

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

100

Stefan J. Geibel | Christian Heinze | Dirk A. Verse (Hrsg.)

Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem



Nomos

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Aix/Marseille)

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford)

Band 100

Stefan J. Geibel | Christian Heinze | Dirk A. Verse (Hrsg.)

Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

ISBN 978-3-7560-0258-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-3781-4 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Reihe der Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht darf auf eine stattliche Zahl herausragender Bände zurückblicken, die seit dem Jahr 2000 am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg entstanden sind.

Mit dem vorliegenden hundertsten Band feiert die Schriftenreihe ein Jubiläum. Der Band enthält insgesamt sechs Beiträge, die sich aus verschiedenen Perspektiven mit dem Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem befassen. *Peter-Christian Müller-Graff* entfaltet die systemkonzeptionellen Anforderungen des Binnenmarktrechts an die Verantwortung der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten und systemstimmige Lösungen für ausgewählte derartige judikative Herausforderungen. *Stephan Harbarth* lotet neue Perspektiven einer Europäischen Privatgesellschaft in Gestalt des aktuellen Vorstoßes zur Schaffung einer Société Européenne Simplifiée (SES) aus. *Peter Hommelhoff* legt die Fundamente eines neuen ebenenübergreifenden europäischen Rechts der grenzüberschreitenden Konzerne als den maßgeblichen Trägern des Binnenmarktes. Der Beitrag von *Dirk A. Verse* behandelt mit dem Austrittsrecht der Gesellschafter bei einer grenzüberschreitenden Spaltung eine Frage aus dem europäischen Umwandlungsrecht, die sich im Zuge der Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie stellt. *Stefan J. Geibel* widmet sich der neuerdings vieldiskutierten Rechtsfigur der Datentreuhand auf den verschiedenen Ebenen des Unionsrechts und der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Hinblick auf ihren Einsatz für Forschungs- und andere gemeinwohlnützige Zwecke. *Christian Heinze* stellt in seiner kollisionsrechtlichen Betrachtung des Einheitspatentrechts die Frage, ob es einem Unionsrechtsprimat oder der Staatsvertragsautonomie unterliegt.

Alle diese Themen liegen im Schnittfeld von einerseits dem materiellen Europäischen Unionsrecht, das von seinem Schwerpunkt wirtschaftsrechtlich geprägt ist, und andererseits dem in den Mitgliedstaaten geltenden nationalen Wirtschaftsrecht, das seinerseits maßgeblich durch das Europäische Unionsrecht bestimmt wird. Die Beiträge zu diesem hundertsten Jubiläumsband spiegeln damit in besonderer Weise das proprium der Reihe, die nunmehr auf dem Weg zum zweihundertsten Band ist.

Heidelberg, im November 2022

Stefan J. Geibel, Christian Heinze, Dirk A. Verse

Inhalt

I.	<i>Grundlagen des Binnenmarktrechts</i>	9
	Binnenmarktrecht vor mitgliedstaatlichen Gerichten	11
	<i>Peter-Christian Müller-Graff</i>	
II.	<i>Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Umwandlungsrecht</i>	71
	Neue Perspektiven für eine Europäische Privatgesellschaft	73
	<i>Stephan Harbarth</i>	
	Ein europäisches Gruppenrecht für den Binnenmarkt	107
	<i>Peter Hommelhoff</i>	
	Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung	191
	<i>Dirk A. Verse</i>	
III.	<i>Europäisches Forschungs- und Patentrecht</i>	231
	Die Datentreuhand zu Forschungs- und anderen gemeinwohlnützigen Zwecken im Mehrebenensystem des Unionsrechts	233
	<i>Stefan J. Geibel</i>	
	Unionsrechtsprimat oder Staatsvertragsautonomie? – Eine kollisionsrechtliche Betrachtung des Einheitspatentrechts	283
	<i>Christian Heinze</i>	

I.
Grundlagen des Binnenmarktrechts

Binnenmarktrecht vor mitgliedstaatlichen Gerichten

Peter-Christian Müller-Graff

Inhaltsübersicht

A. Das primärrechtliche Konzept des Binnenmarktes	14
I. Binnenmarktverbundene wirtschafts-, gesellschafts- und integrations- theoretische Hypothesen	14
II. Die binnenmarktrechtliche Grundprägung des ebenenübergreifenden wirtschaftsordnungsrechtlichen Systems der Europäischen Union	15
B. Die allgemeine Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen für die Verwirklichung des Unionsrechts	18
I. Die institutionellen und individuellen Voraussetzungen	19
II. Die Verbindung zwischen mitgliedstaatlicher und unionaler Gerichts- barkeit	20
III. Das unionsrechtliche Verantwortungsspektrum mitgliedstaatlicher Gerichte	21
C. Herausforderungen der speziellen binnenmarktrechtlichen Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen	23
I. Unmittelbare Anwendbarkeit und individuelle Rechte des Binnenmarkt- rechts	23
1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis.	23
2. Erfordernis der prozessualen Geltendmachung der binnenmarktrecht- lichen Grundfreiheiten?	25
a. „Iura novit curia“?	25
b. Die Konstitutivfunktion der binnenmarktlichen Grundfreiheiten für das Unionskonzept	26
3. Erfordernis der Geltendmachung von Ausnahmebestimmungen?	30
4. Unmittelbare Anwendung von Sekundärrecht, namentlich von Richt- linienbestimmungen?	30
5. Allgemeine Rechtsgrundsätze und Grundrechte-Charta?	34
II. Anwendungsvorrang des Binnenmarktrechts	36
1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis	37
2. Die judikative Verpflichtung zur Nichtanwendung binnen- marktinkompatiblen nationalen Rechts	38
3. Die judikative Pflicht zur Nichtanwendung binnenmarktinkompati- blen nationalen Verfassungsrechts	39

III.	Das Gebot der binnenmarktrechtskonformen Auslegung und judikativen „Rechtsfortbildung“ des mitgliedstaatlichen Rechts	41
1.	Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis	42
2.	Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts?	43
3.	Beurteilung der Auslegungsfähigkeit bzw. judikativen „Rechtsfortbildungs“fähigkeit nationalen Rechts?	43
4.	Binnenmarktrechtskonforme Auslegung des Rechts anderer Mitgliedstaaten?	47
5.	Auslegung „überschießender“ nationaler Umsetzungsformen des Binnenmarktrechts?	47
IV.	Rechtsschutz, insbesondere Zuerkennung von Schadensersatz bei Verletzung des Binnenmarktrechts?	48
1.	Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis	48
2.	Die prozedurale Bedeutung des Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips im Binnenmarktrecht	49
3.	Einstweiliger Rechtsschutz bei behaupteter Rechtswidrigkeit einer binnenmarktrelevanten Norm	50
4.	Schadensersatzuerkennung bei Verletzung von Binnenmarktrecht?	51
a.	Staatshaftung wegen Verletzung binnenmarktlicher Grundfreiheiten?	53
b.	Schadensersatzhaftung privater Akteure bei Verletzung binnenmarktlicher Grundfreiheiten?	56
c.	Unternehmenshaftung wegen Verletzung binnenmarktlicher Wettbewerbsregeln?	56
d.	Prävention und Sanktion bei Verletzung des Beihilfedurchführungsverbots des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV?	60
V.	Die Handhabung des Vorlageverfahrens im Binnenmarktrecht	62
1.	Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis	63
2.	Erkenntnis und Vorlageerläuterung entscheidungsrelevanter Fragen	64
3.	Unionsrechtliche Irrelevanz mitgliedstaatlicher Vorlagehindernisse?	65
4.	Die kardinale Befolgungspflicht der Regeln des Vorlageverfahrens	66

