

Überblick über die ökonomische Analyse des Rechts und ihre Applikationsmöglichkeiten auf die Europäischen Grundfreiheiten

Francisco Joel Reyes y Ráfales, Bonn*

Im Bereich der Grundfreiheiten gehören ökonomische Argumente zu den beliebtesten Topoi.¹ In diesem Beitrag wird dafür votiert intuitive „common sense“-Analysen kritisch zu überprüfen und auszutauschen, wenn moderne wirtschaftswissenschaftliche Instrumente und Theoriemodelle einen echten Rationalitätsgewinn versprechen. Überblicksartig sollen neben einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts die Stellen in der dreistufigen Grundfreiheitenprüfung aufgezeigt werden, bei denen wirtschaftstheoretisches Wissen in rechtmethodisch zulässiger Weise fruchtbar gemacht werden kann. Dabei wird auch auf bestimmte Leistungsgrenzen der ökonomischen Analyse des Rechts aufmerksam gemacht.²

I. Wirtschaftstheorie und ökonomische Analyse des Rechts als Rechtstheorie

1. Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik

Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik sind Subdisziplinen der Volkswirtschaftslehre. Anliegen der Wirtschaftstheorie ist es Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge im Verhalten von wirtschaftlichen Akteuren, bei Vorgängen des Wirtschaftslebens sowie bei gesamtökonomischen Prozessen zu beschreiben, zu erklären und zu prognostizieren. Innerhalb der Wirtschaftstheorie haben sich gegenstandsspezifische

Unterdisziplinen herausgebildet (z.B. die Wettbewerbstheorie, Preistheorie).³

Die Theorie der Wirtschaftspolitik untersucht als angewandte Wissenschaft auf der Grundlage wirtschaftstheoretisch gewonnener Erkenntnisse den Erfolg wirtschaftspolitischer Maßnahmen zur Erreichung vorformulierter Ziele und beschäftigt sich mit Ziel-Mittel-Relationen. Wirtschaftspolitik bezweckt also durch politische Mittel ökonomische Parameter in einen bestimmten Zustand zu versetzen. Innerhalb der Wirtschaftspolitik wird unterschieden zwischen der Wirtschaftsordnungs- und der Wirtschaftsprozesspolitik: Die Wirtschaftsordnungspolitik behandelt den *Rahmen* wirtschaftlicher Entscheidungen auf makro- (z.B. grundgesetzliche Finanzverfassung) oder mikroökonomischer Ebene (z.B. Eigentumsordnung, Gesellschaftsrecht). Bei der Wirtschaftsprozesspolitik wird versucht durch schnell bis mittelfristig wirkende Eingriffe in *konkrete* makro- oder mikroökonomische Wirtschaftsprozesse einen ökonomischen Parameter zu ändern.⁴ Das Recht der Grundfreiheiten stellt ein *wirtschaftsordnungs-*politisches Mittel dar.

2. Die ökonomische Analyse des Rechts

Die in utilitaristischem Gedankengut wurzelnde⁵ und in den 70er Jahren in den USA entwickelte⁶ Methode der ökonomischen Analyse des Rechts gilt im angelsächsischen Raum als das „dominierende [rechtswissenschaftliche] Paradigma“⁷ und gehört dort zu den Haupttopoi der juristischen Argumentation.⁸ In deutschsprachigen⁹

* Der Autor ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung sowie Strafrechtsgeschichte von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard) und arbeitet derzeit an einem Promotionsvorhaben im Bereich der Grundfreiheiten bei Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Harvard). Ich danke Caroline Szymura für ihre Unterstützung bei den mathematischen Darstellungen.

¹ Vgl. nur Füller, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, Diss. Berlin, 1998, 17 ff., 150 ff.; Franck, Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt, in: Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 48-52; Frenz, 5 ff.; Snell, Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship Between the Freedoms, 2002, 35 ff.; Weatherill/Beaumont, EU Law, 3rd edition, 2004, 34 f.

² Aufgrund der Weite des Betrachtungsfeldes sowie des zT einfühungsartigen Charakters sind Vereinfachungen zT nicht zu vermeiden. In Bezug auf weiterführende Literatur sei auf die Fußnoten verwiesen.

³ S. hierzu umfass. Blum, Einführung, in: Blum et al. (Hgg.), Grundlagen der Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 2003, 1 (3 ff.); Engelkamp/Sell, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2013, 37, 407 f.; Rogall, Volkswirtschaftslehre für Sozialwissenschaftler, 2. A. 2013, 31, 46.

⁴ Engelkamp/Sell (Fn. 3), 38, 407-410; Rogall (Fn. 1), 209.

⁵ Franck (Fn. 1), § 6 Rn. 4; Kirchner, Die ökonomische Theorie, in: Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 5 Rn. 55.

⁶ Sauerbruch, Das Freigabeverfahren gemäß § 246a Aktiengesetz, Diss. Hamburg 2008, 94 m.w.N.; Baumann, RNotZ 2007, 297 (298) verweist auf Posners Economic analysis of law, 1973.

