



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 16

04.11.2004

Norbert Schleper:

Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten?

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



Gliederung

A. Einführung.....	1
I. Die vier Grundfreiheiten	1
II. Aufgaben einer Grundfreiheitsdogmatik.....	1
III. Konzeptionen des Normzwecks der Grundfreiheiten im Schrifttum	3
1. Grundfreiheiten als Gleichheitsrechte	3
2. Grundfreiheiten als Freiheitsrechte	4
B. Die Struktur der Grundfreiheiten.....	4
I. Anwendungsbereich („Schutzbereich“)	4
1. Sachlicher Anwendungsbereich	5
a) Grenzüberschreitender Bezug	5
b) Problem der Inländerdiskriminierung	6
aa) Rechtsprechung	6
bb) Schrifttum	7
cc) Stellungnahme	7
c) Zwischenergebnis.....	9
2. Persönlicher Anwendungsbereich	9
a) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten.....	10
b) Juristische Personen und Personenmehrheiten innerhalb der Gemeinschaft.....	10
II. Beeinträchtigung („Eingriff“)	11
1. Arten der Beeinträchtigung	11
a) Die Entwicklung vom Diskriminierungs- zum Beschränkungs- verbot.....	11
aa) Offene Diskriminierung.....	11
bb) Versteckte Diskriminierung.....	12
cc) Materiell unterschiedslos geltende Regelungen	13
dd) Terminologische Besonderheiten bei der Warenverkehrs- Freiheit?	13
b) Rechtsprechungsübersicht	13
aa) Produktverkehrsfreiheiten	14
bb) Personenverkehrsfreiheiten	14
(1) Niederlassungsfreiheit	15

(2) Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	16
cc) Konsequenzen für die Konvergenz der Grundfreiheiten.....	16
c) Konkretisierung durch die Keck-Rechtsprechung	17
aa) Formale Begründungsansätze.....	18
bb) Materielle Begründungsansätze.....	18
cc) Stellungnahme	18
d) Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung auf andere Grund-	
freiheiten.....	20
aa) Auf die Dienstleistungsfreiheit.....	20
bb) Auf die Niederlassungsfreiheit	21
cc) Auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit	21
e) Zwischenergebnis	22
f) Abgrenzung von Diskriminierungen und Beschränkungen	22
2. Weitere Einschränkungen durch zu ungewisse und zu mittelbare Wirkungen	
von Maßnahmen? („Spürbarkeitserfordernis“)	23
3. Handeln eines Verpflichteten	23
a) Mitgliedstaaten und deren Einrichtungen	24
b) Gemeinschaftsorgane	24
c) Privatpersonen („Drittwirkung“).....	24
aa) Rechtsprechung	24
(1) Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit	25
(2) Intermediäre Gewalten.....	25
(3) Rs. Angonese	26
bb) Schrifttum	27
cc) Stellungnahme vor dem Hintergrund einer Konvergenz der	
Grundfreiheiten.....	27
4. Unterlassen („Schutzpflichtendogmatik“).....	29
III. Rechtfertigung der Beeinträchtigungen	30
1. Grundlage der Rechtfertigung („Schranke“).....	30
a) Benannte Ausnahmen und ihre Eigenart.....	30
b) Cassis-Formel.....	31
c) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses und ihre dogmatische	
Einordnung	32

d) Gründe des Allgemeininteresses bei nicht unterschiedslos anwendbaren Beeinträchtigungen?	33
aa) Steuerrecht	34
bb) Sozialrecht	35
cc) Umweltrecht	36
dd) Allgemeine Dogmatik?.....	37
e) Einfluss der Sekundärrechts und der Grundrechte	39
2. Die Verhältnismäßigkeit als Grenze der Ausnahmen („Schranken- Schranke“).....	41
C. Fazit und Ausblick.....	42

A. Einführung

I. Die vier Grundfreiheiten

Der EGV enthält vier Grundfreiheiten¹, die jeweils Teilbereiche der grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Betätigung schützen. Der Begriff Grundfreiheiten wird allerdings im EGV und EUV als Oberbegriff nicht verwendet². Trotz der nur beiläufigen Erwähnung durch den EuGH³ ist er aber sowohl in der deutschen als auch in der fremdsprachigen Literatur seit langem etabliert⁴. Mit ihrer Verwirklichung soll ein Binnenmarkt errichtet werden⁵. Weitgehende Einigkeit besteht heute darüber, dass sich die Grundfreiheiten in Produkt- und Personenverkehrsfreiheiten unterteilen lassen. Die Artt. 28, 29, 49 und 56 EGV schützen den einzelnen primär in seinem Interesse an der Mobilität eines Produktes (Waren, Dienstleistungen, Kapital), während die Artt. 39, 43 EGV auf den Produktionsfaktor Arbeit und damit personenbezogen sind⁶.

II. Aufgaben einer Grundfreiheitsdogmatik

Die Grundfreiheiten verfolgen mit der Liberalisierung des Verkehrs der Produktionsfaktoren zwischen den Mitgliedstaaten ein parallel angelegtes Ziel. Es stellt sich demnach die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die Grundfreiheiten strukturell parallel auszulegen sind und sich damit eine Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen lässt. Aufgabe einer Dogmatik ist die Ausarbeitung abstrakter Muster für zusammengehörende Normenkomplexe⁷. Ziel der Dogmatik ist es, die Anwendung der Grundfreiheiten zu erleichtern. Dogmatik ist also nicht Doktrin, sondern Hilfe beim Konkretisieren von Normen des geltenden Rechts. Bei der Schaffung wie der Weiterentwicklung der Verträge haben dogmatische und systematische

¹ Der Begriff Grundfreiheiten wird als Oberbegriff für die Warenverkehrsfreiheit (Artt. 28, 29 EGV), die Personenverkehrsfreiheit (Artt. 39 und 43 EGV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) und die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs (Art. 56 EGV) verwendet. Die Freiheit des Zahlungsverkehrs ist die notwendige „Annexfreiheit“, da die Gewährleistungen ohne den freien Transfer von Gehältern, Erlösen und Gewinnen wirkungslos wären. Gelegentlich ist die Zählweise eine andere, weil die einzelnen Gewährleistungen zusammengezogen oder getrennt werden (vgl. *Stadler*, Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, S. 43; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 20).

² Die Verträge erwähnen Grundfreiheiten nur mit anderer Bedeutung, nämlich als Begriffsbestandteil der EMRK (vgl. Art. 177 Abs. 2 EGV, Art. 6 Abs. 2 EUV).

³ EuGH, Rs. 203/80, Slg. 1981, 2595, Rn. 8 (Casati); Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, Rn. 54 (Kommission/Deutschland).

⁴ Vgl. die Nachweise bei *Pfeil*, Historische Vorbilder und Entwicklung des Rechtsbegriffs der „Vier Grundfreiheiten“ im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 6 ff.

⁵ Vgl. *Streinz*, Europarecht, Rn. 948 ff., mit der Darstellung der Meinungsstreits, ob die Begriffe Gemeinsamer Markt/Binnenmarkt synonym oder solche unterschiedlichen Gehalts sind.

⁶ *Streinz*, Europarecht, Rn. 656; *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (205).

⁷ *Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, S. 189; *Kühling/Lieth*, EuR 2003, S. 371 (380); vgl. zum Begriff der Dogmatik *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 22 ff.

Fragen nur eine äußerst untergeordnete Rolle gespielt. Teilweise wird angenommen, dass sogar bewusst auf dogmatische bzw. systematische Klarheit verzichtet worden ist, weil die Dogmatik Folgen verdeutlicht und damit Kompromisse erschwert. Weiterhin ist zu beachten, dass die Unterstützung des Rechtsanwenders durch eine Dogmatik nicht in allen Rechtssystemen der Mitgliedstaaten ein gängiges Phänomen ist. Insbesondere werden in den Systemen des Case Law die Probleme über die Eigenart der Fakten und nicht über die dogmatischen Strukturen erschlossen. In der Rechtsprechung gibt es Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH von einer parallelen Konzeption der Grundfreiheiten ausgeht. Allerdings hat sich der EuGH nicht ausdrücklich zu dieser Frage geäußert, sondern die sich im konkreten Fall stellenden Fragen beantwortet. In der Literatur ist eine Tendenz zu einer weitgehend parallelen Auslegung der Grundfreiheiten festzustellen⁸. Teilweise wird dies in Abweichung bzw. unabhängig vom EuGH vorgenommen⁹. Eine interessante Überlegung besteht insbesondere darin, inwieweit der Normzweck der Grundfreiheiten konvergent zu bestimmen ist. Dabei ist an dieser Stelle aber bereits festzuhalten, dass eine konvergente Prüfung keine Methode der Auslegung für die einzelnen Grundfreiheiten ist.

Wesentlicher Ausgangspunkt für die Betrachtung soll im folgenden die Rechtsprechung des EuGH sein. Deutsche Beobachter nehmen diese oft als nicht ausreichend dogmatisch oder unklar wahr. Dies erklärt sich teilweise daraus, dass der EuGH auch die nicht-kontinentale Rechtstradition aufnimmt. Dabei bildet der freie Warenverkehr die praktisch bedeutsamste und die gesamte Dogmatik prägende Grundfreiheit. Eine besondere Schwierigkeit liegt darin, dass mit Fortschreiten der Integration die Entscheidungen, die sich ausschließlich auf Primärrecht stützen, rückläufig sind, weil im Laufe der Zeit immer mehr Fragen sekundärrechtlich geregelt sind. Damit bestehen auch weniger Möglichkeiten zur Klarstellung einer Rechtsprechungslinie. Die folgende Darstellung erfolgt wie eine Prüfung der Grundfreiheiten. Dabei sind drei Stufen zu unterscheiden: Zunächst ist zu entscheiden, ob der Anwendungsbereich eröffnet ist. Sodann wird das Vorliegen einer hoheitlichen Beeinträchtigung geprüft und gegebenenfalls in einem letzten Schritt geklärt, ob es für diese

⁸ Behrens, EuR 1992, S. 145 ff.; Classen, EWS 1995, S. 97 ff.; Eberhartinger, EWS 1997, S. 43 ff.; Jarass, EuR 1995, S. 402 ff.; ders., EuR 2000, S. 705 ff.; Schneider, NJ 1996, S. 512 ff.; Eilmansberger, JBl. 1999, S. 345 ff.; Füller, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag, S. 165; Steinberg, EuGRZ 2002, S. 13 ff. Zuleeg, in: FS für Everling, Bd. II, S. 1717 ff.; a.A.: Hatzopoulos, RTDE 1998, S. 191 ff.

⁹ Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 115 ff., 120 f.; ders., in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 631 (662 ff.), versteht die Grundfreiheiten in Ablehnung der Tendenz der Rechtsprechung als weit auszulegende Gleichheitsrechte. Siehe auch Hoffmann, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, S. 27 ff., 167 ff. der mit anderen Begründungen zu ähnlichen Ergebnissen wie der EuGH gelangt. Im Rahmen dieser Arbeit ist eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit diesen verschiedenen Zugängen nicht möglich. Stattdessen wird im folgenden versucht, diese Ansätze bei der Beurteilung der Rechtsprechung so weit wie möglich zu berücksichtigen.

eine Rechtfertigung gibt. Die ersten beiden Stufen bilden zusammen den Tatbestand der Grundfreiheiten, der sich durch bestimmte Eigenarten von der Rechtfertigung unterscheidet. Ziel der Darstellung soll es dabei sein, mit Hilfe von Stimmen aus dem Schrifttum die Position des EuGH herauszuarbeiten. Die Kapitalverkehrsfreiheit bleibt dabei ausgeklammert, da für die Entwicklung einer gemeinsamen dogmatischen Struktur der Grundfreiheiten kaum ergiebige Rechtsprechung vorliegt. Weiterhin spricht nichts dafür, diese Grundfreiheit strukturell anders zu behandeln als die anderen Grundfreiheiten¹⁰.

III. Konzeptionen des Normzwecks der Grundfreiheiten im Schrifttum

Die Funktion der Grundfreiheiten ist in der Literatur äußerst umstritten. Die Folgen dieser Frage sind für eine mögliche einheitliche Dogmatik entscheidend. Im folgenden ist kein Raum für eine grundlegende Aufarbeitung des Schrifttums. Deswegen soll zunächst ein Überblick über die beiden grundsätzlichen Positionen gegeben werden. Auf eine eigene Bewertung wird zunächst verzichtet. Diese ist iRd. Erörterung der Keck-Rechtsprechung vorzunehmen.

1. Grundfreiheiten als Gleichheitsrechte

Ein Zweig der Literatur begreift die Grundfreiheiten als Kompetenzabgrenzungsregeln zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten. Als wesentlicher Vertreter geht Weyer davon aus, dass die Anwendung alleine wegen einer handelsbeschränkenden Wirkung einer nationalen Maßnahme nicht gegeben ist und damit der Behinderung des Marktzugangs keine entscheidende Rolle beigemessen wird. Danach dienen die Artt. 28 ff. EGV der Integration der nationalen Märkte durch Wahrung der Chancengleichheit in einem Gemeinsamen Markt¹¹. Dies ist faktisch immer bei Diskriminierungen gegeben. Danach werden die allgemeinen Kompetenzausübungsregeln des EGV, insbesondere auch das Subsidiaritätsprinzip auf die Grundfreiheiten angewendet¹². Kingreen kommt damit folgerichtig zu dem Ergebnis, dass der sachliche Gehalt der Grundfreiheiten auf ein Gleichheitsrecht reduziert ist¹³.

¹⁰ Aus diesem Grund verzichten wohl auch *Classen, Eberhartinger, Kingreen und Schneider* (jeweils a.a.O.) bei der Untersuchung zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf die Darstellung von Art. 56 EGV; anders nur *Jarass*, EuR 1995, S. 202 ff.

¹¹ *Weyer*, Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, S. 312 f.; deutlicher begreift *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 26 ff., die Freiheiten als Kompetenzabgrenzungsregeln in einem föderal gegliederten Gemeinwesen zur Abwehr und Bewältigung föderaler Gefährdungslagen.

¹² *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 90 ff., 106 ff.

¹³ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 115 ff.; *ders.* in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 631 (662 f.); auch *Kingreen/Strömer*, EuR 1998, S. 263 (287); ebenso für eine Rückbesinnung *Marenco/Banks*, ELRev. 1990, S. 224 (239); *Arndt*, ZIP 1994, S. 188 (190 f.); *Joliet*, GRUR Int. 1994, S. 979 (985); *Schilling*, EuR 1994, S. 50 (58); *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (216 ff.).

2. Grundfreiheiten als Freiheitsrechte

Eine andere Herangehensweise verfolgen die im Schrifttum überwiegenden marktordnungsorientierten Ansätze. Danach werden die Grundfreiheiten als Teil der europäischen Wirtschaftsverfassung begriffen und bei der Untersuchung der Auslegungsalternativen auf die wettbewerbliche Wirkung in dem Binnenmarkt abgestellt. Diese Stellung als Funktionsgarantien ist die herrschende Meinung¹⁴. Die Folgerungen sind aber äußerst kontrovers. Zumeist wird die wettbewerbsöffnende Funktion herausgestellt. Aus der Wirtschaftsverfassung wird überwiegend abgeleitet, dass die Grundfreiheiten als Freiheitsrechte zu verstehen sind. Andererseits wird vielfach mittlerweile nach den Grenzen für eine zu ausufernde Anwendung der Freiheiten gesucht. Die diesem Kontext ist die Interpretation der Restriktion der Keck-Entscheidung zu sehen, wobei die Frage der zweckmäßigen Begrenzung der Freiheitsrechte insgesamt als nicht beantwortet zu bezeichnen ist. Es wird sich im weiteren zeigen, dass der Normzweck nicht auf einem verfassungsrechtlichen Verständnis basiert, aber auch nicht alleine auf eine allgemeine Durchsetzung des Marktprinzips gerichtet ist. Beide Pole sind bei der Entwicklung zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten zu berücksichtigen.

B. Die Struktur der Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten sind (iSd. deutschen Terminologie) subjektiv-öffentliche Rechte der Unionsbürger¹⁵. In dieser Eigenschaft können sie wie Grundrechte des Grundgesetzes dreistufig durchgeprüft werden¹⁶. Der EuGH verzichtet in der Regel auf eine solche Abstufung und beschränkt sich darauf, einstufig die „Verletzung“ der Grundfreiheit zu prüfen. Dies führt oft zu Interpretationsschwierigkeiten bei der Frage der dogmatischen Einordnung.

I. Anwendungsbereich („Schutzbereich“)

Der Anwendungsbereich betrifft die geschützte Tätigkeit, die von einer beeinträchtigenden Maßnahme betroffen ist¹⁷. Die Stufe betrifft sachliche und persönliche Elemente. Hinzu tritt

¹⁴ Müller-Graff, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, A.I., Rn. 100 ff.; Steindorff, ZHR 158 (1994), S. 149 (162 f.); Everling, in: FS für Mestmäcker, S. 365 (368 ff.); Grabitz, in: FS für Steindorff, S. 1229 ff.; Roth, in: GS für Knobbe-Keuk, S. 729 ff.

¹⁵ Vgl. nur Ehlers, Jura 2001, S. 266 (267); siehe auch zur Terminologie individuelles/subjektives Recht Schroeder, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 460 ff.

¹⁶ Bleckmann, EuGRZ 1981, S. 257 ff.; ders., in: GS für Sasse S. 665 ff.; Schilling, EuR 1994, S. 50 (56 ff.); Jarass, EuR 2000, S. 705 ff.; Ehlers, Jura 2001, S. 266 (269). Vgl. zur Struktur und Funktion der Grundrechtsprüfung etwa Alexy, Theorie der Grundrechte S. 249 ff.; Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, S. 9 ff.