Binnenmarktrecht vor mitgliedstaatlichen Gerichten richtet sich als Frage auf die „Mehrebenen“verantwortlichkeit im transnationalen Gemeinwesen der Europäischen Union¹ bei der Verwirklichung deren ersten operativen Hauptziels, der Errichtung eines Binnenmarktes, zur Erreichung ihrer Leitzieltrias der Förderung von Frieden, ihrer Werte und des Wohlergehens

1 Zu dieser Qualifikation Müller-Graff, Verfassungsziele der Europäischen Union, in: Dausen/Ludwig (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, EL 49 (November 2019), A I, Rn. 58ff. und 61ff.

ihrer Völker.² Die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte entspringt der grundlegenden gesellschaftsvertragsartigen Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, wonach sich die Union und die Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben, gegenseitig achten und unterstützen (Art. 4 Abs. 3 EUV). Die als Daueraufgabe zu verstehende³ Errichtung eines Binnenmarktes (im definierten Sinne des Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 2 AEUV) figuriert im operativen Zielquartett der Union⁴ als Ursprungs- und Grundaufgabe, um die Leitzieltrias der Union umzusetzen.⁵ Das dem Binnenmarktziel dienende Binnenmarktrecht⁶ als (mit einem der Politikwissenschaft entlehnten Begriff⁷) “Mehrebenensystem“ zu verstehen, bezeichnet die laufende Verantwortung der unionalen und mitgliedstaatlichen Hoheitsträger, die rechtlichen Ermöglichungsbedingungen für binnenmarktliches Geschehen, mithin für den transnationalen Freiverkehr aller Produktionsfaktoren (Personen, Kapital) und Produkte (Waren, Dienstleistungen) gemäß den Bestimmungen der Verträge zu gewährleisten. Der Beginn des (bei Einbeziehung des gemeinsamen Marktes für Kohle und Stahl) achten Jahrzehnts des europäischen Marktintegrationsrechts gibt Anlass, nach dem Bewältigungsstand der strukturellen Herausforderungen der Verantwortung der mitgliedstaatlichen Gerichte zu fragen. Zur Beantwortung dieser Frage sind einleitend das primärrechtliche Konzept des Binnenmarktes zu erinnern (A) und die allgemeine Verantwortung der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten für die Verwirklichung des Unionsrechts zu skizzieren (B), um sodann ausgewählten Herausforderungen der mitgliedstaatlichen Judikativen in der Anwendung des Binnenmarktrechts nachzugehen (C).

2 Art. 3 EUV.

3 Hatje (Hrsg.), *Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe*, Europarecht Beiheft 1/2002.

4 Müller-Graff, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV-GRC-AEUV*, Band I, 2017, Art. 3 AEUV, Rn. 4ff.

5 Müller-Graff, *Die Vertragsziele der Europäischen Union*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (Enzyklopädie Europarecht, Band 1)*, 2. Aufl., 2022, § 8, Rn. 30ff.

6 Zum Begriff Müller-Graff, *Binnenmarktziel und Rechtsordnung – Binnenmarktrecht*, 1989.

7 Marks/Hooghe/Blank, *European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-Level Governance*, *Journal of Common Market Studies*, No. 3, 1996, S. 341, 346; Joerges, *Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechtsdisziplin*, in: Furrer (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, 2006, S. 133, 150.

A. Das primärrechtliche Konzept des Binnenmarktes

Das primärrechtliche Konzept des Binnenmarktes ergibt sich aus der genannten positiv-rechtlichen Definition des Binnenmarktes als eines Raums ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist (Art. 26 Abs. 2 AEUV). Diese Entscheidung lässt sich mit wirtschafts-, gesellschafts- und integrationstheoretischen Annahmen verbinden (I), die zugleich ein spezifisches wirtschaftsordnungsrechtliches System in der Union begründen (II).

I. Binnenmarktverbundene wirtschafts-, gesellschafts- und integrationstheoretische Hypothesen

Das in Art. 26 Abs. 2 AEUV rechtlich positivierte Binnenmarktkonzept lässt sich als Ausdruck der Kombination mehrerer wirtschafts-, gesellschafts- und integrationstheoretischer Hypothesen verstehen.

Wirtschaftstheoretisch kann es in die ideengeschichtliche Traditionslinie der von *Adam Smith* begründeten⁸ und von *David Ricardo* zum Prinzip des komparativen Kostenvorteils verdichteten⁹ klassischen internationalen Handelslehre gestellt werden,¹⁰ die in ihrem Kern die Annahme von Wohlfahrtsgewinn der beteiligten Länder infolge internationaler Arbeitsteilung beinhaltet.¹¹ Die handelskonzentrierte Fokussierung dieser Lehre ist indes von der primärrechtlichen Konzeption des Binnenmarktes als Freiverkehr aller Produkte (Waren, Dienstleistungen) und Produktionsfaktoren (Personen, Kapital) zwischen den Mitgliedstaaten überschritten und damit der Sache nach in die wettbewerbstheoretische Annahme eingemündet, dass ein gemeinsamer wettbewerblicher Wirtschaftsraum durch sein Initiativ-

8 *Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776.

9 *Ricardo*, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 1817; *Weiß/Herrmann*, *Welthandelsrecht*, 2003, S. 10f.

10 *Molle*, *The Economics of European Integration. Theory, Practice, Policy*, 1990, S. 9ff.; *Clapham*, *Die Zollunionstheorie als Grundlage eines regionalen wirtschaftlichen Integrationskonzepts*, in: *Zippel* (Hrsg.), *Ökonomische Grundlagen der europäischen Integration*, 1993, S. 25, 28ff.

11 *Weiß/Herrmann*, *Welthandelsrecht*, 2003, S. 10.