⁷ Salzberger, Law and Economic in the 21st Century, in: Eger, Thomas et al. (Hgg.), FS Schäfer, 23 (24).

⁸ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2003, 486; Salzberger (Fn. 7), 23 (24).

⁹ Vgl. Baumann, RNotZ 2007, 297 ff.; Engel, Öffentliches Wirtschaftsrecht aus Sicht der ökonomischen Theorie, in: Ehlers/Fehling/

und anderen europäischen Ländern¹⁰ ist dagegen eine gewisse Distanz zur ökonomischen Analyse anzutreffen.¹¹ Wirtschaftstheoretische Methoden und Modelle expandieren zudem in die Politik- und Sozialwissenschaften.¹² Auch der *Europäische Gerichtshof* vermeidet es in seinen Urteilsbegründungen ebenso explizit auf die ökonomische Analyse des Rechts zu rekurrieren. Im Hinblick auf seine heterogene Besetzung und den damit verbundenen Schwierigkeiten sich auf eine einheitliche Begründung zu verständigen, kann hierin aber kein spezifischer Vorbehalt gegen die ökonomische Analyse des Rechts erblickt werden.¹³

3. Subparadigmen innerhalb der ökonomischen Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Rechts wird von drei Subparadigmen beherrscht: Dem Hauptsubparadigma der Chicagoer Schule (sog. neoklassische Preistheorie), der Transaktionskostenanalyse sowie der Neuen Institutionenökonomik; eine behavioristische Richtung kann als aufkommendes viertes Subparadigma angesehen werden.¹⁴

4. Anwenderbezogene Schwierigkeiten bei der Integration wirtschaftstheoretischer Erkenntnisse in die Rechtswissenschaften

Für die Einbeziehung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse in den juristischen Fachdiskurs kann der (allgemein für interdisziplinäres Arbeiten geltende) Satz herangezogen werden, dass mit zunehmenden Unterschieden in Methode und Gegenstand auch die Unsicherheiten im Umgang mit dem fachfremden Spezialwissen wachsen: Wirtschaftstheoretische Erkenntnisse sickern dementsprechend zum Teil mit zeitlicher Verschiebung in den juristischen Diskurs ein oder werden unvollständig rezipiert.¹⁵ Sollen die empirische Wissenschaften dem Rechtsanwender ein realitätsgetreues Wirklichkeitsbild verschaffen, dürfen aber keine Theorien zum Einsatz gelangen, die innerhalb des fachfremden Diskurses bereits falsifiziert oder durch

für zuverlässiger gehaltene Ansätze ersetzt wurden. Auch dürfen nicht in Verkenning des begrenzten Aussagewerts vereinfachender und nur wenige Variablen betrachtender Modelle die fachfremden Erkenntnisse ohne die ihnen immanenten Unsicherheiten in den eigenen Diskurs transportiert und absolut gesetzt werden.¹⁶

5. Zielstellung(en) der ökonomischen Analyse des Rechts (insbesondere Allokationseffizienz)

Welches Ziel auf seine effiziente Durchsetzung durch das Recht untersucht werden soll, kann nicht wirtschaftstheoretisch bestimmt werden, sondern muss vom Recht selbst festgelegt werden.¹⁷

Wirtschaftstheoretische und wirtschaftspolitische Betrachtungen untersuchen zumeist das „wirtschaftliche Grundproblem“ der effizienten Allokation knapper Güter: Es geht um Art und Quantität der zu produzierenden Güter, um die Verteilung des Produzierten sowie um den Einsatz der Produktionsfaktoren (d.h. um die Frage, für die Erzeugung welchen Gutes welche Produktionsgüter wie transformiert werden sollen).¹⁸ Allokative Effizienz beschreibt eine Situation, in der der Grenznutzen der Nachfrager dem Grenznutzen der Produzenten entspricht. Die volkswirtschaftliche Rente als Summe der Konsumenten- und Produzentenrente ist in diesem Zustand maximiert.¹⁹

Die ökonomische Analyse kann auch zur Untersuchung anderer Ziele herangezogen werden (– einige Ziele eignen sich aber besser für wirtschaftstheoretische Untersuchungen als andere).²⁰

II. Positive und normative Analyse

Die ökonomische Analyse kennt die sog. positive (1) und die sog. normative Analyse (2).

1. Positive Analyse

Die positive Analyse untersucht mit Hilfe empirischer Instrumente und mathematischer Methoden die Kausalgesetzmäßigkeiten zwischen zwei Variablen und prognostiziert die Folgen von Änderungen einer bestimmten Variablen.²¹ Rechtliche Regelungen (die nicht dispositiv sind) sowie

Pünder (Hgg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 1 ff.; *Kirchner*, Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode: Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur reziproken methodischen Annäherung von Ökonomik und Rechtswissenschaft, in: Eger, Thomas et al. (Hgg.), FS Schäfer, 2008, 37 (38); *ders.*, in: Riesenhuber, § 5 Rn. 52; vgl. beispielhaft die Position von *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht, Diss. FU Berlin 2012, 384-386.

