Kompatibilitätswettbewerbs (EuGH *Anhänger*) exemplifiziert.

(15) Die Prüfung der Mobilitätsbeschränkung (Mobilitätsbeschränkungsanalyse), welche sich entsprechend der wettbewerbsökonomischen „Übersetzung“ der EuGH-Rechtsprechung auf die Funktionsbedingungen (gleichheitsrechtliche Dimension) und Strategievariablen (freiheitsrechtliche Dimension) eines sequenziell zu betrachtenden Mobilitätsprozess von Marktaustritt (aktueller Wettbewerb) und/oder Marktzutritt (potenzieller Wettbewerb) beziehen muss, lässt sich mittels eines funktional-systemischen Ansatzes rechtlich und wirtschaftswissenschaftlich theoretisch fundieren, inhaltlich definieren und operationalisieren.

(16) Eine den institutionell-rechtlichen Rahmen bzw. die Kompetenzordnung der Union infrage stellende Erhöhung der grundfreiheitlichen Kontrolldichte ist mit dem hier vorgestellten Ansatz nicht verbunden, jedoch erfolgt eine Präzisierung der grundfreiheitlichen Kontrolle, einschließlich der Darlegungs- und Beweislast.

(17) Die nötigen gesetzgeberischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume bzw. die Handlungsoptionen von privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten (wie im Falle der sog. horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten) werden nicht unangemessen eingeschränkt. Denn eine prinzipiengeleitete, funktional normativ-wettbewerbsökonomisch determinierte Konzeption der Grundfreiheiten kann und soll, auch unter dem Gesichtspunkt von (Verteilungs-)Gerechtigkeit, im Spiegel der *Marktwirklichkeit* der heutigen globalen (Welt-) Gesellschaft vielmehr eine umfassende *Kontrolle strategisch-protektionistischer Maßnahmen* von hoheitlich und privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten ermöglichen, welche gerade nicht die „Kompetenzen“ von Mitgliedstaaten oder die Privatautonomie von Unternehmen konterkariert, sondern i.w.S. neu „kalibriert“.

(18) Unter dem Oberbegriff „Moderner Protektionismus“ geht es hierbei im Lichte von Marktgleichheit (Art. 2 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV) als Aspekt einer „modernisierten“ Werte fundierten Wettbewerbsökonomik (Marktintegrationsökonomik) insbesondere um eine Erfassung subtiler Formen des Protektionismus, welche der Funktionsweise auch sog. *politischer Märkte* folgen bzw. einer veränderten tatsächlichen „Macht durch Strategie“. Solche Maßnahmen lassen sich durch rein gleichheitsrechtliche Konzeptionen im Sinne des „klassischen“ Diskriminierungsverbotes nicht hinreichend erfassen. Letztlich soll so die rechtlich gebundene Marktverantwortung von Mitgliedstaaten *und* Privaten im Lichte der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union deutlicher konturiert werden.

(19) Für die Praxis begründet die Untersuchung im Ergebnis eine zweistufige Prüfungsstruktur von Tatbestand (Mobilitätsbeschränkung) und Abwägung (Verhältnismäßigkeit), benannt als „Zwei-Stufen-Test“.

(20) Mittels normativ-wettbewerbsökonomisch definierter Variablen (*functional economic approach*) soll der detaillierte Nachweis von Beschränkungen des Marktzutritts und/oder Marktaustritts (am Maßstab der transnationalen Mobilitätsfreiheit/-gleichheit) sowie eine Abwägung im Rahmen einer „ökonomisierten“ und Werte fundierten Verhältnismäßigkeit mit einer Kosten-Nutzen-Analyse (am Maßstab der normativen Effizienz) ermöglicht werden, und zwar mittels solcher Subsumtionskriterien, welche der Darlegung und dem Beweis in der Rechtsanwendung hinreichend zugänglich sind (Kapitel 6 D.).

(21) Insgesamt beruht die vorliegend vorgestellte Konzeption auf einer dynamischen Interpretation des Integrationsrechts der Union unter Berücksichtigung des tatsächlichen Wandels von Gesellschaft und Wirtschaft.

(22) Dem Unionsbürger als Individuum *und* Wirtschaftssubjekt sollte gemäß dem aktuellen Stand der Integration (Art. 1 Abs. 2 EUV) unter Berücksichtigung der Werte der Union (Art. 2 EUV) sowie des Leitbildes einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) die Möglichkeit eröffnet werden, wirtschaftliche Mobilität im Binnenmarkt umfassend zu verwirklichen und damit zugleich persönliche Verantwortung für das europäische Gesellschaftsmodell „als Ganzes“ effektiver wahrnehmen zu können. Voraussetzung hierfür ist, dass sich Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit konkret als transnationale Mobilitätsfreiheit und -gleichheit in der Perspektive von Individualgerechtigkeit als Bestandteil einer Werte fundierten Wettbewerbsökonomik verwirklichen, und zwar konkret als Chancengleichheit und Fairness im aktuellen und potenziellen Wettbewerb.

(23) Insgesamt stellt die Untersuchung ein theoretisches Fundament als Versuch zur Beantwortung einer „Kardinalfrage“ im Europarecht (*Thorsten Kingreen* „Anders Sein der Grundfreiheiten“) vor, nämlich zur Frage, wie eine institutionell angemessene, vertragsautonome Qualifikation der Grundfreiheiten als gleichheits- und freiheitsrechtlich determinierte wirtschaftliche Mobilitätsrechte zur Gewährleistung von Marktzutritt und Marktaustritt (Mobilitätsbeschränkungsverbote) *konzeptionell* untermauert werden kann.

VI. Fazit

Mit dem vorliegend unternommenen Versuch einer prinzipiengeleiteten und normativ-wettbewerbsökonomisch fundierten Konzeptionierung der Grundfreiheiten möchte die Untersuchung aufzeigen, dass die geltende Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote und Marktzugangsrechte, so sie auch im europarechtlichen Schrifttum kontrovers diskutiert wird, funktional-systemisch theoretisch fundiert und für die heutigen Anforderungen der Praxis konkretisiert werden kann.

Die den Binnenmarkt und seine Erfolgsgeschichte maßgeblich gestaltende und systemprägende Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union sollte demnach keinesfalls dem Grunde nach kritisiert oder gar in ihrer Legitimität oder kasuistischen Rationalität in Frage gestellt werden, was Kritik in Einzelfällen nicht ausschließt. Vielmehr sollen die Notwendigkeit, die Möglichkeit und der theoretisch-praktische „Mehrwert“ einer rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen „Fundierung“ der Judikatur zu den Grundfreiheiten im Kontext der Werte- und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union begründet, veranschaulicht und exemplifiziert werden. Insoweit möchte die Untersuchung einen Beitrag zur Fortschreibung des theoretischen Fundaments der für den Integrationsprozess zentralen Grundfreiheiten leisten, welcher der kasuistischen sowie forensischen Praxis als hilfreicher Baustein dienen mag.

Literaturverzeichnis

- van Aaken, A.*, Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht: Methode und Anwendungsmöglichkeiten, in: Bungenberg, M./Danz, S./Heinrich, H./Hünemörder, O./Schmidt, C./Schroeder, R./Sichert, A./Unkroth, F. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 44. AssÖr: 44. Assistententagung Öffentliches Recht, Jena 2004, München 2004, S. 1 ff.
- Ahner, B.*, Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht, Grundfreiheiten und Grundrechten, Konstanz/Jena 2010.
- Alexy, R.*, Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. Berlin (Suhrkamp) 2015 der 1. Aufl. Baden-Baden 1985 (zitiert: R. Alexy; Theorie der Grundrechte (1985/2015)).
- Alder, C.*, Koordination und Integration als Rechtsprinzipien, Tempelhof 1969.
- Arndt, H.-W.*, Europarecht, 6. Aufl. Heidelberg 2003.
- Bach, A.*, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1992 (zitiert: A. Bach, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen (1992)).
- Bain, J.S.*, Barriers to New Competition – Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, New York 1956/Harvard 1965 (zitiert: J. S. Bain, Barriers to New Competition (1956/1965)).
- Balassa, B.*, The Theory of Economic Integration, London 1961/New York 2011 (zitiert: B. Balassa, The Theory of Economic Integration (1961/2011)).
- Baldwin, R./Wyplosz, C.*, The Economics of European Integration, 5. Aufl. London 2015.
- Baldwin, R. M.*, The Case for a Multilateral Trade Organization, in: Narlikar/Daunton/Stern (Hrsg.), The Oxford Handbook on the World Trade Organization (2014), S. 29 ff.
- Baquero Cruz, J.*; Between Competition and Free Movement – The Economic Constitutional Law of the European Community, Portland 2002 (zitiert: J. Baquero-Cruz, Between Competition and Free Movement (2002)).
- Barnard, C.*, The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms, 3. Aufl. Oxford 2010, 4. Aufl. Oxford 2013, 5. Aufl. Oxford 2016 (zitiert: C. Barnard, The Four Freedoms (Jahr der zitierten Auflage)).
- Basedow, J./Wurmnest, W. (Hrsg.)*, Unternehmen auf offenen Märkten – Symposium zum 70. Geburtstag von Peter Behrens, Baden-Baden 2011 (zitiert: Autor, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.), Unternehmen auf offenen Märkten (2011)).
- Becker, U.*, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EG-Vertrag, in: EuR 1994, S. 162 ff.