Leistungs- und Innovationsanreizprinzip optimale gesamtwirtschaftliche Ergebnisse ermöglicht.¹²

Diese wirtschaftstheoretische Erwartung der positiven Wohlfahrtsfunktion von Wettbewerb wird *gesellschaftstheoretisch* von der ordoliberalen Annahme begleitet, die dem Wettbewerb eine gesellschaftspolitische Legitimations- und Kontrollfunktion des privaten Wirtschaftens zuschreibt.¹³

Integrationstheoretisch lässt sich das als „Gemeinsamer Markt“ begonnene Konzept der Marktintegration unschwer mit der namentlich von *Mitrany* begründeten und von *Haas* auf die europäische Vergemeinschaftung ausgerichteten funktionalen bzw. neofunktionalen Integrationstheorie verbinden, wonach die Integration in Teilbereichen aus ihren sachbegründeten Funktionserfordernissen heraus Anschubkräfte für eine stärkere (politische) Integration entfaltet.¹⁴ Deren rechtsverbindliche institutionelle Verfestigung erfordert allerdings einen entsprechenden politischen Gestaltungswillen der Mitgliedstaaten und bestätigt insoweit auch die von *Moravcsik* entwickelte, auf derartige politische Volitivakte abstellende intergouvernementale Integrationslehre.¹⁵

II. Die binnenmarktrechtliche Grundprägung des ebenenübergreifenden wirtschaftsordnungsrechtlichen Systems der Europäischen Union

Die Entscheidung für den Binnenmarkt in der Definition des Art. 26 Abs. 2 AEUV beinhaltet zugleich eine wirtschaftsordnungsrechtliche Grundentscheidung für eine wettbewerbliche Marktwirtschaft in der Union. Dies wurde unverzüglich im wissenschaftlichen Schrifttum bei Gründung der EWG erkannt,¹⁶ auch wenn erst der Vertrag von Maastricht von

12 Zu den Erwartungen an den Wettbewerb im Allgemeinen z.B. *Eucken*, Die Grundlagen der der Nationalökonomie, 1939; *von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl., 1991; *Hoppmann*, Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, ORDO Bd. 18 (1967), 77ff.; *Möschel*, Das Wirtschaftsrecht der Banken, 1972, S. 337ff.

13 Namentlich *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950; *Mestmäcker*, Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, 2. Aufl., 2006; *Möschel* (*supra* Fn. 12), S. 337ff.

14 *Mitrany*, The Progress of International Government, 1933; *Haas*, The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957, 1958.

15 *Moravcsik*, The Choice for Europe. Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht, 1998.

16 Vgl. z. B. namentlich *Ophüls*, Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung, ZHR 124 (1962), 136ff.; *Mesrmäcker*, Offene Märkte im System unverfälschten

1992 die Union und die Mitgliedstaaten in ihrer Wirtschaftspolitik ausdrücklich auf den “Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ verpflichtete (heute: Art. 119 Abs. 1 AEUV). Denn mit der Zielrichtung des transnationalen Freiverkehrs aller Produkte und Produktionsfaktoren wird zugleich transnationaler Wettbewerb ermöglicht. Daraus ergeben sich pragmatisch und konzeptionell folgerichtig zuallererst Fragen der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch die Mitgliedstaaten wie auch der Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen. Indes reicht der Bedarf an normativen Vorkehrungen in der Wirtschaftsordnung einer wettbewerblichen Marktwirtschaft darüber hinaus.

Wenn sich auch aus den genannten, mit dem Binnenmarkt verbindbaren wirtschafts-, gesellschafts- und integrationstheoretischen Annahmen keine von den positivierten Normen und deren Auslegung unabhängige rechtliche Konsequenzen ergeben,¹⁷ lässt sich das binnenmarktrechtlich begründete, spezifisch positivierte „ebenen“übergreifende unionale Wirtschaftsordnungsrecht doch in Gestalt von darauf abgestimmten verschiedenen funktionalen Normgruppen erkennen und konturieren. Sie sind aus dem eigengesetzlichen Postulat der Widerspruchsfreiheit einer Rechtsordnung, Gleiches gleich und Unterschiedliches seiner Eigenart nach verschieden zu entscheiden, miteinander in einen systematischen normativen Zusammenhang zu bringen.¹⁸ Auf den archimedischen Punkt der auf

Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Coing/Kronstein/Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Februar 1965, 1965, S. 345ff.; von Simson, Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den europäischen Gemeinschaften, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Breisgau (Hrsg.), Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, 1967, S. 55ff.

- 17 Möschel, Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlegung, in: Fuchs/Schwintowski/ Zimmer (Hrsg.), Wirtschaftsrecht und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung. Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, 2004, S. 277; s. auch *ders.*, Der Einfluss der europäischen auf die deutsche Rechtsordnung, in: Lieb/Noack/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 395; Müller-Graff, Festigkeits- und Elastizitätsproben des Europäischen Wirtschaftsordnungsrechts, in: Bien/Jickeli/Müller-Graff (Hrsg.), Maß- und Gradfragen im Wirtschaftsrecht. Liber discipulorum zum 80. Geburtstag von Wernhard Möschel, 2021, S. 212, 217.
- 18 Zu der darauf bezogenen Funktion der Rechtsdogmatik H. Dreier, Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen, in: H. Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 1, 31.

dem Binnenmarktrecht beruhenden Wirtschaftsordnung bezogen lassen sie sich grob nach acht Funktionen sortieren:¹⁹ erstens als Normen zur Gewährleistung der für eine Marktwirtschaft grundlegenden Handlungsfreiheiten zur freien Koordinierung freier Präferenzentscheidungen von Angebot und Nachfrage (Normen der Freiheitsgewährleistung);²⁰ zweitens als Normen zur Gewährleistung des wettbewerblichen Systems gegen nicht legitimierbare Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen und gegen nicht legitimierbare Wettbewerbsverfälschungen durch Hoheitsträger (Normen der Wettbewerbssystemgewährleistung);²¹ drittens als Normen zur Gewährleistung des Schutzes spezifischer Güter des Allgemeininteresses (wie z.B. Gesundheit, Arbeitsbedingungen, Umwelt, Klima) gegen Gefährdungen aus dem Erwerbsinteresse oder der Nachlässigkeit von Marktteilnehmern oder zur schutzgutfördernden Transformation der Wirtschaftsweise (namentlich in Richtung ressourcenschonender Nachhaltigkeit und Klimaneutralität) (Normen der Schutzgutgewährleistung);²² viertens als Normen zur Gewährleistung bestimmter wirtschaftlicher Leistungen und Ergebnisse (wie z.B. Versorgung mit erschwinglichen Lebensmitteln und Energie; sektorale und regionale Förderung) (Normen der partiellen Ergebnissteuerung);²³ fünftens als Normen der Preis- und Lohnintervention (z.B.: Benzinpreisbremse; Mindestlohngesetz); sechstens als Normen zur Steuerung gesamtwirtschaftlicher Aggregatgrößen (z.B.: stabiles Preisniveau, Vollbeschäftigung, „gesunde öffentliche Finanzen“) (Normen der gesamtwirtschaftlichen Aggregatsteuerung);²⁴ siebtens als Normen der monetären Steuerung; und achtens als Normen der Ertragsverteilung (namentlich Arbeits-, Gesellschafts-, Steuer- und Sozialrecht).²⁵

19 Aufbauend auf *Müller-Graff*, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Enzyklopädie Europarecht Band 4, 2. Aufl., 2021, § 1 Rn. 12ff., 72ff.