¹⁰ *Van Aaken*, in: FS Schäfer (Fn. 9), 651 (651; 655 f.) m.w.N.

¹¹ *Füller* (Fn. 1), 18 Fn. 14; *Hertig*, Int'l Rev. L. & Econ. 11 (1991), 331 ff.

¹² Vgl. *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 45; *Salzberger* (Fn. 7), 23 (26); vgl. zur Bedeutung rationaler Eigennutzverfolgung im Verfassungskontext *Reyes y Ráfales*, Der Staat 2013, 597 (600-608, 625-629).

¹³ *Franck* (Fn. 1), § 6 Rn. 60 f.

¹⁴ *Franck* (Fn. 1), § 6 Rn. 11 f., 42-47, 60 f.; *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 46-51; *Salzberger* (Fn. 7), 23 (24, 30 f.).

¹⁵ Vgl. *Engel* (Fn. 9), § 2 Rn. 1 ff.; *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Diss. Zürich 2008, 538. Das gleiche Ergebnis für den parallel gelagerten Bereich des Völkerwirtschaftsrechts (insbesondere dem GATT- und WTO-Recht) feststellend *Krajewski*, Konstitutionelle Ökonomie des GATT/WTO-Rechts, in: van Aaken/Schmid-Lübbers, Beiträge zur ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, 2003, 1 (17 Fn. 27).

¹⁶ *Engel* (Fn. 9), § 2 Rn. 1, 9; *Franck* (Fn. 1), § 6 Rn. 2; *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 5.

¹⁷ *Christl*, Wettbewerb und internationaler Handel, Diss. Bayreuth 1999, 153; *Salzberger* (Fn. 7), 23 (31).

¹⁸ *Wiesmeth*, Mikroökonomische Grundlagen, in: Blum et al. (Hgg.), *Grundlagen der Volkswirtschaftslehre*, 2. Aufl. 2003, 21 (22 ff.); *Hüther/Hafemann*, Öffentliche Güter, Wettbewerb, Kompetenzverteilung – ökonomische Analysen zum Föderalismus, in: Härtel (Hg), *Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt*, Bd. I, 2012, § 14 Rn. 2; *Schilling*, Der Ausschluss von Minderheitsaktionären, Diss. Bochum 2006, 94 m.w.N.

¹⁹ Siehe hierzu umfassend *Franck* (Fn. 1), § 6 Rn. 3.

²⁰ Vgl. *Franck* (Fn. 1), § 6 Rn. 61; *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 8; *Salzberger* (Fn. 7), 23 (30 f.); s.a. Fn. 68.

²¹ *Salzberger* (Fn. 7), 23 (29); vgl. auch *Christl* (Fn. 17), 153 f.

unterschiedliche Interpretationen derselben Rechtsnorm stellen sich für Marktakteure als sog. unabhängige Variablen dar, d.h. als nicht beeinflussbare Handlungsbedingungen, die sie bei ihren Entscheidungen berücksichtigen müssen.²² Aus Vereinfachungsgründen werden *Nebenwirkungen* an dieser Stelle vorerst ausgeblendet: Der Ursache-Wirkungs-Zusammenhang zwischen der Norminterpretation i_1 und dem Normzweck z kann verglichen werden mit dem Ursache-Wirkungs-Zusammenhang, in dem die Norminterpretation i_2 zu z steht.²³ Der Nutzen u für das Normziel z kann für die Gesamtheit der Interpretationsvarianten i_n mit Hilfe der Funktion $u_z(i_n)$ ermittelt werden. Mit Hilfe einer Wirkungsvergleichsanalyse kann die effizienteste Norminterpretation bestimmt werden.²⁴

2. Normative Analyse

Auf der Grundlage der durch die positive Analyse gewonnen Einsichten in ökonomische Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge gibt die normative Analyse Handlungsanweisungen: Sie erteilt Auskunft darüber, wie eine Norm gestaltet werden soll, um bestimmte, vorgegebene Ziele bestmöglich zu erreichen.²⁵

III. Die ökonomische Analyse innerhalb des juristischen Syllogismus

Zu unterscheiden sind zwei potentielle Gegenstände einer positiven ökonomischen Analyse, nämlich die Ebene der Vorgabenformulierung, bei der ein abstrakter, gesetzlicher Tatbestand durch eine Definition (Interpretation) konkretisiert wird und zweitens die Subsumtionsebene, bei der ein Sachverhalt festgestellt oder prognostiziert werden muss, um das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals zu prüfen.

