

# Policy Papers on Transnational Economic Law

No. 32

## Grundfreiheiten und Zivilrecht – Die Ignoranz deutscher Gerichte gegenüber dem Unionsrecht Christian Tietje Norman Hölzel

TRANSNATIONAL  
ECONOMIC LAW  
RESEARCH CENTER

Faculty of Law  
Martin-Luther-University  
Halle-Wittenberg  
Universitätsplatz 5  
06099 Halle (Saale)  
Germany

Tel.: +49 345 / 55 23149  
/ 55 23180  
Fax: +49 345 / 55 27201

E-Mail: [telc@jura.uni-halle.de](mailto:telc@jura.uni-halle.de)  
[www.telc.uni-halle.de](http://www.telc.uni-halle.de)

Januar 2009



---

## Grundfreiheiten und Zivilrecht

### Die Ignoranz deutscher Gerichte gegenüber dem Unionsrecht

Auch nach mehr als 50 Jahren seit Gründung der EWG, der heutigen EU, und mehr als 40 Jahren seit der Begründung der Rechtsprechung des EuGH zur weitreichenden Wirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (EuGH, van Gend & Loos, Slg. 1963, 1 ff.) ist immer wieder zu beobachten, dass deutsche Zivilgerichte geradezu ignorant mit dem Unionsrecht umgehen. Das gilt insbesondere mit Blick auf die vom EuGH in eindeutiger Rechtsprechung geforderte innerstaatliche zivilrechtliche Durchsetzung des Beihilfenverbotes nach Art. 87 ff. EG-Vertrag (hierzu eindringlich *Heidenhain*, EuZW 2008 (Heft 24), S. V; *Martin-Ehlers/Strohmayr*, EuZW 2008, 745 ff.). Aber nicht nur im Beihilfenrecht missachten deutsche Zivilgerichte in geradezu abenteuerlicher Art und Weise unionsrechtliche Vorgaben. Auch die Grundfreiheiten, die zum Kernbestand des Unionsrechts und zum Pflichtstoff der juristischen Ausbildung gehören, werden von Zivilgerichten immer wieder mit gleichsam Rechtsmissachtung behandelt. Das OLG München, auch in den genannten Beihilfesachen ein exponierter Ignorant des Unionsrechts, hat sich hier mit einer jüngeren Entscheidung besonders hervorgetan.

In dem Verfahren des OLG München 3 U 1990/7 (in Auszügen abgedruckt in: EuZW 2008, 773 f.) klagte ein österreichischer Staatsangehöriger gegen ein deutsches Kur- und Erlebnisbad, weil er einen höheren Eintrittspreis zahlen musste als die Einwohner der umliegenden Gemeinden. Unionsrechtlich ist eine solche diskriminierende Regelung zu Eintrittspreisen nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH dem Grunde nach rechtswidrig (EuGH, Rs. C-45/93, Spanische Museen, Slg. 1994, I-911; EuGH, C-388/01, Italienische Museen, Slg. 2003, I-721). Die vom Kläger geforderte Rückerstattung des Differenzbetrages wurde vom OLG München allerdings mit der Begründung abgelehnt, dass der einschlägige Art. 49 EG (Dienstleistungsfreiheit) kein Verbot- bzw. Schutzgesetz darstellt und somit weder aus §§ 812 I, 134 BGB noch aus § 823 II BGB ein Ersatzanspruch hervorgehe.

Die Ablehnung des Verbot- bzw. Schutzgesetzcharakters der Dienstleistungsfreiheit als Grundfreiheit liegt für das OLG München scheinbar darin begründet, dass nach der einschlägigen Kommentierung eine unmittelbare Drittwirkung von Grundfreiheiten aus der Sicht des deutschen Rechts von vornherein abgelehnt wird (siehe Palandt-*Ellenberger*, 68. Auflage, München 2009, § 134 Rn. 3). Selbst wenn man dieser Auffassung – was kaum möglich ist – folgt, bleibt indes zu beachten, dass zunächst zu prüfen

---

ist, ob überhaupt ein Drittwirkungsfall vorliegt. Überdies sollte jedenfalls bekannt sein, dass sich das Wertesystem des Unionsrechts im Wege der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte auswirkt (Palandt-*Ellenberger*, § 138 Rn. 5). Dies führt dann zwar nicht zwingend zu einer Charakterisierung der Grundfreiheiten als Verbots- oder Schutzgesetze (Palandt-*Ellenberger*, § 134 Rn. 4), kann aber sehr wohl entsprechende Ersatzansprüche begründen (Palandt-*Ellenberger*, § 138 Rn. 22, 92). All das wird vom OLG München schlicht missachtet.

