

Die „ökonomische Analyse des Rechts“ als interpretatives, konvergenzforcierendes Leitmotiv der Europäischen Grundfreiheiten

Prof. Dr. Mike Wienbracke

I. Einführung

Neben der Förderung des Friedens und der in Art. 2 EUV aufgezählten Werte benennt Art. 3 Abs. 1 EUV das – v.a. ökonomische¹ – Wohlergehen ihrer Völker als weiteres² Ziel der EU, welches in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV näher konkretisiert wird.³ Danach wirkt die EU insbesondere auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität sowie auf eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft (vgl. auch Art. 119 Abs. 1 AEUV), die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, hin.

Zu diesem Zweck errichtet die EU nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV einen Binnenmarkt. Darunter ist nicht nur gem. Art. 26 Abs. 2 AEUV ein Raum ohne Binnengrenzen zu verstehen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge, d.h. des EUV und des AEUV (Art. 1 Abs. 2 AEUV), gewährleistet ist, sondern zudem ein System, das den Wettbewerb generell vor Verfälschungen schützt, siehe Art. 51 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb⁴; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV.

Dieser Binnenmarktphilosophie wiederum liegt das letztlich auf *Adam Smith*⁵ und *David Ricardo*⁶ rückführbare Bestreben einer möglichst effizienten Allokation wirtschaftlicher Ressourcen zugrunde,⁷ vgl. auch Art. 120 S. 2 AEUV. Die Produktionsfaktoren „Arbeit“,

¹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 3 EUV Rn. 21.

² Zu den Friedenseffekten, die von einer ökonomischen Verflechtung mit Wohlstandseffekten für das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten in der Politikwissenschaft angenommen werden, siehe Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 34 AEUV Rn. 4 m.w.N. Der Binnenmarkt ist letztlich daher sowohl Integrationsziel als auch -mittel, siehe Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 3 EUV Rn. 22.

³ Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 3 EUV Rn. 3 f.

⁴ ABl. EU C 115 vom 9.5.2008, S. 309.

⁵ Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776.

⁶ Ricardo, On the Principles of Political Economy and Taxation, 1817.

⁷ Epiney, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, 12. Auflage 2016, § 10 Rn. 1; Franck/Purnhagen, in: Mathis: Law and Economics in Europe, 2014, S. 329 (330 f.); Frenz, Handbuch

„Real-“ und „Geldkapital“ sollen sich zu denjenigen mitgliedstaatlichen Standorten bewegen, an denen die Produktionskosten am geringsten sind, und hierdurch ein Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten sowie ihren regionalen Standorten um Produktionsansiedlungen entstehen; Waren und Dienstleistungen als Resultate des Wirtschaftsprozesses sollen EU-weit miteinander konkurrieren, was für die Verbraucher eine Angebotsausweitung und Kostenvorteile ermöglicht (Wohlfahrtseffekte auf Basis des Prinzips des komparativen Kostenvorteils).⁸

Als Instrumente⁹ zur Verwirklichung des Europäischen Binnenmarkts bzw. um dessen Funktionieren zu gewährleisten, benennt Art. 26 Abs. 1 AEUV den Erlass der hierfür erforderlichen Maßnahmen durch die EU nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen der Verträge. Soweit es an derartigem Sekundärrecht allerdings fehlt – sei es mangels einer nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) hierfür zwingend notwendigen Kompetenzzuweisung an die EU oder trotz deren Existenz aufgrund fehlenden politischen Konsenses auf EU-Ebene zum Erlass einer entsprechenden positiven Integrationsmaßnahme –, kommt insbesondere den Europäischen Grundfreiheiten als eine Art Mindestharmonisierung die Aufgabe zu, im Wege der sog. negativen Integration ungerechtfertigte Hindernisse insbesondere für den EU-binnengrenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr im Einzelfall zu beseitigen.¹⁰

Diese jahrzehntelang gemeinhin für selbstverständlich erachteten, in Art. 28 ff. AEUV normierten Freiheiten bzw. Freizügigkeiten werden derzeit durch den bevorstehenden Vollzug des BREXIT¹¹ wieder in den Fokus gerückt – nämlich dahingehend, dass sie mit Ausnahme der ebenfalls Drittstaatsverhältnisse erfassenden Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit des Art. 63 Abs. 1 bzw. 2 AEUV¹² im Fall des aktuell immer wahrscheinlicher¹³ werdenden sog. „harten“ Austritts aus der EU („no-deal BREXIT“) gem. Art. 50 Abs. 3 EUV ab dem 29. März 2019 schlichtweg keine Anwendung mehr im Wirtschaftsverkehr zwischen dieser und Großbritannien finden werden¹⁴ – und dies nach Ansicht der britischen Regierung¹⁵ auch nicht etwa vermittelt des EWR-Abkommens.

Europarecht, Band 1, 2. Auflage 2012, Rn. 5 ff.; Lippert, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, 2013, S. 239 f., jeweils m.w.N. Dies resultiert zwar nicht aus der historischen Auslegung, entspricht aber dem „Geist des Vertrags“, siehe Füller, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag, 2000, S. 19 mit weiterem Hinweis auf den Spaak-Bericht.

⁸ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 10. Auflage 2016, Rn. 824; Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 34 AEUV Rn. 4 m.w.N. Aus ökonomischer Sicht siehe Haucap/Coenen, Wirtschaftsdienst 2010, Sonderheft, S. 5 m.w.N.

⁹ Terhechte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 64. EL Mai 2018, Art. 3 EUV Rn. 25, 44.

¹⁰ Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 26 AEUV Rn. 10; Sauer, JuS 2017, S. 310 (312); Wienbracke, Jura 2008, S. 929 (930 f.) m.w.N.

¹¹ Vorausgesetzt, es erfolgt nicht doch noch ein „Exit vom BREXIT“, namentlich auf Grundlage eines zweiten Referendums. Dazu siehe etwa FAZ vom 16.7.2018, S. 1 und vom 1.8.2018, S. 6.

¹² Vgl. speziell im vorliegenden Kontext Linn, IStR 2016, S. 557 (559).

¹³ Siehe jüngst etwa Handelsblatt vom 31.8.2018, S. 3 und S. 8 f.; vgl. allerdings auch FAZ vom 31.8.2018, S. 4.

¹⁴ Dittert, Europarecht, 5. Auflage 2017, S. 13 f.; Lüdicke, IStR 2017, S. 936 (937); Teichmann/Knaier, IWRZ 2016, S. 243 (244); Weller/Thomale/Benz, NJW 2016, S. 2378 (2380) m.w.N.; Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 2017, S. 1041.

¹⁵ Nach dieser Auffassung ende die britische EWR-Mitgliedschaft automatisch mit dem Austritt aus der EU, weshalb es hierfür keiner gesonderten Austrittserklärung gem. Art. 127 EWR-Abkommen bedürfe bzw. diese implizit in der EU-Austrittserklärung nach Art. 50 Abs. 2 S. 1 EUV vom 27.3.2017 enthalten sei, vgl. House of Commons, Briefing Paper Number 8129, 6 June 2018, S. 3, 32 f. (abrufbar unter <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-8129>; letztmals abgerufen am 30.8.2018) A.A. Daragan, ZErB 2016, S. 281 (282), wonach die Grundfreiheiten speziell im Verhältnis Deutschland-Großbritannien aufgrund des EWR-Abkommens auch nach dem BREXIT weiterhin zu beachten seien, sofern nicht Großbritannien vom EWR-Abkommen zurücktritt oder Deutschland dieses

Anlass genug, die Grundfreiheiten in ihrer Gesamtheit einmal mehr näher in den Blick zu nehmen. Wenngleich diese – ungeachtet ihrer nicht nur rein textlichen Unterschiede – durch die Judikate des EuGH¹⁶ strukturell mittlerweile einander weitgehend angeglichen worden sind,¹⁷ so hat diese Konvergenz-Rechtsprechung doch zum einen mitunter durchaus „schroffe Kritik“¹⁸ im Schrifttum erfahren und zum anderen nicht verhindert, dass die Luxemburger Richter für spezielle Sachbereiche gleichwohl einen eigenen dogmatischen „Mikrokosmos“¹⁹ kreiert haben.

Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend unter „III.2.“ aufgezeigt werden, dass sich bei einer die gemeinsame ökonomische Ausrichtung der Grundfreiheiten betonenden und deren Konvergenz mithin verstärkenden²⁰ – freilich rechtsdogmatisch eingehetzten – Interpretation bereits ergangene EuGH-Entscheidungen zu den Art. 28 ff. AEUV womöglich „besser“ und in zudem noch akzeptanzsteigernder Weise „erklären“ lassen²¹ bzw. sich deren Handhabung durch den EuGH in zukünftigen Fällen gegebenenfalls treffsicherer prognostizieren und damit einhergehend die diesbezügliche Rechtssicherheit steigern lässt. Zuvor gilt es freilich, das „Ob“ und das „Wie“ der Validität einer derart ökonomischen Betrachtungsweise²² als Leitmotiv der Norminterpretation²³ im gegebenen juristischen Kontext darzutun (dazu siehe *infra sub II. und III.1.*).

II. Nationales Recht

Damit das Recht seine Steuerungsfunktion, das menschliche Verhalten in eine bestimmte Richtung zu lenken,²⁴ zu erfüllen vermag, müssen die einzelnen Bestandteile der Rechtsordnung, die Rechtsnormen,²⁵ für ihre Adressaten, d.h. namentlich die Bürger,²⁶ – und nicht allein für Rechtsexperten wie „hochqualifizierte Richter“²⁷ „mit subtiler

Abkommen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegenüber Großbritannien beendet oder suspendiert. *Bode/Bron/Fleckenstein-Weiland/Mick/Reich*, BB 2016, S. 1367 (Fn. 4) zufolge ließe sich gegebenenfalls aus dem Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz ein mit den Grundfreiheiten entsprechender Schutz ableiten.

¹⁶ Insofern sei hingewiesen insbesondere auf EuGH, Urteil vom 30.11.1995, Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, Rn. 37; EuGH, Urteil vom 1.4.2008, Rs. C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178, Rn. 33; EuGH, Urteil vom 26.10.2017, Rs. C-195/16, ECLI:EU:C:2017:815, Rn. 55 f.; EuGH, Urteil vom 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 77, jeweils m.w.N.

¹⁷ *Pars pro toto: Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Europarecht, 12. Auflage 2016, § 10 Rn. 3, 18 ff., wo diese Konvergenz zudem auf das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV übertragen wird.

¹⁸ *Herdegen*, Europarecht, 19. Auflage 2017, § 14 Rn. 6.

¹⁹ *Wienbracke*, EuZW 2017, S. 311 betreffend das Steuerrecht.

²⁰ Vgl. *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag, 2000, S. 160 ff. m.w.N.

²¹ Vgl. ebenso *Franck*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 5 Rn. 47.

²² In dem im Haupttext zu Fn. 56 beschriebenen Sinn, also namentlich nicht in demjenigen der positiven, rein deskriptiv-analytischen ökonomischen Analyse des Rechts. Ebenfalls nicht Gegenstand dieses Beitrags ist die sich präskriptiv auf die Rechtssetzung beziehende normative ökonomische Analyse des Rechts.

²³ Nicht dagegen: Der Sachverhaltserfassung nach Art des § 41 AO, vgl. *Koenig*, in: ders., AO, 3. Auflage 2014, § 41 Rn. 1 m.w.N. Allgemein zu einer solchen „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ siehe etwa *Lehmann*, in: Zetzsche/Neef/Makoski/Beurskens, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 2008, S. 25 (35) m.w.N.

²⁴ *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 248.

²⁵ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Auflage 2018, § 4 Rn. 92.

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 3.3.2004, Az. 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 (64).

²⁷ *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Auflage 2018, § 3 Rn. 244.

Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben“²⁸ –, verständlich sein.²⁹

Demgemäß erkennt denn auch das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, dass aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) u.a. der Grundsatz der Normenklarheit abzuleiten ist.³⁰ Danach muss eine Rechtsvorschrift „in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so formuliert sein, daß die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können.“³¹ In einer jüngeren Entscheidung hierzu heißt es näher: „Das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit [...] soll die Betroffenen befähigen, die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können. Die Bestimmtheitsanforderungen dienen auch dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen [vgl. auch Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG] sowie, soweit sie zum Schutz anderer tätig wird, den Schutzauftrag näher zu konkretisieren. Zu den Anforderungen gehört es, dass hinreichend klare Maßstäbe für Abwägungsentscheidungen bereitgestellt werden. Je ungenauer die Anforderungen an die dafür maßgebende tatsächliche Ausgangslage gesetzlich umschrieben sind, umso größer ist das Risiko unangemessener Zuordnung von rechtlich erheblichen Belangen. Die Bestimmtheit der Norm soll auch vor Missbrauch schützen, sei es durch den Staat selbst oder – soweit die Norm die Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander regelt – auch durch diese. Dieser Aspekt ist besonders wichtig, soweit Bürger an einer sie betreffenden Maßnahme nicht beteiligt sind oder von ihr nicht einmal Kenntnis haben, so dass sie ihre Interessen nicht selbst verfolgen können. Schließlich dienen die Normenbestimmtheit und die Normenklarheit dazu, die Gerichte in die Lage zu versetzen, getroffene Maßnahmen anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren.“³² Aus diesen allgemeinen Grundsätzen, denen § 93 Abs. 8 AO a.F. nicht genügt hat,³³ hat der BFH konkret das Postulat deduziert, dass eine Rechtsnorm nicht „sprachlich unverständlich, widersprüchlich, irreführend, unsystematisch aufgebaut und damit in höchstem Maße fehleranfällig“ sein darf.³⁴

Jedoch: Beschränkte sich der Normgeber darauf, exklusiv deskriptive, sich in ihrer Bedeutung für jedermann unmittelbar erschließende Termini zu verwenden, so entstände die Gefahr, dass die Rechtsordnung zu starr und kasuistisch, d.h. impraktikabel und lückenhaft, würde und infolge dessen sowohl der Vielgestaltigkeit als auch dem Wandel der Lebensverhältnisse sowie ferner etwaiger Besonderheiten des Einzelfalls nicht mehr gerecht zu werden vermag. Selbst das im strafrechtlichen Bereich besonders strikte Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG präkludiert daher keinesfalls *a priori* die Verwendung von unbestimmten, konkretisierungsbedürftigen Begriffen bis hin zu Generalklauseln.³⁵ Vielmehr ist der Normgeber lediglich dazu verpflichtet, „Rechtsvorschriften so

²⁸ BFH, Beschluss vom 6.9.2006, Az. XI R 26/04, DStR 2006, S. 2019 (2024) unter Hinweis auf das Österreichische Verfassungsgericht, Entscheidung vom 29.6.1990, Az. G 81/82/90 u.a., Sammlung 12420/1990, wiedergegeben z.B. bei *Kanzler*, FR 2003, S. 665. Nachfolgend: BVerfG, Beschluss vom 12.10.2010, Az. 2 BvL 59/06, BVerfGE 127, 335.

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 3.3.2004, Az. 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 (64); BFH, Beschluss vom 6.9.2006, Az. XI R 26/04, DStR 2006, 2019 (2023 f.) m.w.N. Nachfolgend: BVerfG, Beschluss vom 12.10.2010, Az. 2 BvL 59/06, BVerfGE 127, 335.

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 17.12.2012, Az. 1 BvR 488/10 und 1047/10, Rn. 44 m.w.N. – juris, wo insoweit zudem noch Art. 2 Abs. 1 GG angeführt wird.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 12.1.1967, Az. 1 BvR 169/63, BVerfGE 21, 73 (79).

³² BVerfG, Urteil vom 26.7.2005, Az. 1 BvR 782/94 und 957/96, BVerfGE 114, 1 (53 f.) m.w.N.

³³ BVerfG, Urteil vom 13.6.2007, Az. 1 BvR 1550/03, 2357/04 und 603/05, BVerfGE 118, 168.

³⁴ BFH, Beschluss vom 6.9.2006, Az. XI R 26/04, DStR 2006, S. 2019 (2024 f.). Nachfolgend: BVerfG, Beschluss vom 12.10.2010, Az. 2 BvL 59/06, BVerfGE 127, 335.

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 21.9.2016, Az. 2 BvL 1/15, BVerfGE 143, 38 (54 f.) m.w.N.

genau [zu] fassen [...], wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (Grundsatz der Normenklarheit [...]).³⁶

M.a.W.: Um die schier unendliche Vielzahl der von einer unbestimmten Anzahl von Personen verwirklichten Vorgänge aus der Lebenswirklichkeit rechtlich zu erfassen, müssen die – ungeachtet der gemeinhin beklagten Normenflut³⁷ – quantitativ „nur“ endlichen Rechtsnormen denknötwendig abstrakt-generell gefasst sein.³⁸ Limitiert wird diese dem Grunde nach mithin alternativlose Abstraktheit von Rechtsnormen ihrem Ausmaß (Niveau) nach allerdings dadurch, dass deren Auslegung unter Einsatz der juristischen Methodik bewältigbar und das Resultat vorhersehbar sein muss.³⁹ Dies bedingt eine dementsprechende „handwerkliche Qualität“ der Gesetze.⁴⁰

Setzt sich der Normgeber durch den Erlass einer auslegungsbedürftigen⁴¹ Rechtsnorm damit (nur) unter der vorstehenden Prämisse nicht in Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen,⁴² so obliegt es dem Normanwender, sich bei der Norminterpretation der diesbezüglich anerkannten, objektiven Kriterien zu bedienen; denn es ist ein Gebot des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips, das unter dem Aspekt der Rechtssicherheit nicht bloß ein vorhersehbares, sondern ebenfalls ein rational nachvollziehbares und damit kontrollierbares Auslegungsergebnis fordert.⁴³ Auch wenn es an einem positivierten Methodengesetz in der deutschen⁴⁴ Rechtsordnung fehlt, so ist die Norminterpretation daher gleichwohl keinesfalls etwa dem Gutdünken des jeweiligen Auslegers, d.h. dem willkürlichen „Meinen“ bzw. subjektiven „Für-Richtig-Halten“ seitens des einzelnen Rechtsanwenders (dessen „Hineinlegen“⁴⁵), überlassen.⁴⁶ Vielmehr hat dieser sich bekanntlich folgender, in der juristischen Methodenlehre entwickelter⁴⁷ und vom BVerfG⁴⁸ explizit anerkannter Auslegungskriterien zu bedienen: „Auslegung aus Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105/09 und 491/09, BVerfGE 126, 170 (195) m.w.N.

³⁷ Demgegenüber hat *Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, 1976, S. I-37, auf Ebene des Europarechts – bezogen auf den damaligen Zeitpunkt – noch ein „Normendefizit“ konstatiert.

³⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105/09 und 491/09, BVerfGE 126, 170 (195 f.) und siehe *Wienbracke*, Juristische Methodenlehre, 2013, Rn. 12, 122, 237 m.w.N.

³⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 3.3.2004, Az. 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 (56 f.); BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010, Az. 2 BvR 2559/08, 105/09 und 491/09, BVerfGE 126, 170 (195 f.); BVerfG, Beschluss vom 21.9.2016, Az. 2 BvL 1/15, BVerfGE 143, 38 (55), jeweils m.w.N.

⁴⁰ Vgl. *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 23. Auflage 2018, § 3 Rn. 247.

⁴¹ Freilich sind auch scheinbar „eindeutige“ Vorschriften auslegungsfähig und -bedürftig, vgl. *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Auflage 1998, Rn. 222; *Schwacke*, Juristische Methodik, 5. Auflage 2011, S. 82; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Auflage 2015, S. 54, jeweils m.w.N.

⁴² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 3.3.2004, Az. 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 (56 f.) m.w.N.

⁴³ *Wienbracke*, Juristische Methodenlehre, 2013, Rn. 134 m.w.N.

⁴⁴ Demgegenüber bestimmt § 6 öster. ABGB unter der amtlichen Überschrift „Auslegung“ Folgendes: „Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet“.

⁴⁵ Vgl. *Goethe*, Faust: „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter“, zitiert nach *Radbruch*, Gesamtausgabe, Band 1, 1987, S. 149.

⁴⁶ *Wienbracke*, Juristische Methodenlehre, 2013, Rn. 134 m.w.N.

⁴⁷ Grundlegend: *von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, 1840, S. 213.

⁴⁸ Siehe nur BVerfG, Urteil vom 7.6.2005, Az. 1 BvR 1508/96, BVerfGE 113, 88 (104) unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 24.5.1995, Az. 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 (81). Aus jüngster Zeit vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.6.2018, Az. 1 BvL 7/14 und 1375/14, NZA 2018, S. 774 (780 f.).

(systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung).⁴⁹

Wie bereits an anderer Stelle dargetan, lässt sich in diesen Kanon der etablierten („klassischen“) juristischen Auslegungskriterien – präziser: die teleologische Auslegung⁵⁰ – richtigerweise⁵¹ ebenfalls die bei deutschen Juristen gemeinhin auf Widerstand stoßende,⁵² „ursprünglich in den USA entwickelte⁵³“ sog. Ökonomische Analyse⁵⁴ des Rechts [...] unaufgeregt [...] einpassen: Soweit dieser Ansatz nicht *de lege ferenda* eine an ökonomischer Effizienz ausgerichtete Rechtssetzung fordert, sondern darüber hinaus in Bezug auf die bestehenden Gesetze (*de lege lata*) deren Auslegung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten postuliert, ist dieses Vorbringen insoweit berechtigt, als die betreffende Rechtsnorm⁵⁵ eine ökonomische Zielsetzung verfolgt [...]. Sofern dies hingegen nicht der Fall ist, handelt es sich bei den ökonomischen Folgen einer Regelung immer nur um eine unter vielen der im Rahmen der Folgenbetrachtung relevanten Aspekte (ferner z.B. soziale, ökologische). In einer solchen Konstellation gleichwohl auf einem unbedingten Primat der Ökonomie über das Recht zu beharren, würde deren Bedeutung überschätzen und sich daher in der Tat als rechtsmethodisch verfehlt erweisen. Vielmehr gilt umgekehrt die ‚Herrschaft des Rechts auch über die Wirtschaft‘, d.h. die Belange der Letzteren sind auf juristischer Ebene nur nach Maßgabe des Ersteren relevant – oder eben auch nicht.“⁵⁶ Exemplifiziert sei beides anhand der nachfolgenden Entscheidungen zum einen des BGH⁵⁷ und zum anderen des BVerfG⁵⁸, auch wenn in diesen die „ökonomische Analyse des Rechts“ jeweils nicht *expressis verbis* adressiert worden ist.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 17.5.1960, Az. 2 BvL 11/59 und 11/60, BVerfGE 11, 126 (130).

⁵⁰ Engel, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, 3. Auflage 2012, § 2 Rn. 66; Janson, Ökonomische Theorie im Recht, 2004, S. 162 f., 179, 199 f.; Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 501 ff.; Rodi, Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts, 2014, S. 17 m.w.N.; Rühl, in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 3. Auflage 2016, § 11 Rn. 20 m.w.N.

⁵¹ Die Frage, ob ökonomische Argumente einzig dem Gesetzgeber oder nicht vielmehr auch dem Rechtsanwender zustehen, ist str., siehe die Nachweise hierzu bei Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, § 5 Rn. 135.

⁵² So der Befund von Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage 2008, S. 648. Bezüglich der namentlich von Fezer, JZ 1986, S. 817, ders., JZ 1988, S. 223 und Ott/Schäfer, JZ 1988, S. 213 geführten Kontroverse (ferner siehe Kirchgässner, JZ 1991, S. 104) derzeit eine gewisse Beruhigung konstatierend: Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 497.

⁵³ Grundlegend: Coase, 4 *Economica* 386 (1937); ders., *Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1; Posner, *Economic Analysis of Law*, 1. Auflage 1973. Einen Kurzüberblick über die historische Entwicklung der ökonomischen Rechtsanalyse gibt Schäfer, *Die ökonomische Analyse des Rechts*, 2017, S. 46 ff. m.w.N. Dort (S. 3 ff., 27 ff. m.w.N.) auch zu den verschiedenen Strömungen und dem „ökonomischen Paradigma“ als Grundannahme.

⁵⁴ Zur Terminologie („Analyse“ bzw. „Theorie“) siehe Kirchner, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997, S. 5 f. Zum Unterschied zwischen Ökonomie und Ökonomik siehe Petersen/Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 1 (3) m.w.N.

⁵⁵ Die Frage, ob es sich bei ökonomischer Effizienz um ein allgemeines Rechtsprinzip handelt (hierzu siehe etwa Lieth, *Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre*, 2007, S. 122 ff. m.w.N.), kann insoweit folglich dahingestellt bleiben.

