

Schriften zum Europäischen Recht

Band 63

Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot

**Unter besonderer Berücksichtigung der
Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten**

Von

Margit Hintersteiner



Duncker & Humblot · Berlin

MARGIT HINTERSTEININGER

Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera und Detlef Merten

Band 63

Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot

Unter besonderer Berücksichtigung der
Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten

Von

Margit Hintersteiner



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung
des Linzer Hochschulfonds und der Wissenschaftshilfe
der Wirtschaftskammer Oberösterreich.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hintersteiner, Margit:

Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot : unter besonderer
Berücksichtigung der Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten /
von Margit Hintersteiner. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999
(Schriften zum europäischen Recht ; Bd. 63)

Zagl.: Linz, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09811-0

Alle Rechte vorbehalten
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 3-428-09811-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Kepler Universität Linz im Sommer 1998 als Dissertation in den Fächern Europarecht und Handelsrecht angenommen. Sie wurde zum Zwecke der Drucklegung noch einmal durchgesehen und mit verschiedenen Registern ausgestattet, welche dem interessierten Leser einen leichteren Zugang ermöglichen sollen. Diesem Bestreben dienen auch die angeschlossenen Übereinstimmungstabellen, die die neuen Numerierungen der Artikel des EU- und des EG-Vertrags nach dem Vertrag von Amsterdam enthalten.

Die Arbeit beschäftigt sich mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie den vier Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Elemente eines dem Gemeinschaftsrecht zugrundeliegenden umfassenden Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Andersstaatlichkeit. Dieses gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot als einen auch für nicht-staatliche Handlungseinheiten, also Privatrechtssubjekte, Bindungswirkung erzeugenden Grundsatz des Gemeinschaftsrechts herauszuarbeiten, ist das Hauptanliegen dieser Arbeit. Manchem Leser mag dieser Versuch insofern gewagt erscheinen, als die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zu den einzelnen Grundfreiheiten in diesem Punkt, also in der Frage der sogenannten Drittwirkung der Grundfreiheiten, bekanntlich nicht unerheblich divergiert. Die vorliegende Arbeit distanziert sich jedoch von einer bewußt unterschiedlichen Handhabung der einzelnen Grundfreiheiten und geht im Gegensatz dazu davon aus, daß das, was für eine Grundfreiheit als maßgeblich anerkannt wird, grundsätzlich auch auf die anderen Grundfreiheiten übertragen werden kann, sprechen doch weder Wortlaut noch Systematik oder Ziel und Zweck der einzelnen EG-Vertragsbestimmungen bzw. des Vertrags als ganzen gegen eine solch harmonisierende Vorgehensweise.

Daß die Arbeit damit mit der (noch) herrschenden Lehre bricht, die mit der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs konform geht und die Frage der Drittwirkung für die einzelnen Grundfreiheiten – wenngleich auch mit unterschiedlichen Begründungen, so doch im Ergebnis übereinstimmend – uneinheitlich beantwortet, kann nicht geleugnet werden. Gerade dieser Umstand machte ihre Abfassung aber auch zu einer besonderen Herausforderung.

In diesem Zusammenhang gebührt mein aufrichtiger Dank meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn o. Univ.-Prof. Dr. *Heribert Franz Köck*

M.C.L. (Ann Arbor). Er hat mir als mein unmittelbarer Dienstvorgesetzter am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Johannes Kepler Universität Linz und gleichzeitiger Doktorvater den nötigen Freiraum gelassen, mich mit meinem Dissertationsthema über mehrere Semester hinweg intensiv zu beschäftigen, und auf diese Weise eine möglichst zügige Fertigstellung der Arbeit begünstigt. Trotz seiner vielfältigen – nicht zuletzt aus der von ihm bekleideten Funktion des Dekans der Rechtswissenschaftlichen Fakultät unserer Universität resultierenden – beruflichen Verpflichtungen hat er immer Zeit gefunden, sich mit meinen Überlegungen und Ausführungen kritisch auseinanderzusetzen und mir seine Ansichten zu den verschiedenen in der vorliegenden Arbeit abgehandelten Problemen in einer Vielzahl für mich äußerst lehrreicher Fachgespräche darzulegen.