¹⁷ Teilweise wird dafür auch der aus der deutschen Grundrechtsprüfung bekannte Begriff „Schutzbereich“ verwendet; (vgl. Ehlers, Jura 2001, S. 482 (482); Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 75 ff.). Die aus der Grundrechtsdogmatik entlehnte Terminologie wird hier ebenso wie „Eingriff“ nur in „Anführungszeichen“ verwendet. Sie setzt ein bestimmtes (deutsches) Vorverständnis der Grundfreiheiten als grundrechtsähnliche Rechte voraus, das in anderen Mitgliedstaaten so nicht vorhanden ist und auch durch die Rechtsprechung des

der räumliche Anwendungsbereich, der vor allem durch Art. 299 EGV bestimmt wird. Aufgrund der geringen praktischen Bedeutung wird auf ihn im folgenden nicht näher eingegangen¹⁸.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Grundfreiheiten schützen nicht die wirtschaftliche Handlungsfreiheit schlechthin, sondern bestimmte Komponenten der wirtschaftlichen Betätigung. Diese ergeben sich aus dem Text der jeweiligen Grundfreiheit. Der sachliche Schutzbereich besteht damit aus bestimmten Verhaltensweisen wie etwa die Niederlassung nach Art. 43 EGV, die Erbringung einer Dienstleistung gem. Art. 49 EGV oder dem Handel mit einer Ware iSd. Art. 23 EGV. Auf die Auslegung der einschlägigen Garantien kann hier nicht weiter eingegangen werden. Der EGV kennt verschiedene ausdrückliche Bereichsausnahmen. So findet die Garantie der Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung (Art. 39 IV EGV)¹⁹. Diese werden teilweise als negative Tatbestandsvoraussetzungen angesehen, die bereits zur Verneinung des sachlichen Anwendungsbereichs führen²⁰. Diese Ansicht ist abzulehnen, da noch zu zeigen sein wird, dass die genannten Bestimmungen als Schrankenregelungen in Gestalt von Rechtfertigungsnormen anzusehen sind. Weiterhin bestimmt die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen zugleich über die Abgrenzung der Grundfreiheiten untereinander.

a) Grenzüberschreitender Bezug

Der EuGH verlangt für die Anwendbarkeit aller Freiheiten, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt²¹. Dieser hängt bei der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit mit der Person des Inhabers zusammen. Der grenzüberschreitende Bezug ist auch dann gegeben, wenn ein Inländer im Inland benachteiligt wird, die Benachteiligung aber mit einer früheren Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat oder der Inanspruchnahme einer grenzüberschreitenden Dienstleistung zusammenhängt²². Bei der Warenverkehrsfreiheit ergibt sich der Bezug aus dem Umstand, dass die betroffene Ware eine innergemeinschaftliche Grenze überschreitet. In der Literatur ist umstritten, ob dies eine

EuGH nicht ausreichend gestützt werden kann.

¹⁸ Vgl. dazu etwa *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 198 ff.

¹⁹ Vgl. auch Art. 45 i.V.m. Art. 55 EGV.

²⁰ *Streinz*, Europarecht, Rn. 697; *Ehlers*, Jura 2001, S. 482 (482); *ders.*, NVwZ 1990, S. 810 (812); *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 76 f.; *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 152 f.

²¹ Vgl. nur EuGH, verb. Rs. 35 und 35/82, Slg. 1982, 3723, Rn. 15 ff. (*Morson/Niederländischer Staat u.a.*); Rs. 20/87, Slg. 1987, 4879, Rn. 10 ff. (*Gauchard*); verb. Rs. C-29 bis 35/94, Slg. 1995, I-301, Rn. 9 ff. (*Aubertin u.a.*).

²² Vgl. EuGH, Rs. 246/80, Slg. 1981, 2311, Rn. 27 (*Broekmeulen/Huisarts Registratie*); Rs. 419/92, Slg. 1994, I-505, Rn. 9 (*Scholz*).

Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist²³. Die Bedeutung dieser Streitfrage nimmt zu, wenn die Grundfreiheiten als Freiheitsrechte (iS eines Beschränkungsverbot) verstanden werden²⁴. Sind jene nur ein Schlechterstellungsverbot oder eine Gleichheitsregelung, so wird es nur wenige Fälle geben, in denen rein interne Sachverhalte gegenüber grenzüberschreitenden nachteilig behandelt werden.

b) Problem der Inländerdiskriminierung

Inländerdiskriminierung bzw. umgekehrte Diskriminierung ist das Phänomen, dass wegen des Einflusses der Grundfreiheiten auf die nationalen Rechtsordnungen EG-Ausländer in bestimmten Fällen besser behandelt werden als Inländer, weil ihnen nationale Rechtsvorschriften nicht entgegengehalten werden können²⁵. Sie ist eine Folge des unvollendeten Binnenmarktes und der Tatsache, dass die Grundfreiheiten an grenzüberschreitende Sachverhalte anknüpfen.

aa) Rechtsprechung

Der EuGH unterwirft in ständiger Rechtsprechung die Diskriminierung von Inländern nicht dem Gemeinschaftsrecht²⁶. Zur Begründung verweist er auf den fehlenden grenzüberschreitenden Zusammenhang bei inländerdiskriminierenden Sachverhalten. Es bliebe den Gerichten der Mitgliedstaaten überlassen, die Ungleichbehandlung eigener Staatsangehöriger nach dem einschlägigen Verfassungsrecht zu überprüfen²⁷. Dies kann dahingehend gedeutet werden, dass der EuGH darauf setzt, dass sich aufgrund des politischen Drucks das Problem nach und nach von selber löst²⁸. Diese Konzeption beruht auf der Vorstellung, dass die Grundfreiheiten der Marktöffnung dienen. Sie zielt darauf ab,

²³ Siehe dazu die Nachweise bei der Streitdarstellung zur Inländerdiskriminierung.

²⁴ Dies gilt nicht bei Art. 49 EGV, da die Dienstleistungsfreiheit nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten eingreifen kann.

²⁵ Da sich sowohl bei an der Warenherkunft als auch bei an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Regelungen parallele Fragestellungen ergeben, ist es nach *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 33 ff. terminologisch genauer, nicht von Inländerdiskriminierungen, sondern von umgekehrten Diskriminierungen zu sprechen. Der Begriff ist aber auch in anderem Zusammenhang unglücklich gewählt, da er suggeriert, dass das Gemeinschaftsrecht die Ungleichbehandlung verursacht. Aufgrund der gängigen Bezeichnung wird in dieser Arbeit aber die allgemein anerkannte Begrifflichkeit verwendet.

²⁶ Vgl. neben den Nachweisen in Fn. 21 für Art. 39 EGV: Rs. C-134/95, Slg. 1997, I-195, Rn. 19 (USSL). Für Art. 43 EGV: Rs. 115/78, Slg. 1979, 309 Rn. 24 ff. (Knors); verb. Rs. C-277 und 318/91, Slg. 1993, I-6621, Rn. 41 (Ligur Carni u.a.). Für Art. 49 EGV: Rs. 52/79, Slg. 1980, 833, Rn. 9 (Debauve); Rs. C-112/91, Slg. 1993, I-429, Rn. 17 (Werner). Mit *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 12, Fn. 57 und *Streinz*, Europarecht, Rn. 683 in Fn. 58 ist davon auszugehen, dass sich mit dem Urteil *Pistre* u.a. (EuGH, verb. Rs. 321 bis 324/94, Slg. 1997, I-2343, Rn. 48 ff.) für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit keine Wende in der Rechtsprechung andeutet. A.A. *Weyer*, EuR 1998, S. 435 ff.

²⁷ EuGH, Rs. C-132/93, Slg. 1994, I-2715, Rn. 10 (Steen II).

²⁸ *Papert*, Die unmittelbare Bindung Privater an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 60; ein Beispiel für diesen „Harmonisierungsdruck“ besteht zum Beispiel in einem belgischen Gesetz, das aufenthaltsrechtlich Ehegatten eines Belgiers denen eines EG-Ausländers gleichstellt, vgl. EuGH, Rs. 297/88, Slg. 1990, I-3763 (Dzodzi/Belgischer Staat).

ausländischen Produkten und Personen den Eintritt in den nationalen Markt zu ermöglichen und diesen damit dem Wettbewerb aus dem EG-Ausland auszusetzen.

bb) Schrifttum

Im Schrifttum gibt es hinsichtlich der Beurteilung eine gemeinschaftsrechtliche- und eine verfassungsrechtliche Position. Teilweise wird die Unterscheidung und die Konsequenz des EuGH zwischen innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Sachverhalten geteilt. Als Argument wird vorgebracht, dass die Zielrichtung der Grundfreiheiten darin bestehe, grenzüberschreitende Bewegung zu fördern, während die Tätigkeiten der Mitgliedstaaten ausschließlich in ihrem Hoheitsgebiet nicht den Vorgaben des EGV unterworfen werden sollten²⁹. Damit wird unabhängig von der gesteigerten Integration von einer Trennung des innerstaatlichen Bereichs vom grenzüberschreitenden Bereich ausgegangen. Nach einer anderen Ansicht ist die Inländerdiskriminierung gemeinschaftsrechtswidrig. Als Argumentationslinie wird dabei die fortgeschrittene Integrationsstufe genannt. Danach trägt das ausschließliche Abstellen auf eine Grenzüberschreitung dem Stand des Gemeinschaftsrechts nicht mehr Rechnung. Hierfür spreche neben den Vertragszielen der Errichtung eines unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV) und der Verwirklichung des gemeinsamen Marktes (Art. 2 EGV) insbesondere die Perspektive des Binnenmarktes³⁰. Vor diesem Hintergrund seien die Grundfreiheiten als umfassende Beschränkungsverbote auszulegen, die jegliche Behinderung der jeweiligen Freiheit erfassen. Dieses weitergehende Verständnis weist den Freiheiten auch eine Bedeutung für die Schaffung der Marktgleichheit zu. Dies meint die Vergleichbarkeit bzw. die Übereinstimmung der Wettbewerbsbedingungen in der ganzen Gemeinschaft³¹.

cc) Stellungnahme

Unabhängig vom Binnenmarktkonzept bestehen die Kompetenzen der nationalen Gesetzgeber fort. Mithin muss bei einer Beurteilung die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten beachtet werden. Es geht damit um den Ausgleich des Zielkonflikts zwischen fortschreitender Integration und fortbestehenden mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnissen. Von Epiney wird

²⁹ Streinz, Europarecht, Rn. 684; ders. in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV Art. 12, Rn. 61; Knobbe-Kneuk, DB 1990, S. 2573 (2577); König, AöR 118 (1993), S. 591 (594 ff.); Fastenrath, JZ 1987, S. 170 (172); Greenwood, YEL 1987, S. 185 (200 ff.); Holoubek, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 12, Rn. 33 f.; Hammerl, Inländerdiskriminierung, S. 153 ff.

³⁰ Bleckmann, RIW 1985, S. 917 ff.; Nicolaysen, EuR 1991, S. 95 (97 ff.); Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 200 ff.; dies., in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 12, Rn. 33; Lackhoff, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 380; Lackhoff/Raczinski, EWS 1997, S. 109 ff.; Reich, EuZW 1991, S. 203 (204 f.); Pickup, CMLRev. 1986, S. 135 (154 ff.); Kon, ELRev. 1981, S. 75 (81 ff.); Kewenig, JZ 1990, S. 20 (23 f.).

³¹ Fischer, Europarecht in der öffentlichen Verwaltung, S. 25.

deshalb eine differenzierte Betrachtungsweise vorgeschlagen³². Danach soll das Fehlen eines grenzüberschreitenden Elements zwar bei der Art und Weise der Prüfung der Grundfreiheit auf der Rechtfertigungsebene (als „berechtigte Interessen“) von Bedeutung sein, nicht jedoch schon von vornherein die Anwendung einer Grundfreiheit ausschließen. Dieser Ansatz soll aber an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden. Die besseren Gründe sprechen nämlich weiterhin gegen ein Verbot der Inländerdiskriminierung. Zunächst kann eine Konzeption der Grundfreiheiten als europäische Bürgerrechte nicht überzeugen, soweit es um zivilrechtliche Normen geht. Im Privatrecht ist die Anwendung des Gleichheitssatzes kein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz. Die Grundfreiheiten werden im europäischen Privatrecht als gemeinschaftsrechtliche Grundlage der Vertragsfreiheit angesehen³³. Die Grundfreiheiten setzen danach nach modernem Verständnis deren Geltung auf der Grundlage der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen voraus. Danach ermöglichen die nationalen Rechtsordnungen erst die Ausübung der Grundfreiheiten und wirken so auf das europäische Recht ein³⁴. Die Grundfreiheiten schützen danach die Freiheit zum grenzüberschreitenden Vertragsschluss. Unabhängig von dem noch darzustellenden gewandelten Verständnis der Funktionalität der Grundfreiheiten ist entscheidend auf deren freiheitlichen Aspekt abzustellen. Der Gleichheitsgrundsatz erlangt dabei nur insoweit Bedeutung, als das Freiheitsrecht jedermann mit gleichem Inhalt und im selben Umfang zustehen muss. Mit erlaubter Inländerdiskriminierung verfügt jeder Gemeinschaftsbürger über dasselbe Maß an Freiheit. Jeder kann sich als Anbieter von Waren und Dienstleistungen jenen Mitgliedstaat als Herkunftsland aussuchen, der für ihn die günstigsten Wirtschaftsbedingungen bereitstellt. Eine Diskriminierung ist danach nur Folge der Standortwahl des inländischen Anbieters. Ein Verbot der Inländerdiskriminierung würde schließlich ein anderes Freiheitsverständnis im Binnenmarkt voraussetzen. Ein solches würde nämlich die mitgliedstaatliche Regelungsgewalt der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle unterziehen. Damit hätte der EuGH auch ein Letztentscheidungsrecht über die „berechtigten Interessen“ Epineys. Ein Verbot der Inländerdiskriminierung würde demnach eine Konzeption der Grundfreiheiten als allgemeine Liberalisierungsinstrumente umsetzen.

Die Frage der Inländerdiskriminierung ist demnach eine Frage des jeweiligen Verfassungsrechts. In Deutschland kommen damit unterschiedliche Regelungen im Hinblick auf Art. 12 GG unter Rechtfertigungsdruck, da die Geeignetheit nationaler

³² *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 200 ff.; *dies.*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 12, Rn. 36.

³³ Vgl. *Grundmann*, JZ 1996, S. 274 (278).

³⁴ *Müller-Graff*, in: ders. (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 195 (203 ff.); *dies.*, NJW 1993, S. 13 (14); *dies.*, in: FS für Börner, S. 303 (307).

Beschränkungsmaßnahmen angesichts der Durchbrechung durch die Nichtanwendbarkeit gegenüber EG-Ausländern in Frage gestellt wird³⁵. Art. 3 Abs. 1 GG greift nach überwiegender Ansicht nicht ein, da die Regelungen auf verschiedene Gesetzgeber zurückgehen³⁶. Das Verfassungsrecht steht damit vor der Problematik, dass das Gemeinschaftsrecht nicht Teil des nationalen Rechts, wohl aber Teil der in dem Mitgliedstaat geltenden Rechtsordnung ist. Die Rechtsstellung der EG-Ausländer ist damit als Vergleichsgruppe der nationalen Regelungsgewalt entzogen. Nach anderer Ansicht wird von der Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 GG ausgegangen³⁷. Dem ist zuzustimmen. Ein Mitgliedstaat kann die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen in unterschiedlicher Weise erfüllen. Das Gemeinschaftsrecht und das nationale Recht belassen ihm die Möglichkeit, auch Inländer von einer belastenden Regelung zu entbinden. Die Differenzierung zwischen In- und EG-Ausländern bleibt damit dem deutschen Gesetzgeber zuzurechnen und bildet eine Beeinträchtigung iSv. Art. 3 Abs. 1 GG. In diesem Sinne ist in Österreich die Inländerdiskriminierung auch verfassungswidrig³⁸.

c) Zwischenergebnis

Nach diesen Ausführungen zum grenzüberschreitenden Zusammenhang und der sog. Inländerdiskriminierung ist festzuhalten, dass ein spezifisch transnationales Element im Tatbestand und nicht erst in der Rechtfertigung zu prüfen ist.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten setzt weiterhin voraus, dass es um Personen geht, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Insoweit wird vom persönlichen Anwendungsbereich gesprochen³⁹. In diesem Bereich der Grundfreiheiten ist von deren unmittelbarer Wirkung auszugehen⁴⁰.

³⁵ Vgl. BVerfG, NVwZ 2001, S. 187, das die Frage, ob die Anforderungen der Meisterprüfung angesichts geringerer Anforderungen an EU-Handwerker nach § 9 HandwO im Lichte des Art. 12 GG noch gerechtfertigt sind, dahingestellt lässt. Ein Verstoß dürfte dann vorliegen, wenn die mit der Meisterprüfung verfolgten Ziele, nämlich den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks zu erhalten, wegen der Vielzahl hier tätiger „unterqualifizierter EG-Handwerker“ nicht mehr erreicht werden könnte.

³⁶ Offengelassen in BGHZ 108, S. 342 (346), sowie vom BVerfG, NJW 1990, S. 1033.

³⁷ Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1 Art. 3, Rn. 10; Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3, Rn. 71; Starck, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, Art. 3 Abs. 1, Rn. 213; Schilling, JZ 1994, S. 8 (10 ff.).