### **Unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten**

Die Grundfreiheiten des Unionsrechts binden alle Hoheitsträger eines Mitgliedstaates und sind unmittelbar anwendbar, d.h. statuieren Individualrechte, auf die sich der Einzelne unmittelbar berufen kann, was von Amtswegen zu beachten ist. Diese Aussage, die der ständigen Rechtsprechung des EuGH entspricht, kann schon als Allgemeinplatz gewertet werden und bedarf keiner weiteren Begründung mehr. Dem OLG München scheint das freilich noch nicht zu Ohren gekommen zu sein. Aus dem Klägervortrag in dem Verfahren ergibt sich nämlich, dass das Kur- und Erlebnisbad mit öffentlichen Mitteln bezuschusst wurde und damit möglicherweise auch europäische Mittel in Anspruch genommen wurden (OLG München, Rs. 3 U 1990/07,

Rn. 4) Hieraus könnte sich bereits eine unmittelbare Bindung an das Unionsrecht ergeben, da es rechtsmissbräuchlich wäre, Vorteile der EU in Anspruch zu nehmen, die Pflichten des Unionsrechts hingegen zu ignorieren.

Wesentlich wichtiger ist jedoch, dass sich aus dem Sachverhalt des streitigen Verfahrens ergibt, dass die Gesellschafter des beklagten Unternehmens scheinbar ausschließlich Kommunen sind. Damit kann angenommen werden, dass das Handeln des beklagten Unternehmens dem Staat zuzurechnen ist, so dass ein mitgliedstaatliches Verhalten, das unmittelbar an die Grundfreiheiten gebunden ist, vorliegt (siehe hierzu nur EuGH, Rs. C-325/00, CMA-Gütezeichen, Slg. 2002, I-9977 ff.). Eine Flucht ins Privatrecht ist dementsprechend nicht möglich, was das OLG noch nicht einmal im Ansatz diskutiert. Insofern ist erstaunlich, dass das OLG München schlichtweg übersieht, dass aufgrund hoheitlichen Handelns ein unmittelbarer Verstoß gegen Art. 49 EG-Vertrag vorliegen könnte und damit in jedem Fall ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB gegeben wäre.

### **Unmittelbare horizontale Anwendbarkeit der Grundfreiheiten**

Selbst wenn man davon ausgeht, dass das Handeln der Beklagten nicht dem EU-Mitgliedstaat Deutschland zuzurechnen ist, hätte

---

sich das OLG München jedoch mit der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit des Art. 49 EG-Vertrag im Privatrechtsverhältnis auseinandersetzen müssen. Der EuGH hat eine solche unmittelbare Wirkung der Dienstleistungsfreiheit im Privatrechtsverhältnis mehrfach angenommen (siehe zuletzt EuGH, Rs. C-341/05, *Laval*, Slg. 2007, I-11767 Rn. 98). Man mag zwar konstatieren, dass die zitierte Rechtsprechung zu sog. intermediären Gewalten (Verbänden) ergangen ist und damit möglicherweise auf den vorliegenden Sachverhalt keine Anwendung findet. Das wäre allerdings vom EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG-Vertrag zu entscheiden gewesen. Wenn man nämlich die unmittelbare horizontale Anwendbarkeit von Art. 49 EG-Vertrag auch im Verhältnis von Kläger und Beklagter im vom OLG München entschiedenen Verfahren annimmt, wäre in jedem Fall zumindest ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB gegeben.

### **Mittelbare Drittwirkung**

Lehnt man die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten ab (so u.a. *Streinz*, Europarecht, 8. Auflage, Heidelberg 2008, Rn. 837; *Riesenhuber*, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003, 464), würden sich dennoch Ersatzansprüche des Klägers ergeben. Die deutschen Zivilgerichte müssen zumindest eine mittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten

beachten. Diese Wirkung ist für die deutschen Grundrechte im Rahmen einer ständigen Rechtsprechung umfassend anerkannt (vgl. *Palandt-Heinrichs*, § 242, Rn. 7) und wohl auch bei den europäischen Grundfreiheiten gegeben (hierzu auch *Frenz*, Handbuch Europarecht - Band 1, 1. Auflage, Berlin 2004, Rn. 342-345).