Danken möchte ich weiters dem Zweitbegutachter meiner Doktorarbeit, Herrn o. Univ.-Prof. Dr. *Martin Karollus*, dessen wertvolle Anregungen anlässlich meines im Bereich des Dissertationsthemas angesiedelten Vortrags in dem von ihm gemeinsam mit Herrn o. Univ.-Prof. Dr. *Peter Jabornegg* veranstalteten Seminar aus Handels- und Wertpapierrecht im Wintersemester 1997/98 mich veranlaßt haben, einzelne Aspekte noch einmal einer gründlichen Konsideration zu unterziehen und in meiner Dissertation überdies auch – wenngleich nur in Form eines Exkurses – auf die Frage der Durchsetzbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots einzugehen. Außerdem sei an dieser Stelle angemerkt, daß ich es an Samstagen und Sonntagen, an denen ich mich am Institut aufhielt, um ungestört an meiner Dissertation arbeiten zu können, immer als besonders tröstlich empfand, wenn ich beim Verlassen meines Büros – nicht selten gegen Mitternacht – durch einen kurzen Blick in Richtung Juridicum sehen konnte, daß auch dort in seinem Eckzimmer im 3. Stock noch Licht brannte, also nicht nur ich mir die Abendstunden des Wochenendes mit wissenschaftlicher Arbeit versüßt hatte.

Ein weiterer Dank gilt den Herren Professoren Dr. *Siegfried Magiera* und DDr. *Detlef Merten* für die Erteilung ihrer Zustimmung zur Aufnahme meiner Arbeit in die von ihnen herausgegebenen "Schriften zum Europäischen Recht" des Berliner Verlagshauses Duncker & Humblot. In diesem Zusammenhang sei auch dem *Linzer Hochschulfonds* sowie der *Wissenschaftshilfe der Wirtschaftskammer Oberösterreich* für ihre Großzügigkeit bei der Gewährung einer Subvention zur Abdeckung des von mir zu entrichtenden Druckkostenbeitrags herzlich gedankt.

Danken möchte ich weiters meinen Kolleginnen und Kollegen von den Instituten für Völkerrecht und Internationale Beziehungen sowie für Europarecht, die sich stets als äußerst hilfsbereit und verständnisvoll erwiesen und mir auf diese Weise – insbesondere auch in der Zeit der Ableistung meiner Ge-

rechtspraxis neben einer Tätigkeit an der Universität – geholfen haben, alle Verpflichtungen unter einen Hut zu bringen. Außerdem möchte ich die Gelegenheit ergreifen, meinen Kollegen vom Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Johannes Kepler Universität Linz, Herrn ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. *Reinhard Resch* (der in der Zwischenzeit aufgrund der Annahme einer Gastprofessur an der Universität Klagenfurt zu einem Wahlkärtnern geworden ist) und Herrn Ass.-Prof. Mag. Dr. *Reinhard Geist*, dafür zu danken, daß sie mich an manchem Vormittag oder Nachmittag, an dem mir die Arbeit an der Dissertation nicht so recht von der Hand gehen wollte, zu einer Kaffeepause überredet haben, zumal sich eine solche aufgrund des stets anregenden Gesprächs immer positiv auf meine Stimmung und damit auch auf den Fortgang meiner Arbeit ausgewirkt hat; ebenso bedanken möchte ich mich bei meiner Kollegin vom Institut für Handels- und Wertpapierrecht der Johannes Kepler Universität Linz, Frau Univ.-Ass. Mag. Dr. *Eveline Artmann*, für ihre Bereitschaft, mit mir in Vorbereitung auf mein Rigorosum aus dem Zweitfach Handelsrecht verschiedene Probleme des europäischen Gesellschaftsrechts zu diskutieren.

Der größte Dank gebührt jedoch meinen Eltern, die – indem sie mir den Besuch eines renommierten Gymnasiums sowie das Diplomstudium der Rechtswissenschaften ermöglicht haben – nicht nur einen Grundstein für mein Doktoratsstudium gelegt, sondern mich außerdem während desselben in jeder erdenklichen Weise unterstützt und dadurch dazu beigetragen haben, daß ich mich der Abfassung meiner Doktorarbeit ausgiebig widmen konnte. Sie so rechtzeitig fertiggestellt zu haben, daß ich meine Promotionsurkunde auch noch meiner schwerkranken und mittlerweile leider verstorbenen Großmutter zeigen konnte, erfüllt mich mit besonderer Freude.