³⁸ Der VfGH geht unter Berufung auf das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK iVm. einem Konventionsrecht davon aus, dass Österreicher gegenüber EG-Ausländern nicht benachteiligt werden dürfen, EuGRZ 1997, S. 362 ff. Jener geht damit von einer „doppelten Bindung“ österreichischer Gesetze an das Gemeinschaftsrecht und den nationalen Gleichheitssatz aus. Dies führt dazu, dass österreichische Gerichte in zulässiger Weise reine Inlandsfälle nach Art. 234 EGV dem EuGH mit der Frage vorlegen, ob im Falle des Auslandsbezugs der nationalen Regelung die Vorschriften über die Grundfreiheiten entgegenstehen; vgl. etwa EuGH, C-515/99, EuZW 2002, S. 249 Rn. 24 ff. (Reisch).

³⁹ Vgl. nur Jarass, EuR 2000, S. 705 (708); Hirsch, ZEuS 1999, S. 505 (508).

⁴⁰ Grundlegend zur unmittelbaren Wirkung (= Wirksamkeit/Geltung/Anwendung/Anwendbarkeit) EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 1 (25), (van Gend & Loos); vgl. zur unmittelbaren Wirkung der Grundfreiheiten nur EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337, Rn. 4-8 (van Duyn/Home Office) für Art. 39 EGV; Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, Rn. 3 ff.

a) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten

Die Unionsbürger sind als Gemeinschaftsinländer Träger der Grundfreiheiten⁴¹. Dies ergibt sich für Artt. 43 und 49 EGV bereits aus dem Wortlaut. Danach sind Beschränkungen von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates abzubauen. Trotz der mangelnden personalen Begrenzung in Art. 39 Abs. 1 EGV ergibt sich diese aus Art. 39 Abs. 2 EGV, wo das Merkmal Staatsangehörigkeit als verbotener Anknüpfungspunkt genannt wird. Bei der Warenverkehrsfreiheit findet sich keine vergleichbare Beschränkung des personalen Anwendungsbereichs. Es ist umstritten, ob auch bei dieser nur Unionsbürger geschützt werden. Dies wird teilweise aufgrund systematischer Auslegung mit Art. 310 EGV angenommen⁴². Die überwiegende Ansicht verneint dies⁴³. Dem ist zuzustimmen, da Art. 28 iVm. Art. 23 Abs. 2 EGV an die Herkunft der Ware anknüpft. Der sachliche Anwendungsbereich bestimmt somit auch den persönlichen Anwendungsbereich. Ein Konvergenzbedürfnis zwischen Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt keine andere Auslegung. Der persönliche Anwendungsbereich deckt sich im übrigen insoweit, als sie nicht nur den Erbringer der wirtschaftlichen Leistung schützen, sondern auch deren Empfänger und Konsumenten. So kann sich z.B. ein Tourist auf die Dienstleistungsfreiheit oder ein Käufer auf die Warenverkehrsfreiheit berufen⁴⁴.

b) Juristische Personen und Personenmehrheiten innerhalb der Gemeinschaft

Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit werden über Artt. 48, 55 EGV ausdrücklich auf juristische Personen erstreckt. Art. 48 Abs. 2 EGV enthält eine Legaldefinition der Gesellschaft. Für die Warenverkehrsfreiheit fehlt eine entsprechende Regelung. Aufgrund der hier vertretenen Meinung hinsichtlich Art. 28 EGV als Freiheit ohne Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches ist dies konsequent, weil es nur auf bestimmte sachliche Warenmerkmale ankommt und die handelnden Personen unerheblich sind. Art. 39 EGV ist nach dem Wortlaut auf Arbeitnehmer beschränkt. Personenmehrheiten (z.B. Gewerkschaften) schließen als solche keine Arbeitsverträge ab. Der EuGH begründet die Anwendbarkeit auf eine Kapitalgesellschaft allerdings damit, dass der Norm kein Hinweis darauf zu entnehmen sei, dass sich nicht auch andere Personen, insbesondere Arbeitgeber, auf sie berufen können⁴⁵.

(Rynders) für Art. 43 EGV; Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 18 ff. (van Binsbergen) für Art. 49 EGV; Rs. 74/76, Slg. 1977, 557, Rn. 13 (Iannelli/Meroni) für Art. 28 EGV.

⁴¹ Die Begrenzung auf Unionsbürger ergibt die systematische Auslegung, da z.B. die Freizügigkeit von Drittstaatlern nur unter den Voraussetzungen aus Assoziierungsabkommen gem. 310 EGV gewährt wird.

⁴² *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 79 f.; *Kingreen/Störmer*, EuR 1998, S. 263 (274 ff.).

⁴³ *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (708); *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 28, Rn. 24; *Oliver*, Free movement of goods in the European Community, S. 22 f.

⁴⁴ Vgl. EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, 377 Rn. 16 (Luisi und Carbone/Ministero del Tesoro).

II. Beeinträchtigung („Eingriff“)

Auf der Ebene der Beeinträchtigung geht es um den Charakter der zu prüfenden Maßnahme⁴⁶. Zur Entwicklung einer einheitlichen Dogmatik müssen die relevanten Verkürzungen voneinander abgegrenzt werden. Dieser Bedarf besteht aufgrund des Spannungsfeldes zwischen Grundfreiheit und mitgliedstaatlicher Rechtsetzungskompetenz. Die dogmatische Bearbeitung geht dahin, den spezifischen Charakter der Grundfreiheiten als Integrationsnormen herauszustellen. Im einzelnen geht es auf dieser Prüfungsebene um die Eigenart der beeinträchtigenden Tätigkeit und um die Eigenschaften desjenigen, der die Beeinträchtigung vornimmt.

1. Arten der Beeinträchtigung

a) Die Entwicklung vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot

Zunächst stellen die Grundfreiheiten ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit auf. Positiv formuliert besteht demnach ein Gebot zur Inländergleichbehandlung. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH konkretisieren die Grundfreiheiten insofern das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV als speziellere Normen⁴⁷. Die Diskriminierung stellt die Grundform der Beeinträchtigung dar⁴⁸.

aa) Offene Diskriminierung

Erfasst werden zunächst offene Diskriminierungen⁴⁹. Danach liegt eine Diskriminierung vor, wenn eine Regelung im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit oder der Dienstleistungsfreiheit an die Staatsangehörigkeit anknüpft⁵⁰. Diese sind selten geworden. Fraglich ist, wann eine Gesellschaft wegen ihrer „Staatsangehörigkeit“ offen diskriminiert wird. Grundsätzlich ist auf den Sitz abzustellen, um sie einem Mitgliedstaat rechtlich zuzuordnen. Eine Schlechterbehandlung wegen eines ausländischen Sitzes kann aber

⁴⁵ EuGH, Rs. C- 350/96, Slg. 1998, I-2521, Rn. 19 (Clean Car Autoservice).

⁴⁶ Teilweise wird aufgrund des überwiegenden Wortlauts der Grundfreiheiten (vgl. Artt. 28 f., Art. 39 Abs. 3, Art. 43 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1, Art. 56 EGV) von „Beschränkung“ als Oberbegriff gesprochen; z.B. *Jarass*, EuR 2000, S. 703 (708). Aufgrund der notwendigen Abgrenzung diskriminierender Maßnahmen von materiell unterschiedlichen Regelungen wird hier aus Gründen der Übersichtlichkeit von „Beeinträchtigungen“ als Oberbegriff für alle beschränkenden Maßnahmen ausgegangen. Teilweise wird nämlich der Begriff der Beschränkung auch allein für die materiell unterschiedlos geltenden Regelungen genannt. Anstatt des aus der Grundrechtsdogmatik bekannten Begriffs des „Eingriffs“ (vgl. dazu *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, S. 3 ff.; *Bethge*, in: VVDStRL 57 (1998), S. 7 ff.) wird hier der allgemeine Terminus verwendet.

⁴⁷ EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1450, Rn. 4, 10 (Walrave/Union Cycliste Internationale); Rs. 305/87, Slg. 1989, 1461, Rn. 12 (Kommission/Griechenland); Rs. 311/97, Slg. 1999, I-2651, Rn. 20 (Royal Bank of Scotland).

⁴⁸ *Hirsch*, ZEuS 1999, S. 503 (509).

⁴⁹ Offene Ungleichbehandlungen werden auch als unmittelbare oder direkte Diskriminierungen bezeichnet; vgl. zu diesen jeweils parallel verwendeten Begriffen *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 25 ff.

nicht immer als offene Diskriminierung angesehen werden, da ansonsten eine Divergenz zur Rechtsprechung des EuGH bei natürlichen Personen zur Einordnung des Wohnsitzes als versteckte Diskriminierung gegeben wäre. Eine offene Diskriminierung (mit eingeschränkter Rechtfertigungsmöglichkeit?) ist demnach wohl nur dann gegeben, wenn die nationale Maßnahme ausdrücklich eine ausländische Gesellschaft schlechter stellt⁵¹. Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit weist der Wortlaut der Vorschriften weniger deutlich auf eine Diskriminierung hin. Eine solche liegt vor, wenn die Regelung nur für Waren gilt, die eine innergemeinschaftliche Grenze überschreiten⁵².

bb) Versteckte Diskriminierung

Weiterhin werden auch versteckte Diskriminierungen erfasst⁵³. Diese nehmen formal keinen differenzierenden Bezug auf das Staatsangehörigkeitserfordernis. Sie greifen stattdessen auf scheinbar neutrale Merkmale zurück, die jedoch von Ausländern schwieriger zu erfüllen sind als von Inländern, wie z.B. Sprachkenntnisse, Wohnsitz, Herkunft etc. Für diese Gruppe legt der EuGH einen sehr weiten Diskriminierungsbegriff zugrunde. Der entscheidende Unterschied zu einer offenen Diskriminierung liegt darin, dass sich die Diskriminierung nicht aus dem Wortlaut der Norm ergibt, sondern erst aus einer Analyse ihrer Wirkungen. Fraglich ist die Einordnung der Ansässigkeit. Sie wird teilweise als selbstständiges, unmittelbares Verbot der Ungleichbehandlung angesehen⁵⁴. Vorzuziehen ist aber wohl eine Einordnung als versteckte Diskriminierung. Relevant wird die Einordnung allenfalls auf der Rechtfertigungsebene, sofern man, entgegen der hier vertretenen Meinung, lediglich für versteckte Diskriminierungen zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses anerkennen will. In denen als Beleg angeführten Urteilen des EuGH werden objektive Gründe für die Anknüpfung geprüft⁵⁵. Danach werden Ungleichbehandlungen im Ergebnis wie versteckte Diskriminierungen behandelt. Mangels Anhaltspunkte einer Verselbständigung im Wortlaut ist eine solche Deutung abzulehnen.

⁵⁰ Vgl. den Wortlaut in Artt. 43 Abs. 2, 50 Abs. 3, 39 Abs. 2 EGV.

⁵¹ So z.B. in der Rs. C-316/00, Slg. 2002, I-8147 (Danner), wo in einer finnischen Regelung eine ausdrückliche Schlechterbehandlung ausländischer Gesellschaften für den Fall geregelt war, dass sie eine unselbständige Zweigniederlassung im Inland unterhält. Trotz der Kritik von GA *Jacobs* (Rn. 31 der Schlussanträge) lässt es der EuGH unklar, ob er die nationale Regelung für nicht diskriminierend hält oder ob er eine Rechtfertigung offener Diskriminierungen auch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässt.

⁵² *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (709); *ders.*, EuR 1995, S. 202 (212).

⁵³ Allgemeine Meinung, vgl. nur *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 1563. Versteckte Ungleichbehandlungen werden auch als verdeckte, verschleierte, mittelbare oder indirekte Diskriminierungen bezeichnet.

⁵⁴ So *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (211 ff.); *ders.*, EuR 2000, S. 705 (709); für Artt. 43 und 49 EGV auch *Jaensch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 73.

⁵⁵ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 115/78, Slg. 1979, 399, Rn. 24 f.

cc) Materiell unterschiedslos geltende Regelungen

Das Prinzip der Inländergleichbehandlung ist aber nicht in der Lage, alle Hindernisse für den innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehr zu überwinden. Alle Beeinträchtigungen, die sich aus den Unterschieden in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ergeben, könnten nur über den Weg der Rechtsangleichung beseitigt werden. Demnach stellte sich dem EuGH und dem Schrifttum schon früh die Frage, ob die Grundfreiheiten auch sonstige nicht-diskriminierende, also für In- und Ausländer unterschiedslos geltende Behinderungen untersagen und mithin über das Diskriminierungsverbot hinausgehende Beschränkungsverbote begründen. Heute wird in der Literatur grundsätzlich von einem allgemeinen Beschränkungsverbot ausgegangen. Zur Überprüfung einer solchen Einordnung soll kurz die Rechtsprechung des EuGH nachgezeichnet werden.

dd) Terminologische Besonderheiten bei der Warenverkehrsfreiheit?

Zunächst stellt sich an dieser Stelle aber noch die Frage nach terminologischen Besonderheiten im Bereich des freien Warenverkehrs. Danach sei hinsichtlich einer einheitlichen Terminologie zu beachten, dass die drei dargestellten Kategorien im Bereich der Warenverkehrsfreiheit vom EuGH, entgegen weiten Teilen der deutschen Literatur⁵⁶, kaum verwendet wird. Stattdessen werde vom EuGH nur zwischen unterschiedslos geltenden und nicht unterschiedslos geltenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen unterschieden⁵⁷. Weiter unterscheidet Mayer zwischen unterschiedslosen Maßnahmen I (=verdeckte Diskriminierung), unterschiedslosen Maßnahmen II (=beschränkende Maßnahmen) und unterschiedslosen Maßnahmen III (=nicht diskriminierende nicht beschränkende Maßnahmen). Eine solche Terminologie erscheint aber nicht zwingend, da die Bezeichnung keinen Unterschied hinsichtlich der Möglichkeiten der Rechtfertigung macht⁵⁸. Die noch darzustellenden Unsicherheiten in der Rechtsprechung⁵⁹ können auch mit diesem Ansatz nicht gelöst werden. Demnach wird im folgenden von der allgemeinen Terminologie auch im Bereich des freien Warenverkehrs ausgegangen.

b) Rechtsprechungsübersicht

Die Rechtsprechung des EuGH wird allgemein in dem Sinne verstanden, dass die Grundfreiheiten auch als Beschränkungsverbote anzusehen seien. Diese Einordnung ist deswegen problematisch, weil der EuGH seinen Diskriminierungsbegriff grundsätzlich nicht

⁵⁶ Vgl. *Heselhaus*, EuZW 2001, S. 645 ff.; *Gundel*, Jura 2001, S. 79 ff.

⁵⁷ *Mayer*, EuR 2003, S. 793 (801 f.) mit Verweis auf Rechtsprechung des EuGH.

⁵⁸ *Mayer*, EuR 2003, S. 793 (804).

offenlegt. Bei dem Versuch einer Systematik ist demnach zu beachten, dass der EuGH keine Dogmatik, bzw. allgemeine Lehren der Grundfreiheiten entwickelt hat. Darin liegt die Gefahr, aus einzelnen Passagen allgemeingültige Aussagen abzuleiten. Die offenen Fragen sollen dabei im weiteren Teil der Arbeit aufgegriffen und dogmatische Ansätze aufgezeigt werden.

aa) Produktverkehrsfreiheiten

Für den freien Warenverkehr hat der EuGH eine derart weite Auslegung bereits im Jahr 1974 durch seine berühmte *Dassonville-Formel* anerkannt:

„Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen“⁶⁰

Diese sehr weite Definition erfasst alle Regelungen, die objektiv auf den Handelsverkehr einwirken. Eine solche Auslegung entspricht dem Herkunftslandsprinzip als Philosophie des Binnenmarktes, wonach der Vertrieb von Waren, die in einem Mitgliedstaat verkehrsfähig sind, auch in den anderen Mitgliedstaaten verkehrsfähig sein sollen. Die Formel hat damit die Funktion eines Trichters, der zunächst alle denkbaren Beeinträchtigungen erfassen sollte. Dieser grundsätzliche Anspruch besteht trotz der noch darzustellenden Einschränkungen heute noch fort. Die Dienstleistungsfreiheit wird grundsätzlich ebenfalls schon seit der van Binsbergen-Entscheidung⁶¹ als Beschränkungsverbot interpretiert⁶². Neuere Urteile des EuGH bestätigen diese Auslegung⁶³. Damit liegt der Warenverkehrs- wie auch der Dienstleistungsfreiheit ein freiheitliches Verständnis zugrunde.

bb) Personenverkehrsfreiheiten

Demgegenüber betrachtete die wohl überwiegende Auffassung die Personenverkehrsfreiheiten in der Vergangenheit lediglich als (weit auszulegende) Diskriminierungsverbote. Gerechtfertigt wurde die Abweichung von dem Verständnis der Artt. 28 und 49 EGV damit, dass die auf einen längeren Zeitraum angelegten Inanspruchnahme der Personenverkehrsfreiheiten eine Eingliederung in den Aufnahmestaat zu den dort geltenden Bestimmungen erfordert. Anders als bei grenzüberschreitenden Waren

⁵⁹ Vgl. die Entscheidungen des EuGH im Umweltrecht.

⁶⁰ EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5 (Staatsanwaltschaft/Benoit und Gustave Dassonville). Die Bewertung der Entscheidung in diesem Sinne entspricht einhelliger Auffassung.

⁶¹ EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299 Rn. 10, 12 (van Binsbergen).

⁶² Behrens, EuR 1992, S. 145 (150 f.); Classen, EWS 1995, S. 97 (98); Kort, JZ 1996, S. 132 (135); Steindorff, RIW 1983, S. 831 (833).