Behrens, P.,

- Integrationstheorie – Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung, in: *RabelsZ* 45 (1981), S. 8 ff.
- Aspekte einer ökonomischen Theorie des Rechts, *Rechtstheorie* Band 12, 1981, S. 472 ff.
- Die ökonomischen Grundlagen des Rechts – Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen 1986 (zitiert: P. Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* (1986)).
- Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, in: Boettcher, E./Herder-Dorneich, P./Schenk, K.-E. (Hrsg.), *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 7. Band, Tübingen 1988, S. 209 ff.
- Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, *EuR* 1992, S. 145 ff.
- Grundstrukturen einer Weltwirtschaftsordnung, in: Bruha/Hesse/Nowak (Hrsg.), *Welche Verfassung für Europa?* (2001), S. 203 ff.
- Die Wirtschaftsordnung im Europäischen Verfassungsentwurf, in: *EuZW* 2004, S. 2 f.
- Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon, in: *EuZW* 2008, S. 193.
- The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law, in: Nihoul, P./Charbit, N./Ramundo, E. (Hrsg.), *Choice - A New Standard for Competition Law Analysis?*, New York 2016 (zitiert: P. Behrens, in: Nihoul/Charbit/Ramundo (Hrsg.), *Choice* (2016)).

Behrens, P./Eger, T./Schäfer H-B. (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Europarechts: Beiträge zum XII. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts* (24. bis 26. März 2010), Tübingen 2012.

Benda, H./Maihofer, H.J./Vogel, W. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin/New York 1983 (zitiert: Autor, Titel, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts* (1983)).

Berlin, I., *Freiheit - Vier Versuche*, Frankfurt am Main 2006, der Originalausgabe „*Four Essays on Liberty*“, Oxford 1969 (zitiert: I. Berlin, *Freiheit* (1969/2011)).

Bernholz, P., *Kompetenzordnung und Systemwettbewerb in der Europäischen Union*, in: Bruha/Nowak (Hrsg.), *Die Europäische Union nach Nizza* (2003), S. 85 ff.

Biehl, D., *Ausfuhrland-Prinzip, Einfuhrland-Prinzip und Gemeinsamer-Markt-Prinzip, Ein Beitrag zur Steuerharmonisierung*, Köln/Berlin/Bonn/München 1969 (zitiert: D. Biehl, *Ausfuhrland-Prinzip, Einfuhrland-Prinzip und Gemeinsamer-Markt-Prinzip* (1969)).

- Bishop S./Walker M.*, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 2. Auflage, London 2002.
- Bleckmann, A.*, Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln 1986.
- Bleckmann, A.*, Ermessensfehlerlehre, Völker- und Europarecht, vergleichendes Verwaltungsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1997.
- Bofinger, P.*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Eine Einführung in die Wissenschaft von Märkten, München 2003 (zitiert: P. Bofinger, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2003)).
- von Bogdandy, A./Bast, J. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundlagen, 2. Auflage Berlin/Heidelberg 2009 (zitiert: Autor, Titel, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S.).
- von Bogdandy, A., Grundprinzipien, in: ders./Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 13 ff.
- Borchardt, K. D.*,
- Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2. Auflage, Heidelberg 2002; 3. Auflage, Wien 2006; 6. Auflage, Wien 2015 (zitiert: K.-D. Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union (Jahr der Auflage)).
 - Auslegung und Rechtsfortbildung, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2006), § 15, S. 481 ff.
 - Auslegung, Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2015), § 15, S. 566 ff.
- Böhm, F.*,
- Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 1966, S. 75ff.
 - Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, in: Böhm/Eucken/Großmann-Doerth (Hrsg.), Ordnung der Wirtschaft (1937).
 - Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, Baden-Baden 1980, S. 105 ff.; *ders.* Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, S. 195 ff.
- Brauser-Jung, G.*, Der Schutz des Wettbewerbs in der EU-Wirtschaftsverfassung – Ein Beitrag zum System des unverfälschten Wettbewerbs im primären Unions- und Gemeinschaftsrecht, in: Kluth/Müller/Peilert, Wirtschaft – Verwaltung – Recht, Festschrift für Rolf Stober, 2008, S. 43, 56 ff.
- Bredimas, A.*, Methods of Interpretation and Community Law, Amsterdam/New York/Oxford 1978 (zitiert: A. Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law (1978)).
- Breyer, F.*, Mikroökonomik, Eine Einführung, 6. Aufl. Berlin/Heidelberg 2015 (zitiert: F. Breyer, Mikroökonomik (2015)).

Brighi, L./D'Amato M, Limit pricing and secret barriers to entry, DEMB Working Paper Series N. 39, Università degli studi di Modena e Reggio Emilia, Italien Dezember 2014.

Brigola, A.,

- Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, München 2004 (zitiert: A. Brigola, Das System der EG-Grundfreiheiten (2004)).
- Die Figur der Marktaustrittsbeschränkungen als Korrelat der Figur der Marktzugangsbeschränkungen - Zur Kohärenz der EG-Grundfreiheiten anlässlich des Urteils des EuGH vom 16. 12.2008 C-205/07 Gysbrechts u.a., EuZW 2009, S 480 ff.
- Die Metamorphose der Keck-Formel in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2012, S. 248 ff.

Brisimi, V., The Interface between Competition and the Internal Market, Market Separation under Article 102 TFEU, Oxford and Portland, Oregon 2014.

Bruha, T.,

- EU and Global Governance: Herausforderungen, Ziele und Rechtsprobleme, in: ders./Nowak (Hrsg.), Die Europäische Union nach Nizza (2003), S. 223 ff.
- Grundrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht, Grundrechtsverfassung als Teil der Unionsverfassung, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006), § 2 I, S. 29 ff.

Bruha, T./Nowak, C./Petzold, H. A. (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 2004 (zitiert: Autor, Titel, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt (2004)).

Bruha, T./Nowak, C. (Hrsg.), Die Europäische Union nach Nizza: Wie Europa regiert werden soll, Interdisziplinäres Kolloquium zur Regierungsdebatte in der Europäischen Union, Baden-Baden 2003 (zitiert: Autor, Titel, in: Bruha/Nowak (Hrsg.), Die Europäische Union nach Nizza (2003)).

Bruha, T./Hesse, J. J./Nowak, C. (Hrsg.), Welche Verfassung für Europa? Erstes interdisziplinäres „Schwarzkopf-Kolloquium“ zur Verfassungsdebatte in der Europäischen Union, Baden-Baden 2001 (zitiert: Autor, Titel, in: Bruha/Hesse/Nowak (Hrsg.), Welche Verfassung für Europa? (2001)).

Brodbeck, K.-H., Buddhistische Wirtschaftsethik, Eine Einführung, 2. Aufl. Berlin 2011 (zitiert: K.-H. Brodbeck, Buddhistische Wirtschaftsethik (2011)).

de Bronett, G.-K., Das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung im EU-Kartellrecht (Art. 102 AEUV), in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 22, S. 1243 ff.

- Brücker, H./Eger, T.*, The law and economics of the free movement of persons in the European Union, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Research Handbook on the Economics of European Union Law, Cheltenham-Northampton 2012, S. 146 ff.
- Budäus, D./Grüb, B.*, Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung, ZögU 3/2007, S. 245 ff.
- Calabresi, G.*, The Future of Law & Economics, Essays in Reform and Recollection, New Haven/London 2016.
- Calliess, C./Ruffert, M.* (Hrsg.), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV, 1. Auflage, Neuwied 1999, (zitiert: Autor, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (1999), Art., Rn.).
- Calliess, C./Ruffert, M.* (Hrsg.), EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Auflage München 2016, (zitiert: Autor, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2016), Art., Rn.).
- Canaris, C.-W.*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. Berlin 1983 (zitiert: C.-W. Canaris Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (1983)).
- Caves, R. E./Porter, M. E.*, From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition, Quarterly Journal of Economics 1977, S. 241, 249 ff (zitiert: R. E. Caves/M. E. Porter, From Entry Barriers to Mobility Barriers (1977)).
- Caves, R. E./Ghemawat, P.*, Identifying Mobility Barriers, Strategic Management Journal, Volume 13, Issue 1 (Jan. 1992), S. 1-12 (zitiert: R. E. Caves/P. Ghemawat, Identifying Mobility Barriers (1992)).
- Cheng, T. K./Lianos, I./Sokol, D. D.* (Hrsg.), Global Competition Law and Economics – Competition and the State, Stanford California 2014 (zitiert: Autor, Titel, in: Cheng/Lianos/Sokol (Hrsg.), Competition and the State (2014)).
- Clark, J. M.*,
- Competition as a Dynamic Process, Washington D. C. 1961.
 - Zum Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs, in: Herdzina, K. (Hrsg.), Wettbewerbstheorie, Köln 1975, S. 143 ff.
- Classen, C. D.*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, EWS 1995, S. 97 ff.
- Clemens, G./Reinfeldt, A./Wille, G.*, Geschichte der europäischen Integration, Ein Lehrbuch, Paderborn 2008 (zitiert: G. Clemens/A. Reinfeldt/G. Wille, Geschichte der europäischen Integration (2008)).
- Cook, G.*, A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles, Cambridge 2015.

