

Entscheidungsfreiheit des Unternehmers nach europäischem und deutschem Verfassungsrecht

FRANK SCHORKOPF*

I.

Ein öffentlich-rechtlicher Sender und ein privates Medienunternehmen schließen einen Vertrag. Das Medienunternehmen räumt dem Sender im September 2009 das Recht auf Kurzberichterstattung über bestimmte Partien eines europäischen Fußballwettbewerbs ein. An den Partien hatte das Unternehmen für drei Jahre die exklusiven Übertragungsrechte erworben. Der Sender verpflichtet sich, pro Sendeminute einen Betrag von 700 Euro an das Unternehmen zu zahlen. Nachdem der Mitgliedstaat, in dem der Sender seinen Sitz hat, im Juli 2010 die kurz zuvor in Kraft getretene Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste¹ mit einem Fernseh-Exklusivrechtegesetz² umgesetzt hat, wendet sich der Sender an die Rundfunkaufsicht. Er beantragt festzustellen, dass ein unentgeltliches Kurzberichterstattungsrecht bestehe. Die Behörde entscheidet antragsgemäß. Das private Unternehmen muss die Kurzberichterstattung hinnehmen, ohne dass es vereinbartes Entgelt erhält.

* Mit Nachweisen versehene Fassung des am 5. Dezember 2013 gehaltenen Referats – der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Art. 15 Abs. 6 der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. 2010 Nr. L 95/1.

² Bundesgesetz über die Ausübung exklusiver Fernsehübertragungsrechte (Fernseh-Exklusivrechtegesetz – FERG), ÖBGBl. Teil I Nr. 85/2001, 1235 vom 31. Juli 2001, geändert durch Bundesgesetz, ÖBGBl. Teil I, Nr. 50/2010 vom 19. Juli 2010.

Der Sachverhalt steht exemplarisch für die Fragen und Probleme, die das Thema der verfassungsrechtlichen Grundlagen unternehmerischer Freiheit in der Gegenwart – zumal im rechtspolitischen Kontext betrachtet – aufwirft. Es geht um Vertragsfreiheit in einer Wettbewerbssituation, deren gesetzliche Rahmenbedingungen autoritativ verändert werden. Es geht um die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dessen Große Kammer über den skizzierten Sachverhalt im Januar 2013 ein Urteil gesprochen hat,³ mit dem der Gerichtshof von der bisherigen Rechtsprechungslinie nationaler Verfassungsgerichte abweicht. Es geht um europäische, unionale und nationale Grundrechte, um die Schutzbereiche der Berufs-, Eigentums- und Unternehmerfreiheit mit ihrer wechselseitigen Abgrenzung und ihrer Gewichtung gegenüber politischen Zielen und Ansprüchen. Es geht um die Organisationsfreiheit privater Wirtschaftsaktivität, in einer Zeit der Geschlechterquote, der Mindestlöhne und Gehaltsdeckel, Preisbremsen, der Verbote von Betriebsschließungen und bewusster hoheitlicher Kontrapunkte gegen erlaubte Unternehmenszwecke.

Ich will diesen Fragen und Problemen im Folgenden nachgehen. Zunächst werde ich mich der unternehmerischen Freiheit im deutschen Verfassungsrecht und im Recht der Europäischen Union zuwenden. Wie wir sehen werden, hat die europäische Ebene mit der Charta der Grundrechte nicht mehr nur einen interessanten Normbestand, sondern mittlerweile auch eine aussagekräftige Rechtsprechung – die eingangs skizzierte Rechtssache *Sky Österreich*, auf die ich später zurückkommen werde, ist dabei nur eine aus einer größeren Zahl an neueren Entscheidungen.

Die wirtschaftsbezogenen Grundrechte der Berufsfreiheit und, soweit anerkannt, der unternehmerischen Freiheit, sind seit jeher imperfekte Grundrechte. Sie werden in ihrem Schutzzumfang stets unter den Vorbehalt gesetzgeberischer Konkretisierung gestellt und haben nur dort einen echten Kerngehalt, wo traditionelle Berufsbilder und überlieferte Wirtschaftstätigkeit ein klares Bild abgeben. Zudem hängen sie nach meinem Eindruck in größerem Maß als andere Freiheitsrechte vom jeweils herrschenden Leitbild über die gesellschaftliche Bedeutung privater Wirtschaftsaktivität ab. Ich werde diesen Aspekt des

³ EuGH (Große Kammer), Rs. C-283/11, *Sky Österreich*, Urt. v. 20. Januar 2013 (noch nicht in Slg. veröffentlicht), abgedruckt in: *EuZW* 2013, S. 347 ff. mit Anmerkung von *Gero Ziegenhorn*.

Themas, die Abhängigkeit vom Gesellschafts- und Sozialmodell, im dritten Teil meines Referats aufnehmen. Wir werden dabei sehen, dass die Europäische Union und die Mitgliedstaaten das in den 1950er Jahren definierte Konzept der Wertschätzung eines durch freien Wettbewerb bedingten, unternehmerischen Handelns hinterfragen. Die Kodifikation der Unionsgrundrechte in der Charta, die Vision eines europäischen Gesellschafts- und Sozialmodells und der krisengenährte Dissens über das europäische Wirtschaftsmodell⁴ drängen zu einer Vergewisserung über den Umfang, in dem unternehmerisches Handeln frei von hoheitlichen Eingriffen sein soll. Das europäische Grundrecht auf unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) ist dabei als Kraftquelle gesellschaftlicher Aktivität und als Orientierungspunkt für politische Desorientierung zu sehen.