⁶³ EuGH, Rs. 279/80, Slg. 1981, 3305, Rn. 17 (Webb); Rs. 76/90, Slg. 1991, 4421, Rn. 12 (Säger/Dennemeyer); verb. Rs. C-34 und 35/95, Slg. 1997, I-3843, Rn. 51 ff. (de Agostini und TV-Shop).

oder Dienstleistungen habe es der auf Dauer im Aufenthaltsstaat Ansässige nicht mit potentiell unterschiedlichen Regelungen zu tun, die wegen doppelter Anforderungen den Gebrauch der Grundfreiheit illusorisch machen können. Deshalb sei nicht einzusehen, weshalb für den EG-Ausländer weniger Beschränkungen gelten sollten als für den bereits tätigen Inländer⁶⁴. Aufgrund neuer Entscheidungen bekam die Diskussion Anfang der neunziger Jahre eine Wende. Resultat des Meinungswandels ist ein Verständnis der Personenverkehrsfreiheiten in der Literatur als Beschränkungsverbote⁶⁵.

(1) Niederlassungsfreiheit

In der Rs. Klopp entschied der EuGH, dass das Verbot der Zweigniederlassung für Anwälte eine unzulässige Beeinträchtigung darstellt, wenn es im Aufnahmeland für einen EG-Ausländer angewendet wird, der bereits über eine Niederlassung im Heimatstaat verfügt⁶⁶. Zwar entfällt für ihn das Verbot der Zweigniederlassung und stellt damit eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme dar. Bezogen auf die räumliche Reichweite bedeutet das Verbot aber effektiv einen generellen Ausschluss des schon niedergelassenen EG-Ausländer und trifft ihn damit ungleich stärker. Ein weiterer Schritt erfolgte mit der Rs. Vlassopoulou. Darin entschied der EuGH, dass die zur Ausübung eines Berufs notwendigen Kenntnisse mit den im Heimatland erworbenen Kenntnissen zu vergleichen sind und dieses Ergebnis bei einer Zulassungsentscheidung zu berücksichtigen ist⁶⁷. Danach sind bestimmte Vorschriften unzulässig. Andererseits verlangt der EuGH aber nur eine Inländergleichbehandlung in der Sache und verbietet ein Gleichbehandlungsgebot, welches den EG-Ausländer im Ergebnis stärker benachteiligt. Die entgültige Wende zum Beschränkungsverbot brachte die Rs. Gebhard. In ihr ging es um einen deutschen Rechtsanwalt, der in Italien die Bezeichnung *avvocato* führte, ohne die nach italienischem Recht erforderlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Nach dem EuGH bedürfen danach mitgliedstaatliche Maßnahmen eine Rechtfertigung, die „die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen“⁶⁸. Bei Betrachtung der einzelnen

⁶⁴ Everling, DB 1990, S. 1853 ff.

⁶⁵ Schlag, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 43, Rn. 45; Roth, in: GS für Knobbe-Keuk, S. 729 (731 f.); Hakenberg, ZEuP 1998, S. 909 (926); Knobbe-Keuk, DB 1990, S. 2573 ff.; Schneider, NJ 1996, S. 512 ff.; Ehlers, Jura 2001, S. 266 (270); Daniele, ELRev. 1997, S. 191; Streinz, Europarecht Rn. 676; Nachbaur, Niederlassungs-freiheit, S. 144 ff.; Randelshofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Recht der EU, Art. 48, Rn. 37; Lackhoff, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 358 ff. Selbst Everling, vormals einer der Verfechter der restriktiven Auffassung (ders. DB 1990, S. 1853 ff.) hat sich dieser herrschenden Lehre angeschlossen; vgl. ders., in: GS für Knobbe-Keuk, S. 608 (625).

⁶⁶ EuGH, Rs. 107/83, Slg. 1984, 2971, Rn. 18 (Klopp).

⁶⁷ EuGH, Rs. 340/89, Slg. 1991, I-2357, Rn. 16 (Vlassopoulou).

⁶⁸ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, 4165, Rn. 37 (Gebhard); so auch schon im Urteil Kraus, Rs. C-19/92, Slg. 1993, 1663, Rn. 32.

Entscheidungen zeigt sich, dass die Schwierigkeiten der Auslegung auf einen unterschiedlichen Gebrauch der Begriffe von Diskriminierung und unterschiedslos anwendbarer Maßnahme beruhen. So können die ersten beiden Sachverhalte auch über den Diskriminierungsbegriff gelöst werden⁶⁹. Heute geht der Streit nur noch um die Reichweite des Beschränkungsverbots.

(2) Arbeitnehmerfreizügigkeit

Über das Verbot jeglicher Diskriminierung hinaus leitet der EuGH seit dem Bosman-Urteil⁷⁰ aus Art. 39 Abs. 2 EGV ein unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers geltendes Beschränkungsverbot für Maßnahmen her, die einen Unionsbürger daran hindern, sein Heimatland zu verlassen, um von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen. Wie nach der Dassonville-Formel beim freien Warenverkehr muss die staatliche Maßnahme geeignet sein, die Ausübung der Freiheit wirklich zu behindern. Mit der Qualität der mitgliedstaatlichen Regelung befasste sich der Gerichtshof in der Rs. Graf. Danach ist eine Eignung zur Behinderung nicht gegeben, wenn die staatliche Maßnahme den Arbeitnehmer in Wirklichkeit nicht davon abhält, sein Freizügigkeitsrecht wahrzunehmen, weil die beeinträchtigende Wirkung der staatlichen Maßnahme auf die Freizügigkeit zu ungewiss oder zu indirekt ist⁷¹. Auf die streitige Einordnung als sog. relatives Beschränkungsverbot wird unten eingegangen.

cc) Konsequenzen für die Konvergenz der Grundfreiheiten

Es hat sich somit gezeigt, dass die Grundfreiheiten grundsätzlich ein allgemeines Beschränkungsverbot in ihrem Anwendungsbereich enthalten. Dies erleichtert die einheitliche Prüfung. Zutreffend ist damit die Ansicht, dass eine Beschränkung anzunehmen ist, wenn eine nationale Regelung geeignet ist, die Freiheit weniger attraktiv zu machen bzw. dies denkbar ist. Somit reicht ein möglicher grenzüberschreitender Bezug für eine Beeinträchtigung aus. Dazu ist eine Kausalität nötig, wonach die Beschränkung nicht von einem ungewissen und

⁶⁹ So z.B. Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S 64 f.

⁷⁰ EuGH, Rs. 415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 94 ff. (Bosman).

⁷¹ EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493, Rn. 24 f. (Graf/Filzmoser). Nach österreichischem Recht erhält ein Arbeitnehmer keine Abfindung, wenn er selbst kündigt, anders, wenn der Arbeitgeber kündigt. Eine solche Regelung ist nicht geeignet, den Arbeitnehmer abzuhalten, selbst zu kündigen, um eine neue Arbeitsstelle im Ausland anzutreten. Diese Formel der „zu ungewissen und zu mittelbaren“ Behinderung verwendet der EuGH auch iRd. Warenverkehrsfreiheit. Eine solche hat er in der vorvertraglichen Pflicht des Verkäufers eines Motorrads gesehen, dass privat nach Deutschland importiert worden war, den Käufer darüber aufzuklären, dass die Vertragshändler (in rechtswidriger Weise) wegen des grauen Imports etwaige Dienstleistungen nicht durchführen würden; vgl. EuGH, Rs. C-93/92, Slg. 1994, I-5009, Rn. 12 (CMC-Motorradcenter).

indirekten Ereignis abhängen darf. Dieser Aspekt residiert in der deutschen Dogmatik unter dem Schutzzweck der Norm⁷².

c) Konkretisierung durch die Keck-Rechtsprechung

Mit der sog. Keck-Rechtsprechung hat der EuGH die Dassonville-Formel eingeschränkt. Es ging dabei um das französische Verbot des Verkaufs bestimmter Waren zum Verlustpreis. Dadurch wird auch eingeführten Waren diese Absatzmöglichkeit vorenthalten. Dieses Verbot stellt eine vertriebsbezogene Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels dar. Mit der bekannten Formel urteilte der Gerichtshof, dass

„hingegen die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet (sind), den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“⁷³.

Danach sind unterschiedslos geltende Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs nur dann untersagt, wenn es sich nicht um bloße *vertriebs-*, sondern um *produktbezogene* Maßnahmen handelt⁷⁴. Diese Rechtsprechung stellt eine ausdrückliche Einschränkung der tatbestandlichen Reichweite des Art. 28 EGV dar. Nicht in Frage gestellt wird jedoch der Charakter dieser Vorschrift als Beschränkungsverbot⁷⁵. Der Grund für diese Rechtsprechung wird teilweise darin gesehen, durch Herausnahme aus den binnenmarktrelevanten Bestimmungen die Harmonisierungsmöglichkeit nach den Artt. 94 und 95 EGV einzuschränken⁷⁶. Vor allem sollte aber wohl der uferlosen Weite der Dassonville-Formel entgegengewirkt werden, weswegen viele wirtschaftslenkende mitgliedstaatliche Maßnahmen unter Rechtfertigungsdruck geraten waren. In der Literatur fiel die Bewertung dieser Rechtsprechung unterschiedlich aus⁷⁷. Es ist zu einer solchen Flut von Meinungsäußerungen gekommen, dass auf einzelne Streitpunkte hier nicht eingegangen werden kann. Die Unterscheidung zwischen vertriebsbezogenen und produktbezogenen Maßnahmen wird

⁷² Köhler, ZEuP 1994, S. 666 (670).

⁷³ EuGH, verb. Rs. C-267 und 268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 (Keck und Mithouard).

⁷⁴ Vgl. zu dieser Einordnung in der Literatur nur Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 28, Rn. 43.

⁷⁵ Dies ist strittig; vgl. zur a.A. Kieninger, EWS 1998, S. 277 (283) m.w.N. Diese Ansicht ist nicht überzeugend. Wie sich aus den weiteren Ausführungen noch ergibt, fallen mit der Keck-Rückausnahme diskriminierende Verkaufsmodalitäten wieder in den Tatbestand des Art. 28 EGV.

⁷⁶ Von Bogdandy/Bast, EuGRZ 2001, S. 441 (449).

⁷⁷ Teilweise wurde von einem „Bruch“, (vgl. Remien, JZ 1994, S. 349 (353)), bzw. einer „Wende“ (vgl. Ackermann, RIW 1994, S. 189) ausgegangen. Andere gehen von einer systematischen Klarstellung aus; vgl. Arndt, ZIP 1994, S. 188 (189 f.). Siehe auch die Ablehnung der Rechtsprechung durch GA Jacobs Schlussanträge, Rn. 38 ff. in Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179 (Leclerc). Eine Zusammenstellung der Literatur zur Keck- und Folgerechtsprechung findet sich bei Leible, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Recht der EU, vor Art. 28-31.

vielfach als unanschaulich und der Sinn der Keck-Formel als unklar empfunden. Trotz der Folgerechtsprechung durch den EuGH ist die Abgrenzung nicht vollständig geklärt⁷⁸. Im folgenden seien daher nur die zwei grundsätzlichen Strömungen erwähnt.

aa) Formale Begründungsansätze

In einigen Stellungnahmen wird von einer Aktivierung des Subsidiaritätsprinzips⁷⁹ bzw. einer Selbsthilfe zur Reduzierung der Verfahrensflut⁸⁰ ausgegangen. Dies überzeugt nicht. Es kann nicht sinnvoll die Frage gestellt werden, ob das Ziel eines Binnenmarktes von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht wird, sondern besser auf der Ebene der Gemeinschaft verwirklicht werden kann.

bb) Materielle Begründungsansätze

Viele Stimmen sehen in Keck eine Konkretisierung der Funktion der Grundfreiheiten. Zahlreiche Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass die Warenverkehrsfreiheit vor Behinderungen des Marktzugangs durch nationale Maßnahmen zu schützen ist⁸¹. Umstritten ist dabei die Abgrenzung, wann der Marktzugang versperrt oder hinreichend beschränkt ist.

cc) Stellungnahme

Der Begriff der bestimmten Verkaufsmodalitäten kann hier nicht abschließend geklärt werden. Eine genaue Bestimmung des Anwendungsbereichs ist aber vom Normzweck abhängig. Bei der Unterscheidung zwischen Produktregeln und Verkaufsmodalitäten kann es sich dabei allenfalls um eine Grobkategorisierung handeln. Entscheidend kommt es darauf an, dass es sich um nicht-diskriminierende Regelungen von Verkaufsmodalitäten handelt. Insoweit ist die Keck-Ausnahme mit einer Keck-Rückausnahme verbunden worden. Eine solche ist bei stärkeren Auswirkungen auf Erzeugnisse anderer Mitgliedstaaten gegeben, die eine spezifische Behinderung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs darstellt und dadurch eine Form von Ungleichbehandlung inländischer und eingeführter Produkte im Hinblick auf

⁷⁸ So sind Öffnungszeiten z.B. als Verkaufsmodalitäten anzusehen, EuGH, verb. Rs. C-401 und 402/92, Slg. 1994, I-2199, Rn. 12 (Tankstation 't Heuske und Boermans). Bei nationalen Werbebeschränkungen ist zu differenzieren: Ist die Werbung auf die Verpackung aufgedruckt, liegt eine produktbezogene Beschränkung vor, EuGH, Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923, Rn. 12 f. (Mars). Nicht ausgeschlossen sei eine Maßnahme gleicher Wirkung dann, wenn das vollständige Verbot einer Form der Absatzförderung eines Erzeugnisses in einem Mitgliedstaat nachteilige Auswirkungen auf Erzeugnisse anderer Mitgliedstaaten habe; vgl. EuGH, Rs. C-34 bis 36/95, Slg. 1997, I-3843, Rn. 39 ff. (de Agostini); Rs. C-405/98, Slg. 1991, I-1795, Rn. 15 ff. (Gourmet International). Die jeweilige Beschränkung gilt zwar rechtlich unterschiedslos für alle Produkte, doch berührt sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten tatsächlich nicht in gleicher Weise, sondern diskriminiert versteckt.

⁷⁹ *Remien*, JZ 1994, S. 349 (353).

⁸⁰ *Sack*, EWS 1994, S. 37 (44); *ders.*, WRP 1998, S. 102 (105); *Adrian*, EWS 1998, S. 288 (291).

⁸¹ *Roth*, CMLRev. 1994, S. 845 (853 f.); *Becker*, EuR 1994, S. 172 ff.; *Matthies*, in: FS für Everling, S. 803 (809 f.); *Heermann*, WRP 1999, S. 381 (384); *Keßler*, Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht,

den Zugang zum Markt bewirkt. Dies zeigt, dass die Grenzen des Diskriminierungsbegriffs verschwimmen⁸². Zur Bejahung einer solchen muss die Regelung von Verkaufsmodalitäten in erster Linie nachteilig ausländische Produkte betreffen. Demnach ist auf den zweiten Teil der Keck-Formel abzustellen, wonach es auf Marktzugangshindernisse ankommt. Eine Abgrenzung wird in vielen Fällen gar nicht möglich sein, insbesondere dann wenn das Produkt und der Absatz verschmelzen, wie dies bei Regelungen des sog. Euromarketing der Fall ist.

Vor diesem Hintergrund ist die Rs. TK-Heimdienst Sass zu beurteilen⁸³. Hierbei handelt es sich um eine Verkaufsmodalität, die Anbietern aus dem Ausland den Zugang zu diesem Spektrum des Marktes verbietet. Fraglich ist alleine die dogmatische Begründung. Nach einer Ansicht handelt es sich hierbei um nichtdiskriminierende Beeinträchtigungen, die den inländischen Anbieter auch betreffen. Hier sei eine spezifische Benachteiligung nicht gegeben und die vermeintliche Diskriminierung ergebe sich allein aus den Unterschieden in den Rechtsordnungen⁸⁴. Aber auch Schroeder nimmt für diese Fälle eine Unverhältnismäßigkeit der Regelung an, da Marktzugangsschranken geschaffen werden⁸⁵. Mit dem Argument der *bestimmten* Verkaufsmodalitäten können danach nichtdiskriminierende Maßnahmen als Maßnahmen gleicher Wirkung dargestellt werden⁸⁶. Nach hier verwendeter Terminologie gilt die Beschränkung unterschiedslos, aufgrund des erschwerten Marktzugangs liegt aber auch eine versteckte Diskriminierung vor (Doppelwirkung der Regelung). Die versteckte Diskriminierung ergibt sich iSd. de Agostini Rechtsprechung dadurch, dass eine Behinderung schon dann gegeben ist, wenn diese nicht gänzlich auszuschließen ist⁸⁷. Diese normzweckorientierte Einschränkung nimmt der EuGH auch in der Rs. DocMorris vor⁸⁸. Danach behindert ein Versandhandelsverbot für Medikamente bereits den Marktzugang für ausländische Apotheken und sei daher nicht unter die Keck-Formel zu fassen⁸⁹.

S. 260.

⁸² Gündel, EuZW 2000, S. 311 (312).

⁸³ EuGH, Rs. C-254/98, Slg. 2000, I-151, Rn. 25 ff. (Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb/TK-Heimdienst Sass). Hierin ging es um eine österreichische Regelung die vorsah, dass nur derjenige Lebensmittel im Umherziehen feilbieten darf, der in dem betreffenden oder angrenzenden Bezirk eine ortsfeste Niederlassung unterhält.

⁸⁴ Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 28, Rn. 48.

⁸⁵ Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 28, Rn.49 mit Verweis auf GA Elmer, Schlussanträge in Rs. C-189/95, Slg. 1997, I-5909, Rn. 58 (Franzen); Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 28, Rn. 49.

⁸⁶ A.A. Schweizer/Hummer, Europarecht, Rn. 1123; Sack, WRP 1998, S. 106 ff.; Jestaedt/Kästle, EWS 1994, S. 26 f.

⁸⁷ Die Problematik der Einordnung liegt insbesondere daran, dass es sich um einen rein inländischen Sachverhalt handelte (vgl. zur Möglichkeit der Vorlage an den EuGH die verbotene Inländerdiskriminierung in Österreich).