- Court of Justice of the European Union*, 50th Anniversary of the Judgment in van Gend en Loos 1963-2013, Luxembourg 13 May 2013.
- Cremer, W./Bothe A.*, Die Dreistufenprüfung als neuer Baustein der warenverkehrsrechtlichen Dogmatik, *EuZW* 2015, S. 413 ff.
- Dammann, J.*, Materielles Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten, Tübingen 2007.
- Dathe, U.*, Walter Eucken und die Soziale Marktwirtschaft, in: Meier (Hrsg.), *Die Freiburger Kreise – Akademischer Widerstand und Soziale Marktwirtschaft* (2014), S. 207 ff.
- Dauses, M.A. (Hrsg.)*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1 und 2, München 2016, 40. Ergänzungslieferung – Stand: Juni 2016 (zitiert: Autor, in: Dauses (Hrsg.), *Handbuch EU-Wirtschaftsrecht*, Abschnitt, EL Monat Jahr, Rn.).
- Dauses, M.A.*, Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes, *EuZW* 1990, S. 8 ff.
- Davies, G.*, Understanding Market Access: Exploring the Economic Rationality of Different Conceptions of Free Movement Law, *German Law Journal* Vol. 11 No. 08, S. 671 ff.
- Dawkins, R.*, *The Selfish Gene*, Oxford 1976/2006 (30th Anniversary).
- D’Aveni, R. A.*, *Hyperwettbewerb: Strategien für die neue Dynamik der Märkte*, Frankfurt a.M./New York 1995.
- Diebold, N. F.*, Non-Discrimination in International Trade in Services – ‘Likeness’ in WTO/GATS, New York 2013 (zitiert: N. F. Diebold, *Non-Discrimination - ‘Likeness’ in WTO/GATS* (2013)).
- Dietrich, M.*, *Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union: unter Berücksichtigung des schweizerischen Ausländerrechts*, Zürich 1995.
- Dietz, S./Streinz T.*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, *EuR* 2015, S. 50 ff.
- Dohms, R.*, Sonderregelungen für bestimmte Sektoren, Unternehmen nach Art. 106 AEUV, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 35, S. 1732 ff.
- Drexler, J.*, Wettbewerbsverfassung, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2009), S. 905 ff.
- Duan, X./Jin, Z.-M.*, Do Mobility Barriers Affect the Strategy-Performance Relationship?, *Journal of Management Policy and Practice*, Vol. 15 (2) 2014, S. 101 ff.
- Easterbrook, F. H.*, Antitrust and the Economics of Federalism, *Journal of Law and Economics (JLE)* 26, 1983, S. 23 ff.
- Eger, T./H.-B. Schäfer (Hrsg.)*, *Research Handbook on the Economics of European Union Law*, Cheltenham-Northampton 2012 (zitiert: Autor, Titel, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of European Union Law* (2012)).

- Eger, T./Wagener, H.-J.*, Die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der europäischen Integration, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 1 (2014), § 3, S. 113 ff.
- Ehlers, D.* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage Berlin 2009 und 4. Aufl. Berlin/Boston 2014 (zitiert: Autor, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (Jahr der zitierten Ausgabe).
- Ehlers, D.*, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009), § 7, S. 209 ff. und (2014), § 7, S. 239 ff.
- Ehricke, U.*, Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb - Kontrolle durch Gemeinschaftsrecht, Ein rechtsvergleichender Beitrag zu den Grenzen staatlicher Wirtschaftslenkungsmaßnahmen im Gemeinschaftsrecht und im US-amerikanischen Recht, Baden-Baden 1994 (zitiert: U. Ehricke, Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb (1994)).
- Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Auflage Tübingen 2015 (zitiert: H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip (2015)).
- Enchelmaier, S.*,
- The ECJ's Recent Case Law on the Free Movement of Goods: Movement in All Sorts of Directions?, YEL 2007, S. 115 ff.
 - Europäisches Wirtschaftsrecht, Studienbuch, Stuttgart 2005 (zitiert: S. Enchelmaier, Europäische Wirtschaftsrecht (2005)).
- Epiney, A.*,
- Umgekehrte Diskriminierungen: Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, Köln 1995 (zitiert: A. Epiney, Umgekehrte Diskriminierung (1995)).
 - Freiheit des Warenverkehrs, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2014), § 8, S. 315 ff.
- Ethier, W. J.*, Moderne Außenwirtschaftstheorie, 3. Auflage München/Wien 1994 (zitiert: W. J. Ethier, Moderne Außenwirtschaftstheorie (1994)).
- Eucken, W.*,
- Grundlagen der Nationalökonomie, Jena 1939.
 - Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO, Band 2 (1949), S. 1-99.
 - Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Auflage Tübingen 2004 der 1. Aufl. 1952 (zitiert: W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952/2004)).
- Ewald, C.*, Grundzüge der Wettbewerbsökonomie, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 7, S. 165 ff.

- Fastenrath, U./Nowak, C.* (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag – Änderungsimpulse in einzelnen Rechts- und Politikbereichen*, Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht, Band 94, Berlin 2009 (zitiert: Autor, Titel, in: Fastenrath/Nowak (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag* (2009)).
- U. Fastenrath/C. Nowak*, *Wozu brauchen wir den Vertrag von Lissabon und was bringt er?*, in: dies. (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag* (2009), S. 13 ff.
- Faull, J./Nikpay, A.* (Hrsg.), *The EU Law of Competition*, 3. Aufl. Oxford 2014. (zitiert: Autor, Titel, in: Faull/Nikpay (Hrsg.), *EU Law of Competition* (2014), S. Rn.).
- Fikentscher, W.*, *Wirtschaftsrecht, Band I, Weltwirtschaftsrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht*, München 1983.
- Fischer, K.-H.*, *Der Vertrag von Lissabon, Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag, Titel I, Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Union*, 1. Auflage Baden-Baden 2008 (zitiert: K.-H. Fischer, *Der Vertrag von Lissabon* (2008)).
- Franck, J.-U.*, *Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre* (2015), § 5, S. 70 ff.
- Frenz, W.*, *Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten*, 1. Auflage, Berlin Heidelberg 2004, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2012 (zitiert: W. Frenz, *Europäische Grundfreiheiten (Jahr der Auflage)*).
- Frowein, J. A.*, *Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien*, in: Kaufmann, A./Mestmäcker, E.-J./Zacher, H. F. (Hrsg.), *Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1988, S. 149 ff.
- Füller, J. T.*, *Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag*, Baden-Baden 2000.
- Geiger, R./Khan, D.-E./Kotzur, M.* (Hrsg.), *European Union Treaties – A Commentary, Treaty on European Union, Treaty on the Functioning of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 1. Aufl. München/Oxford 2015 (zitiert: Autor, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), *European Union Treaties Commentary* (2015), Art., Rn.).
- Geiger, R./Khan, D.-E./Kotzur, M.* (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar*, 5. Auflage München 2010, (zitiert: Autor, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar* (2010), Art., Rn.).
- Gerken, L.*,
- *Von Freiheit und Freihandel – Grundzüge einer ordoliberalen Außenwirtschaftstheorie*, Tübingen 1999.
 - *Walter Eucken und sein Werk – Rückblick auf den Vordenker der sozialen Marktwirtschaft*, Tübingen 2000 (zitiert: L. Gerken, *Walter Eucken und sein Werk* (2000)).

- Geroski P./ Gilbert, R. J. /Jacquemin A.*, Barriers to Entry and Strategic Competition, 1990 (first published), New York 2007 (zitiert: P. Geroski/R. J. Gilbert/A. Jacquemin, Barriers to Entry and Strategic Competition (1990/2007)).
- Gloy, K.*, Komplexität – Ein Schlüsselbegriff der Moderne, Paderborn 2014.
- Godyer, D. G.*, EC Competition Law, 4. Auflage, Oxford/New York 2003 (zitiert: D. G. Godyer, EC Competition Law (2003)).
- Grabenwarter, C.*, Wirtschaftliche Grundrechte, in: Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter (Hrsg.), EnzEur Band 2 (2014)§ 13, S. 507 ff.
- Grabitz, E.*,
- Freiheit und Verfassungsrecht, Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte, Tübingen 1976 (zitiert: E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht (1976)).
 - Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977), S. 645 ff.
- Grabitz, E., /Hilf, M. (Hrsg.)*, Das Recht der Europäischen Union – Kommentar, München 2009, 40. Ergänzungslieferung – Stand: Oktober 2009 (zitiert: Autor, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EL Monat Jahr, Art., Rn.).
- Grabitz, E., /Hilf, M./Nettesheim, M (Hrsg.)*, Das Recht der Europäischen Union, München 2016, 60. Ergänzungslieferung – Stand: Oktober 2016 (zitiert: Autor, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EL Monat Jahr, Art., Rn.).
- Grant, R. M.*, Moderne Strategische Unternehmensführung, 1. Aufl. Weinheim 2014 als deutsche Übersetzung von *ders.* Contemporary Strategy Analysis, 8. Aufl. New Jersey 2013 (zitiert: R. M. Grant, Moderne Strategische Unternehmensführung (2014)).
- Grimmel, A./Jakobeit, C.*, Die integrationstheoretischen Grundlagen der Europarechts, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 1 (2014), § 2, S. 89 ff.
- von der Groeben, H.*, Aufbaujahre der Europäischen Gemeinschaft, Das Ringen um den Gemeinsamen Markt und die Politische Union (1958-1966), 1. Aufl. Baden-Baden 1982.
- von der Groeben, H./E.-J. Mestmäcker*, Ziele und Methoden der europäischen Integration, Bericht über eine Arbeitsgemeinschaft im Zentrum für interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld, Frankfurt am Main 1972 (zitiert: H. von der Groeben/E.-J. Mestmäcker, Ziele und Methoden der europäischen Integration (1972)).
- von der Groeben, H./Thiesing, J./Ehlermann, C.-D. (Hrsg.)*, Kommentar zum EWG-Vertrag, Band 1 bis 4, 4. Auflage, Baden Baden 1991, (zitiert: Autor, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EWG-Kommentar (1991), Art., Rn.).

- von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hrsg.)*, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage, Baden-Baden 2003, (zitiert: Autor, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Kommentar (2003), Art., Rn.).
- von der Groeben, H./Schwarze, J./Hatje, A. (Hrsg.)*, Europäischen Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, (zitiert: Autor, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2015), Art., Rn.).
- Groschoff, J.*, Staat, EU und Wettbewerb – Zur Kontrolle hoheitlicher Wettbewerbseingriffe der Mitgliedstaaten, Hamburg 2008 (zitiert: J. Groschoff, Staat, EU und Wettbewerb (2008)).
- Gyselen, L.*, The emerging interface between competition policy and environmental policy in the EC, in: Cameron/May (Hrsg.), Trade and Environment, London 1994, S. 242.
- Habersack, M./Verse, D. A.*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Einführung für Studium und Praxis, 4. Aufl. München 2011.
- Häberle, P.*, Europäische Verfassungslehre, 5. Auflage Baden-Baden 2008.
- Hakenberg, W.*, Europarecht, 5. Aufl. München 2010; 7. Auflage, München 2015 (zitiert W. Hakenberg, Europarecht (Jahr der Auflage)).
- Halter, U.*,
- Europarecht – Dogmatik im Kontext, 2. Auflage Tübingen 2007.
 - Finalität, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 279 ff.
- Hammer, K.*, Handbuch zum freien Warenverkehr, Eine Analyse der Rechtsprechung zu Art. 30 EGV vor und nach dem Urteil „Keck und Mithouard“, 1. Aufl. Wien/Neuwied/Bern 1998 (zitiert: K. Hammer, Handbuch zum freien Warenverkehr (1998)).
- Hammerl, C.*, Inländerdiskriminierung, Berlin 1997.
- Haratsch, A.*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006), § 18, S. 558 ff.
- Hatje, A.*, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 801 ff.
- Hatje, A./von Förster, S.*, Historische Entwicklung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 1 (2014), § 6, S. 311 ff.
- Hatje, A./Müller-Graff, P.-C. (Hrsg.)*, Enzyklopädie Europarecht, Band 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 1. Auflage Baden-Baden 2014 (zitiert: Autor, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 1 (2014), §, Rn.).

