



## Frankfurter Newsletter zum Recht der Europäischen Union

**Prof. Dr. Carsten Nowak\***

### **Neues zur unmittelbaren horizontalen Drittwirkung und zur Konvergenz der Grundfreiheiten**

#### **I. Einleitung**

Im europarechtlichen Schrifttum wird seit vielen Jahren intensiv über das Für und Wider einer unmittelbaren Privatwirkung bzw. horizontalen Drittwirkung der seit den Lissabonner Vertragsreformen im Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) niedergelegten Grundfreiheiten gestritten. Dieser Streit dreht sich um die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit neben den EU-Mitgliedstaaten und den Unionsorganen, die nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zweifellos an die EU-binnenmarktrechtlichen Grundfreiheiten

gebunden sind, auch Private in den Adressatenkreis dieser Freiheiten einzubeziehen sind. Der EuGH hat diese grundfreiheitsdogmatische Frage in den vergangenen Jahren zum einen dahingehend beantwortet, dass jedenfalls bestimmte Regelwerke von privaten Verbänden, Gewerkschaften und sonstigen „intermediären Gewalten“, die die abhängige Erwerbstätigkeit, die selbständige Arbeit und/oder die Erbringung von Dienstleistungen kollektiv regeln, an den primärrechtlichen Grundfreiheiten zu messen sind, soweit es um die Arbeitnehmerfreizügigkeit, das Niederlassungsrecht und/oder die Dienstleistungsfreiheit geht. Zum anderen hat der EuGH in seinem Vorabentscheidungsurteil in der Rechtssache *Angonese* (Rs. C-281/98) entschieden, dass sich jedenfalls der arbeitnehmerfreizügigkeitsrechtliche Verbotstatbestand des Art. 45 AEUV nicht nur gegen intermediäre Gewalten, sondern praktisch gegen alle Arbeitgeber wie etwa auch die

---

\* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Europarecht, an der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) sowie Gründungsmitglied und Direktor des Frankfurter Instituts für das Recht der Europäischen Union (fireu).

Kreissparkasse Bozen richtet. Konsequenterweise entschied der EuGH schließlich in seinem *Raccanelli*-Urteil (Rs. C-94/07), dass auch ein privatrechtlicher Verein etwa in Gestalt der *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.* das in der vorgenannten Bestimmung enthaltene Diskriminierungsverbot zu beachten hat.

Ob und gegebenenfalls inwieweit sich diese Rechtsprechung im Sinne einer zusätzlichen Verstärkung der sog. Konvergenz der Grundfreiheiten auch auf die in den Art. 28 ff. AEUV (ex Art. 23 ff. EGV) geregelte Warenverkehrsfreiheit übertragen lässt, war lange Zeit zweifelhaft und unklar. Dies lag insbesondere daran, dass der EuGH in der Vergangenheit meist den gegenläufigen Eindruck erweckte, als würde er einer unmittelbaren Dritt- oder Privatwirkung der Warenverkehrsfreiheit ablehnend gegenüberstehen (verb. Rs. 177 u. 178/82; Rs. 311/85; Rs. 65/86) und es stattdessen – wenn möglich – bevorzugen, privates Verhalten, das den freien Warenverkehr im Binnenmarkt stört bzw. negativ beeinträchtigt, dem jeweiligen Mitgliedstaat zuzurechnen (Rs. C-325/00) und/oder einem solchen Verhalten mit der erstmals im Jahre 1997 anerkannten Figur grundfreiheitlicher Schutzpflichten zu begegnen (Rs. C-265/95; Rs. C-112/00). Umso bemerkenswerter ist, dass sich die 4. Kammer des EuGH in ihrem nachfolgend hervorzuhebenden Vorabentscheidungsurteil

vom 12. Juli 2012 in der Rs. C-171/11 nunmehr erstmals explizit zur horizontalen Drittwirkung bzw. zur unmittelbaren Privatwirkung des in Art. 34 AEUV (ex Art. 28 EGV) niedergelegten (warenverkehrsfreiheitlichen) Verbotstatbestandes bekennt (II.) und damit einen weiteren beachtlichen – gleichwohl diverse Detailfragen aufwerfenden – Beitrag zur fortschreitenden Konvergenz der Grundfreiheiten leistet (III.).