⁸⁸ EuGH, Rs. C-322/01, EuZW 2004, S. 21.

⁸⁹ Vgl. auch Streinz, EuZW 2003, S. 37 (41); Koch, EuZW 2004, S. 50 (50). Das Verbot wirkt sich für außerhalb Deutschlands ansässige Apotheken stärker aus als auf Apotheken im Inland, da ihnen als Folge des

d) Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung auf andere Grundfreiheiten

Wegen der Tendenz zur einheitlichen Auslegung der Grundfreiheiten stellt sich die Frage nach einer Übertragung der Keck-Formel auf andere Grundfreiheiten. Zunehmend äußert sich die Literatur für eine solche Übertragung⁹⁰. Allerdings kommt eine unangepasste Anwendung nicht in Betracht.

aa) Auf die Dienstleistungsfreiheit

Aufgrund der dargelegten Parallelität der Dienstleistungsfreiheit zur Warenverkehrsfreiheit liegt eine Übertragung auf diese Grundfreiheit am nächsten. Insbesondere wenn nur die Dienstleistung die Grenze überschreiten soll, geht es um eine produktähnliche Leistung. Uneinigkeit besteht in der Deutung der Rs. *Alpine-Investments*⁹¹. Die Entscheidung wird teilweise als grundsätzliche Anerkennung der Übertragbarkeit angesehen⁹². Andere lehnen diese ab⁹³. Zunächst ist eine Ähnlichkeit der in Art. 29 EGV geregelten Situation, sowie der Keck-Rechtsprechung gegeben. Art. 29 EGV erfasst spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel und den Außenhandel eines Mitgliedstaats⁹⁴. Um eine derartige Exportbeschränkung handelt es sich aber nicht. Es liegt vielmehr das unterschiedslose Verbot einer Verkaufsmodalität vor. Der EuGH zieht aber keine Parallele im Bereich der Dienstleistungsfreiheit. Er stellt vielmehr auf den freien Zugang zum Dienstleistungsmarkt und damit auf die marktaufsplitternde Wirkung ab. Das Verbot geht nämlich vom Exportstaat aus und schafft im Importstaat eine Zugangsbeschränkung, die dort innerstaatlich möglicherweise gar nicht gilt. Aufgrund dieser Wirkung kam es auf die Anwendung der Keck-Formel nicht an. Es liegt aber eine Übertragung des Keck-Gedankens vor. Wegen der Problematik der genauen Abgrenzung müsste für eine Übertragung eine Formulierung gefunden werden, die nicht geeignet ist, den Marktzugang beim Im- und Export von Dienstleistungen in entscheidungserheblicher Weise zu behindern.

Versandhandelsverbots der Zugang zum Markt verwehrt sei, während den inländischen Apotheken weiterhin der Vertrieb über die Präsenzapotheke verbleibe.

⁹⁰ Etwa *Eberhartinger*, EWS 1997, S. 43 (49 f.); *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 125 ff.; *Nettesheim*, NVwZ 1996, S. 342 (345); *Herdegen*, Europarecht, Rn. 291; *Becker*, NJW 1996, S. 179 (180 f.); *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheit, S. 139 ff.; a.A. *Tesouro*, YEL 1995, S. 1 (7).

⁹¹ EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Rn. 33 ff. (*Alpine Investments*). Dieser in den Niederlanden ansässigen Firma wurde von holländischen Behörden verboten, potentielle Kunden ohne vorherige Zustimmung zum Zweck der Geschäftsanbahnung anzurufen (sog. *cold calling*). Dieses Verbot gilt unterschiedslos, sei es, dass die potentiellen Kunden in den Niederlanden oder im EG-Ausland ansässig sind. Es bezweckt deren Schutz sowie die Wahrung des guten Rufes der holländischen Finanzplätze.

⁹² *Kort*, JZ 1996, S. 132 (136).

⁹³ *Eilmansberger*, JBl. 1999, S. 434 (441); *Hatzopoulos*, CMLRev. 2000, S. 43 (68); *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), Art. 49, Rn. 69.

⁹⁴ EuGH, Rs. 155/80, Slg. 1981, 1993, Rn. 15 f. (*Oebel*).

bb) Auf die Niederlassungsfreiheit

Die Frage der Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung geht um der Streit der Reichweite des Beschränkungsverbots. Die Rechtsprechung des EuGH liefert hierfür keine klaren Anhaltspunkte⁹⁵. Teile der Literatur ziehen die Keck-Formel analog heran⁹⁶. Für eine solche Übertragung besteht aber kein zwingender Grund. Es konnten keine Kriterien angeboten werden, die terminologisch für die Niederlassungsfreiheit passfähig wären. Demnach ist mit dem Normzweck darauf abzustellen, ob spezifisch der Marktzugang behindert wird⁹⁷. Danach fallen nur materiell unterschiedslose Zugangsregelungen unter das Beschränkungsverbot, während materiell unterschiedslose Berufsausübungsregeln, im Gegensatz zu versteckt diskriminierenden, nicht vom Tatbestand des Art. 43 EGV erfasst werden. So ist das Erfordernis, in bestimmten Berufszweigen gutes Deutsch zu sprechen eine versteckte Beeinträchtigung der Personenverkehrsfreiheiten, regelt aber den Berufszugang und unterliegt deshalb der Grundfreiheitskontrolle anhand des Beschränkungsverbots⁹⁸. Die sog. Ausübungsmodalitäten machen dabei den Zugang nur dadurch weniger attraktiv, dass sie das Umfeld gestalten, in welchem nach dem Berufsanfang gearbeitet werden muss. Eine solche Ausübungsregel stellt demnach das private Arbeitsrecht dar. Demnach werden bloße Unterschiede in den Rechtsordnungen nicht als Niederlassungseinschränkung aufgefasst.

cc) Auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit

Wie schon bei der Niederlassungsfreiheit besteht auch bei Arbeitnehmerfreizügigkeit Uneinigkeit im Hinblick auf die tatbestandliche Reichweite des Beschränkungsverbots. In Anlehnung an die Keck-Formel wird teilweise eine Einschränkung der gemeinschaftsrechtlichen Prüfungskompetenz auf Zugangsbeschränkungen gefordert, während bloße Ausübungsmodalitäten nicht an Art. 39 EGV zu messen seien⁹⁹. Der EuGH hat in der oben skizzierten Rs. Graf diesen Ansatz zu erkennen gegeben. Danach ist eine Marktzugangsbeschränkung in mitglied-staatlichen Regelungen zu sehen, die den Wechsel zu

⁹⁵ Der EuGH hat insbesondere in der Rs. C-108/96, Slg. 2001, I-837 (Mac Quen) keine Stellung gezogen. Einer belgischen Gesellschaft, die von einer britischen Gesellschaft beherrscht wurde, wurde verboten für Augeninnendruckmessungen zu werben, die in Belgien wegen der Volksgesundheit Augenärzten vorbehalten sind. Der EuGH hat nicht geprüft, ob es sich um eine Zugangs- oder Ausübungsregel handelt. Es dürfte sich wohl um eine Zugangsregel handeln, da das Verbot eine Dienstleistung zu erbringen die gewerbliche Tätigkeit als solche betrifft. Deswegen ist das Verbot mit einer produktbezogenen Regel zu vergleichen. Mithin wäre die *Keck-Formel* nicht anwendbar. Weiterhin würde sich natürlich noch die Frage stellen, ob das Verbot versteckt diskriminiert und damit auch als reine Berufsausübungsregel in den Anwendungsbereich fällt.

⁹⁶ Schlag, in: Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43, Rn. 55; Everling, in: GS Knobbe-Keuk, S. 607 (621).

⁹⁷ Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43, Rn. 62.

⁹⁸ EuGH, Rs. C-427/97, Slg. 2000, I-5123, Rn. 59 f. (Haim). Eine Ausübungsmodalität wäre dagegen gegeben, wenn es für den spanischen Arzt weniger attraktiv ist, sich in Deutschland niederzulassen, weil so wenige Deutsche Spanisch sprechen.

⁹⁹ Schroeder, JZ 1996, S. 254 (255 f.); Röthel, EuZW 2000, S. 379 (380); Reichold, ZEuP 1998, S. 434 (448); Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, S. 183 f.

einem ausländischen Arbeitgeber verbieten oder tatsächlich unmöglich machen. Es mithin auf die Auswirkung der Maßnahme abzustellen. Dabei ist auf obige Argumentation zu verweisen.

e) Zwischenergebnis

Materielles Kriterium für die Abgrenzung, ob ein Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot gelten soll, ist damit der „Zugang“. Erschwert die streitgegenständliche Vorschrift den Zugang zu einem nationalen Markt, ist sie am Beschränkungsverbot zu messen. Erschwert die fragliche Regelung nicht den Zugang, ist sie nur dann verboten, wenn sie offen oder versteckt diskriminiert. Die Grundfreiheiten sind damit auf den Sinngehalt als Marktzugangsrecht zurückgeführt. Hierfür bedarf es einer Definition. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung ist dies bei einem erstmaligen Verbringen einer Ware/Person in den Wirtschaftskreislauf eines anderen Mitgliedstaates der Fall. Es hat sich gezeigt, dass in den besprochenen Entscheidungen die normzweckorientierte Argumentation der wesentliche Pfeiler in der Entwicklung der Grundfreiheiten darstellt. Insoweit ist eine Konvergenz festzustellen.

f) Abgrenzung von Diskriminierungen und Beschränkungen

In welchem Verhältnis das Diskriminierungs- und das Beschränkungsverbot zueinander stehen, lässt sich aufgrund der skizzierten Rechtsprechung und Literatur nicht eindeutig beantworten. Mit der dargestellten Entwicklung verschwimmen sie. Folgende Ausführungen sollen die bisherigen Ergebnisse zusammenfassen. Eine Verletzung nur des Beschränkungsverbots ist möglich, wenn die Inländer typischerweise schlechter behandelt werden als die EG-Ausländer¹⁰⁰. Bei offenen Diskriminierungen ist nur auf diese abzustellen. Beim Zusammentreffen von versteckten Diskriminierungen und Beschränkungen wird jedenfalls dann, wenn der Markt- oder Berufszugang als solcher behindert wird und damit in den Kernbereich der Gewährleistung eingegriffen wird, vom EuGH vielfach nur das Beschränkungsverbot geprüft. Im Randbereich einer Gewährleistung wird oft nur gefragt, ob eine Diskriminierung vorliegt. Aus der Keck-Rechtsprechung ist deswegen gefolgert worden, dass sich das Beschränkungsverbot und die versteckte Diskriminierung nicht überschneiden, sondern die Grundfreiheiten im Kernbereich nur Beschränkungsverbote und im Randbereich nur Diskriminierungsverbote darstellen¹⁰¹. Die Vertreter dieser Sicht sind jedoch gezwungen

¹⁰⁰ Vgl. *Hirsch*, ZEuS 1999, S. 503 (509), mit dem Hinweis auf EuGH, Rs. C-15/96, Slg. 1998, I-47 (Schöning). In dem Fall ging es um die Anwendbarkeit einer BAT-Regelung, die eine Höhergruppierung von Fachärzten im öffentlichen Dienst vorsieht, wenn sie über eine bestimmte Zeitdauer als Fachärzte im BAT-Anwendungsbereich tätig waren.

¹⁰¹ *Lecheler/Gundel*, Übungen im Europarecht, S. 177 f. Nach *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (711), ist eine Beeinträchtigung in den Kernbereich der Grundfreiheiten generell als Beschränkung einzustufen, unabhängig

zwischen beiden abzugrenzen. Nach der überkommenden Auffassung kann das was als diskriminierend betrachtet wird, nicht gleichzeitig eine unterschiedslose Maßnahme sein. Nach der hier vertretenen Ansicht können jedoch Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote nebeneinander stehen. Wenn sich beide überschneiden, kommt es auf ein Auseinanderhalten dieser beiden Beeinträchtigungsformen jedoch dann nicht entscheidend an, wenn die Rechtfertigungsgründe identisch sind. In der Rechtsprechung wird diese Tendenz ebenfalls angedeutet, da der EuGH eine Abgrenzung iSd. Keck-Formel gerade nicht vorgenommen hat.

2. Weitere Einschränkungen durch zu ungewisse und zu mittelbare Wirkungen von Maßnahmen? („Spürbarkeitserfordernis“)

Fraglich ist, ob neben der Einschränkung durch die Keck-Rechtsprechung die Dassonville-Formel möglicherweise eine weitere Einschränkung erfahren hat. Dies wird Entscheidungen des Gerichtshofs entnommen, wonach zu ungewisse und zu mittelbare Regelungen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen¹⁰². Daraus ist verschiedentlich abgeleitet worden, der EuGH unterziehe jeder Maßnahme einen Spürbarkeitstest und habe damit eine de-minimis-Regelung eingeführt¹⁰³. Diese Interpretation wird von anderen Teilen abgelehnt, weil sie der Konzeption als umfassendes Beschränkungsverbot entgegenstehe¹⁰⁴. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Insbesondere hat es der EuGH wiederholt betont, dass der Grad der Intensität der Handelsbeeinträchtigung unerheblich ist¹⁰⁵. Die Rs. Graf kann ebenfalls nicht für eine Reaktivierung des Kriteriums der Spürbarkeit interpretiert werden¹⁰⁶. Dies spricht ferner dafür, dass im Bereich der Warenverkehrsfreiheit auch weiterhin von einem umfassenden Beschränkungsverbot auszugehen ist. Weiterhin ist diese aus dem Kartellrecht stammende Einschränkung im Bereich der Grundfreiheiten praktisch kaum handhabbar.

davon, ob er zu einer Schlechterbehandlung im jeweiligen Fall führt.

¹⁰² Vgl. etwa EuGH, Rs. C-69/88, Slg. 1990, I-583, Rn. 11 (Krantz); nach *Keck* außerdem Rs. C-93/92, Slg. 1993, I-5009, Rn. 12 (CMC Motorrad), Rs. C-379/92, Slg. 1994, I-3453, Rn. 23 (Peralta).

¹⁰³ *Sack*, EWS 1994, S. 37 (44 f.); *ders.*, WRP 1998, S. 103 (116 f.); *Weatherill*, CMLRev. 1996, S. 885 ff.; *Fezer*, JZ 1994, S. 317 (324); *Rohe*, RabelsZ 61 (1997), S. 1 (56 f.); vgl. aber auch GA *Jacobs*, Schlussanträge in Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 65 ff. (Schmidtberger/Österreich).

¹⁰⁴ *Leible*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Recht der EU, Art. 28, Rn. 15, der darin eine Beweislastregel sieht; *Deckert/Schroeder*, JZ 2001, S. 89 ff.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. 16/83, Slg. 1984, 1299, Rn. 20 (Prandl); Rs. C-126/91, Slg. 1993, I-2361, Rn. 21 (Yves Rocher).

¹⁰⁶ So aber *Kingreen*, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 631 (661).

3. Handeln eines Verpflichteten

Damit eine Einwirkung als Beeinträchtigung qualifiziert werden kann, muss sie von einem bestimmten Akteur vorgenommen worden sein. Dieser muss Adressat der Grundfreiheiten sein.

a) Mitgliedstaaten und deren Einrichtungen

Der Wortlaut bindet zunächst die Mitgliedstaaten. Der Begriff ist in einem funktionalen Sinne zu verstehen und erfasst alle Träger von Staatsgewalt. Ferner werden alle Einrichtungen in Anspruch genommen, deren Verhalten einem Mitgliedstaat aufgrund des zum ihm ausgeübten beherrschenden Einflusses zugerechnet werden kann¹⁰⁷. Dies ist der Fall, wenn die Mitglieder der nicht zur staatlichen Verwaltungsorganisation gehörenden Einrichtung vom Staat ernannt und aus öffentlichen Mitteln finanziert werden¹⁰⁸.

b) Gemeinschaftsorgane

Daneben sind nach hM auch die Europäischen Gemeinschaften und ihre Organe an die Grundfreiheiten gebunden¹⁰⁹. Der EuGH hat diese Frage für die Warenverkehrsfreiheit mehrmals bejaht¹¹⁰. Mithin ist das Sekundärrecht als Auslegungshilfe am Primärrecht zu messen. Es wäre auch widersinnig, wenn die Gemeinschaften den Mitgliedstaaten Pflichten auflegen dürften, die für sie selbst nicht gelten. Aufgrund des fundamentalen Charakters der Grundfreiheiten ist dieser Gedanke auf die anderen Grundfreiheiten zu übertragen.

c) Privatpersonen („Drittwirkung“)

Unsicher ist, ob und inwieweit Privatpersonen durch die Grundfreiheiten gebunden werden (sog. unmittelbare Drittwirkung). Um diese Problematik rankt sich ein intensiver Theorienstreit. Im Schrifttum gibt es einige Stimmen, nach denen die Grundfreiheiten auch Private zu binden vermögen¹¹¹. Dies wird vornehmlich dann bejaht, wenn Private aufgrund ihrer wirtschaftlichen, rechtlichen oder faktischen Macht staatsähnlich oder „intermediär“¹¹² auftreten und dabei andere Privatrechtssubjekte über privatautonom geschaffene Bindungen hinaus an einem grenzüberschreitenden Wirtschaften hindern. Andererseits existiert eine Kette von Entscheidungen des EuGH, die offenbar auf einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten beruht.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. 249/81, Slg. 1982, 4005, Rn. 23 ff. (Buy Irish).

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-302/88, Slg. 1990, I-4625, Rn. 16 (Hennen Olive).

¹⁰⁹ Jarass, in: FS für Everling, Bd. I, S. 593 (595); Steindorff, EuZW 1990, S. 251 (252 f.).