II.

1. Das Grundgesetz kennt keine eigenständige Gewährleistung eines Rechts auf unternehmerisches Handeln. Die entsprechenden Aktivitäten, d. h. die Freiheit, Verträge auszuhandeln und zu schließen, Unternehmensformen auch in Gestalt juristischer Personen zu gründen, den Unternehmenszweck autonom zu bestimmen, Eigentum zu haben, zu nutzen und zu übertragen, Preise festzusetzen, sich im Wirtschaftsraum ohne Beschränkungen zu bewegen und aus eigenem Nutzen in Konkurrenz mit anderen Wirtschaftssubjekten zu treten, werden in erster Linie von der Berufs- (Art. 12 GG) und der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) gewährleistet. Ergänzend wird auf weitere Grundrechte hingewiesen: das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG), auf den Schutz der Geschäftsräume (Art. 13 GG), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG), den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und letztlich auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).⁵

⁴ *Frank Schorkopf*, Krisensymptome supranationaler Leitbilder, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaft* 11 (2013), S. 189 (200 ff.).

⁵ Einen Überblick geben *Carsten Nowak*, *Unternehmerische Freiheit und Wettbewerbsfreiheit*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, § 31 Rn. 11–12, mit rechtsvergleichenden Hinweisen; *Fritz Ossenbühl*, *Die Freiheit des Unternehmers nach dem Grundgesetz*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 115 (1990), S. 1 (3 f.), jeweils m.w.N.

Nur in Ausnahmefällen hat das Bundesverfassungsgericht von einer „Unternehmerfreiheit“ gesprochen. Die Leitentscheidung ist bis heute das Urteil zum Mitbestimmungsgesetz aus dem Jahr 1978.⁶ Vom Schutzbereich der Berufsfreiheit seien auch die freie Gründung und Führung von Unternehmen erfasst, soweit deren Tätigkeiten die Voraussetzungen eines „Berufs“ erfüllen. Doch bereits diese Leitentscheidung lenkt die Aufmerksamkeit auf eine wichtige Differenzierung, die das grundrechtliche Schutzniveau an die Organisationsform und den Umfang der wirtschaftlichen Aktivität knüpft. Der „personale Grundzug“ der Berufsfreiheit gehe, so das Gericht, bei Großunternehmen „nahezu gänzlich verloren“. Unter Hinweis auf ein Gutachten der Monopolkommission zur Konzentration der Wirtschaft fährt es fort: „Unternehmerfreiheit im Fall von Großunternehmen [ist] nicht Element der Ausformung der Persönlichkeit des Menschen, sondern grundrechtliche Gewährleistung eines Verhaltens, dessen Wirkungen weit über das wirtschaftliche Schicksal des eigenen Unternehmens hinausreichen.“⁷ Diesen Befund bezieht das Gericht sodann auf den Umfang der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers, der im Fall von Großunternehmen, gemeint sind wohl besonders Publikumskapitalgesellschaften, deutlich weiter als bei kleinen und mittleren Unternehmen ist. Diese Rechtsprechung ist insoweit nicht organisationsneutral und beruht in erheblichem Maße auf dem historisch tradierten Bild einer (deutschen) Unternehmenslandschaft.

Die Einzelheiten sind durch die Rechtsprechung und ihren Ansatz einer gestuften Verhältnismäßigkeit geformt worden. Die so genannte Drei-Stufen-Theorie⁸ ermöglicht eine Argumentation der Abwägung, der jedoch klare Maßstäbe fehlen. Der Gewährleistungsumfang des Schutzbereichs steht nicht fest, sondern wird durch „grundrechtspolitische Gesetzgebung“ und judikative „Grundrechtsfortbildung“ definiert.⁹ Auch der Gesetzgeber nimmt für sich in Anspruch, primärer Grundrechtsinterpret zu sein. Dieser Umstand war vor allem in den ersten Jahren unter dem Grundgesetz der Grund für die Auseinandersetzung über die „Wirtschaftsverfassung“, wollte man aus einzelnen Aussagen des Grundgesetzes eine Systementscheidung für die

⁶ BVerfGE 50, 290 (363 f.) – Mitbestimmung (1978).

⁷ BVerfGE 50, 290 (341 ff.); bestätigend BVerfGE 99, 367 (392) – Montan-Mitbestimmung (1998).

⁸ BVerfGE 7, 377 – Apotheken (1958).

⁹ Fritz Ossenbühl, Anm. 5, S. 1 (30 f.).