1. Interpretationsebene

Als Wirkungsmedium kommt zunächst die subjektiv-teleologische Auslegung in Betracht:²⁶ Diese verlangt, dass die Interpretation einer Norm anhand eines vorgegebenen Ziels ausgerichtet wird.

a) Ermittlung aller in Betracht kommenden Interpretationsvarianten

Zunächst müssen aus den Interpretationsvarianten i_n diejenigen ausgeschieden werden, die im Hinblick auf Wortlaut

und Systematik der auszulegenden Norm unabhängig von einer Abwägung unvertretbar erscheinen.²⁷

b) Zielbestimmung für die subjektiv-teleologische in Abgrenzung zur objektiv-teleologischen und historischen Auslegung

Sodann ist das Ziel zu bestimmen, dass mittels der subjektiv-teleologischen Auslegung verfolgt wird. Mit Hilfe der historischen Auslegung kann zwar der Zweck einer Norm ermittelt werden, sie nimmt allerdings nach ganz hM für die Interpretation des Primärrechts – u.a. wegen des Fehlens offizieller Gründungsdokumente – nur eine untergeordnete Bedeutung ein. Infolge der „aktiven“ Rolle des *EuGH* bei Rechtsfortbildung und -interpretation entfernt sich das Primärrecht zudem immer mehr von den ursprünglichen historischen Absichten.²⁸

Abzugrenzen ist die subjektiv-teleologische Auslegung zudem von der objektiv-teleologischen Auslegung, die trotz ihrer herausgehobenen Stellung im deutschen Rechtskreis²⁹ zu Recht als demokratisch-legitimatorisch problematisch eingeschätzt wird im Hinblick auf das institutionelle Gleichgewicht (als unionsrechtliches Pendant zum Gewaltenteilungsgrundsatz); denn letztlich legt der die Norm auslegende Jurist selbst den Zweck der Norm fest.³⁰ In Bezug auf Effizienzerwägungen trifft diese Methode sogar auf besonders stark ausgeprägte Vorbehalte in der Literatur.³¹

Aus der Systematik und der Funktion sowie aus den in den Grundsatzteilen von AEUV und EUV niedergelegten Zielkatalogen können aber unstrittig die Zielsetzungen primärrechtlicher Operativbestimmungen (z.B. der Grundfreiheiten) ermittelt werden.³² Auch der (zT rechtsfortbildenden) Rechtsprechung des gem. Art. 19 I EUV für „Auslegung und Anwendung der Verträge“ zuständigen *EuGH* kommt eine für die Zielbestimmung herausgehobene Stellung zu.³³ Ist das Ziel dergestalt ermittelt, sind die übrig gebliebenen Interpretationsvarianten auf die Erfüllung des Ziels hin zu untersuchen.

²⁷ *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 28, 43, 59.

²⁸ *Nicolaysen*, *Europarecht* I, 2. Aufl. 2002, 102-104; *Pechstein/Drechsler*, *Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts*, in: *Riesenhuber* (Hg), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 14, 30, 32; *Stotz*, *Die Rechtsprechung des EuGH*, in: *Riesenhuber* (Hg), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2010, § 22 Rn. 15. AA etwa *Leisner*, *EuR* 2007, 689 ff.

²⁹ Vgl. *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 21 m. umf. w. N.; *Puppe* (Fn. 26), 80 ff.; *Van Aaken*, *How To Do Constitutional Law and Economics: A Methodological Proposal*, in: *Eger, Thomas et al.* (Hgg.), *FS Schäfer* (Fn. 9), 2008, 651 (655).

³⁰ Vgl. *Puppe* (Fn. 26), 80; *Riesenhuber/Grundmann*, *JuS* 2001, 529; *Riesenhuber*, *Die Auslegung*, in: *ders.* (Hg), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 10 jew. m.w.N.

³¹ Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 8), 454-459, 487; *Kirchner* (Fn. 9), 37 (47); *Grundmann/Riesenhuber*, *JuS* 2001, 529 (532 f.); vgl. auch *Lippert* (Fn. 9), 384-386. Befürwortend *dag. Hartmann* (Fn. 26), 39 ff.

³² *Pechstein/Drechsler* (Fn. 28), § 8 Rn. 28 ff.

³³ *Neuner*, *Die Rechtsfortbildung*, in: *Riesenhuber* (Hg), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 8, 10, 24; *Pechstein/Drechsler* (Fn. 28), § 8 Rn. 15; *Stotz* (Fn. 28), § 22 Rn. 17, 40 ff.

²² *Franck* (Fn. 1), § 6 Rn. 9; *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 32-36.

²³ In Bezug auf die formale Darstellung wird sich orientiert an *Engel* (Fn. 9), § 2 Rn. 22 ff.

²⁴ Vgl. *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 3, 7-9, 28-30, 41; *Salzberger* (Fn. 7), 23 (29).

²⁵ *Christl* (Fn. 17), 152-154; *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 1; *Salzberger* (Fn. 7), 23 (29 f.); *Schilling* (Fn. 18), 93 m.w.N.