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-51/93, Slg. 1994, I-3879, Rn. 11 (Meyhui); Rs. C-169/99, Slg. 2001, I-5901, Rn. 37 ff. (Schwarzkopf).

¹¹¹ Für eine unmittelbare Drittwirkung insbesondere: Schaefer, Die unmittelbare Wirkung, S. 189 ff.; Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 277 ff.; ders., in: FS für Lerche, S. 575 ff.; Ganten, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 56 ff., 94 ff.; Reichold, ZEuP 1998, S. 434 (447 ff.); dagegen insbesondere Jaensch, Unmittelbare Drittwirkung, S. 81 ff.; Roth, in: FS für Everling, Bd. II, S. 1231 (1245); Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (464 ff.); vgl. umfassend zum Meinungsstand Papert, Die unmittelbare Bindung Privater, S. 143 ff.

aa) Rechtsprechung

In seiner Rechtsprechung hat der EuGH die unmittelbare Drittwirkung vor allem im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit, wohl auch für die Niederlassungsfreiheit anerkannt. Diese Fälle sollen im folgenden betrachtet werden, um die Position und Begründung des Gerichtshofs zu analysieren. Anhand des Schrifttums ist dann eine Stellungnahme im Hinblick auf eine Konvergenz der Grundfreiheiten zu entwickeln.

(1) Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit

In der Rechtsprechung zu Art. 28 EGV finden sich überwiegend Hinweise, die gegen eine Bindung Privater sprechen. Hauptansatzpunkt einer die Drittwirkung bejahenden Literatur ist das Dansk Supermarked-Urteil von 1981¹¹³. Aus der weiteren Rechtsprechung ist aber zu Recht eine ablehnende Ansicht des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung gefolgert worden. Insbesondere in den Rs. Van der Haar¹¹⁴, Vlaamse Reisbureaus¹¹⁵ und Bayer/Süllhöfer¹¹⁶ hat der EuGH eine strikte Adressatentrennung vorgenommen. Er differenzierte insoweit funktional zwischen Art. 28 EGV als Maßstab staatlicher Tätigkeit und den Wettbewerbsregeln als Maßstab privater Tätigkeit. Insbesondere die noch darzustellende Schutzpflichtendogmatik iRv. Art. 28 EGV kann als alternativer Ansatz verstanden werden¹¹⁷.

(2) Intermediäre Gewalten

In der Entscheidung Walrave&Koch¹¹⁸ hat der EuGH festgestellt, dass das aus den Artt. 39 und 49 EGV folgende Verbot der unterschiedlichen Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht nur für Akte von staatlichen Behörden, sondern auch für private Maßnahmen gilt, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten¹¹⁹. Der EuGH stellt entscheidend auf die Wirkung einer privaten Regelung ab, die den Wirkungen staatlicher Normen gleicht. In der Rs. Donà hat der EuGH diese Rechtsprechung bestätigt, ohne auf die Argumentation näher einzugehen¹²⁰. In der Bosman-Entscheidung hat der EuGH diese Rechtsprechung auf unterschiedslos anwendbare private

¹¹² Vgl. zum Begriff *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 263.

¹¹³ EuGH, Rs. 58/80, Slg. 1981, 181 (Dansk Supermarket/Imerco). Dort sagt der Gerichtshof, dass Vereinbarungen zwischen Privaten in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr abweichen dürfen (EuGH, a.a.O., Rn. 17).

¹¹⁴ EuGH, Rs. 177, 178/82, Slg. 1984, 1797, Rn. 11 f. (van de Haar).

¹¹⁵ EuGH, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801, Rn. 30 (VVR/Sociale Dienst).

¹¹⁶ EuGH, Rs. 65/86, Slg. 1988, 5249, Rn. 4 (Bayer u.a./Süllhöfer).

¹¹⁷ So z.B. *Burgi*, JZ 2001, S. 1071 (1078); *Gormley*, Prohibiting restrictions on trade within the EEC, S. 262; *Muyllé*, ELRev. 1998, S. 467 (469 f.); *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 195.

¹¹⁸ EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 (Walrave & Koch/Union Cycliste Internationale).

¹¹⁹ Streitgegenstand war eine Vorschrift des privaten Sportverbandes UCI, wonach bei Weltmeisterschaften ein Radrennfahrer und sein Schrittmacher die gleiche Nationalität besitzen müssen.

¹²⁰ EuGH, Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333, Rn. 17 f. (Donà/Matero). Hier ging es um die Frage, ob Artt. 39, 49 EGV ausländischen Fußballern ein unmittelbares Recht auf die Beseitigung von diskriminierenden Vorschriften eines nationalen Fußballverbandes begründen.

kollektive Regelungen ausgeweitet¹²¹. Damit ist es nicht mehr vertretbar, dass die anderen dargestellten Urteile in Wirklichkeit auf der Verordnung 1612/68 beruhen¹²². Die unmittelbare Drittwirkung begründet der Gerichtshof im wesentlichen mit drei Argumenten. Zum einen weist er darauf hin, dass die Beseitigung der Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, wenn nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen. Weiterhin bemüht er den Grundsatz der einheitlichen Wirkung europäischen Rechts. Als letztes weist er die systematische Argumentation zurück, wonach Rechtfertigungsgründe nicht auch von Privaten geltend gemacht werden könnten¹²³. Mit dieser Entscheidung ist die Grundfreiheit selbst als Geltungsgrund privater Bindungen festgelegt worden. Demnach müssen die privaten Maßnahmen in irgendeiner Form Zwangsmaßnahmen entfalten¹²⁴.

(3) *Rs. Angonese*

Eine deutliche Bestätigung hat jüngst die Angonese-Entscheidung gebracht¹²⁵. Die unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EGV begründete der EuGH insbesondere mit drei Argumenten. Zunächst stehe der Wortlaut nicht entgegen. Weiterhin wäre das Erfordernis einer einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten unterlaufen, wenn nur die staatlichen Diskriminierungen verboten wären. Dieses Argument resultiert aus einer unterschiedlichen Staatsquote in den einzelnen Mitgliedstaaten. Unterstützend stellte der Gerichtshof ferner auf die notwendige Kongruenz zu den Artt. 12 und 141 EGV ab. Die Argumentation überzeugt nicht, da sie keine Grenzen für die Bindung Privater erkennen lässt¹²⁶. Aufgrund der mangelnden Auseinandersetzung mit dem Normzweck bleibt es offen, ob die Drittwirkung nach der Rechtsprechung nur für die private Regelung von Arbeitsbedingungen oder auch darüber hinaus gilt. Offen bleibt auch, ob Privatpersonen auch wegen diskriminierungsfreien Beschränkungen der Grundfreiheiten

¹²¹ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 ff. (Bosman). Hier ging es um die Frage, ob Transferregeln der UEFA und des belgischen Fußballverbandes mit Art. 39 EGV vereinbar sind.

¹²² Art. 7 Abs. 4 jener Verordnung regelt nur diskriminierende Arbeits- und Vertragsbedingungen.

¹²³ Der Gerichtshof macht keine Ausführungen zu einer eventuellen Modifikation. Weiterhin findet sich in der Literatur der Vorwurf, dass in dem Konflikt der aufeinander treffenden privaten Rechtspositionen die Vereinigungsfreiheit zu wenig berücksichtigt wurde (vgl. *Gramlich*, DÖV 1996, S. 801 (805 ff.)). Dem hätte der EuGH durch die Anwendung der Grundrechte als Rechtfertigungsgrund entsprechen können.

¹²⁴ Dieser Betrachtung entspricht die Entscheidung des EuGH in der Rs. Haug-Adrion, Rs. 251/83, Slg. 1984, 4277, Rn. 17 (Haug Adrion/Frankfurter Versicherungs-AG). Hier waren Allgemeine Tarifbestimmungen zwar behördlich genehmigt, jedoch gleichwohl Bestandteil eines Vertragsangebots. Ein solches dürfte daher grundsätzlich keine hoheitsgleiche Wirkung haben.

¹²⁵ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 (Angonese). Eine Private Bank in Bozen forderte von allen Stellensuchenden den Nachweis ihrer deutsch/italienischen Zweisprachigkeit. Die Regelung ist in keinem Tarifvertrag enthalten. Dieser Nachweis konnte nur in der Provinz Bozen erworben werden. Darin das der EuGH eine versteckte Diskriminierung, da Nichtitaliener es schwerer hätten, sich den Nachweis zu besorgen. Eine Rechtfertigung war nicht gegeben.

¹²⁶ Vgl. zur Ablehnung dieser Begründung insbesondere *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (460 f.).

kontrolliert werden. Eine unbegrenzte Drittwirkung scheint wohl nicht intendiert gewesen zu sein. Der EuGH könnte demnach dahingehend zu verstehen sein, dass es auch weiterhin auf die Qualität der Maßnahme im Einzelfall ankommt.

bb) Schrifttum

Der Meinungsstand im Schrifttum ist durch eine wachsende Meinungsvielfalt gekennzeichnet. Da in diesem Rahmen eine umfassende Darstellung nicht möglich ist, soll nur auf die einzelnen Meinungsgruppen eingegangen werden. Als Hauptargumente für eine grundsätzliche Drittwirkung der Grundfreiheiten werden in Anlehnung an den EuGH die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten¹²⁷ und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts genannt¹²⁸. In diese Überlegungen werden weiterhin Wortlaut und Begleitvorschriften einbezogen. Vereinzelt halten die Befürworter Schranken einer solchen Verpflichtung für erforderlich. Aufgrund des mangelnden Zuschnitts der ausdrücklichen Rechtfertigungsgründe wird eine modifizierte Form der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe befürwortet¹²⁹. Innerhalb dieser Gruppe gibt es ferner abgeschwächte Auffassungen. Zuzulassen sei die Drittwirkung danach insbesondere bei intermediär befähigten Entscheidungsträgern¹³⁰. Oftmals wird auch in der Interpretation der Grundfreiheiten als Schutzpflichten¹³¹ eine Alternativlösung gesehen oder eine mittelbare Drittwirkung vorgeschlagen¹³². Gegen eine Grundfreiheitsbindung Privater beruft man sich im Schrifttum vor allem wegen dem Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Kartellvorschriften¹³³.

cc) Stellungnahme vor dem Hintergrund einer Konvergenz der Grundfreiheiten

Die folgenden Überlegungen werden versuchen kurz auf die Systematik einzugehen, um dann anhand der Funktion der Grundfreiheiten im Integrationskonzept das Problem der Drittwirkung zu behandeln. Der entscheidende vertragssystematische Einwand besteht in Art. 81 f. EGV. Dann könnte jede Wettbewerbsbeeinträchtigung iSv. Art. 81 EGV eine Beeinträchtigung der als Beschränkungsverbote aufgefassten Grundfreiheiten darstellen und mithin wäre die differenzierte Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts obsolet. Fraglich ist, ob

¹²⁷ *Epiney*, in: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die EU, Rn. 775; *Gersdorf*, AöR 119 (1994), S. 400 (421); *Oppermann*, Europarecht, Rn. 1523.

¹²⁸ *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, S. 104; *Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau, S. 86; *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 41.

¹²⁹ *Reichold*, ZEuP 1998, S. 434 (450).

¹³⁰ *Cruz*, ELRev. 1999, S. 603 (615 ff.); siehe auch die näheren Ausgestaltungen *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung, S. 287 und *Forsthoff*, EWS 2000, S. 389 (392 ff.).

¹³¹ *Ehlers*, Jura 2001, S. 266 (274); *Körber*, EuR 2000, S. 932 (951 f.); *Muyllé*, ELRev. 1998, S. 467 (469 f.).

¹³² *Bleckmann*, in: GS für Sasse, Bd. II, S. 665 (676 f.); *ders.* Europarecht, Rn. 757 f.; *Burgi*, EWS 1999, S. 327 (330); *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (465 f.).

¹³³ *Ehlers*, Jura 2001, S. 266 (274); *Herdegen*, Europarecht, Rn. 284; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 450 (464); *Roth*, in: FS für Everling, Bd. II, S. 1231 (1245).

die spezifisch Private betreffenden Wettbewerbsregeln demnach vorrangig anzuwenden sind¹³⁴. Dies ist aber nicht der Fall. Wie dargestellt sichern die Grundfreiheiten die grenzüberschreitende Privatautonomie und schützen vor Eingriffen in die Freiheit des Marktzugangs und in die Marktgleichheit. Sie sollen damit den grenzüberschreitenden Wettbewerb herstellen, während das Wettbewerbsrecht die Wettbewerbsordnung bewahren soll¹³⁵. Die Grundfreiheiten wirken mithin freiheitserweiternd, während das Wettbewerbsrecht die Freiheit wieder einschränkt. Demnach ist von funktional getrennten Normenbereichen auszugehen. Es ist aber zuzugeben, dass die Gefahr besteht, dass das Spürbarkeitserfordernis aus dem Wettbewerbsrecht umgangen werden könnte.

Wie die Darstellung der Rechtsprechung es auch gezeigt hat, ist von einer Drittwirkung der Grundfreiheiten auszugehen, wenn die privaten Maßnahmen eine einseitig zwingende Qualität haben und hierdurch der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten behindert wird. Dieses Ausmaß ergibt sich aus der normspezifischen Überlegung, da beide skizzierten Funktionen der Grundfreiheiten auch von privaten Maßnahmen betroffen sein können. Nach dem Integrationskonzept kann jedoch nicht jede private Maßnahme den Grundfreiheiten unterworfen sein. Dies kann auch nicht im Hinblick auf eine Konvergenz der Grundfreiheiten geschehen. Die Verletzung des Normzwecks ist ausgeschlossen, wenn sich die Parteien auf Gleichordnungsebene befinden. Eine Beschränkung der Freiheit ist dann solchen autonomen Einigungen immanent. Andererseits verletzen einseitige Maßnahmen ohne den Willen eines zustimmenden Dritten die grenzüberschreitende Privatautonomie, wenn eine solche Machtansammlung vorliegt, die ohne einen zustimmenden Willen ausgeübt werden kann. Dann ist auch der Private an die Grundfreiheiten gebunden. Dies gilt für einfache Beschränkungen wie für Diskriminierungen. In diesen Bereichen zieht sich ein Mitgliedstaat zurück und überlässt die Regelungen z.B. Tarifparteien oder Berufsverbänden. Vor diesem Hintergrund ist die Rs. Angonese zu beurteilen. Eine Ungleichgewicht hätte aber nur dann vorgelegen, wenn alle entsprechenden Arbeitgeber dasselbe Kriterium angewendet hätten. Innerhalb eines funktionierenden Wettbewerbs kann es keinen aus den Grundfreiheiten zu entwickelnden Kontrahierungszwang Privater geben. Drittwirkung ist mithin nur anzunehmen, wenn die Privatautonomie massiv gestört ist. Eine Problematik könnte aber in der Abgrenzung des einseitigen Eingriffs liegen¹³⁶. Dies spricht aber nicht gegen dieses Konzept. Stattdessen ist es Aufgabe des EuGH, dem Kriterium Konturen zu verleihen. Eine Kollision mit dem Spürbarkeitskriterium im

¹³⁴ So z.B. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 28, Rn. 307.

¹³⁵ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 116 f.

¹³⁶ So z.B. Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (464).

Wettbewerbsrecht ist bei einer Reduzierung auf dargelegte Konstellationen ebenfalls nicht gegeben. Weiterhin sind auch die rechtsstaatlichen Gegenargumente nicht überzeugend¹³⁷. Die Reichweite der Drittwirkung leitet sich ja gerade aus dem Binnenmarktprinzip her. Mithin ist auch ein Rückgriff auf die etwa von Streinz und Leible vorgeschlagene Lösung einer mittelbaren Drittwirkung im Bereich einseitiger faktischer Machtansammlung nicht nötig¹³⁸. Im übrigen führt diese zu ähnlichen Eingriffen in die Freiheiten Privater. Wenn man diese Argumentation akzeptiert, ist im dargestellten Bereich auch eine Konvergenz der Grundfreiheiten festzustellen.

4. Unterlassen („Schutzpflichtendogmatik“)

Es kann auch eine staatliche Untätigkeit gegen die Grundfreiheiten verstoßen. Daher kann ein unzureichender Schutz der relevanten Tätigkeit vor Privaten eine Beeinträchtigung durch staatliche Organe in Form des Unterlassens darstellen. Der EuGH hat eine solche Schutzpflicht¹³⁹ der Mitgliedstaaten im Bereich der Warenverkehrsfreiheit anerkannt¹⁴⁰. Er hat dabei zur Begründung in erster Linie auf das Binnenmarktprinzip abgestellt. Danach sei Art. 28 EGV auch dann anwendbar, „wenn ein Mitgliedstaat keine Maßnahmen ergriffen hat, um gegen Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs einzuschreiten, deren Ursachen nicht auf den Staat zurückzuführen sind“¹⁴¹. Zur Konkretisierung verwies er auf Art. 10 Abs. 2 EGV. Nahezu unverändert ist die Argumentation in der Rs. Schmidberger. Die Schutzpflichtendimension ist dem objektiven Gehalt der Grundfreiheit selbst zu entnehmen. Eine Handlungspflicht kann nämlich über den Grundsatz der Gemeinschaftstreue nicht begründet werden, weil diese keine neuartigen Pflichten begründen kann¹⁴². Im Schrifttum, wo die Entscheidungen überwältigende Zustimmung erfahren haben, wird teilweise von einer

¹³⁷ Insbesondere vorgetragen von Kluth, AöR 122 (1997), S. 557 (569 ff.), der die Gefahr einer Verstaatlichung des Privatrechts sieht.

¹³⁸ Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 (465); kritisch gegenüber diesem Ansatz Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 28, Rn. 89.