Marktwirtschaft ableiten – mit entsprechenden Schranken für interventionistisches, planerisches Denken.¹⁰ Das Grundgesetz unterstützte diese These insoweit, als es keinen Abschnitt über das Wirtschaftsleben aufweist und es sich in den genannten Grundrechten jedes Patos enthielt. Die Weimarer Reichsverfassung sicherte die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen nur, soweit die Ordnung des Wirtschaftslebens den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprach.¹¹ Auch die Freiheit des Handels und Gewerbes gewährleistete die Verfassung nach Maßgabe der Gesetze. Der Gesetzgeber hatte einen weiten Gestaltungsfreiraum und verwirklichte damit auch die Erwartungen nach einer demokratischen Mitgestaltung des Wirtschaftslebens.¹²

Die Systementscheidung erfolgte – eher unbemerkt – durch einen anderen Schritt, durch die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, die auf den Gemeinsamen Markt und ein System offenen Wettbewerbs festgelegt war.¹³ Damit hat sich die Aufmerksamkeit in Richtung auf die Europäische Union verschoben. Für die grundrechtliche Perspektive bemerkenswert ist, dass ein Kenner der Materie wie Fritz Ossenbühl bereits 1990 in einer bilanzierenden Rückschau auf die „Freiheit des Unternehmers“ in den vier Jahrzehnten der Geltung des Grundgesetzes feststellte, „dass für die wirtschaftlichen Freiheiten eine Ära der nationalen Rechtsprechung zu Ende geht.“¹⁴ Nachdem das Bundesverfassungsgericht seinen Prüfungsanspruch gegenüber dem Gemeinschaftsrecht zurückgenommen

¹⁰ Zu der Debatte über die Wirtschaftsverfassung *Matthias Ruffert*, Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 134 (2009), S. 197 ff.; *Reiner Schmidt*, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: *Isensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl., § 92, Rn. 13 ff. und 30 ff.; *Peter Badura*, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 4. Aufl., 2011, Rn. 14 ff.

¹¹ Art. 151 Abs. 1 und 3 der Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) vom 11. August 1919; einen kurzen Überblick gibt *Mathias Schmoekel*, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, 2008, S. 451–455.

¹² Vgl. zu den Ordnungsvorstellungen über die historischen Zäsuren *Knut Wolfgang Nörr*, *Ökonomische Freiheitsrechte im Kontext*, in: *Gehlen/Schorkopf* (Hrsg.), *Demokratie und Wirtschaft*, 2013, S. 165 (168 ff.).

¹³ Näher dazu *Armin Hatje*, *Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt*, in: von *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., 2009, S. 801 (809–823).

¹⁴ *Fritz Ossenbühl*, *Anm. 5*, S. 1 (32).

habe, sei der Grundrechtsschutz dem Europäischen Gerichtshof zugefallen.¹⁵

2. Der Europäische Gerichtshof widmet sich in seiner Grundrechtsrechtsprechung, die er 1969 beginnt, bereits früh der Thematik. Allerdings zeigt er zunächst ein kaum dogmatisch differenziertes Verständnis, indem er nationale Maßnahmen an einer allgemeinen Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung prüft.¹⁶ Gleichwohl ist das Gemeinschaftsrecht ein starker Resonanzraum auch für die unternehmerische Freiheit. Denn der Gemeinsame Markt, wir sprechen heute vom Binnenmarkt, wird maßgeblich getragen von den vier Grundfreiheiten: dem freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital.¹⁷ Konzeptionell als Diskriminierungsverbote in das europäische Recht aufgenommen, haben sich die Grundfreiheiten durch die EuGH-Rechtsprechung zu Beschränkungsverboten entwickelt. Jede potentielle oder tatsächliche, unmittelbare oder mittelbare Maßnahme, die geeignet ist, die Freiheiten zu beschränken, muss gerechtfertigt sein, d. h., in der Integrationspraxis muss jede Wirtschaftsregulierung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.¹⁸ Mittlerweile steht auch außer Streit, dass diese Rechtsprechung nicht nur die Mitgliedstaaten einschränkt, sondern auch die Europäische Union selbst an diesen Maßstab gebunden ist.¹⁹ Mit anderen Worten: Die Grundfreiheiten weisen den Marktbürgern – jedenfalls konzeptionell – ein subjektives Recht zu, sich gegen nationale und europäische Wirtschaftsregulierung mit Rechtsargumenten zu wehren. Die Regel ist freies unternehmerisches Handeln im gemein-

¹⁵ Diese Einschätzung war sicherlich verfrüht, steht nun jedoch möglicherweise bevor, siehe EuGH, 26.2.2013, Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson (noch nicht in Slg. veröffentlicht), Rn. 16–31; zu dieser Rechtsprechung *Thorsten Kingreen*, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, Juristenzeitung 68 (2013), S. 801–811; *Frank Schorkopf*, Grundrechtsberechtigte, in: Grabenwarter (Hrsg.), Enzyklopädie der Grundrechte, Bd. 2, 2014, § 3 Rn. 26 f., 37; sowie das obiter dictum in BVerfG, 1 BvR 1215/07, Urt. v. 24. April 2013, Ziff. 91 – Anti-Terror-Datei.

¹⁶ EuGH, Rs. C-3/74, Nold, Slg. 1974, 491 Rn. 14; EuGH, Rs. C-230/78, Eridania, Slg. 1979, 2768 Rn. 20–21.

¹⁷ Art. 34 bis 66 AEUV.

¹⁸ EuGH, Rs. 8/74, Dassonville, Slg. 1975, 873, zur Rechtsprechungsentwicklung der Grundfreiheiten *Dirk Ehlers*, Allgemeine Lehren, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., § 7 Rn. 28–31.