⁵⁶ Wienbracke, *Juristische Methodenlehre*, 2013, Rn. 206 m.w.N. Vgl. auch Janson, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, S. 179: „Berücksichtigung dieser [normativen ökonomischen] Kriterien [...] und nicht [...] grundsätzliche Neuordnung des Rechts“ (Hervorhebungen im Original).

⁵⁷ Eine Kommentierung von zwölf höchstrichterlichen (BGH-)Entscheidungen aus ökonomischer Sicht nehmen vor Kötz/Schäfer, *Judex oeconomicus*, 2003. Zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts siehe das gleichnamige, in der 5. Auflage 2012 erschienene Lehrbuch von Schäfer/Ott. Zum Zivil- und auch zum Strafrecht siehe Adams, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 2. Auflage 2004.

⁵⁸ Zu dessen Apotheken-Urteil (BVerfG, Urteil vom 11.6.1958, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377) siehe Petersen/Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 1 (10 f.).

So ist bereits von berufenerer Stelle⁵⁹ herausgearbeitet worden, dass der BGH im zivilrechtlichen Eishockey-Puck-Fall⁶⁰ auf Basis der ihm durch den Gesetzgeber vorgegebenen wirtschaftlichen Folgenbetrachtung *de facto* ähnlich wie – die durch das OLG Rostock⁶¹ ausdrücklich rezipierte Formel von – *Circuit Judge L. Hand in United States v. Carroll Towing Co.*⁶² in gewissem Umfang durchaus ökonomische Überlegungen (konkret: im Sinne des *cheapest cost avoider*) angestellt hat.

Demgegenüber war es dem BVerfG in seinem zum Rauchverbot in Gaststätten ergangenen Urteil⁶³ aus (Verfassungs-)Rechtsgründen verwehrt, wirtschaftliche Effizienzüberlegungen gegen dieses Verbot anzuführen: Obgleich das dortige Mehrheitsvotum unumwunden konzidierte, dass ein Rauchverbot in Gaststätten einen „schwerwiegenden Eingriff“ in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung der Gastwirte darstellt – „in Anbetracht eines Raucheranteils von 33,9 % unter der erwachsenen Bevölkerung in Deutschland [...] kann dies[es Verbot] je nach Ausrichtung der gastronomischen Angebote und der damit angesprochenen Besucherkreise für die Betreiber der Gaststätten zu empfindlichen Umsatzrückgängen“ und damit zur „Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz“ führen bzw. „sogar zur Schließung des Geschäftsbetriebs zwingen“ –, sei der Gesetzgeber gleichwohl dazu befugt, namentlich die ökonomischen Interessen der Gaststättenbetreiber letztlich in vollem Umfang hinter dem mit dem Rauchverbot verfolgten Ziel des Gesundheitsschutzes zurücktreten zu lassen. Denn hierbei handele es sich um einen „überragend wichtigen Gemeinwohlbelang“, bezüglich dessen Art. 2 Abs. 2 GG eine Schutzpflicht des Staates statuiere. „Da die Gesundheit und erst recht das menschliche Leben zu den besonders hohen Gütern zählen, darf ihr Schutz auch mit Mitteln angestrebt werden, die in das Grundrecht der Berufsfreiheit empfindlich eingreifen [...]. Der Gesetzgeber ist daher von Verfassungs wegen nicht gehalten, mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der Betreiber von Gaststätten Ausnahmen von einem Rauchverbot für Gaststättenbetriebe [...] zuzulassen. Er kann sich vielmehr für ein Konzept des Nichtraucher-schutzes entscheiden, das einer möglichst großen Reichweite und Effizienz des Schutzes vor den Gefahren des Passivrauchens Priorität gibt.“⁶⁴

Vermögen demzufolge „[a]uch die besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von [...] Gaststätten [...] den Gesetzgeber [...] nicht [dazu zu] zwingen, seinen Entschluss zur strikten Verfolgung überragend wichtiger Gemeinwohlbelange [...] aufzugeben“,⁶⁵ so sind Ausführungen wie diejenigen von *Viscusi*, der u.a. als *Cogan Professor of Law and Economics* an der *Harvard Law School* tätig war,⁶⁶ nicht nur in moralischen Kategorien als „zynisch“ zu klassifizieren,⁶⁷ sondern stehen aus Perspektive des deutschen Rechts ebenfalls in Widerspruch zu den nach Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG für jedwede Rechtssetzung und -anwendung maßgebenden, im vorstehenden Absatz benannten (grund-)rechtlichen Wertentscheidungen.⁶⁸ So liefert

⁵⁹ Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, § 5 Rn. 136 ff.

⁶⁰ BGH, Urteil vom 29.11.1983, Az. VI ZR 137/82, NJW 1984, S. 801.

⁶¹ OLG Rostock, Urteil vom 20.7.2006, Az. 7 U 117/04, NJW 2006, S. 3650 (3653) m.w.N.

⁶² 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947), abrufbar unter <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/159/169/1565896/> (letztmals abgerufen am 30.8.2018).

⁶³ BVerfG, Urteil vom 30.7.2008, Az. 1 BvR 3262/07, 402/08 und 906/08, BVerfGE 121, 317. Dazu siehe auch *Wienbracke*, Einführung in die Grundrechte, 2013, Rn. 275.

⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 30.7.2008, Az. 1 BvR 3262/07, 402/08 und 906/08, BVerfGE 121, 317 (355 ff.).

⁶⁵ BVerfG, Urteil vom 30.7.2008, Az. 1 BvR 3262/07, 402/08 und 906/08, BVerfGE 121, 317 (358 f.).

⁶⁶ <https://law.vanderbilt.edu/bio/w-kip-viscusi> (letztmals abgerufen am 30.8.2018).

⁶⁷ So A. Pulte, in: Bontrup/Korenke/Wienbracke, FS Pulte, 2012, S. 107 (113 f) m.w.N. u.a. auf eine weitere, ebenso zu qualifizierende Studie einer internationalen Unternehmensberatung.

⁶⁸ Vgl. allgemein Häberle, AöR 109 (1984), S. 36 (45) unter Hinweis u.a. auf die Menschenwürde; *Lepsius*, Die Verwaltung 32 (1999), S. 429 (433, 443 f.); *Lindner*, JZ 2008, S. 957 (960, 963) m.w.N. unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bezüglich einer – unfreiwilligen (vgl. Möllers, Juristische Metho-

Viscusi in seiner Studie zum Thema *Cigarette Taxation and the Social Consequences of Smoking* ein – unfreiwilliges – *argumentum ad absurdum* gegen die Heranziehung ökonomischer Effizienzüberlegungen speziell im Hinblick auf die staatliche Regulierung des Tabakkonsums (sei es unmittelbar durch [Rauch-]Verbote oder mittelbar durch verhaltenlenkende Steuern⁶⁹), wenn er ausführt, dass es nicht nur keine vernünftige Begründung für eine weitere Erhöhung von Zigarettensteuern gebe, sondern aufgrund des vorzeitigen Versterbens der Zigarettenraucher vielmehr im Gegenteil Netto-Kosteneinsparungen für die Gesellschaft gegen die bereits bestehenden Zigarettensteuern sprächen (*sic!*).⁷⁰

III. Unionsrecht

1. Rechtsstaatlichkeit

Nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG wirkt die Bundesrepublik Deutschland zur Verwirklichung eines vereinten Europas bei der Entwicklung der EU mit, die nach dieser Verfassungsbestimmung u.a. rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtet sein muss.

„Wenngleich diese ‚Struktursicherungsklausel‘ dazu dient, das Grundgefüge der geltenden bundesdeutschen Verfassungsordnung davor zu schützen, dass dieses im Wege der Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG aufgegeben wird, so wäre es dennoch verfehlt, die innerstaatlich insoweit geltenden verfassungsstaatlichen Anforderungen schematisch auf die supranationale Ebene zu übertragen und diese auf die uneingeschränkte Verwirklichung derselben Vorgaben zu verpflichten, die namentlich Art. 20 Abs. 1 GG für den Bund und die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch für die Länder vorschreibt (‚keine ‚strukturelle Kongruenz‘ oder gar Übereinstimmung der institutionellen Ordnung der EU mit der Ordnung, die das [...] Grundgesetz [...] für die innerstaatliche Ebene vorgibt‘). Denn die ‚Integrationsöffnungsklausel‘ des Art. 23 Abs. 1 GG öffnet das Grundgesetz für das Ziel, Deutschland in eine europäische Friedensordnung einzufügen und ermöglicht damit eine neue Gestalt politischer Herrschaft. Er geht geradezu davon aus, dass die in ihm benannten Grundsätze in der EU nicht in der gleichen Weise wie im Grundgesetz verwirklicht werden können. Muss diese daher keineswegs staatsanalog ausgestaltet sein, so sind Abweichungen von innerstaatlichen Organisationsprinzipien (‚Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG‘) mithin insoweit erlaubt, als sie durch die Erfordernisse einer auf dem Prinzip der Staatengleichheit gründenden und völkervertraglich ausgehandelten EU bedingt sind. Vielmehr richten sich die konkreten Anforderungen nach dem jeweils erreichten Integrationsstand, d.h. ‚dem Status und der Funktion der Union‘ (sog. ‚strukturangepasste Grundsatzkongruenz‘). Eine ‚absolute Grenze‘ wird der Einbindung Deutschlands in überstaatliche Strukturen allerdings durch Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG gezogen, soweit diese Norm auf Art. 79 Abs. 3 GG verweist. Zumindest den danach vor Veränderungen durch den verfassungsändernden Gesetzgeber geschützten Kernprinzipien des Grundgesetzes (‚Mindeststandard‘) muss die EU in ihren elementaren Strukturen daher aus deutscher Sicht entsprechen, kann

denlehre, 2017, § 5 Rn. 130, Fn. 293) – prädikativen Gendiagnostik. Zum Menschenbild des Grundgesetzes siehe BVerfG, Urteil vom 20.7.1954, Az. 1 BvR 459/52, 484/52, 548/52, 555/52, 623/52, 651/52, 748/52, 783/52, 801/52, 5/53, 9/53, 96/54 und 114/54, BVerfGE 4, 7 (15 f.) und zur EU-Ebene vgl. Art. 2 EUV sowie Art. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 EU-GrCh. Demgegenüber siehe zum Menschenbild des „homo oeconomicus“ etwa Schäfer, Die ökonomische Analyse des Rechts, 2017, S. 6 ff. m.w.N.

⁶⁹ Allgemein zu Lenkungssteuern siehe Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Auflage 2018, § 2 Rn. 11 m.w.N.

⁷⁰ *Viscusi*, NBER Working Paper No. 4891 (1994), S. 47, abrufbar unter <http://www.nber.org/papers/w4891> (letztmals abgerufen am 30.8.2018). Zur Regulierung von Zigaretten und Tabakindustrie siehe etwa Pötschke-Langer/Schaller, in: Curti/Effertz, FS Adams, 2013, S. 215.

Ersterer doch nicht mehr Rechte auf Letztere übertragen, als ihm selber zustehenden (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*). Diese vom BVerfG in seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon speziell in Bezug auf das Demokratieprinzip getroffenen Feststellungen gelten für die [...] rechtsstaatlichen [...] Grundsätze entsprechend.⁷¹

Dieser Forderung des deutschen Verfassungsrechts wird auf EU-Ebene durch Art. 2 S. 1 EUV Rechnung getragen.⁷² Der darin u.a. verankerte Unionswert der Rechts„staatlichkeit“ ist aus den Rechtsordnungen der Unionsstaaten übernommen worden.⁷³ Er umfasst insbesondere das „Vertrauen in das Recht“⁷⁴ bzw. die durch eine unabhängige Instanz rational gebändigte Herrschaft im Sinne einer rechtsgebundenen Kontrollierbarkeit der Ausübung von Hoheitsrechten anstelle von willkürlicher Regellosigkeit.⁷⁵

Auch wenn es insoweit nicht auf die Papierlage, sondern vielmehr auf die praktische Verwirklichung ankommt,⁷⁶ so fällt der diesbezügliche Befund speziell im hiesigen Kontext doch positiv aus: Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, der nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV das „Recht[...] bei der Auslegung^[77] und Anwendung der Verträge“ wahrt, sind „bei der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Kontext und die Ziele zu berücksichtigen [...], die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden, und insbesondere deren Entstehungsgeschichte.“⁷⁸

Diese mithin zu konstatierende terminologische Identität zwischen dem Kanon der für die Auslegung des nationalen deutschen Rechts einerseits und des europäischen Unionsrechts andererseits relevanten Kriterien⁷⁹ darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei deren Handhabung – ähnlich wie bei derjenigen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der Fall⁸⁰ – *en détail* durchaus Unterschiede zwischen beiden Ebenen auszumachen sind.⁸¹ Während beispielsweise der Wortlaut im deutschen⁸² Recht bekanntlich sowohl den Ausgangspunkt als auch die Grenze der Auslegung markiert und insoweit folglich Vorrang vor Systematik, Historie und Telos entfaltet,⁸³ kommt namentlich

⁷¹ Wienbracke, DVP 2013, S. 227 (230) m.w.N.