¹³⁹ Die Rechtsfigur ist im Rahmen der Grundrechtsdogmatik entwickelt worden (vgl. Unruh, Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 26 ff.; Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 67 ff.; Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 420 ff.). Sie verpflichtet den Gesetzgeber geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die von Grundrechten erfassten Rechtsgüter zu schützen. Zur Erfüllung dieser Schutzpflicht steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu.

¹⁴⁰ In der Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rn. 30 ff. (Kommission/Frankreich). Französische Bauern behinderten spanische Agrarimporte durch Gewalttaten gegen spanische Waren, Lastkraftwagen und deren Fahrer. Die französischen Behörden sind nicht eingeschritten. Darin sah der EuGH eine Maßnahme gleicher Wirkung. Ähnliches gilt, wenn Umweltschützer die Brenner-Autobahn im Rahmen einer genehmigten Demonstration blockieren. In diesem Fall war allerdings das Nichteinschreiten der österreichischen Behörden wegen des Grundrechts der Demonstranten auf Versammlungsfreiheit gerechtfertigt, EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (Schmidberger/Österreich).

¹⁴¹ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rn. 30 (Kommission/Frankreich).

¹⁴² Szczechalla, DVBl. 1998, S. 219 (220); Suerbaum, EuR 2003, S. 390 (395).

Garantenstellung gesprochen¹⁴³. Zu beachten ist, dass der EuGH den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten betont. Demnach könnte von einer gewissen Beeinträchtigungsschwelle auszugehen sein. Dieses Ermessen ist zutreffend auf der Tatbestandsebene zu prüfen. Über die Adressatenschaft der Grundfreiheiten wird damit grundsätzlich nichts ausgesagt. Der EuGH trifft aber eine Wertung über die Binnenmarktrelevanz privat geschaffener Handelsbeschränkungen. Damit ist wiederum eine vertragszielorientierte Argumentation für eine dogmatische Erweiterung der Funktionen der Grundfreiheiten ausschlaggebend. Die Schutzpflicht kompensiert damit aber keine mangelnde Drittwirkung. Jene steht neben der dargestellten Drittwirkung.

III. Rechtfertigung der Beeinträchtigungen

Ist eine Maßnahme als Beeinträchtigung im Anwendungsbereich einer Grundfreiheit einzustufen, stellt sie nicht notwendig eine Verletzung dieser dar. Vielmehr kann sie unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein. Die damit verbundenen Fragen werden als Rechtfertigung bezeichnet. Eine solche setzt voraus, dass eine geeignete Grundlage vorhanden ist und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.

1. Grundlagen der Rechtfertigung („Schranke“)¹⁴⁴

a) Benannte Ausnahmen und ihre Eigenart

Eine Rechtfertigung der Beeinträchtigung kann zunächst auf einschlägige Vorschriften des EGV gestützt werden. Diese kodifizierten Rechtfertigungsgründe finden sich zunächst eindeutig in Artt. 30, 39 Abs. 3, 46 Abs. 1 und 55 EGV. Alle Vorbehalte greifen nur dann ein, wenn die verfolgten Ziele einen nicht wirtschaftlichen Charakter haben¹⁴⁵. Die benannten Ausnahmen sind auf alle Arten von Beeinträchtigungen anwendbar. Fraglich ist zunächst der Unterschied der Einordnung als Rechtfertigungsgrund zum sachlichen Anwendungsbereich¹⁴⁶. Dies Verständnis ist zentral für die gesamte Rechtfertigungsebene. Im Anwendungsbereich kommt es auf keine kollidierenden Rechtsgüter an, da der Tatbestand abstrakt beschrieben wird. Für die Rechtfertigung ist die Abwägung iRd. Verhältnismäßigkeit entscheidend. Zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene besteht ein Regel-Ausnahmeverhältnis. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Tatbestandsmäßigkeit eines

¹⁴³ *Burgi*, EWS 1999, S. 327 (329 f.); *Meier*, EuZW 1998, S. 87 (87); vgl. ausführlich zur dogmatischen Struktur der Schutzpflicht *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzfunktionen im deutschen und europäischen Recht; *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 206 ff.

¹⁴⁴ Die Terminologie ist uneinheitlich. Die Rechtfertigungsgründe werden auch als Schranken bezeichnet. Die beiden Begriffe werden im folgenden synonym verwendet.

¹⁴⁵ Z.B. EuGH, Rs. 324/93, Slg. 1995, I-563, Rn. 36.

¹⁴⁶ Dazu *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (221 f.); *ders.*, in: FS für Everling, Bd. I, S. 593 (604 f.); EuR 2000, S. 705 (717 f.).

Verhaltens regelmäßig die Vermutung der Rechtswidrigkeit nach sich zieht¹⁴⁷. Deswegen sind die Bereichsausnahmen in Artt. 39 Abs. 4 und 55 EGV als Rechtfertigungsgründe zu prüfen¹⁴⁸. Als Öffnungsklausel für die Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Regelungen könnte der Begriff der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ in Frage kommen oder eine Erweiterung der vorhandenen Rechtfertigungsgründe im Wege der Analogie auf EG-vertraglich anerkannte Rechtsgüter¹⁴⁹. Diese Begriffe sind aber nach ständiger Rechtsprechung des EuGH aufgrund des Ausnahmecharakters eng auszulegen, so dass dieser Weg zunächst grundsätzlich nicht möglich ist¹⁵⁰.

b) Cassis-Formel

Aufgrund der Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote und der engen Auslegung der Schrankenregelungen des EGV ist der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten dann sehr gering. Den weiten Bereich der Dassonville-Formel hatte der EuGH bereits 1979 in seiner Cassis-Rechtsprechung eingeschränkt. Der Name geht zurück auf den Ausgangsfall¹⁵¹, der den französischen Fruchtsaftlikör „Cassis de Dijon“ betraf. Seither fasst der EuGH seine Rechtsprechung in etwa folgender Formel zusammen:

Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus dem Unterschied der nationalen Rechtsvorschriften ergeben, müssen hingenommen werden, soweit solche nationale Regelungen, die unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse zu gelten haben, notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, u.a. solchen der Lauterkeit des Handelsverkehrs, des Verbraucherschutzes und des Umweltschutzes. Derartige Bestimmungen sind jedoch nur zulässig, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen¹⁵².

Aus der Formel ergibt sich, dass die bisherige Aufzählung nicht abschließend ist. Dies galt zunächst nur für unterschiedslos anwendbare Maßnahmen, obwohl die erfassten Beeinträchtigungsformen zunächst offen blieben¹⁵³. Sie ist damit gleichermaßen ein Korrektiv für ein weites Tatbestandsverständnis und die enge Auslegung der Rechtfertigungsgründe. Der EuGH hat betont, dass die zwingenden Erfordernisse auf offene Diskriminierungen nicht

¹⁴⁷ Palandt/Thomas, Das Bürgerliche Gesetzbuch, § 823 Rn. 32, 34.

¹⁴⁸ A.A. Ehlers, NVwZ 1990, S. 810 (812); Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 76; Lackhoff, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 152.

¹⁴⁹ Ahlfeld, Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis de Dijon-Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV, S. 81 ff.

¹⁵⁰ Z.B. EuGH, Rs. Slg. 1977, 5, Rn. 12 (Bauhuis/Niederlande); Slg. 1981, 1625, Rn. 7 (Kommission/Irland).

¹⁵¹ EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 (Rewe/Monopolverwaltung für Branntwein).

¹⁵² Vgl. EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227, Rn. 28 (Kommission/Deutschland – „Reinheitsgebot für Bier“); Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607, Rn. 6 (Kommission/Dänemark – „Pfandflaschen“); Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923, Rn. 15 (Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln/Mars).

¹⁵³ Erst in der Rs. 261/81, Slg. 1982, 3961, Rn. 12 (Rau/de Smendt) hat der EuGH die Formel um den Halbsatz ergänzt, soweit eine solche Regelung, die unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gilt,

angewendet werden können¹⁵⁴, während versteckt diskriminierende Maßnahmen durch jene gerechtfertigt werden können¹⁵⁵. Demnach kommt es praktisch auf eine Unterscheidung zwischen versteckter Diskriminierung und materiell unterschiedsloser Regelung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit nicht mehr an. Der Cassis-Rechtsprechung ist in der Literatur ein Wertungswiderspruch vorgeworfen worden, weil die enge Auslegung der benannten Schrankenregeln und die Verneinung ihrer Analogiefähigkeit nicht mit einer großzügigen Anerkennung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe in Einklang gebracht werden könne¹⁵⁶. Ein methodischer Ausweg über die ausdrücklichen Tatbestandsmerkmale ist aufgrund der Rechtsprechung nicht möglich. Es ist demnach davon auszugehen, dass die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe neben den geschriebenen gleichberechtigt stehen, ohne dass hierfür eine dogmatische Begründung geliefert werden kann. Das Vorgehen des Gerichtshof wäre jedenfalls dann verständlich, wenn sich die ungeschriebenen Schrankenregelungen nur auf bestimmte Beeinträchtigungen beziehen. Die Legitimationsproblematik ist demnach im folgenden zu beachten.

c) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses und ihre dogmatische Einordnung

Mit der erweiternden Auslegung der anderen Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote stellte sich die Frage der Übertragbarkeit der Cassis-Grundsätze auf jene. Diese Übertragung der Doppelstruktur ist vom EuGH erfolgt. Zusammenfassend heißt es in der Gebhard-Formel: Nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, müssen vier Voraussetzungen erfüllen: Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zu Erreichung dieses Ziels erforderlich ist¹⁵⁷.

Diese Formel verdrängt im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit immer mehr die Argumentationsfigur der versteckten Diskriminierung. Eine Unterscheidung ist insofern unnötig, wenn beide durch die gleichen Gründe gerechtfertigt werden können. Die Terminologie variiert bei den einzelnen Freiheiten ohne inhaltlichen Unterschied. Im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit stehen neben Art. 39 Abs. 3 EGV „objektive Erwägungen“¹⁵⁸.

notwendig ist (...).

¹⁵⁴ EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625, Rn. 11 (Kommission/Irland); Rs. 59/82, Slg. 1983, 1217, Rn. 11 (Schutzverband/Weinvertriebs GmbH).

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-254/98, Slg. 2000, I-151 (Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb/TK-Heimdienst Sass); Rs. C-34 bis 36/95, Slg. 1997, I-3843, Rn. 44 f. (Konsumentenombudsmannen/de Agostini).

¹⁵⁶ Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 52, 120 f.

¹⁵⁷ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 (Gebhard).

¹⁵⁸ EuGH, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617, Rn. 19 (O'Flynn); Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521, Rn. 31 (Clean

Fraglich ist die dogmatische Einordnung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe. Eine Ansicht qualifiziert sie als immanente Tatbestandsmerkmale, die den Anwendungsbereich begrenzen¹⁵⁹. Ein anderer Teil der Lehre behandelt sie als eigenständige Rechtfertigungsgründe¹⁶⁰. Der Streit wurde nie ausdrücklich entschieden und ist praktisch irrelevant, da er keine Auswirkungen auf den Prüfungsmaßstab hat. Die Rechtsprechung des EuGH ist nicht eindeutig. Teilweise nennt er die zwingenden Erfordernisse im Zusammenhang mit der Tatbestandsauslegung¹⁶¹. In neueren Entscheidungen nennt der EuGH die benannten und unbenannten Gründe auf Rechtfertigungsebene¹⁶². Überzeugender erscheint ihre dogmatische Einordnung als Rechtfertigungsgründe, weil das beherrschende Prinzip der Verhältnismäßigkeit iRd. geschriebenen Rechtfertigungsgründe eine deutliche Parallele findet. Darin liegt das entscheidende Kennzeichen der Rechtfertigungsstufe. Die Legitimation dafür besteht in dem Umstand, dass die geschützten Rechtsgüter als Gemeinschaftsziele ebenso wie die benannten Gründe positivrechtlich anerkannt sind¹⁶³. Die geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe bilden demnach ein einheitliches dogmatisches Prinzip.

d) Gründe des Allgemeininteresses bei nicht unterschiedslos anwendbaren Beeinträchtigungen?

Als entscheidendes Problem auf der Rechtfertigungsebene stellt sich damit die Frage, wann eine Maßnahme unterschiedslos angewandt wird. Ein Teil der Lehre nimmt eine einheitliche Rechtfertigungsprüfung für alle Eingriffe an¹⁶⁴. Dabei wird sich auf eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung berufen, ohne sachliche Argumente für die Umstrukturierung zu liefern. Überwiegend wird an einer Unterscheidung zwischen unterschiedslosen und unterschiedlich anwendbaren Maßnahmen festgehalten. Sehr umstritten ist innerhalb dieser Meinungsgruppe die Frage, ob eine ungeschriebene Rechtfertigung versteckter Diskriminierungen möglich ist. Nach einem Teil der Literatur können nur vollständig diskriminierungsfreie Regelungen durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt werden¹⁶⁵. Insbesondere könne eine geschickte

Car Autoservice).

¹⁵⁹ Leible, in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 28, Rn. 20; Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rn., 1135; Schütz, Jura 1998, S. 631 (636).

¹⁶⁰ Becker, in: Schwarze (Hrsg.), Art. 30, Rn. 109; Epiney, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 28, Rn. 38; Jarass, EuR 2000, S. 705 (718 f.).

¹⁶¹ EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625, Rn. 9 f. (Kommission/Irland).

¹⁶² EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 18 (Vereinigte Familiapress/Heinrich Bauer Verlag).

¹⁶³ Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 28, Rn. 73.

¹⁶⁴ Weiß, EuZW 1999, S. 493 (497); Leible, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Recht der EU, Art. 28, Rn. 20; Novak, DB 1997, S. 2589 ff.; Schlussanträge GA Jacobs Rn. 35 ff., C-136/00, Slg. 2002, I-8147 (Danner).

¹⁶⁵ Emmert, Europarecht, S. 330, 336; Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rn. 1139; wohl auch Hirsch, ZEuS

Tarnung von Diskriminierungen nicht durch eine zusätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit honoriert werden¹⁶⁶. Andere Autoren halten eine Anwendbarkeit auf versteckte Diskriminierungen für möglich¹⁶⁷. Zur Begründung wird zumeist die Deutung der Rechtsprechung herangezogen. Diese ist inkonsistent. Insbesondere legt der EuGH seinen Diskriminierungsbegriff nicht offen. Die Rechtsprechung ist im folgenden dahingehend zu untersuchen, ob eine einheitliche Dogmatik vorliegt, oder ob Sachbereichsausnahmen zugelassen werden. Dies stünde einer Angleichung der Dogmatik entgegen. Nach der Darstellung der Rechtsprechung wird ein für alle Sachbereiche einheitlicher Ansatz vorgeschlagen.

aa) Steuerrecht

Teilweise wird angenommen, dass im Steuerrecht eine Sondersituation vorliegt¹⁶⁸. In diesem Sachbereich gibt es den besonderen Rechtfertigungsgrund der sog. Kohärenz des Steuerrechts¹⁶⁹. Der EuGH nimmt eine solche an, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der steuerlichen Benachteiligung des Gebietsfremden und einem Steuervorteil bei demselben Steuerpflichtigen in demselben Mitgliedstaat besteht¹⁷⁰. Eine Anknüpfung an ein Wohnsitzerfordernis ist nur dann ein zulässiges Differenzierungsmerkmal, wenn Ausländer und Inländer sich in unterschiedlichen Positionen befinden. Nur dann ist das System in sich konsequent. Die Problematik tritt insbesondere bei Grenzpendlern auf, denen Steuervorteile mangels Wohnsitz vorenthalten bleiben. Eine solche versteckte Diskriminierung lag der Rs. Bachmann zugrunde¹⁷¹. Trotzdem ließ der EuGH eine Rechtfertigung zu. Als weiteres Beispiel dient die Rs. Futura Participations. Hier ordnete der EuGH die Regelung der luxemburgischen Buchführungspflicht als unterschiedslos anwendbare Maßnahme ein, da die Regelung „spezifisch Gesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat treffe“¹⁷². Unter Hinweis auf die Cassis-Entscheidung hat der EuGH den Rechtfertigungsgrund der Wirksamkeit der Steueraufsicht geprüft¹⁷³. Nach genauerer Einordnung handelt es sich aber hierbei um eine

1999, S. 503 (510 f.) unter Berufung auf die Rs. Ciola.

¹⁶⁶ Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 51, 120 f.; ders., in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 631 (674).

¹⁶⁷ Oppermann, Europarecht, Rn. 1299 f.; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (487); Gundel, Jura 2001, S. 79 (82 f.); Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 50, Rn. 57.

¹⁶⁸ Hatzopoulos, RTDE 1998, S. 191 (199).

¹⁶⁹ Die Kohärenz wurde vom EuGH in der Rs. C-204/90, Slg. 1992, I-249, Rn. 9 (Bachmann) eingeführt und seitdem in ständiger Rechtsprechung angewendet. Vgl. zur Kritik Wernsmann, EuR 1999, S. 754 (769 ff.).

¹⁷⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-484/93, Slg. 1995, I-3955, Rn. 18 (Svensson und Gustavsson).

¹⁷¹ EuGH, Rs. C-204/90, Slg. 1992, I-249 (Bachmann). Der deutsche Bachmann hatte vor seiner Ankunft in Belgien in Deutschland Versicherungen abgeschlossen, für die er in Deutschland Beiträge zahlte. Diese konnte er nicht vom Gesamtbetrag seiner Erwerbseinkünfte in Belgien abziehen, da das belgische Gesetz den Abzug nur für Beiträge an belgische Versicherungen gewährte.

¹⁷² EuGH, Rs. C-250/95, Slg. 1997, I-2471, Rn. 26 (Futura Participations).