¹⁹ *Dirk Ehlers*, Anm. 18, Rn. 49.

samen Wirtschaftsraum, die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme sind hoheitliche Interventionen in wirtschaftliche Betätigung.

Die Integrationspraxis zeigt, dass dieser vielversprechende abstrakte Rechtsrahmen nicht verhindert hat, dass hoheitliche Gestaltungsansprüche sich auf die Setzung eines angemessenen ordnungspolitischen Rahmens beschränkt haben. Der Gerichtshof hat in nur wenigen Fällen die hoheitlichen Gestaltungsansprüche im Ergebnis begrenzt, wenngleich ein differenzierter Prüfungsmaßstab entstanden ist.²⁰ Es wäre ein Leichtes, dem Gerichtshof einen unzureichenden tatsächlichen Schutz der Grundrechte vorzuwerfen – die Rechtsprechung zu den wirtschaftlichen Grundrechten in den 1980er und 1990er Jahren befand sich in einer Suchphase, in der eine europäische Dogmatik nur in Ansätzen vorhanden war, die Kontrolldichte oberflächlich blieb und das Augenmerk auf der quantitativen Ausweitung des prätorischen Grundrechtsschutzes lag. Allerdings sollten wir bei einer Bewertung im Blick haben, dass der Gerichtshof dem Gesetzgeber einen weiteren Beurteilungsfreiraum zugestand und damit sich auf der Linie bewegte, die prinzipiell auch der deutschen Verfassungsrechtsprechung zugrunde lag.

Vom Standpunkt der Gegenwart haben sich die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen unternehmerischer Freiheit in der Europäischen Union nicht nur vom Normbefund, sondern auch in der Rechtsprechung verändert. Mit der Kodifikation der unionalen Grundrechte in der Charta der Grundrechte (GRCh) verfügt die Europäische Union seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon im Dezember 2009 über ein Grundrecht auf unternehmerische Freiheit. In Art. 16 GRCh heißt es, die unternehmerische Freiheit werde nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt. Das Grundrecht wird flankiert von einer Berufsfreiheit und dem Recht zu arbeiten (Art. 15 GRCh) auf der einen und dem Eigentumsrecht auf der anderen Seite (Art. 17 GRCh).

Aus der gut dokumentierten Entstehungsgeschichte der Grundrechtecharta wissen wir um die Motive für die Aufnahme der unternehmerischen Freiheit in den Katalog und um das Ringen über den Wortlaut. In den Konventsdebatten war das Beharren des Präsidiums

²⁰ Mit Bezug zur unternehmerischen Freiheit wird diese Rechtsprechung systematisiert von *Christoph Grabenwarter*, *Wirtschaftliche Grundrechte*, in: ders. (Hrsg.), *Enzyklopädie des Europarechts*, 2014, § 13 Rn. 27–47.

auf der Grundrechtsliste, die lediglich eine weit verstandene Berufsfreiheit enthielt, mehrfach kritisiert worden. Die Berufsfreiheit berücksichtige nicht angemessen die Rechte aus den Grundfreiheiten und lasse eine Unternehmensfreiheit außen vor. Auch enthalte sich die Entwurfsfassung der Charta entscheidender Aussagen zur „Wirtschaftsverfassung“ der Union, um stattdessen in erheblichem Umfang die Rechte abhängig Beschäftigter zu regeln.²¹ Auf Vorschlag von Vertretern der Europäischen Volkspartei (EVP) im Konvent wurde sodann vom Präsidium die unternehmerische Freiheit als eigenständiges Recht aufgenommen, jedoch ausdrücklich unter einen Rechtsetzungsvorbehalt gestellt. Deshalb lesen wir heute den seltsamen Verweis eines Unionsgrundrechts nicht nur auf das Unionsrecht, sondern auch auf die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.“ Vielsagend ist schließlich der Hinweis in den amtlichen Erläuterungen zur Charta, die das Präsidium formulierte und die als Auslegungshilfe „gebührend zu berücksichtigen“ sind.²² Das Grundrecht werde „natürlich“ unter Einhaltung des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ausgeübt.²³

Die Debatte im Konvent erinnert daran, dass die wirtschaftlichen Grundrechte auch auf europäischer Ebene Freiheiten in einem gesellschaftlichen Dissens sind. Es ist kein Zufall, dass die Eigentumsgarantie in der 1950 verabschiedeten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) „nur“ im Zusatzprotokoll aufgenommen worden ist; die Berufs- oder gar eine unternehmerische Freiheit kennt die EMRK nicht. Aus diesem Grund ist es für die Konkretisierung des Art. 16 GRCh auch nicht möglich, auf die EMRK zurückzugreifen (Art. 52 Abs. 3 GRCh) und sich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu synchronisieren. Der Europäische Gerichtshof ist in diesem

²¹ Die Debatte kann anhand der Protokolle nachvollzogen werden, siehe *Norbert Bernsdorff/Martin Borowsky*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, S. 211, 320, 330, 362 ff.; zusammengefasst bei *Norbert Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., 2011, Art. 16 Rn. 4–8.

²² Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 7 AEUV.