⁷² Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 10. Auflage 2016, Rn. 127.

⁷³ Pechstein, in: Streinz, EUV/AEU, 3. Auflage 2018, Art. 2 EUV Rn. 6. Die nach wie vor fehlende Staatsqualität der EU (dazu s.u. in Fn. 128) steht dieser Übertragung auf die EU nicht entgegen, siehe Calliess, in: ders./Ruffert, EUV/AEU, 5. Auflage 2016, Art. 2 EUV Rn. 25 m.w.N.

⁷⁴ Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Europäische Union, Art. 2 EUV Rn. 34 f.

⁷⁵ Müller-Graff, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: 44. EL Februar 2018, A.I. Rn. 106.

⁷⁶ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 10. Auflage 2016, Rn. 127.

⁷⁷ Zur Frage der Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH siehe Hillgruber, in: Behrens/Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse des Europarechts, 2012, S. 1 (6 ff.); Neuner, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 12, jeweils m.w.N.

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 44 m.w.N. Instruktiv: EuGH, Urteil vom 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 129 ff. Dazu siehe Wienbracke, ZEUS 2013, S. 1.

⁷⁹ Vgl. Kutscher, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, 1976, S. I-6, I-31; Streinz, Europarecht, 10. Auflage 2016, Rn. 625 m.w.N.

⁸⁰ Dazu siehe Wienbracke, StuW 2017, S. 377 (389) m.w.N.

⁸¹ Vgl. Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 6. Auflage 2015, Rn. 398; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band II: Europarecht, 3. Auflage 2012, Rn. 8 (Fn. 5) m.w.N.; Stotz, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 22 Rn. 11 ff. m.w.N.

⁸² Ebenso in Bezug auf das Unionsrecht: Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 5. Auflage 2016, Art. 19 EUV Rn. 13 m.w.N. Vgl. auch Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 7. Auflage 2016, § 9 Rn. 170.

⁸³ Wienbracke, Juristische Methodenlehre, 2013, Rn. 215 m.w.N.

der grammatischen (und historischen) Auslegung des Unionsrechts ein tendenziell geringeres Gewicht zu als der teleologischen (und systematischen).⁸⁴ Dies namentlich deshalb, weil jede sprachliche Abfassung des AEUV dadurch wieder relativiert wird, dass nach der ausdrücklichen Regelung des Art. 55 Abs. 1 Hs. 1 EUV i.V.m. Art. 358 AEUV der Wortlaut der übrigen 23 dort genannten Sprachen gleichermaßen verbindlich ist.⁸⁵ Gilt Entsprechendes nach Art. 4 i.V.m. Art. 1 der Verordnung Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft⁸⁶, so vermochte der EuGH etwa in der Rs. 100/84 deshalb, weil namentlich die deutsche Fassung der dort in Rede stehenden Ordnungsbestimmung der englischsprachigen gegenüberstand, aus einer vergleichenden Untersuchung der verschiedenen sprachlichen Fassungen keinerlei Schlussfolgerungen zugunsten irgendeiner der vorgetragenen Rechtsauffassungen zu ziehen, d.h. konnte „aus der verwendeten Terminologie rechtlich nichts ableiten“; vielmehr sah er sich ob dieser Divergenz für die Auslegung der fraglichen Regelung dazu gehalten, auf deren „allgemeinen Aufbau und [...] Zweck“ zu rekurrieren.⁸⁷

Dem völkerrechtlichen Grundsatz *ut res magis valeat quam pereat* folgend, räumt der EuGH im Ergebnis derjenigen Auslegung den Vorzug ein, welche die Verwirklichung des betreffenden Vertragsziels, dessen „praktische“ bzw. „volle“ Wirksamkeit, am meisten fördert, d.h. möglichst effektiv zur Geltung bringt.⁸⁸ Die Heranziehung dieses auch sog. Effektivitätsgrundsatzes (*effet utile*⁸⁹, vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) als Element der teleologischen Norminterpretation⁹⁰ wird vom BVerfG als „Teil des vom Grundgesetz gewollten Integrationsauftrags“⁹¹ mittlerweile⁹² akzeptiert.

2. Grundfreiheiten

Wie einleitend dieses Beitrags aufgezeigt (s.o. I.), besteht der Zweck speziell der Europäischen Grundfreiheiten in der ökonomischen Zielsetzung der Integration der vormals gegeneinander abgeschotteten nationalen Märkte und damit letztlich in der optimalen Allokation wirtschaftlicher Ressourcen;⁹³ die Art. 28 ff. AEUV gewährleisten den transnationalen Marktzugang auch im Interesse der gesamtwirtschaftlichen Effizienz (Prinzip des komparativen Kostenvorteils).⁹⁴ Gleichwohl lässt sich gerade in Bezug auf die

⁸⁴ Vgl. *Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, 1976, S. I-7, I-17, I-23, I-38; *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 7 Rn. 26 f., 35 m.w.N.

⁸⁵ Vgl. *Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, 1976, S. I-18, I-21; *Rühl*, in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 3. Auflage 2017, § 11 Rn. 18 m.w.N.

⁸⁶ ABl. EG P 17 vom 6.10.1958, S. 385.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 28.3.1985, Rs. 100/84, ECLI:EU:C:1985:155, Rn. 15 ff. m.w.N.

⁸⁸ *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 19 EUV Rn. 45; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 64. EL Mai 2018, Art. 19 EUV Rn. 57 f.; *Streinz*, Europarecht, 10. Auflage 2016, Rn. 625; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 19 EUV Rn. 16, jeweils mit Nachweisen aus der EuGH-Rechtsprechung.

⁸⁹ Franz.; wörtlich: „nützliche Wirkung“.

⁹⁰ *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 7 Rn. 30; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 7. Auflage 2016, § 9 Rn. 178 m.w.N.

⁹¹ BVerfG, Urteil vom 30.6.2009, Az. 2 BvE 2/08, 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08 und 182/09, BVerfGE 123, 267 (352).

⁹² Zuvor vgl. hingegen noch BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, Az. 2 BvR 2134/91 und 2159/92, BVerfGE 89, 155 (210).

⁹³ Siehe ebenfalls *Herdegen*, Europarecht, 19. Auflage 2017, § 14 Rn. 2; *Kirchner*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Auflage 2010, § 5 Rn. 15.

⁹⁴ *Müller-Graff*, in: ders., Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 2015, § 1 Rn. 74.

Grundfreiheiten – und damit ebenso wie allgemein bei den deutschen Gerichten der Fall (s.o. II.) – eine deutliche Zurückhaltung des EuGH in Bezug auf den Einsatz von ökonomischen Argumenten ausmachen.⁹⁵ Wie hierauf im grundfreiheitlichen⁹⁶ Kontext aber durchaus abstellende Schlussanträge eines Generalanwalts⁹⁷ und derartige Begründungen sehr wohl bemühte EuGH-Entscheidungen⁹⁸ zu anderen Binnenmarkt Bereichen⁹⁹ belegen, besteht der Grund für die vorerwähnte Zögerlichkeit jedoch keinesfalls etwa in spezifischen Vorbehalten gegen die ökonomische Analyse des Rechts als solche;¹⁰⁰ auch ist der durch den Wortlaut der Grundfreiheiten gezogene Rahmen hinreichend weit, d.h. einer „wohlfahrtsoptimalen Interpretation“ gegenüber offen.¹⁰¹ Vielmehr wird dieser Befund letztlich auf die Ausbildung und Zusammensetzung der Richter des EuGH zurückgeführt.¹⁰² Immerhin hat dieser aber darauf hingewiesen, dass der nunmehrige Art. 3 EUV „die Errichtung eines Marktes mit freiem Warenverkehr unter Bedingungen eines nicht verfälschten Wettbewerbs zum Ziel [hat]. Die Artikel [28 ff. AEUV] sind somit im Lichte dieses Grundsatzes auszulegen; dies bedeutet, daß der [...] Wettbewerbsaspekt zu berücksichtigen ist.“¹⁰³

Drängt die ökonomische Binnenmarktzielsetzung damit nachgerade zu einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ (im hiesigen Sinn, s.o. II.) im Rahmen der teleologischen Auslegung¹⁰⁴ speziell¹⁰⁵ der mitunter denn immer noch als „Marktfreiheiten“¹⁰⁶ bezeichneten Grundfreiheiten als primärrechtlich designierten Binnenmarktverwirklichungsinstrumenten,¹⁰⁷ so erweist sich die Generalität dieser Aussage bei einem näheren Blick auf die

⁹⁵ *Franck*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 5 Rn. 59.

⁹⁶ Zum Sekundärrecht siehe EuGH, Urteil vom 10.1.2006, Rs. C-402/03, ECLI:EU:C:2006:6, Rn. 28 ff.; *GA Geelhoed*, Schlussanträge vom 27.9.2001, Rs. C-51/00, ECLI:EU:C:2001:496, Rn. 40, 67.

⁹⁷ *GA Maduro*, Schlussanträge vom 23.5.2007, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:292, Rn. 33.

⁹⁸ Zum nunmehrigen Art. 102 AEUV siehe EuGH, Urteil vom 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rn. 71. Demgegenüber siehe *Frenz*, WRP 2013, S. 428 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH, wonach Letzterer den *more economic approach* sowohl im Rahmen von Art. 101 AEUV als auch von Art. 102 AEUV abgelehnt habe; vgl. auch *Ackermann*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 21 Rn. 22 m.w.N. Zur Frage einer defizitären gerichtlichen Wettbewerbskontrolle u.a. durch eben diesen Ansatz siehe *Frenz*, EuR 2010, S. 490. Vgl. aber auch *Glöckner*, WRP 2003, S. 1327 (1329) unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 13.7.1966, verb. Rs. 56/64 und 58/64, ECLI:EU:C:1966:41 sowie *Wernicke*, EuZW 2017, S. 859 (860 f.) zu EuGH, Urteil vom 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632.

⁹⁹ Aus dem Schrifttum siehe speziell zum Europäischen Beihilfenrecht *Behrens*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, EU-Beihilfenrecht, 2013, Einleitung Rn. 153 ff. und zum Europäischen Steuerrecht *Kraft*, FR 2017, S. 405 ff., jeweils m.w.N.

¹⁰⁰ *Reyes y Ráfales*, BRJ 01/2014, S. 41 (42) m.w.N.

¹⁰¹ *Reyes y Ráfales*, BRJ 01/2014, S. 41 (46); *ders.*, Die Warenausfuhrfreiheit: ein Beschränkungsverbot, 2017, S. 172 f. in Bezug speziell auf die Warenverkehrsfreiheit.

¹⁰² Vgl. *Franck*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 5 Rn. 59 m.w.N.

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 19.3.1991, Rs. C-202/88, ECLI:EU:C:1991:120, Rn. 47 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 10.1.1985, Rs. 229/83, ECLI:EU:C:1985:1, Rn. 9.

¹⁰⁴ *De facto* freilich weist „[a]ufgrund der großen interpretativen Spielräume die Rechtsanwendung bei den Grundfreiheiten große Ähnlichkeiten mit der Rechtssetzung auf“, *Reyes y Ráfales*, Die Warenausfuhrfreiheit: ein Beschränkungsverbot, 2017, S. 173 (Fn. 1021). I.d.S. ebenfalls *Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, 1976, S. I-9, I-36.

¹⁰⁵ Allgemein den der wirtschaftlichen Integration dienenden Charakter des EU-Rechts hervorhebend: *Kirchner*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Auflage 2010, § 5 Rn. 17. Vgl. auch *Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, 1976, S. I-41.