- Hatje, A./Müller-Graff, P.-C./Grabenwarter, C. (Hrsg.)*, Enzyklopädie Europarecht, Band 2: Europäischer Grundrechtsschutz, 1. Auflage Baden-Baden 2014 (zitiert: Autor, in: Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter (Hrsg.), EnzEur Band 2 (2014), §, Rn.).
- Hatje, A./Müller-Graff, P.-C. (Hrsg.)*, Enzyklopädie Europarecht, Band 4: Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 1. Auflage Baden-Baden 2015 (zitiert: Autor, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 4 (2015), §, Rn.).
- von Hayek, F. A.*,
- Der Sinn des Wettbewerbs, in: ders. Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlenbach-Zürich 1952, S. 122-140.
 - Die Verfassung der Freiheit, in: Bosch, A./Streit, M. E./Vanberg, V./Veit, R. (Hrsg.), Friedrich A. von Hayek, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, Abteilung B: Bücher, Band 3, 4. Aufl. Tübingen 2005 der 1. Aufl. 1971 (zitiert: F.A. von Hayek, Die Verfassung der Freiheit (1971/2005)).
- Heidenreich, F.*, Theorien der Gerechtigkeit – Eine Einführung, Opladen/Farmington Hills 2011 (zitiert: F. Heidenreich, Theorien der Gerechtigkeit (2011)).
- Heidrich, T.*, Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie, Alternatives Denken zu dem More Economic Approach, 1. Aufl. Baden-Baden 2009 (zitiert: T. Heidrich, Das evolutiv-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie (2009)).
- Heiduk, G. S.*, Außenwirtschaft – Theorie, Empirie und Politik der interdependenten Weltwirtschaft, Heidelberg 2005 (zitiert: G. S. Heiduk, Außenwirtschaft (2005)).
- Heinze, T.* Die Koppelung von Wissenschaft und Wirtschaft, Das Beispiel der Nanotechnologie, Frankfurt/New York 2006.
- Herdzina, K.*,
- Wettbewerbstheorie, Neue Wissenschaftliche Bibliothek Wirtschaftswissenschaften, Köln 1975.
 - Wettbewerbspolitik, 3. Auflage, Stuttgart 1991; 5. Auflage, Stuttgart 1999 (zitiert: K. Herdzina, Wettbewerbspolitik (Jahr der zitierten Auflage)).
- Herdzina, K./Seiter, S.*, Einführung in die Mikroökonomik, 12. Aufl. München 2015 (zitiert: K. Herdzina/S. Seiter, Mikroökonomik (2015)).
- Heselhaus/Nowak C. (Hrsg.)*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, München/Wien/Bern 2006, (Autor, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), §, Rn.)
- Heuss, E.*, Allgemeine Markttheorie, Tübingen/Zürich 1965 (zitiert: E. Heuss, Allgemeine Markttheorie (1965)).
- Heydt, V.*, Der Funktionswandel der EG-Grundfreiheiten infolge der Verwirklichung des Binnenmarktes, EuZW 1993, S. 105.

- Hilf, M.*, Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten, in: *Randelzhofer, A./Scholz, R./Wilke, D.* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, S. 157 ff.
- Hirsch, G.*, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, ZEuS 1999, 503 ff.
- Hödl, S. O.*, Die Beurteilung von verkaufsbehindernden Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt – Neue Interpretationsansätze zu Art. 30 EGV auf der Grundlage der Keck-Entscheidung, Baden-Baden 1997 (zitiert: S. O. Hödl, Die Beurteilung verkaufsbehindernder Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt (1997)).
- Hoffmann, M.*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, Baden-Baden 2000.
- Holler, M. J.* (Hrsg.), Ein halbes Jahrhundert Spieltheorie, Homo Oeconomicus XII (1/2), Erster Teil, München 1995 (zitiert: Autor, Titel, in: M. J. Holler (Hrsg.), Ein halbes Jahrhundert Spieltheorie (1995)).
- Holstein, D.*, Wettbewerbsbeschränkung und beherrschende Stellung von Unternehmen im EWG-Vertrag – Wirtschaftliche und rechtliche Aspekte der Verhältnisse von Art. 85 EWGV zu Art. 86 EWGV, Frankfurt a.M. 1973 (zitiert: D. Holstein, Wettbewerbsbeschränkung und beherrschende Stellung (1973)).
- Homann, K./Lütge, C.*, Einführung in die Wirtschaftsethik, 3. Aufl. Berlin 2013 (zitiert: K. Homann/C. Lütge, Wirtschaftsethik (2013)).
- Hoppmann, E.*,
- Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: Herdzina, K. (Hrsg.), Wettbewerbstheorie, Köln 1975, S. 230 ff.
 - Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Schneider, H. K. (Hrsg.), Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge Band 48, Berlin 1968, S. 9 ff.
- Huber, T.* Systemtheorie des Rechts – Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns, 1. Aufl. Baden-Baden 2007 (zitiert: T. Huber, Systemtheorie des Rechts (2007)).
- Huber, W.*, Gerechtigkeit und Recht – Grundlinien christlicher Rechtsethik, 3. Aufl. Gütersloh/München 2006.
- Hungenberg, H.*, Strategisches Management in Unternehmen, Ziele-Prozesse-Verfahren, 3. Aufl. Wiesbaden 2004; 6. Aufl. Wiesbaden 2011 (zitiert: H. Hungenberg, Strategisches Management in Unternehmen (Jahr der zitierten Auflage)).
- Illing, G.*, Industrieökonomie: Nur eine Spielwiese für Spieltheoretiker?, in: M. J. Holler (Hrsg.), Ein halbes Jahrhundert Spieltheorie (1995), S. 61 ff.
- Immenga, U/ E.-J./Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Kommentar Band 1, EG Teil 1, 4. Aufl., München 2007, (Autor, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EG Teil 1 (2007), Art., Rn.).

- Immenga, U/E.-J./Mestmäcker (Hrsg.)*, Wettbewerbsrecht Kommentar
 Band 1, EU Teil 1, 5. Aufl., München 2012, (Autor, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 1 (2012), Art., Rn.).
 Band 1, EU Teil 2, 5. Aufl., München 2012, (Autor, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 2 (2012), Art., Rn.).
 Band 3, Beihilfenrecht / Sonderbereiche, 5. Aufl., München 2016, (Autor, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 3 Beihilfenrecht/Sonderbereiche (2016), Art., Rn.).
- Ipsen, H. P.*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Jarass, H. D.*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, S. 705 ff.
- Jellinek, G.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1905.
- Kainer, F.*, Die binnenmarktliche Niederlassungsfreiheit der Unternehmen, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 4 (2015), § 4, S. 209 ff.
- von Kanitz, F. Graf*, Bilanzkunde für Juristen, 2. Auflage München 2010.
- Kant, I.*,
- Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Hrsg. von T. Valentiner, Stuttgart 1961/2016 (zitiert: I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1961/2016)).
 - Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf, Königsberg 1775, Holzinger, M. (Hrsg.), 4. Aufl. Berlin 2016, basierend auf der Textgrundlage von W. Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant: Werke in zwölf Bänden, Frankfurt a.M. 1977 (zitiert: I. Kant, Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf (1775/2016)).
- Kantzenbach, E.*, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität: Eine Erwiderung auf den gleichnamigen Besprechungsaufsatz von Erich Hoppmann, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 181, 1967/1968, S. 193 ff.
- Kellerhals, A.*, Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 4 (2015), § 6, S. 357 ff.
- Keser, M.*, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Binnenmarktrechtsetzung – Zur Kosten-Nutzen-Analyse als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Binnenmarktrechtsetzung zum Gesundheitsschutz, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 2004, S. 139 ff.
- Keßler, J.*, Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht – Zwischen Produktbezug und Verkaufsmodalitäten, Berlin/Baden-Baden 1997 (zitiert: J. Keßler, Das System der Warenverkehrsfreiheit (1997)).
- Kilian, W.*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage München 2003; 4. Auflage München 2010 (zitiert: W. Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht (2010)).
- Kilian, W./Wendt, D. H.*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. Baden-Baden 2016 (zitiert: W. Kilian/D. H. Wendt, Europäisches Wirtschaftsrecht (2016)).