## **II. Die DVGW-Entscheidung des EuGH vom 12. Juli 2012 (Rs. C-171/11)**

Das Urteil des EuGH in der Rs. C-171/11 bezieht sich auf ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf i.R. eines Rechtsstreits zwischen einer auf die Herstellung und den Vertrieb von insbesondere für Gas- und Wasserleitungen bestimmten Verbindungsstücken zwischen zwei Wasser- oder Gasrohrleitungsstücken (sog. *Kupferfittings*) spezialisierten Gesellschaft italienischen Rechts namens *Fra.bo SpA* und der deutschen Zertifizierungsstelle *DVGW Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. – Technisch Wissenschaftlicher Verein*. Beim DVGW handelt es sich um einen im Jahre 1859 gegründeten privatrechtlichen Verein ohne Gewinnzweck, dessen satzungsmäßiges Ziel in der Förderung des Gas- und Wasserfachs besteht und der in Deutschland als gemeinnützige Körperschaft anerkannt

ist, deren Tätigkeiten nicht von der Bundesrepublik Deutschland finanziert werden. Für das Wasserfach gibt es rund 350 vom DVGW erarbeitete technische Normen, die verschiedene technische Regeln zum Ausdruck bringen und damit in gewisser Weise das im DVGW gebündelte Fachwissen im Bereich des Gas- und Wasserfachs widerspiegeln bzw. ausformulieren. Zu diesen technischen Normen gehört unter anderem auch das DVGW-Arbeitsblatt W534, das speziell für die Verwendung der hier in Rede stehenden *Kupferfittings* im Bereich der Trinkwasserversorgung einschlägig ist. Diese technischen Normen entfalten erhebliche Rechtswirkungen insoweit, als nach § 12 Abs. 4 der einschlägigen Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser bei Produkten für die Errichtung, Erweiterung, Änderung und Unterhaltung von Kundenanlagen, die an die öffentliche Wasserversorgung angeschlossen werden, davon ausgegangen wird, dass sie den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, wenn sie mit einem DVGW-Zeichen zertifiziert worden sind.

Nachdem die Fra.bo SpA Ende 1999 beim DVGW einen Antrag auf Zertifizierung des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden *Kupferfittings* gestellt hatte, ist ihr im November 2000 vom DVGW ein auf fünf Jahre befristetes Zertifikat für das Wasserfach erteilt worden. Später hat der DVGW die o.g. Norm W534 durch die Einführung

eines sog. 3000-Stunden-Tests geändert, mit dem eine längere Lebensdauer der zu zertifizierenden Erzeugnisse gewährleistet werden soll. Dieser Test besteht darin, dass der Elastomer-Dichtungsring des Kupferfittings für die Dauer von 3000 Stunden einer Temperatur von 110 Grad Celsius ausgesetzt wird. Nach den Regeln des DVGW sind die Inhaber von Konformitätszertifikaten verpflichtet, innerhalb von drei Monaten nach Inkrafttreten der Änderung der entsprechenden Norm einen Antrag auf Zusatzzertifizierung zwecks Nachweises der Einhaltung der geänderten Anforderungen zu stellen. Da die Fra.bo SpA keinen derartigen Antrag gestellt und ihre Kupferfittings auch nicht dem 3000-Stunden-Test unterzogen hat, entzog ihr der DVGW im Juni 2005 das Konformitätszertifikat. Einen Antrag auf Verlängerung des Zertifikats lehnte der DVGW mit der Begründung ab, ein zu verlängerndes Konformitätszertifikat gebe es nicht mehr.