Linz/Brüssel, im Frühjahr 1999

Margit Hintersteiner

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung: Zentrale Aspekte und Aufbau der Arbeit	1
B. Diskriminierung und Diskriminierungsverbote im EG-Vertrag.....	5
I. Vorbemerkungen	5
II. Der Begriff der Diskriminierung im Europarecht	5
1. Diskriminierung und Differenzierung.....	9
a) Gleiche und ungleiche Sachverhalte	9
b) Sachlich gerechtfertigte Differenzierungen	10
2. Arten der Differenzierungskriterien.....	13
3. Im Ergebnis bestehende Benachteiligung	14
a) Ausgleich einer Benachteiligung durch eine vorteilhafte Regelung?	15
b) Schwere und Art der Benachteiligung	17
III. Primärrechtliche Diskriminierungsverbote	20
1. Allgemeines	20
2. Überblick über die Diskriminierungsverbote des EG-Vertrags – Gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot aus Gründen der Andersstaatlichkeit	21
3. Teleologisches Verständnis des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots.....	25
a) Erfassung formeller Diskriminierungen.....	25
b) Erfassung materieller Diskriminierungen	26
aa) Exkurs: Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts	27
(1) Nach dem Wortlaut einzelner Verbotstatbestände	30
(a) Art. 6 EGV.....	31
(b) Art. 48 Abs. 2 EGV	32

(2) Nach Ziel und Zweck des Diskriminierungsverbots	34
bb) Kennzeichen und Feststellung materieller Diskriminierungen...	35
C. Wen oder was schützt das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungs-	
verbot?	42
I. Personen	42
1. Angehörige eines anderen Staats	48
a) Angehörige eines anderen Mitgliedstaats	48
b) Angehörige eines Drittstaats	54
2. Angehörige des eigenen Staats	57
a) Vorliegen einer Inländerdiskriminierung	59
aa) Regelung <i>eines</i> Mitgliedstaats	59
bb) Typischer Entstehungsfall: Auslegung der Grundfreiheiten als	
Beschränkungsverbote in Verbindung mit dem Grundsatz des	
Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts	61
b) Ausschluß der Inländerdiskriminierung	63
aa) Grenzüberschreitende Tätigkeit eines Inländers	63
bb) Gemeinschaftsweite Regelung	67
c) Zusammenfassung und Ausblick	68
II. Produkte	69
1. Waren	69
a) EU-ausländische Waren und im Freiverkehr befindliche Drittlands-	
waren	70
aa) Ausgangspunkt: Art. 9 Abs. 2 EGV	70
bb) Die Bestimmung des Ursprungs einer Ware	70
cc) Der Freiverkehr von EU-Mitgliedstaatswaren (Gemeinschafts-	
waren) und Drittlandswaren	72
b) Inländische Waren – Umgekehrte Diskriminierung	73
2. Exkurs: Kapital	74
3. Dienstleistungen	76
D. Wen verpflichtet das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot? ...	77

I. Ausgangslage: Keine ausdrückliche Benennung der dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot verpflichteten Rechtssubjekte durch das EG-Vertragsrecht.....	77
II. Die Mitgliedstaaten als Adressaten des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots	78
1. Die Bindung der einzelnen Staatsgewalten an das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot.....	82
a) Die Gesetzgebung.....	83
b) Die Vollziehung (Verwaltung und Judikatur).....	88
aa) Die Bindung an das Diskriminierungsverbot in materieller Hinsicht	88
(1) Die Pflicht zur Nichtanwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts.....	88
(2) Die Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung nationalen Rechts.....	94
bb) Die Bindung an das Diskriminierungsverbot in verfahrensrechtlicher Hinsicht	97
2. Exkurs: Gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot und territoriale Dezentralisation Österreichs.....	99
a) Ausgangspunkt: Das österreichische Bundesstaatsprinzip.....	99
b) Europarechtliche Literatur	100
c) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.....	101
3. Gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot und Privatwirtschaftsverwaltung.....	103
a) Der Begriff der Privatwirtschaftsverwaltung im österreichischen Recht.....	104
b) Die Erfassung privatwirtschaftlicher Akte durch das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot.....	106
III. Die Gemeinschaftsorgane als Adressaten des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots.....	107
1. Die Organe der Europäischen Gemeinschaft(en) im Überblick	107
2. Gemeinschaftsgesetzgebung.....	109
3. Vollziehende Organe der Gemeinschaft(en).....	112