- Kim, W./Mauborgne, R.*, Blue Ocean Strategy: From Theory to Practice, California Management Review Vol. 47 No 3 (2005), S. 105 ff.
- Kingreen T.*,
- Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999 (zitiert: T. Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten (1999)).
 - Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 705 ff.
- Kirschner, J.*, Grundfreiheiten und nationale Gestaltungsspielräume – Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH, München 2014 (zitiert: J. Kirschner, Grundfreiheiten und nationale Gestaltungsspielräume (2014)).
- Klement, J. H.*,
- Freiheit der Person, in: Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter (Hrsg.), EnzEur Band 2 (2014), § 8, S. 347 ff.
 - Wettbewerbsfreiheit – Bausteine einer europäischen Grundrechtstheorie, Tübingen 2015 (zitiert: J. H. Klement, Wettbewerbsfreiheit (2015)).
- Klose, T.*, Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Kartellbehörden, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 54, S. 2445 ff.
- Knieps, G.*, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomik, Wettbewerbspolitik, 2. Auflage Berlin/Heidelberg 2005; 3. Auflage Berlin/Heidelberg 2008 (zitiert: G. Knieps, Wettbewerbsökonomie (Jahr der Auflage)).
- Koch, O.*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 2003 (zitiert: O. Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (2003)).
- Kokott, J.*, Die Bedeutung der europarechtlichen Diskriminierungsverbote und Grundfreiheiten für das Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten, in: Lehner, M. (Hrsg.), Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten, München 2000.
- Kotalakidis, N.* Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft – Die Person und das Gemeinwesen, Baden-Baden 2000 (zitiert: N. Kotalakidis, Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft (2000)).
- Kotzur, M.*, Die soziale Marktwirtschaft nach dem Reformvertrag, in: Pernice, I. (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon – Reform der EU ohne Verfassung? Baden-Baden 2008, S. 197 ff.
- Krebber, S.*, Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 4 (2015), § 2, S. 121 ff.
- Kriele, M.*, Freiheit und Gleichheit, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (1983), S. 129 ff.
- Kurz, H. D.*, David Ricardo (1772-1823), in: ders. (Hrsg.), Klassiker des ökonomischen Denkens, Band 1 (2008), S. 120 ff.

- Kropholler, J.*, Internationales Privatrecht, Tübingen 1990.
- Kuhn, A.*, Statistisches Bundesamt, Input-Output-Rechnung im Überblick, 2010.
- Kurz, H. D.*, Geschichte des ökonomischen Denkens, München 2013.
- Kurz, H. D. (Hrsg.)*, Klassiker des ökonomischen Denkens, Band 1, Von Adam Smith bis Alfred Marshall, München 2008 (zitiert: Autor, Titel, in: H. D. Kurz (Hrsg.) Klassiker des ökonomischen Denkens, Band 1 (2008)).
- Kurz, H. D. (Hrsg.)*, Klassiker des ökonomischen Denkens, Band 2, Von Vilfredo Pareto bis Amartya Sen, München 2009 (zitiert: Autor, Titel, in: H. D. Kurz (Hrsg.) Klassiker des ökonomischen Denkens, Band 2 (2009)).
- Lackhoff, K.*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, Berlin 2000 (zitiert: K. Lackhoff, Die Niederlassungsfreiheit (2000)).
- Larenz, K.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft – Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abteilung Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1991 (zitiert: K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1991)).
- Lach, A.*, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht – Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zum Merkmal des grenzüberschreitenden Bezugs unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft - Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Grundfreiheiten, Frankfurt a.M./Berlin/Bern/Brüssel/New York/Oxford/Wien 2008 (zitiert: A. Lach, Umgekehrte Diskriminierungen (2008)).
- Lecheler, H./J. Gundel, J.*, Übungen im Europarecht, Berlin 1999.
- Lehner, M.*, Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten, München 2000 (zitiert: Autor, Titel, in: M. Lehner (Hrsg.), Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten (2000)).
- Leontief, W.*, Die Methode der Input-Output-Analyse, in: Allgemeines Statistisches Archiv (1952), Band 36, S. 153 ff.
- Leisner, W. G.*, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung, in: Schriften des Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften München, Bereich Handwerksrecht (HRI), Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut, Würzburg 2014.
- Lenz, C. O. (Hrsg.)*, EG-Vertrag Kommentar, Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 2. Aufl. Köln/Basel/Genf/München/Wien 1999 (zitiert: Autor, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag Kommentar (1999), Art., Rn.).
- Lenz C. O./Borchardt K.-D. (Hrsg.)*, EU-Verträge Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 4. Aufl. 2006 und 5. Aufl. Köln/Wien 2010 (zitiert: Autor, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar (Jahr der Auflage), Art., Rn.).

- Leoni, T.*, Social Investment as a Perspective on Welfare State Transformation in Europe, *Intereconomics* 4/2016, S. 194 ff.
- Leontief, W.*, Die Methode der Input-Output-Analyse, in: *Allgemeines Statistisches Archiv* 1952, S. 153 ff.
- Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.)*, Kartellrecht Kommentar, 2. Auflage München 2009, (Autor, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2009), Abschnitt bzw. Art., Rn.)
- Lorch, A.*, Freiheit für Alle – Grundlagen einer neuer Sozialen Marktwirtschaft, Frankfurt/New York 2014.
- Löwisch, S.*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten – Zur Frage der unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Baden-Baden 2009 (zitiert: S. Löwisch, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten (2009)).
- Luczak, J.-M.*, Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration – Ein Beitrag zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Analyse des EG-Vertrages unter Einbeziehung der Änderungen des Unionsrechts durch den Vertrag von Lissabon, Berlin 2009 (zitiert: Luczak, J.-M., Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration (2009)).
- Lübbig, T.*, Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Konkurrenten (horizontale Vereinbarungen), Rechtsgrundlagen, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts* (2016), § 8, S. 295 ff.
- Lübke, J.*, Die binnenmarktliche Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEur Band 4* (2015), § 5, S. 269 ff.
- Luhmann, N.*,
- *Soziale System*, 16. Aufl. Suhrkamp Frankfurt a.M. 2015 der 1. Aufl. 1987 (zitiert: N. Luhmann, *Soziale System* (1987/2015)).
 - *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 7. Auflage Suhrkamp Frankfurt a.M. 2015 der 1. Aufl. 1994 (zitiert: N. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994/2015)).
 - *Das Recht der Gesellschaft*, 6. Auflage Suhrkamp Frankfurt a.M. 2013 der 1. Aufl. 1995 (zitiert: N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1995/2013)).
 - *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Teilband 1 (Kapitel 1-3) und Teilband 2 (Kapitel 4-5), 9. Auflage Suhrkamp Frankfurt a.M. 2015 der 1. Aufl. 1998 (zitiert : N. Luhmann, *die Gesellschaft der Gesellschaft* (1998/2015)).
 - *Die Politik der Gesellschaft*, 1. Auflage Suhrkamp Frankfurt a.M. 2002 (zitiert: N. Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft* (2002)).
- Maduro, M. P.*, We, the Court – The European Court of Justice & the European Economic Constitution, A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty, Oxford/Portland Oregon 1998 (zitiert: M. P. Maduro, *We, the Court* (1998)).

- Magretta, J.*, Understanding Michael Porter, The Essential Guide to Competition and Strategy, Boston/Massachusetts 2012 (zitiert: J. Magretta, Understanding Michael E. Porter (2012)).
- Mainzer, K.*, Komplexität, München 2008.
- Mandry, C.*, Europa als Wertegemeinschaft – Eine theologisch-ethische Studie zum politischen Selbstverständnis der Europäischen Union, 1. Auflage Baden-Baden 2009 (zitiert: C. Mandry, Europa als Wertegemeinschaft (2009)).
- Marengo, G.*, La notion de Restriction de Concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes, in: *Dony, M./de Walsche, A.*, Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck – La rédaction de l'ouvrage a été coordonnée par Marianne Dony avec la collaboration d'Aline de Walsch, Brüssel 1999.
- Mathis, K.* (Hrsg.), Law and Economics in Europe, Foundations and Applications, Heidelberg/New York/London 2014 (zitiert: Mathis (Hrsg.), Law and Economic in Europe (2014)).
- Matthies, H.*, Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt, in: *Stödter/Thieme* (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977), S. 669 ff.
- Matsushita, M.*, The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body – Assessment and Problems, in: *Narlikar/Daunton/Stern* (Hrsg.), The Oxford Handbook on the World Trade Organization (2014), S. 510 ff.
- Meessen, K. M.* in: Ultra vires Making of Competition Law by the Commission, in: *Pasquinucci/Preda* (Hrsg.), The Road Europe Travelled Along, The Evolution of the EEC/EU Institutions and Policies, 2009.
- Meier, G.*, Zur Kombination von nationalen Lebensmittel-Begriffsbestimmungen und Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers gegen Irreführung als Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 EWG-Vertrag, WRP 1980, S. 59 ff.
- Meier, H.* (Hrsg.), Die Freiburger Kreise – Akademischer Widerstand und Soziale Marktwirtschaft, Paderborn 2014 (zitiert: Autor, Titel, in: Meier (Hrsg.), Die Freiburger Kreise – Akademischer Widerstand und Soziale Marktwirtschaft (2014), S.).
- Mercuro, N./S. G. Medema*, Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism and Beyond, Second Edition, Princeton/Oxford 2006.
- Mestmäcker, E.-J.*,
- Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs, in: *Coing, H./Kronstein, H./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Februar 1965, Karlsruhe 1965, S. 345 ff.
 - Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974.