²³ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 Nr. C 303/17, 23. In den Erläuterungen werden als Quellen des Grundrechts neben der Freiheit, eine Wirtschafts- und Geschäftigkeit auszuüben, siehe die Urteile in Anm. 16, zusätzlich die Vertragsfreiheit (Rs. 151/78 und C-240/97) und der freie Wettbewerb (Art. 119 Abs. 1 und 3 AEUV) genannt.

Fall auf sich selbst verwiesen und wird von der Charta methodisch auf den wertenden Rechtsvergleich verwiesen²⁴, d. h. auf die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und – damit es nicht übersehen wird – nochmals in den Schlussartikeln der Charta auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten (Art. 52 Abs. 4 und 6 GRCh).

Wenngleich Wortlaut und Entstehungskontext der unionalen Unternehmerfreiheit dazu geführt haben, dass dem Grundrecht zuweilen der normative Selbststand abgesprochen wird,²⁵ hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in neuester Zeit eine bemerkenswerte Richtung eingeschlagen. Sie zeigt, dass die unternehmerische Freiheit kein rechtspolitischer Erinnerungsort ist und wirft auch die Folgefrage auf, ob der sozialpolitische Regulierungsanspruch in der Europäischen Union überdacht werden muss.

III.

1. Was ist mit meinem Hinweis auf einen sozialpolitischen Regulierungsanspruch gemeint?²⁶ Die Europäische Union wird heute nicht mehr allein als Binnenmarkt betrachtet, der den Mitgliedstaaten diskriminierungsfreien Marktzugang ermöglicht und für eine effiziente Güterallokation sorgt. Die EU-Organe erkennen mittlerweile ausdrücklich an, dass eine verstärkte Marktöffnung und internationaler Wettbewerb zwar neue Möglichkeiten für wirtschaftliche Dynamik, Wettbewerbsfähigkeit und die Schaffung von hochwertigen Arbeitsplätzen eröffnen. Es ist jedoch eine unvermeidliche Auswirkung der Öffnung des Handels und daran anknüpfender unternehmerischer Entscheidungen, dass Arbeitsplätze in weniger wettbewerbsfähigen Sektoren verloren gehen. Insoweit rechnet die Union mit „Anpassungskosten der Handelsöffnung“, die unmittelbar eintreten und sich auf bestimmte Einzelpersonen und Gebiete in der Union konzentrie-

²⁴ Näher dazu *Burkhard Schöbener*, Die unternehmerische Freiheit in der Grundrechtecharta, in: *Ennuschat/Geerlings/Mann/Pielow* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger*, 2007, S. 159 (161–164 und 170–175).

²⁵ Exemplarisch die Schlussanträge von GA *Nils Wahl* vom 29. Mai 2013, Rs. C-101/12, *Schaible*, Rn. 22–27.

²⁶ Diese Abschnitte folgen meinen Überlegungen aus der Kommentierung des Art. 9 AEUV, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU-Recht, Loseblatt, Rn. 9–11.

ren. Diese Kosten will sie durch Strategie- und Finanzinstrumente auffangen. Spätestens seit den Verhandlungen über den Vertrag von Amsterdam Mitte der 1990er Jahre ist es deshalb zu einer Stärkung sozialpolitischer Themen auf der Unionsebene gekommen. Diese Stärkung bildet sich in den Verträgen ab, wie die soziale Querschnittsklausel in Art. 9 AEU-Vertrag deutlich macht.²⁷

Die Sozialklausel ist auf die Idee eines europäischen Sozialmodells ausgerichtet. Mit diesem Sammelbegriff, der aus der Kommission und aus Frankreich in die europäische Diskussion eingeführt wurde, wird ein sozialpolitisches Gegenstück zur Wirtschafts- und Währungsunion nicht nur beschrieben, sondern auch politisch eingefordert.²⁸ Die europäische Integration soll nicht funktional auf den Bereich der Wirtschaft begrenzt sein. Sie soll zugleich die materiellen Grundbedürfnisse der Menschen, ihre gesellschaftliche Teilhabe und den sozialen Zusammenhalt im und gegenüber dem Binnenmarkt in den Blick nehmen.

Als Kern des europäischen Modells werden die Abmilderung der nationalen Unterschiede in der Union und die „sichtbaren europäischen Besonderheiten in der öffentlichen sozialen Sicherung“ – etwa in der Krankenversicherung – gesehen.²⁹ Das europäische Sozialmodell ist demnach Chiffre für den seit dem Unionsvertrag von Maastricht intensivierten Prozess der gesellschaftspolitischen Erweiterung des europäischen Integrationsverbandes.³⁰ Es hat außerdem die Funktion, gegenüber konkurrierenden Sozialmodellen, vor allem dem Modell der Vereinigten Staaten, abzugrenzen. Es konkretisiert insoweit

²⁷ Diese Sozialklausel steht in einem unmittelbaren Regelungszusammenhang mit den Bestrebungen, das Wettbewerbsprinzip aus den Leitvorschriften zu entfernen oder es sozial zu mediatisieren („wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ – Art. 3 Abs. 3 EUV), siehe *Frank Schorkopf*, Das Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse und seine Auswirkungen auf das öffentliche Wettbewerbsrecht, *Wirtschaft und Verwaltung* 2008, S. 253 (257–259).