20 Id., Rn. 13f., 72ff.

21 Id., Rn. 15ff., 81ff.

22 Id., Rn. 19ff., 108ff.

23 Id., Rn. 21ff., 124ff.

24 Id., Rn. 130.

25 Id., Rn. 23.

B. Die allgemeine Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen für die Verwirklichung des Unionsrechts

Die unionsrechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit für die judikative Entwicklung im Unionsrecht²⁶ ist seit jeher verständlicherweise auf die Unionsgerichtsbarkeit ausgerichtet.²⁷ Ihr ist von den Mitgliedstaaten die unionsrechtlich verbindliche Letztentscheidungsverantwortung bei Streitigkeiten über die Auslegung des Primär- und Sekundärrechts zugewiesen.²⁸ Indes tragen die mitgliedstaatlichen Gerichte eine nicht minder bedeutsame Verantwortung für die Verwirklichung des Unionsrechts. Sie sind, wenn es nicht um Direktklagen vor der Unionsgerichtsbarkeit (namentlich um Nichtigkeits-, Untätigkeits- und Schadensersatzbegehren gegen Unionsorgane) geht, die erste judikative Anlaufstelle für Individuen, Unternehmen, Verbände und öffentliche Einrichtungen, um Schutz ihrer im Unionsrecht begründeten Rechte zu suchen.²⁹ Dadurch entsteht zugleich die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte für das Unionsrecht. Verantwortung bedeutet nach allgemeinem Verständnis, „dass (innerhalb eines bestimmten Rahmens) das jeweils Notwendige und Richtige getan wird und möglichst kein Schaden entsteht.“³⁰ Dies fordert einzelstaatliche Richter, die mögliche Maßgeblichkeit des Unionsrechts für die Entscheidung eines anhängigen Verfahrens zu erkennen und das Unionsrecht verständlich und überzeugend auszulegen und anzuwenden. Zugleich verankert Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV einleuchtend die institutionelle Pflicht der Mitgliedstaaten, „die erforderlichen Rechtsbehelfe (zu) schaffen, damit ein wirksa-

26 Dieser Textteil basiert auf Müller-Graff, Die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte für die Autorität des Unionsrechts, in: Barrett/Rageade/Wallis/Weil (Eds.), *The Future of Legal Europe: Will We Trust in It? Liber Amicorum in Honour of Wolfgang Heusel*, 2021, S. 571ff.

27 Vgl. dazu nur die Schrifttumsnachweise in den Kommentierungen zu Art. 19 AEUV. Vgl. aber auch die für den Deutschen Richtertag erstellte Studie zur Rezeption des Gemeinschaftsrechts in der Praxis der deutscher Gerichte Müller-Graff, *Europäische Normgebung und ihre judikative Umsetzung in nationales Recht*, DRiZ 1966, 259ff. (Teil I: Fachgerichtliche Problembegegnung), 305ff. (Teil II: Querschnittsfragen).

28 Statt aller *Pernice*, *Machtspruch aus Karlsruhe: „Nicht verhältnismäßig? – Nicht verbindlich? – Nicht zu fassen ...“*, EuZW 2020, 508, 510, 518.

29 Zu dieser Rechtsschutzaufgabe ausdrücklich bereits EuGH, Rs.106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (Simmenthal), Rn.16; st. Rspr.: vgl. z. B. EuGH, Rs. C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (Factortame), Rn. 19.

30 Vgl. Duden: „Verantwortung, die“, Bedeutungen 1. a), <https://www.duden.de/rechtschreibung/Verantwortung>.

mer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.“

I. Die institutionellen und individuellen Voraussetzungen

Da in derartigen Verfahren sowohl das unionsrechtliche Verständnis und das Problemgefühl nationaler Richter für „juristisches Neuland“³¹ bei der Auslegung und Anwendung unionsrechtlicher Normen als auch deren richterliche Autorität über die bestimmungsgemäße Wirkung des Unionsrechts im Sozialleben entscheiden, leitet der EuGH in ständiger Rechtsprechung einleuchtend aus dem die Union u.a. fundierenden Wert der Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 EUV) Erfordernisse von Regeln zugunsten der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ab. Dass dies nicht anlasslos erfolgte, signalisiert bereits insoweit, aber auch hinsichtlich unterschiedlicher Effizienz und Qualität der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten bestehende Herausforderungen in der aus 27 Mitgliedstaaten geformten Union.³²

Hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist nach dem Verständnis des EuGH gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV zum einen im „Außenverhältnis“ von Gerichten zu gewährleisten, „dass die betreffende Einrichtung ihre Funktionen in völliger Autonomie ausübt, oh-

31 So *Hatje*, Europäische Rechtsgemeinschaft und staatliche Gerichtsbarkeit, in: Stumpf/Kainer/Baldus (Hrsg.), Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, 2015, S. 1229, 1230.

32 So ist das Problem des Verständnisses der Rolle der dritten Gewalt im staatlichen Gemeinwesen bei einigen Neumitgliedern nicht neu: vgl. dazu *Classen/Heiss/Suproń-Heidel* (Hrsg.), Polens Rechtsstaat am Vorabend des EU-Beitritts, 2004. Unabhängig davon sind die nationalen Gerichte „ins Visier der Kommission und des Rates“ geraten, „weil sie vielerorts Mängel aufweisen“ (mit der Konsequenz der Entwicklung zunächst eines „EU-Justizbarometers“ der Kommission); so *Wiedmann*, Investorenschutz und Gemeinwohl in der Europäischen Union – Die Rechtsdurchsetzung zwischen Privatinitiative und öffentlichem Interesse, in: Stumpf/Kainer/Baldus (Hrsg.), Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht. Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, 2015, S. 867 (872). Seit 2020 veröffentlicht die Kommission einen jährlichen Bericht über die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten: vgl. z.B. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2022 v. 13.7.2022, COM(2022) 500 final.

ne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, so dass sie auf diese Weise vor Interventionen und Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten.“³³ Zum anderen ist im „Innenverhältnis“ von Gerichten sicherzustellen, „dass den Parteien des Rechtsstreits und ihren jeweiligen Interessen am Streitgegenstand mit dem gleichen Abstand begegnet wird.“³⁴ Im gemeinsamen Ziel sollen diese Regeln ermöglichen, „bei den Rechtsunterworfenen jeden berechtigten Zweifel an der Unempfänglichkeit dieser Einrichtung für äußere Faktoren und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen auszuräumen.“³⁵