- Recht und ökonomisches Gesetz, Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, Baden-Baden 1978 (zitiert: E.-J. Mestmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz (1978)).
 - Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, Baden-Baden 1980.
 - A Legal Theory without Law – Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law, Tübingen 2007 (zitiert: E.-J. Mestmäcker, A Legal Theory without Law (2007)).
- Mestmäcker, E.-J., /Schweitzer* Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage München 2014 (zitiert: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (2014)).
- Minderlein, M.*, Markteintrittsbarrieren und Unternehmensstrategie, Industrieökonomische Ansätze und eine Fallstudie zum Personal Computer-Markt, Wiesbaden 1989 (zitiert: M. Minderlein, Markteintrittsbarrieren und Unternehmensstrategie (1989)).
- Mistelis, L. A.*, Charakterisierung und Qualifikation im internationalen Privatrecht - Zur Lehre einer parteispezifischen Qualifikation im Kollisionsrecht der privaten Wirtschaft, Tübingen 1999 (zitiert: L. A. Mistelis, Charakterisierung und Qualifikation im internationalen Privatrecht (1999)).
- Mojzesowicz, K.*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, 1. Aufl. Baden-Baden 2001.
- Monnet, J.*, Erinnerungen eines Europäers, München-Wien 1978.
- Mortelmans, K.*,
- Towards Convergence in the application of the Rules on Free Movement and on Competition, CMLR 2001, S. 613 ff.
 - The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule, CMLR 2002, S. 1303 ff.
- Mühl, A.*, Diskriminierung und Beschränkung, Grundsätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Berlin 2004. (Zitiert: A. Mühl, Diskriminierung und Beschränkung (2004)).
- Müller-Armack, A.*,
- Das Jahrhundert ohne Gott – Zur Kultursoziologie unserer Zeit, Regensburg/Münster 1948 (zitiert: A. Müller-Armack, Das Jahrhundert ohne Gott (1948)).
 - Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft, Frühschriften und weiterführende Konzepte, in: Tuchtfeldt, E./Dürr, E., Sozioökonomische Forschungen, Band 1, Bern/Stuttgart 1974 (zitiert: A. Müller-Armack, Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft (1974)).
 - Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration, 2. Aufl. Bern-Stuttgart 1976.

Müller-Graff, P.-C.,

- Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, Tübingen 1984.
- Die wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?, EuR 1997, S. 433 ff.
- Das verschleierte Antlitz der Lissabonner Wirtschaftsverfassung, in: ZHR 2009, S. 443 ff.
- Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Profil der EU nach Lissabon, in: Fastenrath, U./Nowak C. (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, Berlin 2009, S. 185 ff.
- Grundfreiheiten und Wettbewerbsordnung, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 1 (2014), § 9, S. 477 ff.
- Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 4 (2015), § 1, S. 51 ff.

Münchener Kommentar, Hrsg.: Hirsch, G./Montag, F./Säcker, F. J., Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 1. Auflage München 2007 (zitiert: Bearbeiter, in: MüKo EuWettbR (2007), Art., Rn.).

Münchener Kommentar, Hrsg.: Bornkamp, J./Montag, F./Säcker, F. J., Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage München 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: MüKo EuWettbR (2015), Art., Rn.).

Münchener Kommentar, Hrsg. Rebmann, K./Säcker, F. J./Rixecker, R., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46), Internationales Privatrecht, 4. Aufl. München 2006 (zitiert: Bearbeiter, in: MüKo BGB, Band 10, Internationales Privatrecht (2006), Abschnitt bzw. Art., Rn.).

Mussler, W., Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel, Baden-Baden 1998.

Narlikar, A./Daunton, M./Stern, R. M., The Oxford Handbook on The World Trade Organization, Oxford 2014 (zitiert: Autor, Titel, in: The Oxford Handbook on The World Trade Organization (2014)).

Neubert, M., Globale Marktstrategien, Das Handbuch für risikofreie Internationalisierung, 1. Aufl. Frankfurt a.M./New York 2013 (zitiert: M. Neubert, Globale Marktstrategien (2013)).

Nicolaysen, G.,

- Europarecht I – Die europäische Integrationsverfassung, 2. Auflage Baden-Baden 2002 (zitiert: G. Nicolaysen, Europarecht I – Integrationsverfassung (2002)).
- Europarecht II - Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, 1. Aufl. Baden-Baden 1996 (zitiert: G. Nicolaysen, Europarecht II – Wirtschaftsrecht (1996)).

- Der Streit zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof, in: Bruha/Hesse/Nowak (Hrsg.), *Welche Verfassung für Europa?* (2001), S. 91 ff.

Nihoul, P./Charbit, N./Ramundo, E. (Hrsg.), *Choice - A New Standard for Competition Law Analysis?*, New York 2016 (zitiert: Autor, Titel, in: Nihoul/Charbit/Ramundo (Hrsg.), *Choice* (2016), S.).

Nihoul, P., „Freedom of choice“: the emergence of a powerful concept in European competition law, in: Nihoul/Charbit/Ramundo (Hrsg.), *Choice* (2016), S. 9 ff.

Nowak, C.,

- Konkurrentenschutz in der EG – Interdependenz des gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes von Konkurrenten, 1. Aufl. Baden-Baden 1997 (zitiert: C. Nowak, *Konkurrentenschutz in der EG* (1997)).
- Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt, in: Hatje, A./Terhechte J. P. (Hrsg.), *Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung*, *EuR Beiheft* 3/2004, S. 77 ff.
- Unternehmerische Freiheit und Wettbewerbsfreiheit, in: Heselhaus/ders. (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte* (2006), § 31, S. 866 ff.
- Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: Schwarze, J./Hatje, A. (Hrsg.), *Der Reformvertrag von Lissabon*, *EuR Beiheft* 1/2009, S. 129 ff. (zitiert: C. Nowak, in: Schwarz/Hatje (Hrsg.)).
- *Europarecht nach Lissabon*, 1. Aufl. Baden-Baden 2011.
- Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im Europäischen Unionsrecht, in: Basedow, J./Wurmnest, W. (Hrsg.), *Unternehmen auf offenen Märkten – Symposium zum 70. Geburtstag von Peter Behrens*, S. 69 ff., 1. Aufl., Baden-Baden 2011 (zitiert: C. Nowak, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.)).

Nowak, C./Schnitzler, J., Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten – Genereller Rechtsprechungswandel oder Sonderweg im Bereich der sozialen Sicherheit, *EuZW* 2000, S. 627 ff.

Obwexer, W./Ianc, S., Das binnenmarktliche Recht der Dienstleistungsfreiheit, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEur Band* 4 (2015), § 7, S. 397 ff.

O’Keefe, D./Bavasso, F., Four freedoms, one market and national competence: In search of a dividing line, in: *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague 2000.

Oliver, P., Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty, in: Tridimas, T./Nebbia, P. (Hrsg.), *European Union Law for the Twenty-First Century, Rethinking the New Legal Order*, Vol. 2, *Internal Market and Free Movement Community Policies*, Oxford/Portland Oregon 2004, S. 159-175.

- Oliver, P. (Hrsg.), Enchelmaier, S./Jarvis, M./Johnston, A./Norberg, S./Stothers, C./Weatherill, S. (Contributing Editors), Oliver on Free Movement of Goods in the European Union, 5. Aufl., Oxford and Portland, Oregon 2010 (zitiert: Bearbeiter, in: Oliver (Hrsg.), Oliver on Free Movement of Goods in the European Union (2010)).*
- Oppermann, T./Classen, C. D./Nettesheim, M., Europarecht, Ein Studienbuch, 4. Aufl. München 2009, 6. Aufl. München 2014 (zitiert: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht (Jahr der Auflage), S., Rn.).*
- Ott, H., Die Freiburger Kreise – Der Freiburger Kreis, in: H. Maier (Hrsg.), Die Freiburger Kreise (2014), S. 25 ff.*
- Pareto, V., Manuel d' économie politique, Genf 1909/1966.*
- Pechstein, M./Drechsler, C., in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2015), § 7 Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, S. 125 ff.*
- Pelkmans, J., Mutual recognition: economic and regulatory logic in goods and services, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Research Handbook on the Economics of European Union Law, 2012, S. 113 ff.*
- Pernice, I., Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, S. 27 ff.*
- Pernice, I., (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?: Kolloquium zum 10. Geburtstag des WHI (Schriftenreihe Europäisches Verfassungsrecht), Baden-Baden 2008, (zitiert: Autor, Titel, in: Pernice (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon (2008)).*
- Pfähler, W./Wiese, H., Unternehmensstrategien im Wettbewerb – Eine spieltheoretische Analyse, 1. Auflage Berlin/Heidelberg 1998; 2. Aufl. 2006; 3. Auflage 2008 (zitiert: W. Pfähler/H. Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb (Jahr der Auflage)).*
- Peeperkorn, L./Verouden, V., The Economics of Competition, in: Faull/Nikpay (Hrsg.), The EU Law of Competition (2014), Chapter 1, S. 3 ff.*
- Pieroth, B./Schlink, B., Grundrechte-Staatsrecht II, 23. Aufl. Heidelberg 2007.*
- Pies, I./Leschke, M. (Hrsg.), Walter Euckens Ordnungspolitik, Tübingen 2002 (zitiert: Autor, Titel, in: Pies/Leschke (Hrsg.), Walter Euckens Ordnungspolitik (2002)).*
- Pigou, A. C. Wealth and Welfare, London 1912.*
- Pindyck, R. S./Rubinfeld, D. L., Mikroökonomie, 6. Aufl. München 2005 (zitiert: R.S. Pindyck/D. L. Rubinfeld, Mikroökonomik (2005)).*
- Plötscher, S., Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Berlin 2003 (zitiert: S. Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2003)).*

Porter, M. E.,

- The Competitive Advantage of Nations, New York 1990/1998.
- Competitive Advantage – Creating and Sustaining Superior Performance, New York 1985/1998 (zitiert: M. E. Porter, Competitive Advantage (1985/1998)).
- Competitive Strategy – Techniques for Analyzing Industries and Competitors, New York 1980/1998 (zitiert: M. E. Porter, Competitive Strategy (1980/1998)).
- Wettbewerbsstrategie – Methoden zur Analyse von Branchen und Konkurrenten, 11. Auflage Frankfurt a.M./New York 2008 der deutschen Übersetzung von Competitive Strategy (1980/1998), übersetzt von V. Brandt/C. Schwoerer.

Posluschny, M., Walter Eucken und Alfred Müller-Armack: Ein Vergleich ihrer Konzeptionen des Ordoliberalismus und der Sozialen Marktwirtschaft, Freiburg 2006. (Zitiert: M. Posluschny, Walter Eucken und Alfred Müller-Armack 2006)).

Posner, R. A., Economic Analysis of Law, 1. Auflage 1973; 2. Auflage 1977; 4. Auflage Boston-Toronto-London 1992.

Posner, R. A., Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, Journal of Legal Studies 1979, S. 103 ff.