¹⁰⁶ *Seiler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Europäische Union, Stand: 64. EL Mai 2018, Art. 113 AEUV Rn. 56.

¹⁰⁷ Vgl. *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: Tiedje, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 27 ff. m.w.N.; *ders.*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 5 Rn. 52; *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag, 2000,

vier¹⁰⁸ grundfreiheitlichen Prüfungsebenen von (1) Anwendbarkeit, (2) Schutzbereich, (3) Eingriff und (4) Rechtfertigung – Letztere mit der Binnengliederung in (4a) Schranken und (4b) Schranken-Schranken – freilich dahingehend als relativierungsbedürftig, als dass die Art. 28 ff. AEUV im Ergebnis richtigerweise allein insoweit einer ökonomischen Interpretation (im Sinne des hiesigen Ansatzes, s.o. II.) zugänglich sind, als diese Bestimmungen nicht der vorgenannten Prüfungsebene (1) oder (4a)¹⁰⁹ zuzuordnen sind.¹¹⁰

Denn sowohl mit Bereichsausnahmevorschriften¹¹¹ wie Art. 45 Abs. 4 AEUV (ferner: Art. 51 Abs. 1 AEUV, ggf. i.V.m. Art. 62 AEUV) betreffend die Anwendbarkeit einer Grundfreiheit als auch mit den geschriebenen¹¹² Rechtfertigungsgründen, z.B. den in Art. 36 S. 1 AEUV normierten Schranken der Warenverkehrsfreiheit, verfolgen die Vertragsstaaten gerade jeweils keine ökonomischen Zwecke, vgl. auch die in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 bis UAbs. 4 EUV u.a. genannten sozialen und ökologischen Zielsetzungen.¹¹³ Lassen sich diese nicht-ökonomischen¹¹⁴ Zielsetzungen im Fall des Art. 36 S. 1 AEUV bereits unmittelbar aus dessen Wortlaut deduzieren – der explizit und enumerativ¹¹⁵ die „Gründe[...] der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit“, den Gesundheitsschutz (vgl. auch Art. 45 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 1 AEUV, ggf. i.V.m. Art. 62 AEUV) sowie fernerhin den Schutz „des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums“ benennt –, so trägt Absatz 4 von

S. 150 ff., 163 m.w.N.; *Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, 1976, S. I-43; *Reyes y Ráfales*, BRJ 01/2014, S. 41 (46) m.w.N.; *Rühl*, in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 3. Auflage 2017, § 11 Rn. 21 m.w.N.; *Schilling*, Konkretisierungs-kompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht, 2009, S. 442; *Straßburger*, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten, S. 32 m.w.N. Näher: *Reyes y Ráfales*, Die Warenausfuhrfreiheit: ein Beschränkungsverbot, S. 233 ff. m.w.N.

¹⁰⁸ Vgl. *Wienbracke*, EuR 2012, S. 483 ff. m.w.N. Nach dem von der h.M. vorgeschlagenen dreistufigen Schema ist die „Anwendbarkeit“ als Unterpunkt der Schutzbereichseröffnung zu prüfen, siehe nur *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage 2014, § 7 Rn. 136. Anders wiederum etwa *Hobe*, Europarecht, 8. Auflage 2014, Rn. 643.

¹⁰⁹ A.A. insoweit *Reyes y Ráfales*, BRJ 01/2014, S. 41 (45) m.w.N., falls es sich bei der wirtschaftlichen Zielsetzung nur um ein Zwischenziel handelt.

¹¹⁰ Vgl. allgemein zum Ausschluss ökonomischer Erwägungen durch den Rechtsanwender aufgrund entgegenstehender Wertungen des Gesetzgebers *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 5 Rn. 130 f., 133 m.w.N. Speziell im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten vgl. *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: Tiedje, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 18, 30 m.w.N.; *Reyes y Ráfales*, Die Warenausfuhrfreiheit: ein Beschränkungsverbot, 2017, S. 168.

¹¹¹ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Europäische Union, Stand: 64. EL Mai 2018, Art. 45 AEUV Rn. 423 m.w.N. auch zur a.A. (Rechtfertigungsgründe).

¹¹² Freilich erkennt der EuGH in ständiger Rechtsprechung (grundlegend: EuGH, Urteil vom 20.2.1979, Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 8) neben den geschriebenen auch noch die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der „zwingenden Gründe des Allgemeinwohls“ an (so zu sämtlichen Grundfreiheiten EuGH, Urteil vom 30.11.1995, Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, Rn. 37). Rein wirtschaftliche Gründe gehören jedoch gerade nicht hierzu, siehe nur EuGH, Urteil vom 28.4.1998, Rs. C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167, Rn. 39.

¹¹³ Vgl. *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: Tiedje, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 29 f. m.w.N.; *ders.*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 5 Rn. 19 m.w.N.; *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag, 2000, S. 152, 167 f.; *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 26 AEUV Rn. 14; *Rühl*, in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 3. Auflage 2017, § 11 Rn. 21 m.w.N. Siehe aber auch *Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 1 (12) m.w.N.

¹¹⁴ Vgl. *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 36 AEUV Rn. 33 m.w.N.

¹¹⁵ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2. Auflage 2018, Art. 36 AEUV Rn. 3.

Art. 45 AEUV, wonach dessen Absätze 1 bis 3 „keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ finden, der EuGH-Rechtsprechung zufolge dem berechtigten Interesse der Mitgliedstaaten daran Rechnung, ihren eigenen Staatsangehörigen solche Stellen vorzubehalten, die einen Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und der Wahrung allgemeiner Belange aufweisen.¹¹⁶

Exemplarisch zum vorerwähnten Gesundheitsschutz *Mand*: „Der Gerichtshof [...] umschreibt [den diesbezüglichen mitgliedstaatlichen Regelungsspielraum] regelmäßig mit folgender Formel: ‚Es ist Sache der Mitgliedstaaten, unter Beachtung des [Unions]rechts und insbesondere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen, auf welchem Niveau sie deren Schutz [der Gesundheit] gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll.‘ Nimmt man den letzten Halbsatz dieser Formel ernst, müssten die Mitgliedstaaten durch Regulierung [...] ein besonders hohes Maß an Gesundheitsschutz festlegen können, selbst wenn dies bei strikt ökonomischer Betrachtung ineffizient erscheint“¹¹⁷ – was im Lichte der hiesigen Ausführungen im vorstehenden Absatz m.E. in der Tat zutrifft (vgl. auch oben II.).¹¹⁸

Allgemein formuliert unterliegt eine singulär an ökonomischer Effizienz ausgerichtete Handhabung der Grundfreiheiten im Ergebnis damit vergleichbaren Limitierungen, wie sie im Schrifttum¹¹⁹ in Bezug auf das seinerseits ressourcenzuteilende, mitunter gleichfalls zu erheblichen Transaktions- und Informationskosten führende deutsche Öffentliche Recht herausgearbeitet worden sind. Ebenso wie dort etwa kein Gericht Allokationsentscheidungen treffen darf, die namentlich gegen die Grundrechte des deutschen Grundgesetzes verstoßen (s.o. II.),¹²⁰ findet auf EU-Ebene das Streben nach ökonomisch effizienter Ressourcenallokation und damit einhergehend einer diesem Telos entsprechenden Interpretation der diesbezüglichen Grundfreiheitsvorschriften in Art. 3 EUV und Art. 26 Abs. 2, Art. 28 ff. AEUV zwar seine juristisch-normative Grundlage, zugleich aber auch – wie zudem noch in den normhierarchisch jeweils gleichrangigen Vorschriften des EUV (Art. 1 Abs. 2 AEUV), der EU-GrCh (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV) und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des EU-Rechts (vgl. Art. 340 Abs. 2 AEUV) – seine Grenze (vgl. auch oben II.).¹²¹

Und auch sofern die Interpretation von solchen Elementen der Grundfreiheitenbestimmungen in Rede steht, die nach dem Vorstehenden nicht *a priori* einer im *supra sub* II. aufgezeigten Sinn „ökonomischen Analyse“ entzogen ist, soll diese vorliegend gerade nicht – wie mitunter jedoch namentlich ursprünglich von *Posner*¹²² vertreten – dahingehend verstanden werden, *ohne Weiteres* „ökonomische Effizienzgesichtspunkte“¹²³ bei der Auslegung der Norm als [alleinige] Leitlinien heranzuziehen¹²⁴ und damit auch im

¹¹⁶ EuGH, Urteil 17.12.1980, Rs. 149/79, ECLI:EU:C:1980:297, Rn. 19. Speziell aus deutscher Sicht („Verfassungstreue“ und „Demokratieprinzip“) siehe *Kreuschitz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 45 AEUV Rn. 154 m.w.N.

¹¹⁷ *Mand*, WRP 2008, S. 906 (912) m.w.N.

¹¹⁸ Vgl. allgemein auch *Ott/Schäfer*, JZ 1988, S. 213 (219).

¹¹⁹ *Häberle*, AöR 109 (1984), S. 36 (45); *Lepsius*, Die Verwaltung 32 (1999), S. 429 (433, 443 f.); *Lindner*, JZ 2008, S. 957 (958, 963), jeweils m.w.N.

¹²⁰ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Auflage 2005, S. 480 ff.

¹²¹ Vgl. *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: Tiedje, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 20 f., 30. Zum weiteren Einwand der Unterkomplexität ökonomischer Modellannahmen siehe *Morlok*, in: Engel/Morlok, Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 10 f.

¹²² Hierzu sowie zu dessen nachfolgendem Wandel siehe *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Auflage 2009, S. 166 ff., 205 ff. m.w.N.

¹²³ Zum Effizienzbegriff in der Wohlfahrtsökonomik (*Pareto-* und *Kaldor-Hicks-Kriterium*) siehe *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2011, § 12 Rn. 24.

¹²⁴ *Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 1 (9) m.w.N.

hiesigen Kontext den einschlägigen wirtschaftswissenschaftlichen Ansätzen¹²⁵ ungehindert das Tor in Bezug auf die Norminterpretation zu öffnen.

Denn schließlich haben die Vertragsparteien nicht nur in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV das Binnenmarktziel vorgegeben, sondern darüber hinaus in den Art. 28 ff. AEUV (sowie ferner den hier nicht näher thematisierten Art. 101 f., Art. 107 ff. und Art. 110 f. AEUV) das zur Erreichung dieses ökonomischen Ziels einzusetzende Instrumentarium in Gestalt der Grundfreiheiten zugleich mitgeliefert (s.o. I.) – wodurch insoweit dem Rechtsanwender sowohl die Aufgabe als auch die Befugnis genommen wird, die hierdurch erstrebte wirtschaftliche Effizienz auf anderem Weg als dem in Art. 26 Abs. 2 AEUV vorgegebenen „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist“, zu erreichen. Vielmehr wird durch diese Positivierung die „zentrale Frage [der Rechtsökonomik], mit welchen Mitteln das gesetzgeberische Ziel optimal – bei möglichst geringen Nebenwirkungen – erreicht werden kann“¹²⁶, für den hiesigen Kontext rechtsverbindlich beantwortet.

Lässt sich diese juristische Determinierung ihrerseits allerdings – wie gezeigt (s.o. I.) – auf die (normative) ökonomische Theorie zurückführen, so legitimiert dieser Befund¹²⁷ eine Auslegung bzw. Konkretisierung¹²⁸ der Grundfreiheiten auf deren Schutzbereichs-, Eingriffs- und partiell der Schranken-Schranken-Ebene unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten wie folgt: Um das in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV primärrechtlich vorgegebene Binnenmarktziel zu erreichen, sind, soweit die in den Art. 28 ff. AEUV verankerten Grundfreiheiten als Instrumente zu dessen Verwirklichung (vgl. Art. 26 Abs. 2 AEUV) in Rede stehen, im vorgenannten Umfang, d.h. auf den Prüfungsebenen (2), (3) und – in Teilen – (4b), so zu interpretieren, dass mit ihrer Hilfe namentlich die von der Kommission in ihrem Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes¹²⁹ benannten materiellen, technischen und steuerlichen Schranken zwischen den Einzelmärkten der Mitgliedstaaten beseitigt werden, d.h. durch die „Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt“¹³⁰ das Binnenmarktziel möglichst verwirklicht wird.¹³¹ Zu fragen ist insofern mithin nach der effizientesten Methode, mittels derer Beeinträchtigungen namentlich des EU-binnengrenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs reduziert und Wohlfahrtsgewinne optimiert werden können (Herstellung von Kosteneffizienz durch Minimierung der Transaktionskosten für derartige Tauschvorgänge).¹³²

¹²⁵ Überblicksartig zu diesen siehe *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 498 ff. m.w.N. und unten bei dem in Fn. 208 Genannten.