II. Die Verbindung zwischen mitgliedstaatlicher und unionaler Gerichtsbarkeit

In ihrer Verantwortung für die Auslegung des Unionsrechts oder in Zweifeln an der Gültigkeit von Handlungen einer „Stelle“ der Union sind die mitgliedstaatlichen Gerichte jedoch unionsrechtlich nicht allein auf sich selbst gestellt. Vielmehr institutionalisiert das primärrechtlich verankerte Vorabentscheidungsverfahren eine kooperativ aufgabenteilende Verbindung zwischen mitgliedstaatlicher und unionaler Judikative.³⁶ Diese schafft eine prozedural und inhaltlich integrierte „Mehrebenen“-Gerichtsbarkheit im Unionsrecht bzw. einen in diesem verfahrensrechtlich exakt ausgestalteten (also nicht beliebig ausdeutbaren³⁷) Sinne verstehbaren „europäischen Gerichtsverbund“³⁸. Denn das Vorabentscheidungsverfahren ermöglicht einem mitgliedstaatlichen Gericht in jedem bei ihm anhängigen Rechtsstreit, in dem es eine Entscheidung über eine Frage der Auslegung von Unionsrecht oder der Gültigkeit einer Handlung einer Unionstelle zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält, diese Frage dem Gerichtshof vorzulegen (Art. 267 Abs. 2 AEUV). Hierbei trifft mitgliedstaatliche Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln

33 Z. B. EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (Kommission/Polen), Rn. 72.

34 Z. B. EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (Kommission/Polen), Rn. 73.

35 Z. B. EuGH, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (Kommission/Polen), Rn. 74.

36 EuGH, Rs. 244/80, ECLI:EU:C:1981:302 (Foglia/Novello), Rn. 14.

37 Diese Gefahr wohnt der inhaltlich offenen Redeweise vom „Verbund“ inne.

38 So der Begriff von *Hatje*, a.a.O. (*supra* Fn. 31), S. 1229.

des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, die zur Sicherung der Rechtseinheit als unionsrechtliche Pflicht ausgestaltete Verantwortung, in einer derartigen Frage den Gerichtshof zur Entscheidung anzurufen (Art. 267 Abs. 3 AEUV). Darüber hinaus ist zur Sicherung der Rechtseinheit und zur Wahrung der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung nach sinnfälliger Rechtsprechung des EuGH auch jedes andere mitgliedstaatliche Gericht zur Vorlage verpflichtet, sofern es der Ansicht ist, dass die Gültigkeit einer Handlung einer Unionstelle zu verneinen ist.³⁹

III. Das unionsrechtliche Verantwortungsspektrum mitgliedstaatlicher Gerichte

Insgesamt ergibt sich daraus eine mehrfache allgemeine Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen für die Verwirklichung des Unionsrechts in ihren jeweiligen Jurisdiktionsterritorien: die Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen⁴⁰ (einschließlich vorläufigen Rechtsschutzes⁴¹); die Auslegung des Unionsrechts⁴² (mit offenem Sinn und Gespür für neue Rechtsfragen⁴³); die überzeugende sachverhaltliche Anwendung des Unionsrechts im anhängigen Einzelfall (beispielsweise in Fragen der Schadensersatzhaftung wegen un-

39 EuGH, Rs. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (Foto Frost), Rn. 20.

40 Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV.

41 *Infra* C IV 3.

42 Impliziert in Art. 267 AEUV.

43 *Hatje*, a.a.O. (*supra* Fn. 31).

ternehmerischer,⁴⁴ sonstiger privater⁴⁵ und mitgliedstaatlicher⁴⁶ Verletzung von Unionsrecht); die unionsrechtskonforme,⁴⁷ insbesondere richtlinienkonforme⁴⁸ Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts; die Erfüllung der Vorlagepflicht an den EuGH;⁴⁹ sowie in allem die Wahrung und Förderung der Autorität des Unionsrechts im wirtschaftlichen, sozialen und politischen Leben und – loyalitätspflichtgeboden (Art. 4 Abs. 3 EUV) – der Autorität der Unionsgerichtsgerichtsbarkeit.⁵⁰

-
- 44 Z. B. EuGH, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage/Crehan); EuGH, Verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi u.a.); EuGH, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (Kone); EuGH, Rs. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (Skanska); EuGH, Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal). Als systematische Durchdringung der spezifischen unionsrechtlichen Merkmale der Schadensersatzhaftung in verschiedenen Bereichen (Kartelldeliktsrecht; Verbrauchervertragliche Informationspflichten; Reiserecht; Produkthaftung; Luftbeförderungsrecht) *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017.
- 45 Z. B. EuGH, Rs.14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (von Colson und Kamann), Rn. 25f.. Zur Verpflichtung privater Akteure auf Schadensersatz bei Verstoß gegen die transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten *Roth*, Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, 2009, S. 393, 420; *Müller-Graff*, Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2014, 3, 24.
- 46 Z. B. EuGH, Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (Francovich u.a.); EuGH, Rs. Verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (Brasserie du Pêcheur und Factortame); EuGH, Verb. Rs. 178/94 u.a., ECLI:EU:C:1996:375 (Dillenkofer u.a.).
- 47 EuGH, Rs. 157/86, ECLI:EU:C:188:62 (Murphy), Rn. 11; *Leible/Domröse*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 8 Rn. 38ff.
- 48 EuGH, Rs.14/83 (*supra* Fn. 45); *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994; *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021, § 13.
- 49 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:211 (Kommission/Frankreich).
- 50 *Müller-Graff*, Die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte für die Autorität des Unionsrechts, in: Barrett/Rageade/Wallis/Weil (Eds.), The Future of Legal Europe: Will We Trust in It? Liber Amicorum in Honour of Wolfgang Heusel, 2021, S. 597ff.

C. Herausforderungen der speziellen binnenmarktrechtlichen Verantwortung der mitgliedstaatlichen Judikativen

Die Verantwortung mitgliedstaatlicher Gerichte speziell für das Binnenmarktrecht erstreckt sich auf alle diese Aufgaben. Die von diesen dabei zu beachtenden rechtskategorialen Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, die dieses „supranational“ vom herkömmlichen Völkerrecht abheben, wurden durch die Rechtsprechung des EuGH aus Erfordernissen des Marktintegrationsrechts identifiziert: so die unmittelbare Anwendbarkeit dazu geeigneter Normen und die Begründung individueller Rechte (I.), der Anwendungsvorrang vor abweichendem nationalen Recht (II.), die unionsrechtskonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts (III.), die Zuerkennung von Schadensersatz bei Verletzung von Gemeinschaftsrecht/supranationalem Unionsrecht (IV.) und die Feinheiten des Vorlageverfahrens zum EuGH (V.).

I. Unmittelbare Anwendbarkeit und individuelle Rechte des Binnenmarktrechts

Die unmittelbare Anwendbarkeit von dazu geeignetem Unionsrecht durch alle Hoheitsträger der Mitgliedstaaten,⁵¹ darunter vor allem der mitgliedstaatlichen Gerichte, zählt zu dessen hervorstechenden, sich vom herkömmlichen Völkervertragsrecht abhebenden, „supranational“ genannten Merkmalen. Ihre Beachtung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte ist eine Grundvoraussetzung für die Verwirklichung des Binnenmarktrechts.