Preedy, K., Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten – Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Berlin 2005.

Propyläen, Geschichte Europas, in sechs Bänden (1998)

Band 1 Anspruch auf Mündigkeit (1400-1555), *Diwald, H.*, Erlangen;

Band 2 Hegemonialkriege und Glaubenskämpfe (1556-1648), *Zeeden, E. W.*, Tübingen;

Band 3 Staatsräson und Vernunft (1649-1775), *Mandrou, R.*, Paris;

Band 4 Durchbruch des Bürgertums (1776-1847), *Weis, E.*, München;

Band 5 Staatensystem als Vormacht der Welt (1848-1918), *Schieder, T.*, Köln;

Band 6 Die Krise Europas (1917-1975), *Bracher, K. D.*, Bonn.

Rawls, J., Gerechtigkeit als Fairneß – Ein Neuentwurf, 4. Auflage Frankfurt am Main 2014 der 1. Aufl. 2006 (zitiert: J. Rawls, Gerechtigkeit als Fairneß (2006/2014)).

Reich, N./Nordhausen Scholes, A./Scholes, J., Understanding EU Internal Market Law, Cambridge/Antwerpen/Portland 2015 (zitiert: Reich/Nordhausen Scholes/Scholes, EU Internal Market Law (2015)).

Reimer, E., Die Auswirkungen der Grundfreiheiten auf das Ertragssteuerrecht der Bundesrepublik Deutschland – Eine Bestandsaufnahme, in: Lehner, M. (Hrsg.), Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten, München 2000.

Ricard, M., Allumfassende Nächstenliebe, Altruismus – die Antwort auf die Herausforderungen unserer Zeit, Hamburg 2016 (zitiert: M. Ricard, Allumfassende Nächstenliebe – Altruismus (2016)).

- Ricardo, D.*, The Principles of Political Economy and Taxation, London 1817/1911/New York 2004 (zitiert: D. Ricardo, The Principles of Political Economy and Taxation (1817/1911/2004)).
- Riem, L.*, Die Europäischen Grundfreiheiten als Rechtsgrundlage von Leistungsansprüchen – Zum Problem des Bestehens originärer Leistungsansprüche aus den Europäischen Grundfreiheiten, Köln 2010 (zitiert: L. Riem, Die Europäischen Grundfreiheiten als Rechtsgrundlage von Leistungsansprüchen (2010)).
- Riesenhuber, K.*, Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl. Berlin/München/Boston 2015 (zitiert: Autor, Titel, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2015)).
- Riesenhuber, K.*, Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen 2009 (zitiert: Autor, Titel, in: K. Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft (2009)).
- Rittner, F.*, Die Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften (1967), S. 97-122.
- Röthel, A.*, Grundfreiheiten und private Normgebung – Zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Verbandsnormen, EuR 2001, S. 908 ff.
- Rolshoven, M.*, „Beschränkungen“ des freien Dienstleistungsverkehrs, Berlin 2002.
- Russi, L.*, Economic Analysis of Article 28 EC after the Keck Judgment, German Law Journal Vol. 07 No. 05, S. 479 ff.
- Rüstow, A.*, Die Religion der Marktwirtschaft, Walter Eucken Archiv, Reihe Zweite Aufklärung, Band 4, 3. Aufl. Berlin 2009 (zitiert: A. Rüstow, Die Religion der Marktwirtschaft 2009)).
- Sauter, W./Schepel, H.*, State and Market in European Union Law – The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts, New York 2009 (zitiert: W. Sauter/H. Schepel, State and Market in European Union Law (2009)).
- Schäfer, H.-B./Ott, C.*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage Berlin-Heidelberg-New York 2005 (zitiert: H.-B. Schäfer/C. Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts (2005)).
- Schellhammer, K.*, Zivilrecht nach Anspruchsgrundlagen, BGB Allgemeiner Teil und gesamtes Schuldrecht mit Nebengesetzen, 2. Aufl. Heidelberg 1996.
- Schmid, U.*, Diagonal competence conflicts between European competition law and national regulation, a conflict of laws reconstruction of the dispute on book price fixing, European Review of Private Law 2000, S. 155 ff.
- Schmidt, A.*, Wettbewerbspolitik im Zeitalter der Globalisierung, in: H. Walter/S. Hegner/J. M. Schechler (Hrsg.), Wachstum, Strukturwandel und Wettbewerb, Festschrift für Klaus Herdzina, Stuttgart 2000, S. 377 ff.

- Schmidt, A.*, Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht, Walter Eucken Institut, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik 6/10, S. 1-25, Freiburg i. Br. 2010 (zitiert: Wie ökonomisch ist der „more economic approach“?, Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht (2010), S.)
- Schmidt, F.*, Institutionelle Markteintrittsschranken, potentielle Konkurrenz und Unternehmensverhalten - Ein Beitrag zur Endogenisierung der Marktstruktur, Berlin 1998 (zitiert: F. Schmidt, Institutionelle Markteintrittsschranken (1998)).
- Schmidt, I.*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – Eine interdisziplinäre Einführung, 9. Auflage München 2012 (zitiert: I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (2012)).
- Schnabel, B.-O.*, Öffentliche Unternehmen in der Europäischen Union, Artikel 106 in Verbindung mit Artikel 101 AEUV als Begrenzung staatlicher Maßnahmen zu Gunsten einer sozialen Marktwirtschaft mit einem unverfälschten Wettbewerb, 1. Aufl. Baden-Baden 2014.
- Schreiner, N.*, Die Zahlungsverkehrsfreiheit des EG-Vertrages – Rechtsdogmatische Überlegungen anhand der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 2010 (zitiert: N. Schreiner, Die Zahlungsverkehrsfreiheit des EG-Vertrages (2010)).
- Schroth, H.-J./Koch, C.*, Subventionsbeschwerde, Ein Leitfaden zur Geltendmachung des Rechts auf unverfälschten Wettbewerb im EU-Recht, München 2001.
- Schubert, T.*, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff – Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrages, München 1999 (zitiert: T. Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff (1999)).
- Schumann, R.*, Wertgrundlagen der Sozialen Marktwirtschaft – Eine genealogische Analyse ihrer Inhalte, Leipzig 2007 (zitiert: R. Schumann, Wertgrundlagen der Sozialen Marktwirtschaft (2007)).
- Schulze, R./Zuleeg, M.* (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 1. Aufl. Baden-Baden 2006 (zitiert: Autor, Titel, in: *Schulze/Zuleeg* (Hrsg.), Europarecht Handbuch (2006), §, Rn.).
- Schulze, R./Zuleeg, M./Kadelbach, S.* (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl. Baden-Baden 2010 und 3. Aufl. Baden-Baden 2015 (zitiert: Autor, Titel, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht Handbuch (Jahr der zitierten Ausgabe), §, Rn.).
- Schütz, H.-J./Bruha, T./König, D.*, Casebook Europarecht, München 2004 (zitiert: Schütz/Bruha/König, Europarecht (2004)).

Schwab, F., Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Untersuchung der Prüfungsdichte, Insbesondere in der Gegenüberstellung der Kontrolle von Gemeinschaftsakten und von Maßnahmen der Mitgliedstaaten, Frankfurt a.M. 2002 (zitiert: Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Untersuchung der Prüfungsdichte (2002)).

Schwalbe, U./Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie – Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 2011 (zitiert: Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie (2011)).

Schwarze, J.,

- Europäisches Wirtschaftsrecht, Grundlagen, Gestaltungsformen, Grenzen, Baden-Baden 2007 (zitiert: J. Schwarze, Europäisches Wirtschaftsrecht (2007)).
- Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, 613 ff.

Schwarze, J. (Hrsg.),

- Recht und Ökonomie im europäischen Wettbewerbsrecht, 1. Auflage Baden-Baden 2006.
- EU-Kommentar, 1. Auflage Baden-Baden 2000, 3. Aufl. Baden-Baden 2012, (zitiert: Autor, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (Jahr der zitierten Auflage), Art., Rn.).
- Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept, Baden-Baden 2004 (zitiert: Autor, Titel, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents (2004)).

Schwarze, J./Hatje, A. (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon, EuR Beiheft 1/2009 (Autor, Titel, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon (2009), S.).

Seeler, H.-J., Geschichte und Politik der Europäischen Integration, Baden-Baden 2008.

Seeliger, D., Wettbewerbsbeschränkungen in Vertriebsvereinbarungen, Die Beurteilung der verschiedenen Arten von Vertriebsverträgen unter besonderer Berücksichtigung der Vertikal-GVO Nr. 330/2010 und der dazu erlassenen Leitlinien, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 11, S. 492 ff.

Sen, A.,

- Ökonomie für den Menschen – Wege zur Gerechtigkeit und Solidarität in der Marktwirtschaft, 5. Auflage München der ersten ungekürzten Ausgabe 2002 (zitiert: A. Sen, Ökonomie für den Menschen (2002/2011)).
- Die Idee der Gerechtigkeit, 2. Aufl. München 2013 der deutschen Übersetzung der Originalausgabe „The Idea of Justice“ von 2009 (zitiert: A. Sen, Die Idee der Gerechtigkeit (2009/2013)).