²⁶ Vgl. *Eidenmüller* 8, 452-454; *Engel* (Fn. 9), § 2 Rn. 66; *Franck* (Fn. 1), § 6 Rn. 53; *Grundmann/Riesenhuber*, *JuS* 2001, 529 (532); differenzierend *Hartmann*, *Öffentliches Haftungsrecht*, Habil. Münster 2011, 46 („Sonderfall“ der teleologischen Auslegung). Zum Begriff der subjektiv-teleologischen Auslegung *Puppe*, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2008, 78 ff.

c) „Nebenwirkungen“

Es ist sodann dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Normen – beabsichtigter- oder unbeabsichtigterweise – auch (schädliche oder begrüßenswerte) Nebenwirkungen für andere Belange zeitigen und dass mit ihnen häufig mehrere Ziele verfolgt werden.³⁴ Theoretisch müsste man die durch die Nebenwirkungen verursachten „Nutzen“ und „Kosten“ messen und aggregieren. Für die verschiedenen Belange müsste einheitliche „Normwährung“ gefunden werden, mit der man Nutzen und Kosten abhängig vom Erfüllungsgrad bzw. Schadensquantum saldieren könnte.³⁵ Obwohl man solche Abwägungsprozesse auf Tatbestandsseite im Rahmen unbestimmter Rechtsbegriffe mathematisch darstellen kann,³⁶ stößt eine solche „normative Monetarisierung“ auf unüberwindbare Schwierigkeiten. Die ökonomische Analyse kann hier nur bedingt weiterhelfen und den Abwägungsvorgang transparent(er) machen.³⁷

2. Subsumtionsebene

Die Wirtschaftstheorie stellt Instrumente zur Realitätsbeschreibung, -erklärung und -prognose zur Verfügung und kann somit – in Abhängigkeit von den zu prüfenden Tatbestandsinhalten – zur Subsumtion herangezogen werden.³⁸

IV. Positive ökonomische Analyse der Grundfreiheiten

Mit Blick auf den dreistufigen Prüfungsaufbau einer Grundfreiheitsverletzung³⁹ kann auf der (ersten) Stufe des Anwendungsbereichs, auf der (zweiten) Stufe des Eingriffs (auch: Beeinträchtigung) sowie auf der (dritten) Stufe der Rechtfertigung zwischen den beiden genannten Ebenen (der Definitions- und Subsumtionsebene) unterschieden werden. Als grundsätzlich geeignetes Mittel zur rechtspolitischen Kritik ergeben sich für die ökonomische Analyse des Rechts im Hinblick auf die Grundfreiheiten allerdings keine Perspektiven (3).

³⁴ Kirchner (Fn. 5), § 5 Rn. 41, 57 f.; vgl. auch Franck (Fn. 1), § 6 Rn. 61.

³⁵ Engel (Fn. 9), § 2 Rn. 28, 53 f.; van Aaken, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, in: dies./Schmid-Lübbers, Stefanie, Beiträge zur ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, 2003, 89 (111); vgl. auch Bizer, Die Ökonomik der Verhältnismäßigkeitsprüfung, Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse, Darmstadt, Nr. 99-1, 6 f.

³⁶ Vgl. z.B. van Aaken (Fn. 35), 89 (107 ff.).

³⁷ Vgl. Bizer (Fn. 35), 6 f.; Engel (Fn. 9), § 2 Rn. 77; Franck (Fn. 1), § 6 Rn. 61.

³⁸ Dies gilt insbesondere für Tatbestandsmerkmale, die Märkte und Marktverhalten zum Gegenstand haben wie das Kartellrecht, Ackermann, Die Auslegung, in: Riesenhuber (Hg), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 21 Rn. 18 ff.; Franck (Fn. 1), § 6 Rn. 54.

³⁹ Vgl. nur Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 4. Aufl. 2010, Rn. 885-941 und das Schema nach Rn. 841; Ehlers, in: ders., Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 58-113.

1. Beeinträchtigungsbegriff⁴⁰

a) Definitionsebene: Infragestellung des derzeit herrschenden Marktzugangsmodells

Um zu zeigen, wie wirtschaftstheoretische Erkenntnisse auf der Definitionsebene fruchtbar gemacht werden können, wird im Folgenden beispielhaft der Begriff der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung in den die Warenverkehrsfreiheit mitkonstituierenden Vorschriften der Art. 34 Alt. 2, 35 Alt. 2 AEUV beleuchtet.

aa) Vorgehensweise

Nach der oben beschriebenen positiven ökonomischen Analyse sind erstens alle diejenigen Interpretationsvarianten auszuschließen, die mit Wortlaut oder Systematik nicht vereinbar sind (bb). Zweitens ist der Zweck der Warenverkehrsfreiheit zu ermitteln (cc), der im Idealfall in der Herstellung von Allokationseffizienz besteht. Sofern mehrere Interpretationsvarianten übrig bleiben, ist zu untersuchen, welche von ihnen den gegebenen Zweck am besten erfüllt (dd), ohne rechtlich unzulässige Nebenwirkungen herbeizuführen (ee).