1. Binnenmarktkonzeptionelles Funktionserfordernis.

Auch wenn bereits der frühere Art. 189 Abs. 2 EWGV in seiner Definition der Verordnung der Gemeinschaft die Wendung „gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ aufführte, war es doch erst der EuGH, der die Erzeugung „unmittelbarer Wirkungen“ und darüber hinaus die Begründung

51 Zur Verwaltung vgl. *Scheuing*, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 289ff. [Wiederabdruck in: Müller-Graff/Ritzer (Hrsg.), *Dieter H. Scheuing – Europäisches öffentliches Recht, Ausgewählte Beiträge*, 2006, S. 229, 231ff.].

„individueller Rechte“ „welche die staatlichen Gerichte zu beachten haben“,⁵² auch einer Vertragsvorschrift zuschrieb,⁵³ genauer einer primärrechtlichen Norm des Marktintegrationsrechts (nämlich dem Verbot der Erhöhung bestehender Einfuhrzölle des Art. 12 EWGV), und diese Eigenschaften aus dem Ziel der Marktintegration begründete. In seiner Leitscheidung „Van Gend & Loos“ konstatierte der EuGH, dass das „Funktionieren“ der vom EWG-Vertrag angestrebten „Schaffung eines gemeinsamen Marktes“ „die der Gemeinschaft angehörigen Einzelnen unmittelbar betrifft“.⁵⁴ Dies leuchtet auf Anhub an. Denn der Begriff des Marktes ist die Chiffre für die freie Koordination freier Präferenzentscheidungen von Angebot und Nachfrage. Da ein transnationaler Marktraum für Unternehmen sowohl grenzüberschreitende Chancen und Risiken eröffnet als auch zugleich über die staatlichen Grenzen hereinkommende wettbewerbliche Risiken birgt, ist die Verlässlichkeit grundlegender binnenmarktkonstituierender „eindeutiger Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt“ (EuGH),⁵⁵ ein Essential unternehmerischer Planungssicherheit. Infolgedessen ist die Durchsetzbarkeit derartiger binnenmarktkonstituierender Verpflichtungen vor nationalen Gerichten durch betroffene Marktteilnehmer und das damit verbundene Verständnis als „Rechte der Einzelnen“ (EuGH *supra*) konsequent. Dies hat folgerichtig zur Qualifikation der binnenmarktlichen Verbote von Beschränkungen des transnationalen Waren-, Personen-, Dienstleistungs-, Kapital- und Zahlungsverkehrs als vor mitgliedstaatlichen Gerichte unmittelbar anwendbaren „Grundfreiheiten“ geführt.⁵⁶ Nach Überwindung unterschiedlich begründeter ursprünglicher Einschränkungen gilt dies mittlerweile auch für die Kapitalverkehrsfrei-

52 EuGH, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (Van Gend en Loos), S. 27

53 *Id.*, S. 27.

54 *Id.*, S. 24.

55 *Id.*, S. 25.

56 Zur Warenverkehrsfreiheit beginnend *id.*, S. 27; zur Arbeitnehmerfreizügigkeit beginnend mit EuGH, Rs. 36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (Walrave und Koch), Rn. 25; zur Niederlassungsfreiheit von Selbständigen beginnend mit EuGH, Rs. 107/83, ECLI:EU:C:1984:270 (Klopp), Rn. 10; zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften beginnend mit EuGH, Rs. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 (Centros); zur aktiven Dienstleistungsfreiheit beginnend mit EuGH, Rs. 33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (Van Binsbergen), Rn. 27; zur passiven Dienstleistungsfreiheit beginnend mit EuGH, Verb. Rs. 286/82 und 26/83, ECLI:EU:C:1984:35 (Luisi und Carbone), Rn. 10 und 16; zur Kapitalverkehrsfreiheit beginnend mit EuGH, Verb. Rs. C-358/93 und C-416/93, ECLI:EU:C:1995:54 (Bordessa u.a.), Rn. 16ff.

heit⁵⁷ und für die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in den seinerzeit von Art. 220 EWGV benannten Fragen.⁵⁸ Dadurch stehen die einzelstaatlichen Gerichte in der Anwendungs- und Auslegungsverantwortung binnenmarktlicher subjektiver Rechte.

2. Erfordernis der prozessualen Geltendmachung der binnenmarktrechtlichen Grundfreiheiten?

Allerdings wirft die Formulierung des EuGH, dass die Bürger sich vor den nationalen Gerichten „auf das Gemeinschaftsrecht berufen können“⁵⁹ (in casu = auf eine staatliche unterlassungspflicht), die Frage auf, ob ein mitgliedstaatliches Gericht eine Grundfreiheit für die Entscheidung eines Falles nur zu beachten hat, wenn ein Verfahrensbeteiligter sie prozessual geltend macht (so etwa wie im deutschen Recht eine Einrede, beispielsweise diejenige der Verjährung). Diese Frage beinhaltet eine prozessrechtliche und eine materiellrechtliche Dimension.

a. „Iura novit curia“?

Prozessrechtlich ist sie als Frage zu formulieren, ob der Grundsatz „iura novit curia“, der sich im deutschen Recht aus den Prozessordnungen und dem Gerichtsverfassungsgesetz ergibt⁶⁰ und sich dort auch auf die Kenntnis des Unionsrechts erstreckt,⁶¹ auch als ein die mitgliedstaatlichen Gerichte (im Falle der Relevanz von Unionsrecht in einem bei ihnen anhängigen Verfahren) *unionsrechtlicher* Grundsatz anzusehen ist. Dies ist nicht

57 Ursprünglich in Art. 67 EWGV an ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten geknüpft, „soweit es für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes notwendig ist“.

58 Vgl. die Entscheidungsentwicklung von EuGH, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456 (Daily Mail) zu EuGH, Rs. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 (Polbud), Rn. 32, 44, 51.

59 EuGH, Rs. 26/62 (*supra* Fn. 51), S. 25 und 26.

60 *Kraft*, Die Verantwortung des Verwaltungsrichters für Ermittlung und Auslegung nationalen sowie europäischen Rechts, NVwZ 2020,1229,1230. Die gerichtsverfassungsrechtliche Systementscheidung ergibt sich aus § 17 Abs. 2 S. 1 GVG.