IV. Privatrechtssubjekte als Adressaten des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots	114
1. Begriffsbestimmung	115
a) Der Begriff der Drittwirkung	115
b) Der Begriff der unmittelbaren horizontalen Wirkung.....	117
2. Ausgewählte Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zur Drittwirkung einzelner Bestimmungen des EG-Vertrags.....	120
a) Die Diskriminierungsverbote der Artikel 6, 48, 52 und 59 EGV.....	120
aa) Walrave und Koch.....	121
bb) Gaetano Donà.....	123
cc) Henry van Ameyde.....	124
dd) Jean-Marc Bosman.....	125
ee) Zusammenfassung.....	126
b) Die Artikel 30 und 34 EGV	128
aa) Dansk Supermarked	129
bb) Jan van de Haar	130
cc) Vlaamse Reisbureaus	131
dd) Bayer.....	133
ee) Delhaize	135
ff) Zusammenfassung.....	136
3. Die Meinungen der Lehre zur Drittwirkung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots.....	137
a) Die Befürworter der Drittwirkung	137
b) Die Gegner der Drittwirkung.....	139
4. Zwischenergebnis	140
E. Wer ist dem Staat hinsichtlich des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots gleichzuhaltend?.....	144
I. Der Begriff der Handlungseinheit.....	145
II. Unter dem Aspekt des organisatorischen Zusammenhangs	146
1. Allgemeines.....	146

2. Der Organbegriff im engeren Sinn	147
a) Organe der Hoheitsverwaltung	149
b) Organe der Privatwirtschaftsverwaltung.....	156
c) Staatliche Organe und gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungs- verbot.....	156
3. Der Organbegriff im weiteren Sinn	162
a) Organe im ordentlichen organisatorischen Zusammenhang	162
aa) Qualifikationskriterien und Begriff der juristischen Person öffentlichen Rechts.....	162
bb) Beispiele.....	164
b) Organe im außerordentlichen organisatorischen Zusammenhang.....	170
4. Zwischenergebnis	175
5. Nicht-staatliche Handlungseinheiten im quasi-organisatorischen Zu- sammenhang: "Staatsnahe" nicht-staatliche Handlungseinheiten	176
6. Zwischenergebnis	184
III. Unter dem Aspekt eines greifbaren diskriminierenden Handelns	185
1. Aufgrund von "Rechtsnormen" nicht-staatlicher Handlungseinheiten mit diskriminierender Wirkung.....	187
2. Aufgrund einer einzelnen Verhaltensweise, die geeignet ist, diskrimi- nierende Wirkung zu erzeugen	193
3. Exkurs: Zum Begriff der Spürbarkeitsschwelle	195
a) Die "subjektive" Spürbarkeitsschwelle	195
b) Die "objektive" Spürbarkeitsschwelle.....	199
c) Die Übertragung der wettbewerbsrechtlichen Spürbarkeitsschwelle auf das für nicht-staatliche Handlungseinheiten wirksame gemein- schaftsrechtliche Diskriminierungsverbot.....	201
IV. Unter dem Aspekt eines greifbaren diskriminierenden Effekts.....	203
V. Zusammenfassung	204
F. Staatliche Handlungspflichten bei Diskriminierungen seitens nicht-staat- licher Handlungseinheiten.....	206
I. Einleitung	206

1. Problemstellung	206
2. Den mitgliedstaatlichen Grundrechten verwandte Problematik	207
3. Verhältnis von Drittwirkung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots und mitgliedstaatlichen Handlungspflichten	209
II. Mögliche Rechtsgrundlagen staatlicher Handlungspflichten	211
1. Die Treue- bzw. Loyalitätsklausel des Art. 5 EGV	212
2. Die "Zentralvorschriften" des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots	213
III. Zwischenergebnis	218
IV. Natur der mitgliedstaatlichen Handlungspflichten	220
1. Völkerrechtliche Pflichten in Zusammenhang mit privatem Verhalten ..	220
2. Völkerrechtliche Erfolgs- und Verhaltenspflichten	221
a) Strukturunterschiede	222
b) Qualifikation der mitgliedstaatlichen Handlungspflichten als Erfolgs- oder Verhaltenspflichten	223
3. Der völkerrechtliche Grundsatz der <i>due diligence</i>	225
a) Völkerrechtliche Verpflichtungen und völkerrechtliche Delikte	226
b) <i>Due diligence</i> und Art der Verpflichtung	227
c) Ausmaß der anzuwendenden Sorgfalt	229
4. Der Grundsatz der <i>due diligence</i> im Gemeinschaftsrecht	231
V. Inhalt der die Mitgliedstaaten treffenden Handlungspflichten	233
1. Ermessen der Mitgliedstaaten unter nachprüfender Kontrolle des Europäischen Gerichtshofs	234
2. Arten von Maßnahmen	235
VI. Folgen einer Verletzung von Handlungspflichten durch die Mitgliedstaaten	238
1. Vertragsverletzungsverfahren nach den Artikeln 169 ff. EGV	238
2. Exkurs: Neuer Interventionsmechanismus im Bereich des Warenverkehrs	240
3. Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung	243

G. Gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot und Grundrechte des einzelnen	249
I. Problemstellung.....	249
II. Berücksichtigungswürdige mitgliedstaatliche Interessen.....	249
III. Berücksichtigungswürdige Interessen nicht-staatlicher Handlungseinheiten	252
1. Die Ausnahmebestimmungen der verschiedenen Grundfreiheiten	252
a) Formelle Betrachtung	253
b) Materielle Betrachtung	254
2. Die Grundrechte des einzelnen als Beschränkung der Drittwirkung des Diskriminierungsverbots.....	257
a) Allgemeines	258
b) Die in den nationalen Verfassungen verbürgten Grundrechte	259
c) Die im Gemeinschaftsrecht verbürgten Grundrechte.....	263
aa) Die verschiedenen Arten der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte.....	265
bb) Materielle Grundrechte der EMRK in Zusammenhang mit wirtschaftlichen Tätigkeiten	269
cc) Beispiele.....	270
(1) Das Recht der freien Meinungsäußerung	272
(2) Die Versammlungs- und Vereinsfreiheit.....	272
(3) Das Recht auf Achtung des Eigentums und die Privatautonomie	273
(4) Das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit.....	274
d) Die Kollisionssituation und ihre Bewältigung	274
aa) "Absoluter Vorrang" der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte.....	275
bb) Absolutheit des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots.....	276
cc) Dialektisches Verhältnis zwischen Diskriminierungsverbot und Grundrechten.....	277

e) Tatbestandseinschränkende oder rechtfertigende Wirkung der Grundrechte gegenüber dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot?	278
aa) Zweistufiger Ansatz	279
bb) Einstufiger Ansatz	280
cc) Auswirkungen der verschiedenen Ansätze auf das Ergebnis.....	280
IV. Ergebnis.....	283
H. Das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot und seine Drittwirkung als Grundpfeiler des Binnenmarkts	285
I. Exkurs: Zur Durchsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots gegenüber nicht-staatlichen Handlungseinheiten.....	291
I. Vorbemerkungen	291
II. Denkbare Möglichkeiten der (zivilrechtlichen) Durchsetzung	293
1. Bei Diskriminierungen aufgrund einer nicht-staatlichen Regelung	293
2. Bei bloß faktischen Diskriminierungen	293
a) Schadenersatzanspruch nach nationalen Rechtsvorschriften	294
b) Originär gemeinschaftsrechtlicher Schadenersatzanspruch	295
c) Anregung eines Vertragsverletzungsverfahrens.....	296
J. Schlußfolgerungen	298
Anhang I: Numerierung des EU-Vertrags nach dem Vertrag von Amsterdam.....	302
Anhang II: Numerierung des EG-Vertrags nach dem Vertrag von Amsterdam.....	305
Judikaturverzeichnis.....	321
1. Gerichtshof und Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften.....	321
2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte.....	329
3. Ständiger Internationaler Gerichtshof und Internationaler Gerichtshof ..	329

Inhaltsverzeichnis	XVII
4. Österreichischer Oberster Gerichtshof.....	329
5. Österreichischer Verfassungsgerichtshof.....	329
6. Deutsches Bundesverfassungsgericht	330
Literaturverzeichnis.....	331
Personen- und Autorenverzeichnis	353
Stichwortverzeichnis	359