²⁸ Zum Konkurrenzverhältnis zwischen sozialen und wirtschaftlichen Belangen *Florian Rödl*, *EuR Beiheft* 1-2013, S. 179 (191 ff.); *Gregor Thüsing/Johannes Traut*, Die soziale Fortschrittsklausel – Verfassungslyrik oder rechtspolitische Notwendigkeit?, *NZA-Beil.* 2011, S. 69 (72 f.); *Magnus Paulsen Hansen/Peter Triantafyllou*, The Lisbon strategy and the alignment of economic and social concerns, *Journal of European Social Policy* 21 (2011), S. 197–209.

²⁹ *Hartmut Kaelble*, Das europäische Sozialmodell, S. 31 (34).

³⁰ Zur Entwicklung der europäischen Sozialpolitik und ihren Rechtsgrundlagen *Christine Langenfeld/Martina Benecke*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *EU-Recht*, Loseblatt, Art. 151 AEUV, Rdnr. 1 ff.

den Anspruch, mit der Union eine europäische Identität zu prägen, die darin sichtbar wird, in welchem Umfang europäische Wohlfahrtsysteme Leistungen gewähren, wie sie die Anspruchsberechtigung begründen und durch welche Finanzierung und Organisation sie getragen werden.³¹ Der Wortlaut von Art. 9 AEUV spiegelt allerdings auch die widerstreitenden Ansichten in der Union, welchen Bedingungen ein europäisches Sozialmodell gehorcht, d. h., ob es voraussetzungslos als Wert an sich oder auf der Grundlage einer leistungsfähigen Wirtschaftsordnung gewährleistet ist.³²

Vor diesem Hintergrund lässt sich der Großteil der europäischen sozialpolitischen Regulierung im Bereich Verbraucherschutz, im Antidiskriminierungsrecht und Arbeits- und Gesellschaftsrecht besser in ein Gesamtbild einordnen. Es entsteht eine hybride Wirtschaftsordnung, in der die Privatwirtschaft nicht alleine entscheiden können soll, zugleich aber vermieden wird, die Wirtschaft unter hoheitliche Verantwortung – vom nationalen Standpunkt aus sprächen wir von einer „Staatswirtschaft“ – zu überführen. Das Regulierungsrecht ist hierfür ein anschauliches Beispiel. Hoheitliche Direktionsrechte werden dort nicht mehr nur auf vormalige Staatsunternehmen in den Netzwirtschaften angewendet, sondern allgemein Daseinsvorsorgeleistungen vor allem über moderne Instrumente der Preisregulierung gesteuert. Die Wirtschaftsgrundrechte entfalten in den meisten Konstellationen keine signifikante Schutzwirkung, weil der europäische Gesetzgeber auf entsprechende sozialpolitische Ziele in den Verträgen verweisen kann, die er im Wege der Sekundärrechtssetzung konkretisiert hat. Die *imperfekten* Grundrechte werden legislativ vervollständigt.

³¹ Dazu vor dem Hintergrund der Schuldenkrise *Jürgen Bast/Florian Rödl*, Wohlfahrtsstaatlichkeit und „soziales Europa“ im Kontext der Euro-Krise, *EuR Beiheft 1-2013*, S. 5 ff.; *Hans-Jürgen Bielings*, EU facing the crisis: social and employment policies in times of tight budgets, *European Review of Labour and Research* 18 (2012), S. 255–271.

³² Europäischer Rat von Barcelona, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, *Bull. 3 – 2002*, Ziff. I.20: „Das europäische Sozialmodell stützt sich auf gute Wirtschaftsleistungen, ein hohes Sozialschutzniveau, einen hohen Bildungs- und Ausbildungsstand und sozialen Dialog“; s. a. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe des Konvents „Soziales Europa“, CONV 51 671/03 REV v. 4. Februar 2003, Ziff. 17. Zur Diskussion im Schrifttum *Robert Rebhahn*, *ZESAR* 2009, 159; *Norbert Berthold/Alexander Brunner*, Gibt es ein europäisches Sozialmodell?, 2009.

2. Der Europäische Gerichtshof hat nun in einer neueren Entscheidung im Juli 2013 für Irritation gesorgt, weil er Art. 16 GRCh einen substantiellen Schutzkern zugesprochen hat. In dem Verfahren ging es um die Tarifvertragsbindung bei einem Betriebsübergang. Der Londoner Stadtbezirk Lewisham übertrug sein kommunales Freizeitunternehmen auf einen Privaten, der seinerseits an das Unternehmen Parkwood veräußerte. Die Arbeitnehmer des Freizeitunternehmens wurden also schließlich Mitarbeiter von Parkwood. Deren Arbeitsverträge enthielten eine Verweisklausel, die die konkreten Arbeitsbedingungen, vor allem die Bezahlung, von dem jeweils geltenden Tarifvertrag abhängig machte, der mit einem Tarifverhandlungsorgan auf der lokalen öffentlichen Ebene ausgehandelt worden war. Nachdem Parkwood das Freizeitunternehmen erworben hatte, wurde ein neuer Kollektivvertrag geschlossen, der rückwirkend in Kraft trat. Mit Hinweis auf den Erwerbszeitpunkt vertrat Parkwood deshalb die Ansicht, dass der Vertrag nicht bindend sei und verweigerte die Auszahlung der vertraglich vereinbarten Lohnerhöhung.³³