¹²⁶ *Rodi*, Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts, 2014, S. 16 m.w.N.

¹²⁷ Vgl. *Häberle*, AöR 109 (1984), S. 36 (43) m.w.N. („Effizienz lässt sich nicht normativ aus dem Nichts bestimmen“) und oben Fn. 55.

¹²⁸ Vgl. hierzu in Bezug auf das Verfassungsrecht: *Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 12 ff. m.w.N. Zum EUV und AEUV als – trotz nach wie vor fehlender Staatsqualität der EU (vgl. BVerfG, Urteil vom 30.6.2009, Az. 2 BvE 2/08, 5/08, 2 BvR 1010/09, 1022/09, 1259/08 und 182/09, BVerfGE 123, 267 [369 ff.]; BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, Az. 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 [303]) – „Verfassungsurkunde“ vgl. EuGH, Urteil vom 23.4.1986, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 und EuGH, Gutachten vom 14.12.1991, Gutachten 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, Rn. 21, jeweils in Bezug auf den EWG-Vertrag.

¹²⁹ KOM(85) 310.

¹³⁰ EuGH, Urteil vom 5.5.1982, Rs. 15/81, ECLI:EU:C:1982:135, Rn. 33.

¹³¹ Vgl. *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: *Tiedje*, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 28 m.w.N.

¹³² *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: *Tiedje*, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 29 m.w.N.; *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Auflage 2011, Rn. 132.

Bevor die Bedeutung dieser generellen Direktive für die Handhabung der betreffenden grundfreiheitlichen Prüfungsschritte nachfolgend konkretisiert wird, sei vorab darauf hingewiesen, dass obgleich die dortigen Ausführungen sich exemplarisch jeweils nur auf eine bestimmte Grundfreiheit beziehen, die diesbezüglichen Ausführungen aufgrund der gemeinsamen Binnenmarktausrichtung sämtlicher Grundfreiheiten – ganz im Sinne von deren Konvergenz (s.o. I.) – grundsätzlich zugleich *pars pro toto* für die jeweils anderen Grundfreiheiten zu verstehen sind.

a) Schutzbereich

Bricht man die allgemeine Zielvorgabe der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt (*level playing field*; vgl.o. I.)¹³³ auf die einzelnen grundfreiheitlichen Prüfungsebenen herunter, so ergibt sich mit Blick auf den Schutzbereich der Grundfreiheiten, dass insbesondere der persönliche Schutzbereich¹³⁴ (sofern existent¹³⁵) sowie innerhalb des sachlichen Schutzbereichs das Schutzgut¹³⁶ und das (binnen-)grenzüberschreitende Element¹³⁷ jeweils extensiv zu handhaben sind¹³⁸ – wären die grundfreiheitlichen Verpflichtungsadressaten in Anbetracht der kumulativen Verknüpfung u.a. dieser positiven Tatbestandsmerkmale andernfalls doch dazu berechtigt, die betreffenden Verhaltensweisen ohne grundfreiheitlichen Rechtfertigungsdruck zu beeinträchtigen.¹³⁹

In Richtung dieses aus allgemeinen rechtssystematischen Überlegungen („Regel-Ausnahme-Verhältnis“) resultierenden Auslegungsergebnisses¹⁴⁰ drängen ebenfalls die nachfolgenden ökonomisch-teleologischen Überlegungen. Dem im unionsrechtlichen Kontext demgegenüber generell eher nur schwachen Wortlautargument (s.o. III.1.) misst der EuGH¹⁴¹ insoweit hingegen lediglich in dem Sinne Bedeutung bei, als dass die grammatische Auslegung der betreffenden Grundfreiheitenbestimmung dem durch die beiden vorgenannten Auslegungsmethoden fundierten Interpretationsergebnis nicht entgegensteht.

aa) Persönlicher Schutzbereich

So heißt es im *Clean Car Autoservice*-Urteil des EuGH in Bezug auf die von diesem darin letztlich bejahte Frage, ob sich auf den im nunmehrigen Art. 45 AEUV verankerten und explizit allein „Arbeitnehmer“ erwähnenden Gleichbehandlungsgrundsatz ebenfalls ein Arbeitgeber mit Erfolg zu berufen vermag, dass die in diesem Artikel genannten Rechte zwar zweifelsohne den dort unmittelbar genannten Personen, d.h. den Arbeitnehmern, zustünden; doch sei dieser Vorschrift kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass

¹³³ Vgl. *Reyes y Ráfales* Die Warenausfuhrfreiheit: ein Beschränkungsverbot, S. 173 in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit.

¹³⁴ Dazu vgl. etwa EuGH, Urteil vom 7.3.1990, Rs. C-362/88, ECLI:EU:C:1990:102, Rn. 8.

¹³⁵ Zur insoweit keinerlei Einschränkungen enthaltenden Waren- sowie Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit siehe *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage 2014, § 7 Rn. 50 m.w.N.

¹³⁶ Vgl. nur EuGH, Urteil vom 26.4.2007, Rs. C-392/05, ECLI:EU:C:2007:251, Rn. 67 m.w.N.

¹³⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 7.5.1997, Rs. C-321/94, ECLI:EU:C:1997:229, Rn. 44 f. m.w.N.

¹³⁸ Vgl. *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, 2007, Rn. 1329.

¹³⁹ Vgl. *Frenz*, Europarecht, 2. Auflage 2016, Rn. 255; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 4. Auflage 2015, § 14 Rn. 4.

¹⁴⁰ Vgl. *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage 2014, § 7 Rn. 74; *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 7 Rn. 24.

¹⁴¹ Vgl. beispielsweise EuGH, Urteil vom 31.1.1984, verb. Rs. 286/82 und 26/83, ECLI:EU:C:1984:35, Rn. 10; EuGH, Urteil vom 7.5.1998, Rs. C-350/96, ECLI:EU:C:1998:205, Rn. 19.

sich nicht ebenfalls andere Personen, insbesondere¹⁴² Arbeitgeber, auf sie berufen könnten.¹⁴³ Das in Anbetracht des synallagmatischen Leistungsverhältnisses, in dem sich Letztere als „Marktgegenseite“¹⁴⁴ zu Ersteren befinden,¹⁴⁵ mithin ebenfalls ökonomische Sachargument zugunsten¹⁴⁶ dieser extensiven Lesart von Art. 45 AEUV lautet hingegen wie folgt: „[D]as Recht der Arbeitnehmer, bei Einstellung und Beschäftigung nicht diskriminiert zu werden, [kann] nur dann seine volle Wirkung entfalten, wenn die Arbeitgeber ein entsprechendes Recht darauf haben, Arbeitnehmer nach Maßgabe der Bestimmungen über die Freizügigkeit einstellen zu können. Diese Bestimmungen würden nämlich leicht um ihre Wirkung gebracht, wenn die Mitgliedstaaten die dort enthaltenen Verbote schon dadurch umgehen könnten, dass sie den Arbeitgebern die Einstellung eines Arbeitnehmers verböten, der gewisse Voraussetzungen nicht erfüllte, die, wenn er unmittelbar zu ihrer Erfüllung verpflichtet würde, Beschränkungen seines Rechts auf Freizügigkeit nach Artikel [45 AEUV] darstellen würden.“¹⁴⁷

bb) Sachlicher Schutzbereich

Vergleichsweise prononcierter kommen ökonomische Erwägungen in der Rechtsprechung des EuGH bei der unionsrechtsautonomen¹⁴⁸ Determinierung der grundfreiheitlichen Schutzgüter zum Ausdruck. So heißt es etwa in dessen *Walrave*-Entscheidung¹⁴⁹ ausdrücklich, dass angesichts der Ziele der EU namentlich sportliche Betätigungen nur insoweit dem Unionsrecht (z.B. Art. 45 AEUV) unterfallen, „als sie einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Artikel [3] des [heutigen EU-]Vertrages ausmachen.“ Hierdurch wird zum einen klargestellt, dass – sofern die übrigen Kriterien des primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs vorliegen – sämtliche Tätigkeiten im Wirtschaftsleben im Sinne der letztgenannten Vorschrift den Schutzbereich von Art. 45 AEUV eröffnen und zum anderen sämtliche nicht dem Wirtschaftsleben zuzurechnenden Tätigkeiten nicht unter diese Vertragsbestimmung fallen.¹⁵⁰

Und auch *in puncto* des in Art. 34 f., Art. 45 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1, Art. 56 Abs. 1 und Art. 63 AEUV jeweils positivierten grenzüberschreitenden Elements finden sich in der Rechtsprechung des EuGH Entscheidungen, in denen dieser eine „wirtschaftliche Betrachtung“ (im Sinne von oben II.) vornimmt.¹⁵¹ Hingewiesen sei insofern beispielsweise auf die Erstreckung der Dienstleistungsfreiheit über die im Wortlaut von Art. 57 Abs. 3 AEUV explizit geregelte Konstellation der sog. aktiven Dienstleistungsfreiheit hinaus u.a.

¹⁴² Zu privaten Arbeitsvermittlern siehe EuGH, Urteil vom 11.1.2007, Rs. C-208/05, ECLI:EU:C:2007:16, Rn. 25 f.

¹⁴³ EuGH, Urteil vom 7.5.1998, Rs. C-350/96, ECLI:EU:C:1998:205, Rn. 19.

¹⁴⁴ *Wienbracke*, EuR 2012, S. 483 (495) m.w.N.

¹⁴⁵ Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2. Auflage 2012, Rn. 1441.

¹⁴⁶ A.A. zu den jetzigen Art. 34 f. AEUV: *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag, 2000, S. 37 ff., 154 f., 166.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 7.5.1998, Rs. C-350/96, ECLI:EU:C:1998:205, Rn. 20 f. Ferner siehe dort Rn. 22 ff.

¹⁴⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 23.3.1982, Rs. 53/81, ECLI:EU:C:1982:105, Rn. 11.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 12.12.1974, Rs. 36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 4/10. Ebenso: EuGH, Urteil vom 14.7.1976, Rs. 13/76, ECLI:EU:C:1976:115, Rn. 12/13.

¹⁵⁰ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 64. EL Mai 2018, Art. 45 AEUV Rn. 81 mit dem weiteren Hinweis in Rn. 82 auf die Notwendigkeit der Klärung des unionsrechtlichen Begriffs „Wirtschaftsleben“. Dazu siehe auch *ders.*, a.a.O., Rn. 95 ff. m.w.N.

¹⁵¹ Siehe *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, 2013, S. 57 ff. m.w.N., der sich selbst a.a.O. (S. 379) gegen eine „wirtschaftliche Auslegung des grenzüberschreitenden Sachverhalts durch Bezugnahme auf die Auswirkungen im innergemeinschaftlichen Handel“ ausspricht.

auch auf deren sog. passive Variante.¹⁵² Wenngleich Letztere dem Text von Art. 56 AEUV zufolge nicht von dieser Grundfreiheit erfasst zu sein scheint, so spricht die ökonomische Zielrichtung dieser Bestimmung, „jede gegen Entgelt geleistete Tätigkeit, die nicht unter den freien Waren- und Kapitalverkehr und unter die Freizügigkeit der Personen fällt, zu liberalisieren“,¹⁵³ sehr wohl hierfür.¹⁵⁴ Die Offerte einer Dienstleistung kann sich nämlich durchaus auch an einen Gebietsfremden richten, der die Leistung bei ihrem Erbringer nachfragt (augenfällig: Beherbergung in einem Hotel).¹⁵⁵

cc) Exkurs: Grundfreiheitenkonkurrenz

Über die vorerwähnten Prüfungsebenen hinaus lässt sich in der Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁶ ebenfalls im Hinblick auf die Abgrenzung der Grundfreiheiten untereinander die Einnahme eines ökonomischen Ansatzes ausmachen, rekurriert dieser insofern doch regelmäßig auf den „wirtschaftlichen Schwerpunkt“¹⁵⁷. Entscheidungserheblich kommt es hierauf im Hinblick auf das „Ob“ und das „Wie“ des grundfreiheitlichen Schutzes angesichts der in Bezug auf die Art. 28 ff. AEUV auszumachenden Konvergenz (s.o. I.) oftmals¹⁵⁸ freilich nicht an.¹⁵⁹

b) Eingriff

Was die Frage nach dem Vorliegen eines Grundfreiheiteneingriffs anbelangt, so ist diese bekanntlich dann zu bejahen, wenn ein Verpflichtungsadressat der Grundfreiheiten das von diesen geschützte Verhalten im konkreten Fall beeinträchtigt.¹⁶⁰

aa) Verpflichtungsadressaten

Ob und bejahendenfalls inwieweit neben den Mitgliedstaaten¹⁶¹ und der EU¹⁶² ebenfalls Private unmittelbar an die Grundfreiheiten gebunden sind, gehört zu den nach wie vor

¹⁵² Zu beiden siehe etwa *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 57 AEUV Rn. 27 ff. m.w.N. Dort ferner zur sog. Korrespondenz- und auslandsbedingten Dienstleistung („Leistungsaustausch in einem anderen Mitgliedstaat“).