Daraufhin erhob die Fra.bo SpA gegen den in Bonn ansässigen DVGW Klage beim LG Köln und machte geltend, die Entziehung und/oder Verweigerung einer Verlängerung des fraglichen Konformitätszertifikats widersprächen dem Unionsrecht. Diese Klage wurde mit der Begründung abgewiesen, dass der DVGW die Anforderungen, die er an die Ausstellung eines solchen Zertifikats stelle, frei regeln könne. Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin

sodann Berufung beim OLG Düsseldorf eingelegt, welches sich in der Folge entschied, das Verfahren auszusetzen und den EuGH im Wege des in Art. 267 AEUV geregelten Vorabentscheidungsverfahrens einzuschalten. Mit seiner ersten Vorlagefrage wollte das OLG Düsseldorf in Erfahrung bringen, ob Art. 28 EG (jetzt Art. 34 AEUV) – ggf. in Verbindung mit Art. 86 Abs. 2 EG (jetzt Art. 106 Abs. 2 AEUV) – so auszulegen ist, dass privatrechtliche Einrichtungen, die zum Zwecke der Erstellung technischer Normen auf einem bestimmten Gebiet sowie zur Zertifizierung von Erzeugnissen anhand dieser technischer Normen gegründet worden sind, bei der Erstellung technischer Normen sowie bei dem Zertifizierungsprozess an die genannten Vorschriften dann gebunden sind, wenn der nationale Gesetzgeber die Erzeugnisse, die mit Zertifikaten versehen sind, ausdrücklich als gesetzeskonform ansieht und in der Praxis daher ein Vertrieb von Erzeugnissen, die nicht mit diesem Zertifikat versehen sind, zumindest erheblich erschwert ist. Für den Fall, dass die vorgenannte Frage zu verneinen sein sollte, hat das OLG Düsseldorf dem EuGH eine nicht minder interessante Zusatzfrage vorgelegt, die sich in ihren beiden Teilen jeweils auf die Auslegung des Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) bezieht. Von einer Beantwortung dieser nur hilfsweise gestellten (zweiten) Vorlagefrage hat der EuGH allerdings abgesehen, da er die erste

Vorlagefrage im bejahenden Sinne dahingehend beantwortete, dass der warenverkehrsfreiheitliche Verbotstatbestand des Art. 34 AEUV (ex Art. 28 EG) in der Tat so auszulegen ist, dass er auf die Normungs- und Zertifizierungstätigkeiten einer privaten Einrichtung anzuwenden ist, wenn die Erzeugnisse, die von dieser Einrichtung zertifiziert wurden, nach den nationalen Rechtsvorschriften als mit dem nationalen Recht konform angesehen werden und dadurch der Vertrieb von Erzeugnissen, die nicht von dieser Einrichtung zertifiziert wurden, erschwert wird.

### **III. Einordnung und offene Fragen**

Mit seinem Urteil vom 12. Juli 2012 in der Rs. C-171/11 hat sich der EuGH in spezieller Ansehung der hier in Rede stehenden Normungs- und Zertifizierungstätigkeiten einer privaten Einrichtung erstmals explizit für die horizontale Drittwirkung bzw. unmittelbare Privatwirkung des Art. 34 AEUV ausgesprochen. Im Lichte seiner vorangegangenen Rechtsprechung zur unmittelbaren Dritt- oder Privatwirkung anderer Grundfreiheiten in Gestalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit vermag dieses die Durchschlagskraft der EU-Warenverkehrsfreiheit erhöhende und dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes dienliche Vorabentscheidungsurteil im Ergebnis kaum zu überra-