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Teil L (<i>Lois</i>) für veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte und Teil C (<i>Communications</i>) für sonstige Veröffentlichungen
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJIL	The American Journal of International Law
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARIEL	Austrian Review of International and European Law
Art.	Artikel
AV	Vertrag von Amsterdam 1997
AVR	Archiv des Völkerrechts
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
Bd.	Band
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	(österreichisches) Bundesgesetzblatt
Bull. EG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften (seit 1994 Bull. EU)
Bull. EU	Bulletin der Europäischen Union
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
B-VG	(österreichisches) Bundes-Verfassungsgesetz 1920 i.d.F. von 1929
bzw.	beziehungsweise
C	Court
CEE	Communauté Européenne Economique
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
dgl.	dergleichen
DM	Deutsche Mark
DRdA	Das Recht der Arbeit
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft 1957
EEA	Einheitliche Europäische Akte 1986

EG	Europäische Gemeinschaft
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl 1951
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV(n)	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in seiner durch den AV revidierten Fassung
EL	Ergänzungslieferung
ELR	European Law Reporter
ELRev	European Law Review
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten 1950
endg.	endgültig
engl.	englisch, -e, -er, -es
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag von Maastricht zur Gründung der Europäischen Union 1992
EUVn	Vertrag von Maastricht zur Gründung der Europäischen Union in seiner durch den AV revidierten Fassung
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; nunmehr: Europäische Gemeinschaft
E(W)GV	Vertrag zur Gründung der Europäischen (Wirtschafts-)Gemeinschaft 1957
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäische Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	und folgende
FIFA	Fédération Internationale de Football Associations
frz.	französisch, -e, -er, -es
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
G.A.O.R.	General Assembly Official Records
gem.	gemäß
GerI	Gericht erster Instanz
GewO	(österreichische) Gewerbeordnung
GG	(deutsches) Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
h.J.	herrschende Judikatur

h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hvhbg.	Hervorhebung
ibid.	ibidem
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission
insbes.	insbesondere
Inst.	Instalment
IPRG	(österreichisches) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
i.S.d.	im Sinne des/der; im Sinne dieses/dieser
i.S.e.	im Sinne eines/einer
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JB	Juristische Blätter
JZ	Juristen-Zeitung
KEG	Kommandit-Erwerbsgesellschaft
KG	Kommanditgesellschaft
lat.	lateinisch
lit.	litera
LS	Leitsatz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
No.	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
OEG	Offene Erwerbsgesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PSG	(österreichisches) Privatstiftungsgesetz

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBL	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rs.	Rechtssache
RTDE	Révue trimestrielle de Droit Européen
Rz.	Randziffer
s.	siehe
Slg.	Sammlung (der Rechtsprechung des EuGH)
sog.	sogenannte, -r, -s
StG	(österreichisches) Strafgesetz
StGB	(österreichisches) Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder 1867
StIG	Ständiger Internationaler Gerichtshof
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
T	Tribunal
u.a.	und andere; unter anderem
UEFA	Union des associations européennes de football
UNO	United Nations Organization
USA	United States of America
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
verb.	verbundene, -r, -s
Verf.	Verfasser(in)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg.	Sammlung der Erkenntnisse des (österreichischen) Verfassungsgerichtshofs
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
vs.	versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBI	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WDK	Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen 1961
WVK I	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge 1969
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht zum Beispiel
z. B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

Zif.	Ziffer
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZP	Zusatzprotokoll
ZPO	Zivilprozeßordnung

A. Einleitung: Zentrale Aspekte und Aufbau der Arbeit

Die vorliegende Arbeit knüpft an einen zentralen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts an: das *Diskriminierungsverbot*. In diesem Zusammenhang sind zumindest *drei verschiedene Aspekte* auszumachen.

Es geht zum einen darum, *wen oder was* das Diskriminierungsverbot *schützt*. In erster Linie sind dies wohl die *Staatsangehörigen* eines *anderen EU-Staats*. In zweiter Linie könnten dies aber auch die *eigenen Staatsangehörigen* sein, wenn man jenen (derzeit noch von einer bloßen Minderheit in der Literatur vertretenen) Standpunkt teilt, nach dem *jede Art der Diskriminierung* aus Gründen der Staatsangehörigkeit, also auch die sogenannte Inländerdiskriminierung, *ausgeschlossen* ist. Und schließlich können vom Diskriminierungsverbot nicht nur Personen, sondern auch *Produkte* profitieren, z. B. Waren, die in einem Mitgliedstaat *rechtmäßig* in den *Verkehr* gebracht worden sind. Wenngleich die in diesen Zusammenhängen auftretenden Fragen nicht ignoriert werden können, weil sie einen Teil des Problems darstellen, erlauben sie dennoch eine vergleichsweise kurze Behandlung, da zu ihnen bereits Antworten vorliegen, die – zumindest *prima facie* – keine spektakulär neuen Ergebnisse erwarten lassen.