¹⁵³ EuGH, Urteil vom 31.1.1984, verb. Rs. 286/82 und 26/83, ECLI:EU:C:1984:35, Rn. 10.

¹⁵⁴ *Müller-Graf*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 56 AEUV Rn. 37; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 64. EL Mai 2018, Art. 57 AEUV Rn. 53.

¹⁵⁵ *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 56 AEUV Rn. 24.

¹⁵⁶ Vgl. nur EuGH, Urteil vom 27.3.1990, Rs. C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142, Rn. 13 ff.; EuGH, Urteil vom 24.3.1994, Rs. C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119, Rn. 22 ff.; EuGH, Urteil vom 13.4.2000, Rs. C-251/88, ECLI:EU:C:2000:205, Rn. 18 ff.; EuGH, Urteil vom 8.11.2012, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 21 ff. m.w.N.

¹⁵⁷ *Cremer*, Jura 2015, S. 39 (46) m.w.N.

¹⁵⁸ Prominenteste Ausnahme sind wohl Drittstaatsverhältnisse, die allein von Art. 63 AEUV erfasst werden (vgl.o. I.).

¹⁵⁹ Vgl. *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage 2014, § 7 Rn. 76.

¹⁶⁰ Statt vieler siehe nur *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. Auflage 2016, Rn. 832, 835, 836.

¹⁶¹ *Streinz*, Europarecht, Rn. 874.

¹⁶² Vgl. *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 7. Auflage 2016, § 22 Rn. 7.

umstrittensten Problemen der Grundfreiheitsdogmatik.¹⁶³ Soweit der EuGH¹⁶⁴ dies in Bezug auf einzelne Grundfreiheiten angenommen hat, begegnen Teile des Schrifttums¹⁶⁵ dieser Rechtsprechung mit deutlicher Kritik.

Dass die ökonomische Analyse der Art. 28 ff. AEUV für eine unmittelbare horizontale (Dritt-)Wirkung sämtlicher Grundfreiheiten auch im Verhältnis der Privaten untereinander spricht, ist in der Literatur dargetan worden.¹⁶⁶ Denn wenn, wie der EuGH in seiner zur Arbeitnehmerfreizügigkeit ergangenen *Angonese*-Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, der Wortlaut von Art. 45 AEUV „allgemein formuliert ist und sich nicht speziell an die Mitgliedstaaten richtet“ – „die Tatsache, daß bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, [schließt] nicht aus[...], daß zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können“ – sowie „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 Gebrauch machen“¹⁶⁷, dann ist es aus ökonomischer Perspektive am effektivsten, wenn ebenfalls Private an die Grundfreiheiten gebunden sind – lassen sich hierdurch doch beeinträchtigende Verhaltensweisen umfassend verhindern.¹⁶⁸ Rechtsmethodisches Vehikel für die derartige Fruchtbarmachung ökonomischer Argumente („Effektivitätsgesichtspunkte“) ist abermals die teleologische Auslegung.¹⁶⁹

bb) Eingriffsbegriff

Die vorstehende Einsicht, dass es aus ökonomischer Sicht nicht auf die – öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche – Rechtsnatur der grundfreiheitsbeschränkenden Maßnahme ankommt, m.a.W. nicht die Eigenart der Handlung maßgeblich ist, sondern vielmehr deren zu Marktunvollkommenheit führenden negativen Effekte auf den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital im Sinne der Art. 28 ff. AEUV, ist zugleich für den grundfreiheitlichen Eingriffsbegriff von Bedeutung.¹⁷⁰

Dies gilt zunächst ganz allgemein für die Extension der Grundfreiheiten von ihrer Ursprungsdimension als bloßen Diskriminierungs- hin zu umfassenden Beschränkungsverboten:¹⁷¹ Während sich das von Ersterem lediglich postulierte Inländergleichbehand-

¹⁶³ So der Befund von *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 64. EL Mai 2018, Art. 34 AEUV Rn. 38 in Bezug speziell auf die Warenverkehrsfreiheit.

¹⁶⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 11.12.2007, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, Rn. 33 f.; EuGH, Urteil vom 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 77, jeweils m.w.N.

¹⁶⁵ Siehe nur *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 60 f. m.w.N. in Fn. 50 auch zur a.A.

¹⁶⁶ *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: Tiedje, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 29, 32 f.

¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 6.6.2000, Rs. C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296, Rn. 30, 32, 34.

¹⁶⁸ *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: Tiedje, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 29.

¹⁶⁹ *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: Tiedje, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 30 m.w.N.

¹⁷⁰ *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: Tiedje, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 29, 33; *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag, 2000, S. 151, 181 f., jeweils m.w.N.

¹⁷¹ *Reyes y Ráfales*, BRJ 01/2014, S. 41 (46); *Streinz*, Europarecht, 10. Auflage 2016, Rn. 829 ff. m.w.N.

lungsgebot im Hinblick auf die Verwirklichung des Binnenmarktziels als defizitär erwiesen hat, kommt dem mit Letzterem verbundene (Herkunftsland-)Prinzip der gegenseitigen Anerkennung dagegen eine die Transaktionskosten reduzierende, den Wettbewerb fördernde Wirkung zu – was die insofern grundlegende *Dassonville*-Formel¹⁷² erklärt.¹⁷³

Demgemäß heißt es bei *Rieger* und *Kluth*: „Das Herkunftslandprinzip soll in seiner Anwendung im Vergleich zum Bestimmungslandprinzip im Bereich der [Grundfreiheiten] dazu dienen die Kosten einer [...] nur vorübergehenden Erbringung zu minimieren, indem die [L]eistung nach den Vorschriften des Herkunftslandes erbracht wird, denen sie bereits entspricht. Die Kosten für die Anpassung einer [L]eistung an ein fremdes Recht, die also im Fall der Geltung des Bestimmungslandprinzips anfallen würden, lassen sich in Rechtsinformations- und Rechtsanpassungskosten unterscheiden. Dieses sind Kosten der Erweiterung des räumlichen Geschäftsfeldes und somit Transaktionskosten.“¹⁷⁴ Auf eben diesen wirtschaftlichen Maßstab stellt der EuGH in seinem Urteil *TK-Heimdienst*¹⁷⁵ im Rahmen seiner Begründung des dortigen Vorliegens eines Grundfreiheiten-eingriffs denn auch maßgeblich ab.¹⁷⁶ Aufgrund der in Rede stehenden mitgliedstaatlichen Regelung hatten „Waren aus anderen Mitgliedstaaten gleichen Zugang zum Markt des Einfuhrmitgliedstaats wie inländische Waren nur, nachdem sie mit zusätzlichen Kosten belastet worden“ waren.¹⁷⁷

Darüber hinaus lässt sich auch die die *Dassonville*-Formel einschränkende *Keck*-Formel¹⁷⁸, welche sowohl der Rechtspraxis als auch -wissenschaft anfänglich so manche „Rätsel“ aufgegeben hatte, unter Heranziehung ökonomischer Argumentationslinien wie folgt rationalisieren:¹⁷⁹ Weil das Ziel namentlich von Art. 34 AEUV – „immerhin“, zugleich aber auch „nur“ – darin besteht, den freien Zutritt auf andere mitgliedstaatliche Märkte zu ermöglichen,¹⁸⁰ sind solche nationalen Maßnahmen nicht unter den Begriff der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ (wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen) im Sinne dieser Vorschrift zu subsumieren, die nach bereits erfolgtem Marktzutritt bloß die „Verkaufsmodalitäten“¹⁸¹ des dortigen Wettbewerbs betreffen¹⁸² (und „sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“¹⁸³). Demgegenüber vermögen etwa mitgliedstaatliche Verwendungsbeschränkungen eines Erzeugnisses erheblichen Einfluss auf das Verbraucherverhalten zu zeitigen, welches sich

¹⁷² EuGH, Urteil vom 11.7.1974, Rs. 8/74, ECLI:EU:C:1974:82, Rn. 5.

¹⁷³ *Holler*, in: Behrens/Eger/Schäfer, *Ökonomische Analyse des Europarechts*, 2012, S. 367 (372); *Pelkmans*, in: Behrens/Eger/Schäfer, *Ökonomische Analyse des Europarechts*, 2012, S. 341 (343 ff., 354 f.) m.w.N. A.A. *Füller*, *Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag*, 2000, S. 36 ff., 149.

¹⁷⁴ *Rieger/Kluth*, *GewArch* 2006, S. 1 (8) m.w.N. in Fn. 70 zum Transaktionskostenansatz in der ökonomischen Analyse des Rechts.

¹⁷⁵ EuGH, Urteil vom 13.1.2000, Rs. C-254/98, ECLI:EU:C:2000:12, Rn. 26 ff.

¹⁷⁶ Vgl. *Lippert*, *Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht*, 2013, S. 57.

¹⁷⁷ EuGH, Urteil vom 13.1.2000, Rs. C-254/98, ECLI:EU:C:2000:12, Rn. 26.

¹⁷⁸ EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 16.

¹⁷⁹ Hierzu und zum Folgenden siehe *Franck*, in: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 3. Auflage 2015, § 5 Rn. 47.

¹⁸⁰ Vgl. auch EuGH, Urteil vom 10.2.2009, Rs. C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 34 m.w.N.

¹⁸¹ EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 16.

¹⁸² *Franck*, in: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 3. Auflage 2015, § 5 Rn. 48 m.w.N.

¹⁸³ EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 16.

seinerseits wiederum negativ auf den Marktzugang des betreffenden Produkts zu diesem Markt auswirken kann.¹⁸⁴ Denn haben die Konsumenten im Wissen um eine derartige Verwendungsrestriktion praktisch kein Interesse am Erwerb einer dieser unterfallende Ware, so behindert dies die Nachfrage nach dieser auf dem dortigen Markt und damit einhergehend die Einfuhr in diesen.¹⁸⁵

c) Schranken-Schranken

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Grundfreiheiteneingriffs ist die Einbeziehung von ökonomischen Argumenten in die juristische Diskussion schließlich insoweit angezeigt, als die der Realisierung des Binnenmarkts dienenden Grundfreiheiten der mit dem Eingriff in diese verfolgten, nicht-wirtschaftlichen Zielsetzung entgegenstehen.¹⁸⁶ Bezogen auf die einzelnen Prüfungsstufen¹⁸⁷ des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bedeutet dies konkret:

Die Vorfrage nach der primärrechtlichen Legitimität des zur Eingriffsrechtfertigung geltend gemachten Ziels ist – ebenso wie in Bezug auf diejenige des gewählten Mittels der Fall – exklusiv nach den einschlägigen juristischen, nicht hingegen nach ökonomischen Maßstäben zu beantworten.¹⁸⁸

Und auch auf der Stufe der Geeignetheit – inkl. der Kohärenzprüfung¹⁸⁹ – ist für die ökonomische Analyse des Rechts lediglich in ihrer positiven (deskriptiv-analytischen), die tatsächlichen Grundlagen bietenden Spielart Raum.¹⁹⁰

Entsprechendes trifft konsequenter Weise ebenfalls in dem Umfang auf die Erforderlichkeitsprüfung zu, als sich in deren Rahmen die Geeignetheitsprüfung fortsetzt, nunmehr freilich mit dem „milderen Mittel“ als Bezugsobjekt.¹⁹¹ Und auch im Hinblick auf Letzteres dient die ökonomische Analyse zunächst wiederum dazu, die Höhe der Kosten der jeweiligen Alternativmaßnahme zu determinieren.¹⁹² Soweit dieser Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung darüber hinaus allerdings die Forderung beinhaltet, aus dem Kreis gleich geeigneter Mittel dasjenige mit den für das betroffene Rechtsgut geringsten Belastungswirkungen verbundene zu präferieren,¹⁹³ so entspricht dies dem ökonomischen Kostenminimierungsprinzip.¹⁹⁴

¹⁸⁴ EuGH, Urteil vom 4.6.2009, Rs. C-142/05, ECLI:EU:C:2009:336, Rn. 26.