Der Europäische Gerichtshof, vor den der Rechtsstreit im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gelangte, stützte diese Rechtsauslegung. Im Fall eines Unternehmensübergangs könne der Erwerber nicht an Kollektivverträgen festgehalten werden, die für einen Zeitpunkt des Übergangs ausgehandelt und abgeschlossen worden seien, ohne dass der Erwerber an den Verhandlungen hätte mitwirken können. Abgesehen von den arbeitsrechtlichen Folgen dieser Entscheidung, die in ersten Stellungnahmen schon Kritik auf sich zog,³⁴ ist

³³ EuGH, Rs. C-426/11, *Alemo-Herron*, Urt. v. 18. Juli 2013 (noch nicht in Slg. veröffentlicht). Möglicherweise spielt für die Entscheidungsfindung eine Rolle, dass es sich um den Übergang eines Unternehmens vom öffentlichen auf den privaten Sektor handelt, siehe Rn. 28: „...welche die Entwicklung der Arbeitsbedingungen im öffentlichen Sektor regeln sollen, könnte jedoch den Handlungsspielraum, den ein privater Erwerber benötigt, um diese Anpassungsmaßnahmen zu ergreifen, erheblich einschränken.“

³⁴ Ablehnend unter Hinweis auf die anderslautende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts *Gregor Thüsing*, EuGH stellt Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Kopf, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 28. August 2013, Nr. 199, S. 19. Siehe außerdem die Urteilsanmerkungen von *Thomas Lobinger*, EuGH zur dynamischen Bezugnahme von Tarifverträgen beim Betriebsübergang, *NZA* 2013, S. 945–947; *Gerrit Forst*, Betriebsübergang: Ende der Dynamik einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag?, *Der Betrieb* 2013, S. 1847–1850; *Matthias Jacobs/Tino Frieling*, Keine dynamische Weitergeltung

das tragende Argument des Gerichtshofs interessant: Da der Erwerber Parkwood weder die Möglichkeit hatte, seine Interessen beim Kauf geltend zu machen, noch die Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer vor dem Hintergrund der „künftigen wirtschaftlichen Tätigkeit“ auszuhandeln, sei die Vertragsfreiheit im Sinne des Art. 16 GRCh „so erheblich reduziert, dass eine solche Einschränkung den Wesensgehalt seines Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen kann.“³⁵

Der Gerichtshof erkennt die unternehmerische Freiheit nicht nur semantisch in Form der Vertragsfreiheit an, sondern er identifiziert einen Wesenskern, der im entschiedenen Fall sogar berührt war. Generalanwalt Cruz Villalón hatte sich in seinen Schlussanträgen differenzierter geäußert. Er hatte zwar die Anwendbarkeit des Art. 16 GRCh herausgearbeitet, aber zugleich darauf verwiesen, dass dieser nur dann verletzt sei, wenn die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen „unbedingt und unabänderlich“ seien³⁶ – das Gericht des englischen Ausgangsverfahrens muss diese Fragen beantworten. Gleichwohl formuliert auch er den klaren Satz, dass die unternehmerische Freiheit, trotz notwendiger legislativer Konkretisierung und Abwägung mit Grundrechten Dritter, eine Grenze für die Tätigkeit der Union im Rahmen ihrer legislativen und exekutiven Funktion sowie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Unionsrechts darstelle.³⁷

Es ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht absehbar, ob dieses Urteil der Dritten Kammer des Europäischen Gerichtshofs ein Solitär bleiben wird. Die Argumentation mit dem Wesensgehalt des Grundrechts auf unternehmerische Freiheit ist jedoch in der Europarechtswelt. Zugleich zeigen weitere Entscheidungen, dass der Gerichtshof seine Aufgabe als Grundrechtsgericht noch stärker angenommen hat – möglicherweise auch unter dem Eindruck des sich abzeichnenden Beitritts der Europäischen Union zur EMRK.³⁸ Die

von kleinen dynamischen Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergängen, EuZW 2013, S. 737–740.

³⁵ EuGH, Rs. C-426/11, *Alemo-Herron*, Urt. v. 18. Juli 2013 (noch nicht in Slg. veröffentlicht), Rn. 33–35.

³⁶ Schlussanträge GA *Pedro Cruz Villalón* vom 19. Februar 2013, Rs. C-426/11, Rn. 46–58.

³⁷ Schlussanträge GA *Pedro Cruz Villalón*, Anm. 36, Rn. 50.

³⁸ Art. 6 Abs. 2 EUV; der Entwurf eines Beitrittsinstruments liegt mittlerweile vor, siehe Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation

wirtschaftsbezogenen Grundrechte sind Gewährleistungen, bei denen der Gerichtshof mangels Parallelnormen in der EMRK nicht vom Straßburger Gerichtshof überholt oder gebremst werden kann.