Das OLG München geht in seiner Entscheidung lediglich auf § 134 BGB ein. Der rein zivilrechtlichen Argumentation des OLG hierzu kann unter Umständen noch gefolgt werden. Allerdings ist es nicht vertretbar, nach Verneinung eines einschlägigen Verbotsgesetzes die rechtliche Prüfung des Sachverhaltes zu beenden. Vielmehr ist es notwendig, noch auf die relevanten Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB einzugehen. Gerade dies erfolgt aber nicht bzw. nur im ungenügenden Maße und verstößt damit von sich aus gegen das Prinzip, dass die allgemeine Norm des § 138 BGB wiederauflebt, wenn die speziellere Norm des § 134 BGB nicht eingreift (siehe *Palandt-Ellenberger*, § 138 Rn. 13).

Bei einer Anwendung des § 138 BGB ergibt sich, dass das vom OLG München gefundene Ergebnis schlichtweg falsch ist. Entsprechend der Generalklausel des § 138 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Zur Konkretisierung des § 138 BGB kann und muss das Europarecht herangezogen werden. Auch die deut-

---

sche Gerichtsbarkeit muss bei einer europarechtskonformen Auslegung des Zivilrechts die europäischen Grundfreiheiten berücksichtigen. (vgl. nur EuGH, Rs. 157/86, Murphy, Slg. 1988, 673, Rn. 11; Palandt-Ellenberger, § 138 Rn. 5) Im Rahmen der Verpflichtung der nationalen Gerichte, eine effektive Durchsetzung des europäischen Rechts zu gewährleisten, kann letztlich zu keinem anderen Ergebnis gekommen werden, als dass der Kläger nur dazu verpflichtet war, denselben Eintrittspreis zu zahlen wie alle anderen Gäste des Kur- und Erlebnisbades. Bei der Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäftes hätte das OLG München damit zu dem Ergebnis kommen müssen, dass eine Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäftes anzunehmen ist und damit kein Rechtsgrund für die Leistung besteht. Ob man dieses Ergebnis unmittelbar aus § 138 BGB begründet oder §§ 242, 139 BGB in einer Zusammenschau mit heranzieht, ist letztlich ohne Belang. In jedem Fall hätte dem Kläger aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten ein Ersatzanspruch aus § 812 I BGB zugestanden.

### **Ergebnis**

Im Ergebnis machte der Kläger im Verfahren des OLG München damit zu Recht Ersatzansprüche geltend. In der Entscheidung des OLG fehlt jegliche Auseinandersetzung mit dem maßgeblichen Unionsrecht und der eindeutigen Rechtspre-

chung des EuGH (insbesondere EuGH, Rs. C-45/93, Spanische Museen, Slg. 1994, I-911; EuGH, C-388/01, Italienische Museen, Slg. 2003, I-721). Besonders erschreckend ist dabei noch, dass das OLG München scheinbar sogar sachliche Gründe für die Differenzierung der Eintrittspreise annimmt (OLG München, Rs. 3 U 1990/07, Rn. 49). Worin diese bestehen sollen, wird ewig ein Geheimnis des Gerichtes bleiben, da Verkaufsmodalitäten oder Gründe des Gesundheitsschutzes wohl kaum als Argument anzuführen sind.

Rechtlich ist nochmals festzuhalten, dass die streitentscheidende Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) vielleicht keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet. Dies ändert indes nichts daran, dass zumindest eine mittelbare horizontale Anwendbarkeit der Grundfreiheiten über die Generalklauseln des deutschen Zivilrechts zu beachten ist. Wenn es im konkreten Fall sogar so sein sollte, dass die Gesellschafter der Beklagten öffentliche Kommunen waren, erscheint die Entscheidung des OLG München umso mehr europarechtswidrig und damit nicht hinnehmbar, geschweige denn nachvollziehbar.

Was bleibt ist die mit großer Besorgnis zu formulierende Frage, ob deutsche Zivilgerichte überhaupt zur Kenntnis genommen haben, dass die Bundesrepublik Deutschland aufgrund eines klaren verfassungsrechtlichen Bekenntnisses zur

---

europäischen Integration (Art. 23 I GG) seit über 50 Jahren Mitglied einer supranationalen Organisation ist, deren Wesensmerkmal gerade darin besteht, eine Rechtsordnung zu formen, die unmittelbar im innerstaatlichen Rechtsraum ihre Wirkung entfaltet und deren effektiver Umsetzung und Durchsetzung Aufgabe der innerstaatlichen Judikative ist.

*Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M. (Michigan) ist Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht und der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht sowie Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und internationales Wirtschaftsrecht an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.*

*Norman Hölzel, LL.M.oec.int ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.*