61 *Kraft* (*supra* Fn. 60), 1231.

zweifelsfrei. Ihn als Gemeingut kontinentalen Rechtsdenkens anzusehen,⁶² ist schon im Blick auf das französische Verwaltungsprozessrecht⁶³ zweifelhaft. Auch in der Rechtmäßigkeitskontrolle von Unionsentscheidungen nach Art. 263 AEUV beschränkt der EuGH die Verpflichtung des „Unionsrichters“ auf eine Kontrolle „sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht“ „im Hinblick auf die vom Kläger vorgebrachten Argumente“;⁶⁴ dies allerdings im unaufgelösten Widerspruch zu der m. E. überzeugenden Ansicht des EuG, dass der „Grundsatz *iura novit curia* ... nicht in den Geltungsbereich des Grundsatzes der freien Disposition des Rechtsstreits durch die Parteien (fällt)“.⁶⁵ Jedenfalls spricht nichts dafür, die auf den Sonderfall der Rechtmäßigkeitskontrolle einer Unionsentscheidung bezogene Selbstbeschränkung des EuGH auf die Frage der Einbeziehung unionsrechtlicher Fragen durch mitgliedstaatliche Gerichte zu erstrecken. Vielmehr ist diesen aus dem unionsrechtlichen Grundsatz der „praktischen Wirksamkeit“ des Unionsrechts und der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) aufzuerlegen, in einem bei ihnen anhängigen Verfahren eine für ihre Entscheidung erhebliche binnenmarktrechtliche Auslegungs- und/oder Gültigkeitsfrage zu erkennen.

b. Die Konstitutivfunktion der binnenmarktlichen Grundfreiheiten für das Unionskonzept

Für die Berücksichtigung und Anwendung *ex officio curiae* auch ohne Geltendmachung oder Antrag durch einen Prozessbeteiligten spricht materiellrechtlich bereits der unbedingte Wortlaut der Beschränkungsverbote (Art. 30, 34, 35, 49, 54, 56, 63 AEUV) bzw. der Freizügigkeitsrechte der Arbeitnehmer (in Art. 45 AEUV). Dafür streitet auch die Konstitutivfunktion der Grundfreiheiten für das normative Unionskonzept. Die grundsätzliche Beschränkungsverbote transnationaler Marktvorgänge (Art. 30, 34, 35, 45, 49, 56, 63 AEUV) bilden die sinngebende Grundlage für die Entfaltung der nahezu gesamten primärrechtlichen Unionsagenda.

62 Nachweise bei *Derlén*, *Multilingual Interpretation of European Union Law*, 2009, S. 315ff.

63 *Kraft* (*supra* Fn. 60), 1231f.; *Bohnert/de Schotten*, *Der Grundsatz iura novit curia im Verwaltungsprozess*, NVwZ 2020,1245.

64 EuGH, Rs. C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46 (*Duravit*), Rn. 30.

65 EuG, Rs. T-58/08 P, ECLI:EU:T:2009:385 (*Roodhuijzen*), Rn. 36; s. auch EuG, verb. Rs. T-124/13 und T-191/13, ECLI:EU:T:2015:690 (*Italien und Spanien/Kommission*), Rn. 34.

Diese These wird durch Aufbau und Themenspektrum des AEUV belegt. Ausgehend vom operativen unionalen Basisziel der Errichtung eines Binnenmarktes (Art. 3 Abs. 3 EUV) mit den Grundfreiheiten als seinem Kerngedanken (Art. 26 AEUV) wird vom Primärrechtsgeber für deren Funktionsfähigkeit einleuchtend normativ mehr für erforderlich gehalten als die allgemeinen grundsätzlichen Beschränkungsverbote des transnationalen Freiverkehrs aller Produkte (Waren, Dienstleistungen) und Produktionsfaktoren (Personen, Kapital) einschließlich des Verbots aller diskriminierender oder protektiver indirekter Steuern (Art. 110 AEUV) und der Verbote endogener Pervertierungen des mit der Gewährleistung des Freiverkehrs ermöglichten transnationalen Wettbewerbs durch Unternehmen (Art. 101-106 AEUV). Als wesentliches Element figurieren zusätzlich die vielfältigen Befugnisse der Union zu zielförderndem Gestaltungshandeln, wie sie der AEUV in seinen einzelnen Politikfeldern ausfaltet, und auch das Gebot loyalen Zusammenwirkens im Sinne einer gesellschaftsvertragsartigen Zweckförderungspflicht und daraus abgeleiteten Treupflicht der verschiedenen beteiligten politischen „Ebenen“ (Art. 4 Abs. 3 EUV). Zu diesen Politikbereichen zählen insbesondere: die Verhinderung von mit dem Binnenmarkt unvereinbaren wettbewerbsverfälschenden einzelstaatlichen Beihilfen (Art. 107-109 AEUV); die legislative Angleichung, Beseitigung oder präventive Verhinderung zwischenstaatlich marktzugangsbehindernd wirkender mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften wie z. B. national unterschiedlicher technischer Sicherheitsstandards⁶⁶ oder Befähigungsnachweise⁶⁷ (Art. 46, 50, 53, 114, 115 AEUV), um derartige Hemmnisse auszuschließen und/oder wettbewerbsverzerrende Wirkungen aus zwischenstaatlich unterschiedlich kostenintensiven Schutzstandards zu beseitigen oder zu vermeiden (z.B. unterschiedliche Widerrufsrechte bei Distanzverbraucherverträgen⁶⁸ oder unterschiedliche Höchstwerte zulässiger Treibhausgasemissionen⁶⁹) und/oder die entmutigende Wirkung national unterschiedlicher Regeln auf die Bereitschaft zum grenz-

66 Vgl. zu diesem Problemfeld z. B. Müller-Graff (Hrsg.), Technische Regeln im Binnenmarkt, 1991.

67 Zu diesem Problemfeld z. B. *Schneider*, Die Anerkennung von Diplomen in der Europäischen Gemeinschaft, 1995.

68 Art. 9 und 16 der RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 11. 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. 2011 L 304/64; zur Umsetzungsnorm im deutschen Recht (§ 312g BGB) *Schinkels*, in: Gebauer/Wiedemann (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, 3. Aufl., 2021, 8/Rn. 31ff.

69 VO (EU) 2019/631 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17. 4. 2019 zur Festsetzung von CO₂-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und

überschreitenden wirtschaftlichen Engagement (einschließlich der Arbeitsaufnahme, Art. 48, 153 AEUV) zu überwinden (z.B. unterschiedliche Gewährleistungsrechte⁷⁰ oder Zahlungsverzugsregeln⁷¹); die Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union (Art. 118 AEUV)⁷²; die gemeinsame Politik in den sektoralen Sonderbereichen Landwirtschaft, Fischerei und Verkehr, um grobe Wettbewerbsverzerrungen aus national unterschiedlichen Marktregulativa in diesen Sektoren zu vermeiden (Art. 38-44, 90-100 AEUV); die Gewährleistung des grenzkontrollfreien Binnenverkehrs von Personen durch eine dazu zusätzlich erforderliche verlässliche gemeinsame Zugangspolitik an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten zu Drittstaaten (Art. 67-80 AEUV: Außengrenzensicherung,⁷³ Visa,⁷⁴ Asyl,⁷⁵ Einwanderungspolitik⁷⁶) und eine polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit zur Verhütung und Bekämpfung von Straftaten (Art. 82-89 AEUV)⁷⁷; der Aufbau und Ausbau transeuropäischer Netze in den Bereichen der Verkehrs-, Telekommunikations- und Energieinfrastruktur (Art. 170-172 AEUV); die