Weiters geht es um die grundsätzliche Frage, *ob* sich das Diskriminierungsverbot des EG-Rechts *nur* an den *Staat* richtet, *oder* ob es (unter bestimmten Voraussetzungen) *auch Privatrechtssubjekte* bindet, also einer sogenannten *Drittwirkung* fähig ist. Auch auf diese Frage gibt es schon Antworten, die in eine bestimmte Richtung weisen, ohne daß hier freilich das Problem in all seinen Dimensionen bereits ausgeleuchtet erscheint.

Verwandt mit der vorstehenden Frage ist der dritte Aspekt, bei dem es schließlich um die Frage geht, wer dem *Staat* – der durch das Diskriminierungsverbot des EG-Vertrags primär erfaßt wird – in dieser Hinsicht *gleichzuhalten* und damit auch dem Diskriminierungsverbot kraft dessen Drittwirkung unterworfen ist. Dabei kann man entweder auf den *organisatorischen Zusammenhang* zwischen *Staat* und *Handlungseinheit* abstellen, oder auf die *Wirkung*, die das *Verhalten der betreffenden Handlungseinheit*, und zwar unabhängig von jedem etwaigen organisatorischen Zusammenhang mit dem Staat, zeitigt.

Die letztgenannte Frage unterscheidet sich von der zweiten mehr durch die Art der Fragestellung als durch ihren Gegenstand. Insoweit könnte man beide

Aspekte als zwei Seiten einer Medaille betrachten. Die Fragestellungen heben sich aber deutlicher voneinander ab, sobald man im letzteren Fall hauptsächlich auf die *Art des Verhaltens* und nicht so sehr auf die *Qualität des Rechtssubjekts*, welches das Verhalten setzt, abstellt; auch wenn zwischen beiden – Rechtssubjekt und Verhalten – eine sich gegenseitig qualifizierende Interdependenz gegeben sein mag. Für die Betrachtung des dritten Aspekts erscheint jedenfalls der Umstand bedeutsam, daß das EG-Recht selbst – zumindest in einem Teilgebiet, nämlich dem Wettbewerbsrecht – dem Verhalten von privaten Handlungseinheiten ausdrücklich (Markt-)Relevanz zuspricht.

In Verbindung sowohl mit dem zweiten als auch mit dem dritten Aspekt wird – und zwar letztlich unabhängig davon, ob man eine rechtliche Bindungswirkung des Diskriminierungsverbots für Privatrechtssubjekte annimmt oder nicht – die Frage von Bedeutung sein, ob und in welchem Ausmaß der Staat allenfalls zum *Einschreiten gegen diskriminierendes Verhalten privaten Ursprungs gemeinschaftsrechtlich verpflichtet* ist, um Mißbräuche bzw. –stände zu beseitigen. In dieser Fragestellung klingt unübersehbar eine gewisse Ähnlichkeit mit der (zunehmend diskutierten) Schutzpflichtfunktion der (konventionsrechtlichen wie innerstaatlichen) Grundrechte an, die ebenfalls ein *Facere* des Staats fordert. Eine im Gemeinschaftsrecht selbst begründete mitgliedstaatliche Pflicht zum Einschreiten würde aber – ebenso wie eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht für nicht-staatliche, also private Handlungseinheiten, sich jeder in der Herkunft von Personen oder Produkten begründeten Diskriminierung zu enthalten – irgendwann an die *Freiheitssphäre des einzelnen* (des Privatrechtssubjekts), also, juristisch gesehen, an den Bereich der dem einzelnen zustehenden *Grundfreiheiten und Menschenrechte*, und zwar nicht (so sehr) an die vom einzelnen Mitgliedstaat in seinem Grundrechtekatalog verbrieften Rechte, sondern an jene, die nach Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht selbst bestehen, stoßen und insofern begrenzt werden.