¹⁸⁵ EuGH, Urteil vom 10.2.2009, Rs. C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 57 m.w.N.

¹⁸⁶ Vgl. *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag, 2000, S. 152, 167 f.; *Ringe*, in: Behrens/Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse des Europarechts, 2012, S. 99 (117).

¹⁸⁷ Zu diesen siehe *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage 2014, § 7 Rn. 130 ff. m.w.N.

¹⁸⁸ Vgl. *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage 2014, § 7 Rn. 130, 132; *Ringe*, in: Behrens/Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse des Europarechts, 2012, S. 99 (117 f.).

¹⁸⁹ Zu dieser siehe etwa EuGH, Urteil vom 23.12.2015, Rs. C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845, Rn. 37 m.w.N.

¹⁹⁰ Vgl. allgemein *van Aaken*, in: dies./Schmidt-Lübbert, Beiträge zur ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, 2003, S. 89 (114); *Lindner*, JZ 2008, S. 957 (961 f.); *Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 14, 11 f. und speziell im grundfreiheitlichen Kontext *Reyes y Ráfales*, BRJ 01/2014, S. 41 (45 f.); *ders.*, Die Warenausfuhrfreiheit: ein Beschränkungsverbot, 2017, S. 174, jeweils m.w.N.

¹⁹¹ Vgl. *van Aaken*, in: Bungenberg/Danz/Heinrich/Hünemörder/Schmidt/Schroede/Sickert/Unkroth, Recht und Ökonomik, 2004, S. 1 (18); *Reyes y Ráfales*, BRJ 01/2014, S. 41 (46); *ders.*, Die Warenausfuhrfreiheit: ein Beschränkungsverbot, 2017, S. 174 m.w.N.; *Wienbracke*, ZJS 2013, S. 148 (151 f.) m.w.N.

¹⁹² *Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 11 f.

¹⁹³ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 83. EL April 2018, Art. 20 VII. Rn. 113 m.w.N.

¹⁹⁴ *Ringe*, in: Behrens/Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse des Europarechts, 2012, S. 99 (118) m.w.N.

Auf der Stufe der Angemessenheit ist schließlich – sofern für die konkrete Fallentscheidung überhaupt ergebnisrelevant¹⁹⁵ – eine praktische Konkordanz zwischen ökonomischer Effizienz einerseits und der mit dieser konfligierenden, ranggleichen nicht-ökonomischen Zielsetzung andererseits herzustellen.¹⁹⁶ Es ist zu prüfen, ob der Nutzen bzw. „die Vorteile der Regelung die Kosten, die durch den negativen Einfluss auf andere [Z]iele entstehen, aufwiegen.“¹⁹⁷ Hierzu sind Nutzen und Kosten zunächst jeweils zu bemessen, wofür sich dieselben Verfahren wie bei der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung anbieten.¹⁹⁸ Was allerdings diejenige Waagschale anbelangt, in welche die durch die Eingriffsmaßnahme beeinträchtigte Grundfreiheit eingelegt ist, so postuliert das Streben nach ökonomischer Effizienz konsequent zu Ende gedacht, dass sich die deren Realisierung dienende Freiheit bzw. Freizügigkeit letztlich auch im Ergebnis gegen diejenigen nicht-ökonomischen Belange durchsetzt, aus denen heraus die jeweilige Grundfreiheitenbeeinträchtigung erfolgt. M.a.W.: Der Rechtsanwender *soll* eine derartige Abwägungsentscheidung¹⁹⁹ treffen. Determiniert wird deren Endresultat durch die „ökonomische Analyse“ freilich nicht,²⁰⁰ streiten die in der anderen Waagschale befindlichen, nicht-ökonomischen Gründe doch in gleicher Weise für ihr Obsiegen, d.h. weisen in die genau entgegengesetzte Richtung. Vielmehr handelt es sich bei der schlussendlichen Auflösung dieses Spannungsverhältnisses insgesamt um eine juristische (Wert-) Entscheidung.²⁰¹

IV. Fazit

Ob und gegebenenfalls inwieweit sich insbesondere der Rechtsanwender an ökonomischen Effizienzgesichtspunkten nicht nur orientieren „kann“ bzw. „darf“, sondern sogar „muss“, ist *die* zentrale Fragestellung im Streit um die Bedeutung der „ökonomischen Analyse“ des Rechts.²⁰² Nach hier vertretener Auffassung ist sie wie folgt zu beantworten:

In Ermangelung einer einschlägigen Legaldefinition hat die Auslegung einer Rechtsnorm sowohl des deutschen als auch des EU-Rechts bekanntlich nach den vier hergebrachten Kriterien der Grammatik, der Systematik, der Historie und des Telos zu erfolgen. Soweit

¹⁹⁵ In der praktischen Rechtsanwendung durch den EuGH (freilich nicht auch rechtsdogmatisch, siehe *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage 2014, § 7 Rn. 130) ist die Angemessenheitsprüfung im grundfreiheitlichen Kontext nur von geringer Bedeutung, vgl. *Streinz*, Europarecht, Rn. 870. Eine Ausnahme bildet insofern namentlich EuGH, Urteil vom 12.6.2003, Rs. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 81 ff.

¹⁹⁶ Vgl. *Franck*, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, in: Tiedje, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1, Januar 2009, S. 30; *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, 2004, S. 199.

¹⁹⁷ *Ringe*, in: Behrens/Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse des Europarechts, 2012, S. 99 (118) m.w.N. Zu den sich diesbezüglich ergebenden Problemen siehe *Reyes y Ráfales*, BRJ 01/2014, S. 41 (46).

¹⁹⁸ *Engel*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, 3. Auflage 2012, § 2 Rn. 55.

¹⁹⁹ Zu diesbezüglichen Rationalisierungsversuchen siehe allgemein *Alexy*, Die Theorie der Grundrechte, 1994; *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015.

²⁰⁰ *Van Aaken*, in: Bungenberg/Danz/Heinrich/Hünemörder/Schmidt/Schroede/Sickert/Unkroth, Recht und Ökonomik, 2004, S. 1 (19 f.); *Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 12.

²⁰¹ Vgl. *Van Aaken*, in: Bungenberg/Danz/Heinrich/Hünemörder/Schmidt/Schroede/Sickert/Unkroth, Recht und Ökonomik, 2004, S. 1 (19 f.); *Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 12.

²⁰² *Rühl*, in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 3. Auflage 2017, § 11 Rn. 19.

Letzterer – sei es nach subjektiv-teleologischen²⁰³ oder aber nach objektiv-teleologischen²⁰⁴ Kriterien determiniert – darin bestehen sollte, ein bestimmtes wirtschaftliches Ziel zu erreichen, resultiert aus dieser gegebenenfalls auch bloßen „Neuentdeckung [...] bekannter ökonomischer Zwecke“²⁰⁵ nicht nur die juristische Legitimität, sondern vielmehr namentlich aus Perspektive des deutschen Richters die rechtliche Verpflichtung (vgl. Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG), im Rahmen der teleologischen Interpretation eine solche Normauslegung zugrunde zu legen, die den vom derart auszulegenden Gesetz erstrebten ökonomischen Erfolg bestmöglich realisiert. Insoweit, als dies der Fall ist, d.h. das Recht das Streben nach ökonomischer Effizienz zum Normzweck erklärt und die übrigen Auslegungskriterien nicht zu einem abweichenden Gesamtergebnis führen, öffnet sich die Jurisprudenz auf Ebene der an dieser Stelle allein betrachteten Rechtsanwendung für wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse.

Ebenso wie es sich bei der Beantwortung dieser Vorfrage um das exklusive Proprium der Rechtswissenschaft handelt, ist diese danach aufgetane „Einbruchstelle“²⁰⁶ sodann – ganz im Sinne der Interdisziplinarität – von Ökonomen zu durchschreiten (insofern liegt die „inhaltliche Definitionszuständigkeit“ bei diesen²⁰⁷), wobei die von deren unterschiedlichen „Schulen“²⁰⁸ entwickelten Lösungsansätze sodann freilich wieder einer dahingehenden juristischen Kontrolle unterliegen, ob diese sich jeweils passgenau im betreffenden Rechtsrahmen halten.²⁰⁹

Die Grundfreiheiten der Art. 28 ff. AEUV dienen als Instrumente zur Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes im Sinne von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV, Art. 26 Abs. 2 AEUV letztlich dem Ziel der mit diesem wiederum erstrebten Allokationseffizienz. Dies gebietet folglich eine dementsprechende Auslegung der in ihnen verwendeten, weitgehend unbestimmten Rechtsbegriffe. Das Gewicht dieses teleologischen Arguments wird verstärkt durch zum einen das diesem Auslegungsmittel auf europäischer Ebene als solchem generell zukommende besondere Gewicht und zum anderen den *topos des effet utile*.

Wie vorliegend herausgearbeitet, erweist sich dieser Befund bei näherer Betrachtung freilich lediglich insoweit als zutreffend, als die grundfreiheitliche Schutzbereichs-, Eingriffs- und – in Teilen – Schranken-Schranken-Ebene betroffen ist. (Nur) Insoweit sind die Grundfreiheitsvorschriften ebenfalls aus normsystematischen Gründen („Regel-Ausnahme-Verhältnis“) derart extensiv zu interpretieren, dass mit ihrer Hilfe Kosteneffizienz durch Minimierung der Transaktionskosten für namentlich den EU-binnengrenz-überschreitenden Wirtschaftsverkehr hergestellt wird. Insoweit hingegen, als die Art. 28 ff. AEUV Raum zur Verfolgung ebenfalls von nicht-wirtschaftlichen Zielen lassen (Schrankenebene) und diese im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in die Güterabwägung einzustellen sind, steht das EU-Recht einer „ökonomischen Analyse“ (im Sinne der vorliegenden Untersuchung, s.o. II.) entgegen.

Aus dem Vorstehenden erhellt nicht nur, wie in diesem Beitrag exemplarisch anhand von zumeist „klassischen“ Entscheidungen des EuGH aufgezeigt worden ist, dessen Recht-

²⁰³ Vgl. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 160 ff.

²⁰⁴ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, S. 333 ff.

²⁰⁵ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage 1991, S. 331.

²⁰⁶ *Schwintowski*, JZ 1998, S. 581 (587).

²⁰⁷ *Lieth*, Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre, 2007, S. 101.

²⁰⁸ *Kirchner*, in: *Assmann/Kirchner/Schanz*, Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. 62 (77).

²⁰⁹ Vgl. speziell zum europäischen Kartellrecht *Ackermann*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Auflage 2015, § 21 Rn. 20 f. m.w.N.

sprechung (1) zum ebenfalls die Marktgegenseite erfassenden persönlichen Schutzbereich, (2) zum ungeschriebenen Schutzgutmerkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“, (3) zur Ausdehnung von Art. 56 AEUV namentlich auch auf die passive Dienstleistungsfreiheit, (4) zur Extension der Grundfreiheiten von bloßen Diskriminierungs- hin zu umfassenden Beschränkungsverboten sowie (5) in *Dassonville* und (6) in *Keck*, sondern streitet eine die ökonomische Ausrichtung der Grundfreiheiten betonenden Auslegung zu dem (7) für die unmittelbare horizontale (Dritt-)Wirkung sämtlicher Grundfreiheiten im Verhältnis der Privaten untereinander, also sowohl der Personen- und Dienstleistungs- als auch der Warenverkehrs- sowie der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit.

Diese vorliegend lediglich holzschnittartig aufgezeigte „Marschroute“ weiter zu fundieren und näher auszudifferenzieren, ist monographischen Befassungen vorbehalten.

Abgeschlossen September 2018

www.logos-verlag.de unter ‚Zeitschriften‘
www.w-hs.de/ReWir

Impressum: Westfälische Hochschule, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10,
D - 45665 Recklinghausen, www.w-hs.de/wirtschaftsrecht



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)

logos

Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH
Comeniushof, Gubener Straße 47
10243 Berlin
<http://www.logos-verlag.de>