bb) Ausscheiden von Interpretationsvarianten

Hier soll beispielhaft auf zwei mögliche Grenzen eingegangen werden (erstens auf eine etwaige Wortlautgrenze, zweitens auf eine systematisch-teleologische): Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung ist nach der Rechtsprechung durch seine „allgemeine Fassung“⁴¹ gekennzeichnet, worin eine Delegation von Konkretisierungsbefugnissen auf den EuGH zu erblicken ist. Der Primärrechtsgeber hat die vielen Volten und Inkohärenzen des EuGH bei der Ausdeutung der Warenverkehrsfreiheit (etwa in der Rs. Keck⁴² oder im Bereich der Rechtfertigung diskriminierender Maßnahmen⁴³) zudem nie zum Anlass genommen die vom EuGH entwickelte Grundfreiheitendogmatik im Zuge der Änderungsverträge zu korrigieren. Die Warenverkehrsfreiheiten sind für die Applikation teleologischer Argumente folglich in besonderer (und legitimatorisch problematischer) Weise zugänglich.

Eine Grenze liegt nach vorzugswürdiger Auffassung darin, dass eine Auslegung der Grundfreiheiten im Hinblick auf unterschiedslos anwendbare Regelungen im Grundsatz nicht dazu führen darf, dass eine bestimmte Ware überhaupt keiner Rechtsordnung mehr unterliegt.⁴⁴

⁴⁰ Vgl. nur Ehlers (Fn. 39), § 7 Rn. 74; Strassburger, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten, Diss. Mainz 2012, 91.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 03.02.1977, Rs. 53/76, Slg. 1977, 197, Rn. 10/11 (Bouhelier).

⁴² EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. 267, 268/91, Slg. 1993, I-6126, Rn. 14-16 (Keck und Mithouard).

⁴³ Vgl. nur Oliver/Roth, CMLR 41 (2004), 407, 435 ff.; Roth, WRP 2000, 979 ff.

⁴⁴ Hierfür kann im Hinblick auf die Europäische Grundrechtecharta auf systematische Gesichtspunkte sowie auf die sog. hypothetische Binnenmarkt Betrachtung verwiesen werden, wonach ein Marktakteur nicht schlechter, aber auch nicht besser stehen dürfte, als wenn er auf einem Markt agieren würde, zu Ersterem Classen, EuR 2004, 416 f., Kingreen, EuGRZ 2004, 570 (573 ff.); zu Letzterem Roth, CMLR 30 (1993), 145 (153); ders., ZHR 159 (1995), 78 (92); Sack/Fasshold, WRP 1993, 519 (520).

cc) Wohlfahrtsökonomische Zielsetzung des Binnenmarktes

Die Ausrichtung von Binnenmarkt und Grundfreiheiten auf das Ziel der Allokationseffizienz entspricht der ganz h.M. in der Literatur.⁴⁵ Zur Begründung sei hier nur auf die Präambel des Arbeitsweisevertrages⁴⁶ sowie auf Art. 3 I⁴⁷, III Ua. 1 S. 1⁴⁸ EUV verwiesen. Sozialwissenschaftliche Ansätze begründen die generelle wohlfahrtsökonomische Ausrichtung supranationaler Einheiten damit, dass die Abgabe von Hoheitsgewalt vor den nationalstaatlichen Öffentlichkeiten mit einem kompensatorischen Integrationsnutzen gerechtfertigt werden muss.⁴⁹

dd) Überprüfung der Interpretationsvarianten auf ihre allokativen Effizienz

Mit Hilfe der Wirtschaftstheorie können nun unterschiedliche Interpretationsvarianten (etwa die *Dassonville*-Formel⁵⁰, die „alte“ *Keck*-Formel⁵¹, die *Keck*-Nachfolge-Formel⁵², Marktzugangs-⁵³ oder [extensiv ausgelegte] Diskriminierungstests⁵⁴) darauf untersucht werden, ob sie besser dazu geeignet sind Allokationseffizienz zu erreichen als andere. Als Ermittlungsmethoden kommen etwa das umstrittene *Kaldor-Hicks*-Kriterium⁵⁵ sowie konsenstheoretische⁵⁶ Modelle in Betracht.

ee) Unzulässige Nebenwirkungen

Zu prüfen ist sodann, welche weiteren Folgen die Norminterpretationen zeitigen und inwiefern hierdurch weitere Normzwecke oder sonst zu berücksichtigende Belange wie die mitgliedstaatlichen Kompetenzen betroffen werden, etwa weil z.B. jede wirtschaftsrelevante Norm iS. „economic due process“⁵⁷ vor dem Gerichtshof gerechtfertigt werden muss. Da letztlich jede Interpretationsvariante die

mitgliedstaatlichen Kompetenzen tangiert (und sei es nur keine willkürlichen Diskriminierungen ergreifen zu dürfen, vgl. Art. 36 S. 2 AEUV), muss eine Abwägung erfolgen.

b) Wirtschaftstheoretisch angeleitete Ermittlung tatbestandsrelevanter Sachverhalte