Gerade vom rechtspolitischen Standpunkt aus betrachtet zeigt besonders das Urteil vom Januar 2013 in der bereits genannten Rechtsache *Sky Österreich* – auf die ich wie versprochen zurück kommen möchte – die Verschiebungen an. Auch wird an diesem Urteil der Großen Kammer des Gerichtshofs deutlich, dass die Bäume unternehmerischer Freiheit nicht über Nacht in den europäischen Himmel wachsen werden.³⁹

Der Gerichtshof hielt die Beschränkung der exklusiven Sende-rechte durch das Kurzberichterstattungsrecht für gerechtfertigt. Nach einer dreigliedrig ausdifferenzierten und umfangreichen Verhältnismäßigkeitsprüfung kam er zu dem Ergebnis, dass der unionale Gesetzgeber bei der Abwägung zwischen der unternehmerischen Freiheit einerseits und dem Grundrecht der Unionsbürger auf Information sowie der Freiheit und dem Pluralismus der Medien (Art. 11 GRCh) andererseits sich für das entgeltfreie Senderecht entscheiden durfte. Entscheidend war in diesem Fall, dass die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste die entgeltfreie Kurzberichterstattung auf Nachrichtensendungen beschränkt.⁴⁰ Die kommerzielle Verwertung kleiner Spielausschnitte in anderen Medien und Sendeformaten, wie sie die Praxis derzeit verstärkt austestet, ist weiterhin möglich.

Der rechtspolitische Fokus muss sich m. E. in Zukunft noch stärker auf die europäische Ebene richten. Das wird unmissverständlich ausgesprochen in den Schlussanträgen des Generalanwalts Yves Bot in der Rechtssache *Sky Österreich*. Den Hinweis des österreichischen

Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH, 5.4.2013, 47+1(2013)008.

³⁹ Zurückhaltend in der Bewertung rechtspolitischer Gestaltungsfreiräume aufgrund des Urteils *Christoph Grabenwarter*, Anm. 20, Rn. 47.

⁴⁰ EuGH (Große Kammer), Rs. C-283/11, *Sky Österreich*, Urt. v. 20. Januar 2013 (noch nicht in Slg. veröffentlicht), Rn. 50–67. *Gero Ziegenhorn*, Anm. 3, verweist zu Recht darauf, dass der Gerichtshof mit dem Argument des parallelen Wortlauts zu den sozialpolitischen Artikeln in Titel IV der Charta eine andere Handhabung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ankündigt (Rn. 47), ohne dass sich diese Ankündigung sichtbar in der weiteren Prüfung niederschlägt.

Vorlagegerichts, dass der Verfassungsgerichtshof⁴¹ und das Bundesverfassungsgericht⁴² Kurzberichterstattung aus verfassungsrechtlichen Gründen nur gegen sachgerechte Vergütung oder angemessene Gegenleistung gestattet hätten, sei nicht weiter von entscheidender Bedeutung. Die Grundrechte in der Union seien im Rahmen der Struktur und Ziele der Union zu gewährleisten. Daraus folge, dass die Grundrechtsabwägungen in der Union und in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausfallen müssten. Die mit der Vollendung des Binnenmarkts und der Entstehung eines einheitlichen Informationsraums zusammenhängenden Erfordernisse sprächen dafür, dass der Unionsgesetzgeber eine Vorschrift wie den streitigen Art. 15 Abs. 6 der Richtlinie erlassen durfte.⁴³ Das Urteil erinnert uns daran, dass die verfassungsrechtliche Wertungskompetenz im politischen Konsens der Mitgliedstaaten auf die Europäische Union übertragen worden ist.

Die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers muss sich deshalb im Unionsrecht behaupten. Es ist allerdings mehr als nur ein Erinnerungsort. Es ist zusätzlich zu der subjektivierten Rechtsgarantie privater Wirtschaftstätigkeit ein Wohlergehensauftrag. Das Grundrecht konkretisiert damit den Zielkatalog der Europäischen Union, die neben dem Frieden und ihren Werten auch das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern hat (Art. 3 Abs. 1 EUV). Sie ist insoweit das institutionelle Gegenstück zu dem dominanten Diskurs des effektiven Verteilens.⁴⁴

Die multipolare Abwägung widerstreitender Grundrechte verlangt zwar nach einer Vergewisserung über die „Gepflogenheiten“ (Leitbilder) des Verhältnisses von Unternehmerfreiheit und sozialen Interessen der Bürger wie über die Leitbilder vom Bürger und vom Unternehmer in der Gesellschaft. Die Garantie der unternehmerischen Freiheit ist gleichwohl das Widerlager zu den Versuchen, in der Krise der Europäischen Union die Marktgesetze prinzipiell außer Kraft zu setzen.

⁴¹ ÖVerfGH Urteil vom 1. Dezember 2006, VfSlg 18.018/2006, zugänglich unter http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/7/6/8/CH0006/CMS1168335370736/orf_kurzberichterstattung_b_551-06.pdf.

⁴² BVerfGE 97, 228 (263) – Kurzberichterstattung (1998).

⁴³ Schlussanträge GA *Yves Bot* vom 22. Juni 2012, Rs. C-283/11, Rn. 80.

⁴⁴ Zu diesem Gedanken *Martin Burgi*, Wohlstandsvorsorge als Staatsziel und als Determinante im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Manuskript, 2013, S. 20 ff.