-
- für leichte Nutzfahrzeuge ..., ABl. 2019 L 111/13; Änderungsvorschlag der Europäischen Kommission v. 14. 7. 2021, COM(2021) 556 final.
- 70 Art. 5ff. der RL (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. 5. 2019 über bestimmte vertragrechtliche Aspekte ... , ABl. 2019 L 136/28; zur Vorgänger-Richtlinie 1999/44/EG *Leible/Wilke*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht*, 3. Aufl., 2021, 11/Rn. 3ff.
- 71 RL 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 2. 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2011 L 48/1; dazu *Schmidt-Kessel/Beyer*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht*, 3. Aufl., 2021, 5/Rn. 4ff.
- 72 VO (EG) Nr. 6/2002 des Rates v. 12. 12. 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. 2002 L 3/1; VO (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17. 12. 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. 2012 L 361/1; VO (EU) 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14. 6. 2017 über die Unionsmarke, ABl. 2017 L 154/1.
- 73 VO (EU) 2019/1896 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. 11. 2019 über die Europäische Grenz- und Küstenwache ..., ABl. 2019 L 295/1.
- 74 VO (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. 7. 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft, ABl. 2009 L 243/1.
- 75 So die Einzelnen Rechtsakte des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems; dazu z.B. *Müller-Graff*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV-GRC-AEUV*, Band II, 2. Aufl., 2022, Art. 78 AEUV.
- 76 Dazu z. B. *Müller-Graff*, id., Art. 79 AEUV.
- 77 Dazu namentlich Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, Enzyklopädie Europarecht, Band 11, 2. Aufl., 2021; Herrfeld/Esser (Hrsg.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022.

Koordinierung der einzelstaatlichen Wirtschaftspolitiken einschliesslich deren Haushaltspolitik (Art. 120-126 AEUV), um einzelstaatlich gravierende asymmetrische Wirtschaftsentwicklungen im gemeinsamen Wettbewerbsraum zu vermeiden;⁷⁸ eine gemeinsame Währungspolitik mit der Zielrichtung einer einheitlichen Währung in der gesamten Union (Art. 127-144 AEUV), um großflächige Wettbewerbsverzerrungen aus schwankenden Wertrelationen unterschiedlicher Währungen im gemeinsamen Marktraum zu verhindern;⁷⁹ eine gemeinsame Handelspolitik (Art. 206-207 AEUV), um intern wettbewerbsverzerrende Wirkungen (und intern freiverkehrsbehindernde Folgeaktionen) unterschiedlicher einzelstaatlicher Außenhandelspolitiken zu unterbinden.⁸⁰ Auch die weiteren, im AEUV aufgeführten Handlungsfelder der Union lassen sich entweder auf das Bestreben zurückführen, das Konzept der transnationalen Zugangsfreiheiten im Binnenmarkt funktionsfähig zu machen, oder als von der Binnenmarkregulierung angestoßene Kohärenzerfordernisse regulativer Gestaltung verstehen (z.B. namentlich die nicht bereits marktintegrativ begründbare⁸¹ Umwelt- und Klimaschutzpolitik; Art. 191-193 AEUV).

Auch im Licht dieser Elementarfunktion der Grundfreiheiten für das Integrationskonzept der Union und für die materielle Substanz der Unionsrechtsordnung wäre es verfehlt, deren Beachtung durch ein mitgliedstaatliches Gericht nur dann anzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter eine Grundfreiheit argumentativ geltend macht. Vielmehr hat jedes mitgliedstaatliche Gericht in einem ihm unterbreiteten Sachverhalt eine transnationale Marktzugangs-Grundfreiheit kraft Unionsrechts auch dann zu überprüfen und ggfs. anzuwenden, wenn sich kein Verfahrensbeteiligter darauf „beruft“.

78 Müller-Graff, Die Vertragsziele der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 1, 2.Aufl., 2022, § 8 Rn. 44.

79 Müller-Graff, id., § 8 Rn. 46.

80 Id., § 8 Rn. 50f.

81 Zu dieser die Marktintegration überschreitenden Ermächtigung zur Umweltpolitik grundlegend Scheuing, Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, EuR 1989, 152ff. Demgegenüber ist für die marktintegrative Angleichungspolitik der mitgliedstaatlichen Umweltrechte Art. 114 AEUV einschlägig (Art. 114 Abs. 3 AEUV).

3. *Erfordernis der Geltendmachung von Ausnahmebestimmungen?*

Fraglich bleibt allerdings, ob ein mitgliedstaatliches Gericht auch eine unmittelbar anwendbare Ausnahmebestimmung vom Beschränkungsverbot einer Grundfreiheit (Art. 36, 45 Abs. 3 und 4, 51 Abs. 1, 52 Abs. 1, 62, 64 Abs. 1, 65 Abs. 1 AEUV) oder vom Kartellverbot (Art. 101 Abs. 3, 106 Abs. 2 AEUV) kraft Unionsrechts von sich aus anzuwenden hat oder nur dann, wenn ein Verfahrensbeteiligter darauf anträgt. Diese Frage dürfte wenig praktische Relevanz haben, da Adressaten von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln zur Verteidigung ihrer mit diesen unionsrechtlichen Bestimmungen in Konflikt geratenen Maßnahmen sich vor Gericht regelmäßig von sich auf Ausnahme- bzw. Rechtfertigungstatbestände berufen dürften. Bleibt es beim bloßen Tatsachenvortrag, ist wegen des Grundsatzes „*iura novit curia*“ (*supra* C I 2), auch insoweit unionsrechtlich davon auszugehen, dass ein Gericht das Spektrum der in Betracht kommenden Ausnahmebestimmungen bzw. Rechtfertigungsgründe auch ohne deren genaue Bezeichnung im Parteienvortrag von Amts wegen durchzuprüfen und zu subsumieren hat, wenn der nach den einschlägigen prozessualen Regeln der Vortrags- und Beweislast von dem Gericht zugrundezulegende Sachverhalt feststeht.

4. *Unmittelbare Anwendung von Sekundärrecht, namentlich von Richtlinienbestimmungen?*

Eine besondere Verantwortung einzelstaatlicher Gerichte ergibt sich in der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit binnenmarktlichen Sekundärrechts. Während sich diese zwar bei Verordnungen (z.B. im gewerblichen Rechtsschutz: Unionsmarke,⁸² Gemeinschaftsgeschmacksmuster,⁸³ Patent mit einheitlicher Wirkung im Binnenmarkt;⁸⁴ im Gesellschaftsrecht:

82 *Supra* Fn. 72.

83 *Supra* Fn. 72.

84 *Supra* Fn. 72.