Wenn ein Interpretationskonzept auf ökonomisch ermittelbare Tatbestandsmerkmale abstellt, insbesondere auf das Verhalten sozialer Akteure in Knappheitssituationen, wie z.B. beim Marktzugangstest⁵⁸, kann die positive ökonomische Analyse herangezogen werden, um das Erfülltsein bestimmter Tatbestandsmerkmale zu ermitteln.⁵⁹

2. Rechtfertigungsebene: Wirtschaftliche Zielsetzungen als Rechtfertigungsgrund und die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Wirtschaftliche Zielsetzungen scheiden nach allgemeiner Ansicht sowohl als geschriebene als auch als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe aus, denn dem Primärrecht liegt die Erwägung zugrunde, dass die ungehinderte grenzüberschreitende Entfaltung von Privatautonomie durch die Grundfreiheiten – trotz der potentiell existenzvernichtenden Konsequenzen für einzelne Unternehmen – langfristig prosperitär ist. Hierbei handelt es sich um eine der wirtschaftstheoretischen Kritik *entzogene* rechtliche *Wertung*. Etwas anderes gilt nach allgemeiner Auffassung, wenn die wirtschaftliche Zielsetzung nur ein *Zwischenziel* darstellt, mithin Mittel zum Zweck ist: Dann ist nicht die wirtschaftliche, sondern die mittelbare, nicht-wirtschaftliche Zielsetzung auf ihr Umfasstsein durch die ungeschriebenen oder geschriebenen Rechtfertigungsgründe zu überprüfen.⁶⁰ Inwieweit ein wirtschaftsbezogenes Mittel solche mittelbar-zulässigen Ziele tatsächlich befördert oder eigentlich dem Schutz heimischer Unternehmen vor dem Unionswettbewerb dient, kann mit wirtschaftstheoretischen Methoden festgestellt werden.

Mit Blick auf die innerhalb der dritten Prüfungsstufe der Rechtfertigung angesiedelte Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit kann mittels ökonomischer Erklärungsmodelle die Geeignetheit einer Maßnahme zur Zielerreichung festgestellt bzw. prognostiziert werden.⁶¹ Wenn u der Nutzen für das legitime Ziel l und m_i das herangezogene Mittel ist, muss $u(m_i) > 0$ sein; nicht erforderlich ist, dass die gewählte Maßnahme die geeignetste oder mit die geeignetste

⁴⁵ Vgl. nur *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, Habil. Köln 2007, 223; *Füller* (Fn. 1), 153 ff., 160; *Müller-Graff*, EuR 2009 Beiheft 1, 105 (109); *Szydło*, CMLR 47 (2010), 753 (777).

⁴⁶ Es gehe um „die stetige Besserung der Leben- und Beschäftigungsbedingungen“, die „harmonische Entwicklung“ der „Volkswirtschaften“ sowie „den wirtschaftlichen (...) Fortschritt“.

⁴⁷ Es sei das Ziel der Union, „das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern“.

⁴⁸ Die Union wirke „auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums“ hin und zielen auf „Vollbeschäftigung“ ab.

⁴⁹ *Zapka* (Fn. 45), 48 f. m.w.N.; vgl. auch *Scharpf*, in: Negative und positive Integration, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, 2008, 49 (72).

⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 838, Rn. 5 (*Dassonville*); dem *EuGH* folgend *Bleckmann*, DVBl 1986, 69; *ders.*, GRUR Int 1986, 172 (180 f.).

⁵¹ S. Fn. 42.

⁵² *EuGH*, Urt. v. 10.02.2009, C-110/05, Slg. 2009, I-519, Rn. 35, 37 (*Kommission/Italien*); *EuGH*, Urt. v. 04.06.2009, Rs. 142/05, Slg. 2009, I-4273, Rn. 24 (*Mickelsson und Roos*).

⁵³ Wohl h.M., vgl. nur *Roth*, CMLR 47 (2010), 509 (520); *ders.*, ZHR 159 (1995), 78 (91); *Szydło*, CMLR 47 (2010), 753 (764 f., 778) jew. m.w.N.

⁵⁴ So grds. *Englisch* (Fn. 45), 230 ff.; *Strassburger* (Fn. 40), 33 ff.

⁵⁵ *Franck* (Fn. 1), § 6 Rn. 5; *Lippert* (Fn. 9), 384 f.; krit. *Schilling* (Fn. 18), 99 f. m.w.N.

⁵⁶ *Franck* (Fn. 1), § 6 Rn. 10; *Kirchner* (Fn. 5), § 5 Rn. 55-58.

⁵⁷ *Maduro*, We the Court, 3. Aufl. 2002, 157; *Roth*, Export of Goods

and Services within the Single Market: Reflections on the Scope of Articles 29 and 49 EC, in: Tridimas, Takis/Nebbia, Paolisa (Hgg.), European union law for the twenty-first century, 2004, 33 (34); zum Verhältnis von freiem Warenverkehr und staatlicher Regelungsgewalt *Roth*, Diss. München 1975.

⁵⁸ *Englisch* (Fn. 45), 254 ff.; *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, Diss. Potsdam 2007, 274 f.