- Shuibhne, N. N.*, The Coherence of EU Free Movement Law - Constitutional Responsibility and the Court of Justice, 1. Aufl. Oxford 2013 (zitiert: N. N. Shuibhne, The Coherence of EU Free Movement Law (2013)).
- Shupe, C.*, Soziale Marktwirtschaft in Europa? - Indexergebnisse, Bertelsmann Stiftung Policy Brief 2013/03, S. 3, Bertelsmann Stiftung – Zukunft Soziale Marktwirtschaft.
- Siebe, T.*, Mikroökonomie – Arbeitsteilung, Markt, Wettbewerb, Konstanz/München 2012 (zitiert: T. Siebe, Mikroökonomie (2012)).
- Siekemeier, A. K./Wendland H. M.*, Die binnenmarktliche Niederlassungsfreiheit der Selbständigen, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 4 (2015), § 3, S. 159 ff.
- Singer, T./Ricard, M.*, Mitgefühl in der der Wirtschaft – Ein bahnbrechender Forschungsbericht, München 2015 (zitiert: T. Singer/M. Ricard, Mitgefühl in der Wirtschaft (2015)).
- Smith, A.*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Hertfordshire 2012 (zitiert: A. Smith, Wealth of Nations (1776/2012)).
- Snell, B.*, Die Entdeckung des Geistes, Studien zur Entstehung des europäischen Denkens bei den Griechen, 6. Auflage Göttingen 1986 (zitiert: B. Snell, Die Entdeckung des Geistes (1986)).
- Snell, J.*, The notion of market access: A concept or a slogan? CMLR 2010, S. 437 ff.
- Sonnevend, P.*, Eigentumsgarantie, in: Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter (Hrsg.), EnzEur Band 2 (2014), § 14, S. 527 ff.
- Spaventa, E.*, Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos, European Law Review 34 (2009), S. 914 ff. (zitiert: E. Spaventa, Leaving Keck behind?, European Law Review 2009, S.)).
- Stadler, M.*, Spieltheoretische Konzepte in der Markt- und Preistheorie: Fortschritt oder Irrweg?, in: M. J. Holler (Hrsg.), Ein halbes Jahrhundert Spieltheorie (1995), S. 89 ff.
- Staudinger, J. von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812-822, Dreizehnte Bearbeitung 1994 von Werner Lorenz, Berlin 1994 (zitiert: Autor, in: Staudinger BGB-Kommentar (13. Bearbeitung 1994)).
- Steindorff, E.*, Konzentrationskontrolle und Niederlassungsfreiheit – Ein Beitrag zur Konsultationspflicht der Staaten nach Art. 5 EWG, in: Wilke Dieter (Hrsg.), Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät zu Berlin, Berlin 1984, S. 789 ff.

- Stödter, R./Thieme, W.* (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa, Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs-, und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1977 (zitiert: Autor, Titel, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg-Deutschland-Europa (1977)).
- Stratenwerth, G.*, Freiheit und Gleichheit – Ein Kapitel Rechtsphilosophie, Bern 2007 (zitiert: G. Stratenwerth, Freiheit und Gleichheit (2007)).
- Streinz, R.*,
- Europarecht, 10. Auflage Heidelberg 2016 (zitiert: R. Streinz, Europarecht (2016)).
 - Das Verbot des Apothekenversandhandels mit Arzneimitteln – Eine Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Rechtsprechung?, EuZW 2003, S. 37 ff.
- Streinz, R. (Hrsg.)*,
- EUV/EGV-Kommentar, 1. Auflage München 2003 (zitiert: Autor, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art., Rn.).
 - EUV/AEUV-Kommentar, 2. Auflage München 2012 (zitiert: Autor, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar (2012), Art., Rn.).
- Sturn, R.*, Adam Smith (1723-1790), in: H. D. Kurz (Hrsg.) Klassiker des ökonomischen Denkens, Band 1 (2008), S. 68 ff.
- Stuyck, J.*, Libre circulation et concurrence: les deux piliers du Marché commun, in: Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck (Brussels 1999), S. 1478 ff.
- Suchanek, A.*, Ökonomische Ethik, 1. Aufl. Tübingen 2001 (zitiert: A. Suchanek, Ökonomische Ethik (2001) und 2. Aufl. Tübingen 2007 (zitiert: A. Suchanek, Ökonomische Ethik 2007)).
- Szydło, M.*, Export restrictions within the structure of Free Movement of Goods – Reconsideration of an old paradigm, CMLR 2010, S. 753 ff.
- Szczekalla, P.*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, Berlin 2002 (zitiert: P. Szczekalla, Schutzpflichten (2002)).
- Terhechte, J. P.*, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 1 (2014), § 7, S. 329 ff.
- Thiemeyer, G.*, Europäische Integration, Motive-Prozesse-Strukturen, Köln/Weimar/Wien 2010.
- Toth, A. G.*, (Hrsg.), The Oxford Encyclopedia of European Community Law, Volume II, The Law of the Internal Market, Oxford/New York 2005 (zitiert: Bearbeiter, in: Toth (Hrsg.), The Oxford Encyclopedia-II, The Law of the Internal Market (2005)).
- Tridimas/Nebbia (Hrsg.)*, European Union Law for the Twenty-First Century – Rethinking the New Legal Order, Vol. 2, Internal Market and Free Movement Community Policies, 2004, (Autor, Tridimas/Nebbia (Hrsg.), Beitragstitel, Seiten)

- Valta, S.*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, Berlin 2013.
- Varian, H. R.*, Grundzüge der Mikroökonomik, 4. Auflage München/Wien 1999 und 8. Aufl. München 2011 (zitiert: H. R. Varian, Mikroökonomik (Jahr der Auflage)).
- VerLoren van Themaat, P.*, Gaat de Luxemburgse rechtspraak over de vier vrijheden en die over het mededingingsbeleid uiteenlopen?, SEW 1996, S. 398 ff.
- Vogel, L. (Hrsg.)*, Ludwig Erhard, Das Prinzip Freiheit, Maximen und Erkenntnisse, Köln 2009.
- Vogt, O.*, Die Regelung der Personenverkehrs in den Europa-Abkommen – Ein Beitrag zur Auslegung des Assoziationsrechts der Europäischen Gemeinschaft mit den mittel- und osteuropäischen Staaten, Baden-Baden 2001 (zitiert: O. Vogt., Die Regelung der Personenverkehrs in den Europa-Abkommen (2001)).
- de Waal, F.*, The Age of Empathy - Nature's Lessons For A Kinder Society, New York 2009 (zitiert: F. de Waal, The Age of Empathy (2009)).
- Watrin, C.*, Geistesgeschichtliche Grundlagen der Sozialen Marktwirtschaft – Zur Konzeption Alfred Müller-Armacks, in: Europa als Wertegemeinschaft: Wege und Irrwege – Zum 100. Geburtstag von Alfred Müller-Armack, Ludwig-Erhard-Stiftung Bonn 2002, S. 13 ff. (zitiert: C. Watrin, Geistesgeschichtliche Grundlagen der Sozialen Marktwirtschaft (2002)).
- Weiher, B.*, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, Baden-Baden 1997.
- Weiher, B./Keser, M.*, Markenfähigkeit abstrakter Farben im konkreten Verwendungszusammenhang, MarkenR 2005, S. 117 ff.
- Von Weizsäcker, C.C.*, Barriers to Entry – A Theoretical Treatment, Berlin/Heidelberg/New York 1980 (zitiert: C. C. von Weizsäcker, Barriers to Entry – A Theoretical Treatment (1980)).
- Voßkuhle, A.*, Beteiligung privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, Zweiter Beratungsgegenstand: Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel, VVDStRL (62) 2003, S. 266 ff.
- Wagemann, M.*, Fusionskontrolle, Die materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016), § 16, S. 808 ff.
- Wagener, H. J.*, Vilfredo Pareto (1848-1923), in: H. D. Kurz (Hrsg.) Klassiker des ökonomischen Denkens, Band 2 (2009), S. 26 ff.
- Welfens, P. J. J.*, BREXIT aus Versehen: Europäische Union zwischen Desintegration und neuer EU, Wiesbaden 2017.
- Welge, M. K./Al-Laham, A.*, Strategisches Management, Grundlagen – Prozess – Implementierung, 6. Auflage Wiesbaden 2012 (zitiert: M. K. Welge/A. Al-Laham, Strategisches Management (2012)).

Wernicke, S.,

- Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Strukturen und Kategorien der Pflichtenstellung Privater aus dem primären Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierungsfolgen, 1. Aufl. Baden-Baden 2002 (zitiert: S. Wernicke, Privatwirkung (2002)).
- Der Vertrag von Lissabon und das Wettbewerbsprinzip – Status quo ante, Neuausrichtung oder Unwucht?, in: Pernice (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung? (2008), S. 190 ff.
- Das Intel-Urteil des EuG – ein Lehrstück dogmatischer Kontinuität, EuZW 2015, S. 19 ff.

Wied-Nebbeling, S., Preistheorie und Industrieökonomik, 5. Auflage Heidelberg/London/New York 2009.

Wiedemann, G. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1. Aufl. München 1999 (zitiert: Autor, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (1999) §, Rn.) und *ders.* Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. München 2016 (zitiert: Autor, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (2016) §, Rn.).

Von Wilmsky, P., Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2014), § 12, S. 470 ff.

Winzer, W., Forschungs- und Entwicklungsverträge, Ein Vertragshandbuch, 2. Aufl. München 2011.

Woekener, B., Strategischer Wettbewerb – Marktökonomische Grundlagen, Produktdifferenzierung und Innovation, 1. Auflage 2007 und 2. Auflage Berlin/Heidelberg 2011.

Woekener, B., Strategischer Wettbewerb, Eine Einführung in die Industrieökonomik, 3. Auflage Berlin/Heidelberg 2014 (zitiert: B. Woekener, Strategischer Wettbewerb (2014)).

Wollenschläger, F.,

- Grundfreiheit ohne Markt: Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, Tübingen 2007 (zitiert: F. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt (2007)).
- Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEur Band 1 (2014), § 8, Rn. 116 ff.

Wurmnest, W.,

- Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch – Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Tübingen 2010 (zitiert: W. Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch (2010)).
- Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts - Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2003.

Zacher, H. F., Freiburger Kreise – ihr Ort in der europäischen Geschichte, in: H. Maier (Hrsg.), Die Freiburger Kreise (2014), S. 195 ff.

Ziegler, B. Geschichte des ökonomischen Denkens – Paradigmenwechsel in der Volkswirtschaftslehre, 2. Auflage 2008 (zitiert: B. Ziegler, Geschichte des ökonomischen Denkens (2008)).

Zuleeg, M., Die Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1969, S. 97 ff.