Weiters wird auch die für alle drei Aspekte des Problems in der einen oder anderen Weise relevante Frage zu erörtern sein, ob das *Diskriminierungsverbot* zu *Ziel und Zweck des EG-Vertrags* gehört und insoweit sozusagen einen Selbstzweck darstellt, oder ob es nur ein – allerdings sehr wichtiges – *Instrument* (neben anderen) zur *Garantierung der den Binnenmarkt konstituierenden Freiheiten* ist, wobei der Binnenmarkt dann nochmals von anderen Grundsätzen bestimmt sein muß, die in der Wertehierarchie noch vor bzw. über dem Diskriminierungsverbot rangieren. Damit ist die Frage nach *Wesen und Eigenart des Binnenmarkts* in einer Weise angeschnitten, die nur unter Durchbrechung jenes hermeneutischen Zirkels beantwortet werden kann, der dann entsteht, wenn man den Binnenmarkt von seinen *einzelnen Freiheiten* her bestimmt sein läßt, während für den Umfang derselben wiederum am Binnenmarkt als einem *Gesamtbegriff* Maß genommen wird, der seinerseits zwar das

Herstellen von Analogien zwischen den einzelnen Freiheiten erlaubt, diese aber, eben weil von ihnen bestimmt, seinerseits nicht weiter bestimmen kann.

In einer Arbeit dieses Umfangs kann auf die angerissenen Fragen freilich keine umfassende Antwort gegeben werden. Eine solche Antwort wäre ja nicht nur die Grundformel für den Binnenmarkt und die ihn begründenden Freiheiten, sondern müßte sich geradezu als die Summe des Gemeinschaftsrechts schlechthin darstellen.

Das Ziel dieser Arbeit ist wesentlich bescheidener. Sie will das Problem bei jeweils jenem Punkt aufsuchen, bis zu dem es bei den einzelnen relevanten Freiheiten gediehen ist. Dabei wird sich zeigen, daß hier durchaus Unterschiede in der Entwicklung bestehen. Da sich der jeweilige Punkt der Entwicklung nach dem Stand der dafür maßgeblichen Lehre und Rechtsprechung bestimmt, sollen diese – oder doch ihr wesentlicher Kern – dargestellt bzw. herausgearbeitet werden.

In diesem Sinn stellt sich die Arbeit die *Aufgabe*, einerseits die *bisherige Entwicklung* zum jeweiligen Punkt *kritisch zu hinterfragen* und andererseits *Überlegungen* darüber anzustellen, wie die *weitere Entwicklung* des diesbezüglichen *acquis* aussehen müßte, um stimmig zu sein – wobei sich diese Stimmigkeit nicht bloß an der bisherigen, ohnedies kritisch zu prüfenden Entwicklung orientieren darf, sondern auch auf eine allgemeine, d. h. aber auf eine *für alle relevanten Freiheiten des Binnenmarkts zutreffende Anwendbarkeit* abstellen muß. Dies ist auch der Ort für die zuvor angeschnittenen Fragen nach Wesen und Eigenart des Binnenmarkts sowie nach der Rolle, die den Grundfreiheiten und Menschenrechten in diesem Zusammenhang als Regulativ zukommt, das garantiert, daß – um den von *Kant* formulierten Begriff des Rechts abzuwandeln – die *Freiheiten des Binnenmarkts mit der Freiheit des Individuums unter einem allgemeinen Grundsatz vereinbar* gemacht werden können.

Den vorstehenden Überlegungen entsprechend liegt der Arbeit folgender *Aufbau* zugrunde:

In einem *ersten Teil*, der die Abschnitte B. bis D. umfaßt, soll – ausgehend vom *Begriff der Diskriminierung* – zum einen der *Begriff des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots* definiert, zum anderen der gegenwärtige Meinungsstand in Literatur und Judikatur zu eben diesem Diskriminierungsverbot bzw. seinem *Schutz- und Verpflichtungsumfang* erhoben werden.

Im *zweiten Teil*, dem die Abschnitte E. bis J. zuzuordnen sind, geht es zunächst darum, die *staatlichen* von den *nicht-staatlichen Handlungseinheiten* abzugrenzen und hinsichtlich letzterer – sei es aufgrund ihrer *staatsnahen Position*, sei es aufgrund der *Auswirkungen ihrer möglichen Verhaltensweisen* – ebenfalls eine Bindung an das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot zu begründen; dabei soll mitüberlegt werden, inwieweit die *Figur der Spürbar-*