⁵⁹ Vgl. *Hartmann* (Fn. 26), 33 f.; *Lach* (Fn. 58), 274 f.

⁶⁰ Vgl. nur *EuGH*, Urt. v. 28.03.1995, Rs. C-324/93, Slg. 1995, I-563, Rn. 36 f. (*Evans*); *EuGH*, Urt. v. 28.04.1998, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831, Rn. 39 ff. (*Decker*); hierzu umfass. *Epinay*, Freiheit des Warenverkehrs, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 68 ff.

⁶¹ *Bizer* (Fn. 35), 6 f.; *Hartmann* (Fn. 26), 36.

ist:⁶² $u_i(m_i) \geq u_i(m_n)$, $\forall n$ muss nicht sein (darf aber sein).⁶³

Im Rahmen der Erforderlichkeit kann weiters prognostiziert werden, inwieweit alternative, gleich geeignete Mittel nicht weniger schädliche Eingriffe für die betroffene Grundfreiheit darstellen.⁶⁴ Damit die Alternativmaßnahmen m_n überhaupt mit m_i im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung verglichen werden dürfen, müssen sie mindestens gleich geeignet sein, d.h. es muss $u_i(m_n) \geq u_i(m_i)$, $\forall n$ gelten. Fasst man unter c die Freiheitskosten und soll die Maßnahme m_i erforderlich sein, muss jede der dieselbe Mindesteignung aufweisenden Alternativmaßnahmen weniger milde sein, d.h. es muss $c(m_i) < c(m_n)$, $\forall n$ gelten.⁶⁵ Bei der Angemessenheitsprüfung werden Eingriffslast und Zielerreichung miteinander abgewogen.⁶⁶ Eine Saldierung von „Kosten“ (Eingriffslast) und Nutzen (Zielerreichung) steht wiederum vor den oben ausgeführten Schwierigkeiten einen Abwägungsvorgang mit mathematischen, auf Mess- und Saldierbarkeit angewiesenen Methoden zu bewältigen.

3. Rechtspolitische Kritik

Schließlich kann der bestehende Instrumentenkasten, den die Grundfreiheiten für den Schutz grenzüberschreitender privat-wirtschaftlicher Entfaltung zur Verfügung stellen, mit dem Ziel überprüft werden, effizientere und gleichermaßen kompetenzschonende Vorschriften als Alternative zu entwickeln. Mit Blick auf die oben festgestellten extensiven

hermeneutischen Spielräume bestehen im Hinblick auf die Grundfreiheiten für eine solche Kritik allerdings praktisch keine Perspektiven.

V. Fazit

Die Wirtschaftstheorie bietet eine nützliche „tool-box“, aus der sich Rechtspraxis und Rechtswissenschaft in vielfältiger und sinnvoller Weise zur Ausfüllung ihrer Aufgabe, die Grundfreiheiten auszulegen und anzuwenden, bedienen können. Im Grundsatz gilt dies für alle drei Ebenen der Grundfreiheitenprüfung. Besonderes Erkenntnispotential besteht im Hinblick auf die Ermittlung alternativer, effizienterer Konzeptionen des Beeinträchtigungsmaßstabs. Die ökonomische Analyse ist hierfür deshalb so gut geeignet, weil die unbestimmten Rechtsbegriffe der Grundfreiheiten in rechtsuntypischer (und legitimatorisch problematischer) Weise dem Interpreten große hermeneutische Spielräume eröffnen und weil die Grundfreiheiten als primäre „Verwirklichungswege“⁶⁷ des wohlfahrtsorientierten Binnenmarktzieles ebenfalls in spezifischer Weise auf die Herstellung von Allokationseffizienz ausgerichtet sind, so dass wirtschaftstheoretische Methoden hier besser geeignet sind als in anderen Bereichen des Rechts mit ökonomisch z.T. schwer fassbaren Zielen⁶⁸.

⁶² Bizer (Fn. 35), 6 f.; Engel (Fn. 9), § 2 Rn. 22-38.

⁶³ Vgl. Engel (Fn. 9), § 2 Rn. 22 ff.

⁶⁴ S. umfass. Engel (Fn. 9), § 2 Rn. 20; Franck (Fn. 1), § 6 Rn. 61 m. Fn. 140; Hartmann (Fn. 26), 36.

⁶⁵ Vgl. Engel (Fn. 9), § 2 Rn. 39 ff.

⁶⁶ Der EuGH prüft die Angemessenheit im Rahmen der Prüfung einer Grundfreiheitsverletzung nicht immer explizit, sondern zT innerhalb

des Erforderlichkeitskriteriums, vgl. Dausen/Brigola, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 34. EL 2013, C.I. 289 f.; Kingreen, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 34-36 AEUV Rn. 98.

⁶⁷ Müller-Graff, in: Dausen, 34. EL 2013, A.I. Rn. 116; ders., ZHR 173 (2009), 443 (452).

⁶⁸ Fraglich wäre etwa, wie man die freiheitlich demokratische Grundordnung monetarisieren kann.