schen. Angesichts der Tatsache, dass sich der EuGH seit Jahren um die Herstellung einer zunehmenden Konvergenz der Grundfreiheiten bemüht, wäre es eher erstaunlich gewesen, wenn sich der EuGH im vorliegenden Fall gegen eine Einbeziehung der privaten Zertifizierungsstelle in Gestalt des DVGW in den Adressatenkreis des Art. 34 AEUV entschieden hätte, für die sich auf der Basis einer ausführlicheren Begründung zuvor auch Generalanwältin *Verica Trstenjak* in ihren lesenswerten Schlussanträgen vom 28. März 2012 ausgesprochen hatte. Im Lichte der praktischen Wirksamkeit bzw. des *effet utile* der Grundfreiheiten scheint die von der 4. Kammer des EuGH gefundene Lösung vertretbar und überzeugend zu sein. Gleichwohl hätte diese Entscheidung ein höheres Maß an Überzeugungskraft erlangen können, wenn sich der Unionsrichter in diesem Fall zumindest ansatzweise mit den in bestimmten Teilen des europarechtlichen Schrifttums vorgebrachten Einwänden gegen eine unmittelbare Privatwirkung bzw. horizontale Drittwirkung der Grundfreiheiten argumentativ auseinandergesetzt hätte. Etwas bedauerlich ist ferner, dass sich der EuGH angesichts der vom vorlegenden Gericht gewählten Fragetechnik nicht auch mit Art. 101 AEUV zu befassen müssen meinte, der im Verbund mit Art. 102 AEUV sowie mit der vom EuGH vorliegend ebenfalls vernachlässigten Figur grundfreiheitlicher Schutzpflich-

ten in manchen Konstellationen durchaus geeignet sein könnte, die Notwendigkeit der Einbeziehung privater Akteure in den Adressatenkreis des Art. 34 AEUV in Frage zu stellen. Insoweit hat der EuGH mit diesem Urteil zugleich eine gute Gelegenheit zur deutlicheren Konturierung des zwischen den Grundfreiheiten und den ebenfalls im AEUV niedergelegten Wettbewerbsregeln bestehenden (Komplementär-)Verhältnisses verstreichen lassen.

Etwas schade ist schließlich, dass das OLG Düsseldorf den EuGH – möglicherweise in Erwartung einer negativen Antwort auf die erste Vorlagefrage – nicht auch gleich nach den weiteren Rechtsfolgen und schrankensystematischen Details befragte, die sich für den DVGW und andere vergleichbare Akteure aus der festgestellten Bindung an die EU-Warenverkehrsfreiheit ergeben. In erhöhtem Maße klärungsbedürftig ist in diesem Kontext insbesondere die Frage, über welche unionsrechtlichen Möglichkeiten private Akteure genau verfügen, um einen ihnen nunmehr vorwerfbaren Eingriff in Art. 34 AEUV zu rechtfertigen: Kommen für eine solche – üblicherweise am Maßstab des unionsverfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgerichtete – Rechtfertigung neben den in Art. 36 AEUV explizit geregelten Rechtfertigungsgründen auch ungeschriebene zwingende Erfordernisse oder Gründe des Allgemeinwohls, sonstige „besondere Gründe von privatem Interesse“ bzw.

bestimmte „sachliche Überlegungen“ und auch einzelne Unionsgrundrechte wie etwa die in Art. 15 GRC niedergelegte Berufsfreiheit und/oder die in Art. 16 GRC verbürgte unternehmerische Freiheit in Betracht? Diesbezüglich bedarf es dringend weiterer Antworten bzw. Klärungen durch die Europarechtswissenschaft und durch den EuGH. Einen wichtigen Beitrag dazu könnte insoweit auch das OLG Düsseldorf leisten, indem es der in den o.g. Schlussanträgen vom 28. März 2012 for-

mulierten Aufforderung zu erneuten Anrufung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nachkommt, um dem Unionsrichter die Gelegenheit zur Beantwortung der o.g. Frage und zur Klärung damit eng zusammenhängender Detailfragen wie etwa nach dem in Privatrechtsverhältnissen der vorliegenden Art bestehenden Verhältnis zwischen den Grundfreiheiten und den wirtschaftlichen Unionsgrundrechten zu geben.

**Frankfurter Institut für das Recht der Europäischen Union**

[fireu@euv-frankfurt-o.de](mailto:fireu@euv-frankfurt-o.de)

<http://www.fireu.de>