¹⁷³ EuGH, Rs. C-250/95, Slg. 1997, I-2471, Rn. 31 (Futura Participations).

versteckte Diskriminierung¹⁷⁴. Sie ist darin zu sehen, dass die ausländischen Gesellschaften die Bücher auch nach Luxemburger Recht führen müssen. Mithin werden in steuerrechtlichen Fällen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe geprüft, obwohl aufgrund der Anknüpfung an den Wohnsitz nur eine versteckte Diskriminierung vorliegt.

bb) Sozialrecht

In dem Bereich der sozialen Sicherheit werden insbesondere die Rs. Kohll¹⁷⁵ (Dienstleistungsfreiheit) und Decker¹⁷⁶ (Warenverkehrsfreiheit) diskutiert. Der EuGH hat zu der Beeinträchtigungsform der Genehmigungserfordernisse trotz Aufforderung durch den GA Tesaro keine ausdrückliche Stellung genommen. Er hat aber auf zwingende Allgemeininteressen zurückgegriffen, indem es „eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit“ zu vermeiden gelte¹⁷⁷. Nach überwiegender Ansicht stellen diese Genehmigungserfordernisse eine versteckte Diskriminierung dar¹⁷⁸. Eine offene Diskriminierung liegt zunächst weder beim Arzt/Verkäufer noch bei Kohll/Decker vor, da weder auf jene Staatsangehörigkeit abgestellt wird und auch keine unterschiedliche Behandlung im Verhältnis zu den anderen Versicherten vorliegt. Fraglich ist aber, ob nicht deswegen eine offene Diskriminierung vorliegt, weil die luxemburgische Vorschrift eine unterschiedliche Regelung nach der Herkunft der Dienstleistung/Ware vorsieht. Da formal nur die Versicherten unterschiedlich behandelt werden, handelt es sich aber wohl um eine unterschiedliche Regelung nach dem Ursprung der Dienstleistung/Ware. Demnach liegt eine versteckte Diskriminierung vor. Wie oben bereits ausgeführt ist damit auf das Ergebnis abzustellen. Der EuGH scheint demnach eine offene Diskriminierung nur beim ausdrücklichen Abstellen der Herkunft aus einen anderen Mitgliedstaat anzunehmen. Die Rechtsprechung des EuGH ist aber widersprüchlich. So hat er auch entschieden, dass innerstaatliche Vorschriften, die nach dem Ort der Niederlassung des Dienstleistenden im In- oder Ausland unterschieden, offen diskriminieren und nur nach Artt. 46 und 55 EGV gerechtfertigt werden können¹⁷⁹.

¹⁷⁴ So auch *Weiß*, EuZW 1999, S. 493 (496).

¹⁷⁵ EuGH, C-158/96, Slg. 1998, I-1931 (Kohll). Hier ging es um eine nationale Regelung, die ärztliche Leistungen im Ausland von einer vorherigen Genehmigung abhängig machten. Die Erstattung wurde wegen mangelnder Dringlichkeit und der dem Argument der Möglichkeit der Inanspruchnahme im Inland abhängig gemacht.

¹⁷⁶ EuGH, C-120/95, Slg. 1998, I-1831 (Decker). Die Erstattung der Kosten für eine Brille wurde von einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht.

¹⁷⁷ Rn. 39 in der Rs. Decker (Fn. 176) und Rn. 41 in der Rs. Kohll (Fn. 175).

¹⁷⁸ *Nowak/Schnitzler*, EuZW 2000, S. 627 (629); *Steinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (462); *Beyer/Freitag*, JuS 2000, S. 852 (856); a.A. *Leible*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Recht der EU, Art. 28, Rn. 20, der die Genehmigungserfordernisse ohne Begründung als offene Diskriminierung einordnet.

¹⁷⁹ EuGH, Rs. C.484/93, Slg. 1995, I-3955, Rn. 15 (Svensson und Gustavsson). Hier ging es um die Vereinbarkeit einer sozialen Beihilfe zum Wohnungsbau nach luxemburgischen Recht, die nur gewährt wurde, wenn das entsprechende Baudarlehen bei einer luxemburgischen Bank abgeschlossen wurde. Nach hier

cc) Umweltrecht

Durch neue Unsicherheiten in der Rechtsprechung ist insbesondere im Bereich des Umweltschutzes zweifelhaft, ob die überkommene Unterscheidung zwischen unterschiedslos und unterschiedlich geltenden Maßnahmen weiter Bestand hat. Der EuGH hat nämlich erstmals in der Rs. „Kommission/Belgien“ ein Einfuhrverbot für Abfälle in die Region Wallonien als gerechtfertigt angesehen. Wegen der Besonderheit der Abfälle schloss der Gerichtshof aus Art. 174 Abs. 2 EGV, dass die beanstandeten Maßnahmen unter Berücksichtigung der zwischen den Abfällen je nach dem Ort ihrer Erzeugung bestehenden Unterschiede und ihres Zusammenhanges mit dem Ort ihrer Erzeugung nicht als diskriminierend angesehen werden können¹⁸⁰. Eine offene Diskriminierung sei danach nicht gegeben, weil Umweltbeeinträchtigungen möglichst an ihrem Ursprung zu bekämpfen seien. Der EuGH hat die offene Diskriminierung damit wegdefiniert, um zu einem angemessenen Ergebnis zu kommen. Nur so war es ihm möglich den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund Umweltschutz heranzuziehen. Das dogmatische Ergebnis ist unbefriedigend¹⁸¹. Tatsächlich wird der Müll offen wegen seiner Herkunft aus einem anderen Mitgliedstaat diskriminiert. Diese Privilegierung des Umweltschutzes wird zuletzt mit dem Urteil in der Rs. PreussenElektra¹⁸² deutlich. GA Jacobs hatte den EuGH unter Kritik der bisherigen Rechtsprechung zur Klarstellung des Diskriminierungsbegriffs und der Rechtfertigungsmöglichkeit aufgefordert¹⁸³. Dem ist der EuGH wiederum nicht nachgekommen. Stattdessen bietet er eine Palette von Gesichtspunkten an. Ausdrücklich wird Art. 30 EGV nicht genannt, doch diene die Maßnahme zugleich dem Schutz der Umwelt und von Gesundheit und Leben nach Art. 30 EGV. Die Erwähnung des Schutzes der Umwelt in Art. 174 EGV und der Integrationsklausel nach Art. 6 EGV legt eine Sonderrolle des Umweltschutzes im EGV nahe, die zusätzlich angereichert wird, dass die deutsche Vorgehensweise in Übereinstimmung mit dem Sekundärrecht stehe. Trotz vieler Ungereimtheiten lässt sich erkennen, dass ein Bedürfnis zur Rechtfertigung offener Diskriminierungen zu Gunsten des Umweltschutzes anerkannt wird. Eine dogmatische Einordnung ist allerdings nicht möglich¹⁸⁴. Gegen die Aufgabe der grundsätzlichen

verwendeter Terminologie dürfte es sich aber eher um eine versteckte Diskriminierung gehandelt haben. Im übrigen prüfte der EuGH auch hier den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems.

¹⁸⁰ EuGH, Rs. C-2/90; Slg. 1992, I-4431, Rn. 34, 36 (Kommission/Belgien).

¹⁸¹ So auch *Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, S. 119; *Scheunig*, EuR 2001, S. 1 (6).

¹⁸² EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 (PreussenElektra). Der Gerichtshof hat die Abnahme- und Vergütungspflichten nach dem deutschen Stromeinspeisungsgesetz zu Gunsten von als ökologisch besonders wertvoll eingestuften Energieträgern aus Gründen des Umweltschutzes als gerechtfertigt angesehen. Die Problematik einer unzulässigen Beihilferegulierung spielt vorliegend keine Rolle.

¹⁸³ Schlussanträge GA *Jacobs* in Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 229 (PreussenElektra).

¹⁸⁴ Vgl. die allgemeine Kritik an der Begründung *Streinz*, JuS 2001, S. 596 (597); *Heselhaus*, EuZW 2001, S.

Unterscheidung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen spricht die Orientierung am Rechtfertigungsgrund Umweltschutz. Denkbar wäre es, diesen in Art. 30 EGV hineinzulesen oder eine grundsätzliche Sachbereichsausnahme anzunehmen.

dd) Allgemeine Dogmatik?

Fraglich ist zunächst, ob von Bereichsausnahmen ausgegangen werden kann. Eine Querschnittsklausel ist im Bereich der sozialen Sicherheit nicht ersichtlich. Mit Art. 6 EGV ist aber eine solche für den Umweltschutz festgeschrieben. Mit diesem gesetzgeberischen Willen muss eine Rechtfertigung aus Gründen des Umweltschutzes bei Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten möglich sein. Allein aufgrund der systematischen Stellung gehört er zu den Grundsätzen der Gemeinschaft¹⁸⁵. Er ist demnach als Abwägungs- und Auslegungsregel fruchtbar zu machen. Eine Bereichsausnahme ist nicht gegeben. Diese würde einen Vorrang des Umweltschutzes gegenüber der Wettbewerbs- und Marktfreiheit implizieren¹⁸⁶. Die kollidierenden Ziele stehen sich gleichberechtigt gegenüber. Demnach hat die umweltschutzfreundliche Auslegung der Grundfreiheiten allein bei den Rechtfertigungsgründen anzusetzen. Ein Ausgleich erfolgt damit im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz. Innerhalb des EuGH scheint jedoch keine Einigkeit über die dogmatische Begründung zu geben. Insbesondere vermeidet es der EuGH in den dargestellten Entscheidungen eine unmittelbare Diskriminierung beim Namen zu nennen.

Vor diesem Hintergrund überzeugt es zunächst nicht, die Abgrenzung der Rechtfertigungsmöglichkeit versteckter Diskriminierungen mit einem formalen Argument vorzunehmen. Gerade die Annahme, dass das Ergebnis entscheidend ist und nicht die Art und Weise wie es erreicht wird, legt es nahe, auf den materiellen Aspekt einer unterschiedslosen Behandlung abzustellen. Diese Betrachtung entspricht derjenigen bei der Einordnung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote. Sie ist zwingend, da ansonsten „Keck“ und „Cassis“ in einem Sachverhalt nicht zusammentreffen könnten¹⁸⁷. Nach der hier vertretenen Ansicht ist nach der Keck-Rechtsprechung nur noch dann der Tatbestand der Grundfreiheit gegeben, wenn z.B. Importe faktisch ungleich behandelt werden. Dann könnten Verkaufsmodalitäten niemals iSd. Cassis-Formel gerechtfertigt werden. Dies kann nicht gewollt sein. Diese Linie entspricht der grundsätzlichen Rechtsprechung. In diesem

645 (646).

¹⁸⁵ Vgl. zu der weiteren Funktion einer nachhaltigen Entwicklung *Calliess*, DVBl. 1998, S. 559 (561).

¹⁸⁶ *Nowak*, VerwArch 93 (2002), S. 368 (389).

¹⁸⁷ Vgl. zu dieser Kontrollüberlegung *Gundel*, Jura 2001, S. 79 (83).

Zusammenhang muss die Rs. Ciola als Einzelfall angesehen werden¹⁸⁸. Es ist nicht davon auszugehen, dass die zunehmende Auflösung der Unterscheidung zwischen materiell unterschiedsloser Regelung und versteckter Diskriminierung dadurch rückgängig gemacht werden sollte. Dies ergibt sich dadurch, dass der EuGH die beiden Fallgruppen ohnehin nicht klar voneinander abgrenzt. Die Einordnung hängt damit oft vom Zufall ab und verursacht Rechtsunsicherheit.

Weiterhin stellt sich die Frage der Rechtfertigungsmöglichkeit für offene Diskriminierungen. Wie dargestellt ist die Einordnung zwischen offener und versteckter Diskriminierung im Einzelfall genauso schwierig. Die Rechtfertigungsprüfung ermöglicht eine am Einzelfall ausgerichtete Schrankenprüfung, in deren Mittelpunkt die Verhältnismäßigkeitsprüfung rückt. Innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann der Art der Grundfreiheitsbeeinträchtigung weiterhin Rechnung getragen werden. Dieses Korrektiv rechtfertigt es, auch für offene Diskriminierungen die Allgemeinwohlprüfung zuzulassen. In diesem Bereich wird die Verhältnismäßigkeit nur unter engen Voraussetzungen und wegen außergewöhnlicher Umstände des Einzelfalls bejaht werden können. Damit wird auch der Gefahr einer Aushöhlung der Grundfreiheiten entgegengewirkt. Zu einer solchen würde es kommen, wenn der EuGH auch künftig die Durchbrechung seiner Schrankensystematik nicht klarstellt. Das wichtige Rechtsgut Umweltschutz kann damit erfasst und eine Prüfung der praktischen Konkordanz vorgenommen werden. Dies verdeutlicht die parallele Funktion zu Art. 30 EGV. Diese Lösung erscheint sachgerechter, als jenes aufgrund der Querschnittsklausel in Art. 30 EGV „hineinzulesen“. Es würde sich nämlich dann die Frage stellen, ob auch andere bisher im Bereich der zwingenden Erfordernisse verortete Güter (insbesondere der Verbraucherschutz) unter bestimmten Umständen die höhere Rechtfertigungsstufe erreichen können, um dann auch offene Diskriminierungen zu rechtfertigen. Bei einer Akzeptanz dieser dogmatischen Überlegungen könnte der EuGH sich dann mit größerer Aufmerksamkeit der Frage widmen, welche mitgliedstaatlichen Belange tatsächlich zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses sind. Sachlich steht allerdings entgegen, dass diese zusätzlichen Rechtfertigungsgründe gerade nicht im Vertrag stehen und daher eine geringere Legitimationswirkung haben als die benannten (Ausnahme: Umweltschutz) und damit nach überkommener Auffassung nur weniger einschneidende Maßnahmen als offen diskriminierende Regelungen rechtfertigen können. Der EuGH wird deswegen seine Rechtsprechung wohl ausdrücklich in einer Plenarentscheidung ändern müssen, so dass kein

¹⁸⁸ Die überkommene Differenzierung nimmt der EuGH dagegen wieder in der Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517 (Ciola/Land Vorarlberg) vor. Es ging um eine österreichische Regelung, welche es untersagte, mehr als eine vorgegebene Anzahl von Bootsliegeplätzen an wohnsitzfremde Personen zu vermieten. Hierbei handelt es sich

abschließender Charakter der benannten Rechtfertigungsgründe mehr gegeben ist. Demnach sollte die Rechtfertigung mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu einem einheitlichen dogmatischen Prinzip der Grundfreiheiten werden.

e) Einfluss des Sekundärrechts und der Grundrechte

Weiterhin wird die Rechtfertigung einer Beeinträchtigung von Grundfreiheiten durch die Vorgaben des Sekundärrechts in den fraglichen Bereichen beeinflusst. Danach ist den Mitgliedstaaten ein Rückgriff auf die Möglichkeit der Rechtfertigung verwehrt, wenn eine Regelung der Frage im Sekundärrecht vorliegt und diese abschließenden Charakter hat. Dies gilt für geschriebene wie für ungeschriebene Rechtfertigungsgründe¹⁸⁹. In diesen Fällen fehlt den Mitgliedstaaten die Kompetenz zum Erlaß von grundfreiheitsbeeinträchtigenden Regelungen.

Entsprechendes gilt grundsätzlich auch für die Grundrechte des Gemeinschaftsrechts. Verstößt eine Maßnahme der Mitgliedstaaten im Bereich der Grundfreiheiten gegen die Grundrechte, ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen. Bei einer Kollision könne also Grundrechte die Einschränkung der Grundfreiheiten begrenzen. Fraglich ist zunächst die dogmatische Einordnung. Sie werden vom EuGH seit dem Urteil in der Rs. ERT als Schranken-Schranke behandelt¹⁹⁰. Schranken-Schranken sind Beschränkungen, denen die Hoheitsgewalt unterliegt, wenn sie die Ausübung der Grundfreiheiten beschränkt. Der EuGH hat diese Rechtsprechung auf die Interpretation der zwingenden Erfordernisse erstreckt. Danach darf das nationale Gesetz weder den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr noch das einschlägige Gemeinschaftsgrundrecht übermäßig beeinträchtigen¹⁹¹. Insoweit verstärkt der Gemeinschaftsgrundrecht die Grundfreiheit. In einer neuen Entscheidung wird diese Rechtsprechung der Sache nach fortgeführt¹⁹². Zu beachten ist, dass es sich hierbei nur um eine systematische Auslegung der Grundfreiheiten handeln kann, da beide Regelungskomplexe normenhierarchisch auf der gleichen Stufe stehen. Allerdings sind die Grundrechtsfälle bisher eher selten geblieben. Fraglich ist die Fortführung dieser

um eine versteckte Diskriminierung, die nur durch benannte Schrankenregelungen gerechtfertigt werden könnte.

¹⁸⁹ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur EuGH, Rs. C-473/98, Slg. 2000, I-5681, Rn. 25 (Toolex Alpha).

¹⁹⁰ EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 43 (ERT). Rechtfertigungsgründe sind danach „im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte“ auszulegen.

¹⁹¹ EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 27 (Vereinigte Familiapress/Heinrich Bauer Verlag). Zustimmend zu diesem Ansatz *Giegerich*, JuS 1997, S. 426 (431); *Kühling*, EuGRZ 1997, S. 296 (299 f.).

¹⁹² EuGH, Rs. C-159/90, Slg. 2002, I-6279 (Carpenter). Frau Carpenter reiste mit einem Touristenvisum nach Großbritannien ein und blieb nach Ablauf des Visums dort und heiratete einen Engländer. Wegen Verstoßes gegen die Einwanderungsgesetze erhielt sie keine Aufenthaltserlaubnis. Nach dem Gerichtshof ist Art. 49 EGV im Licht des Grundrechts auf Achtung der Familienlebens dahin auszulegen, dass er die Situation verbietet, dass der Herkunftsmitgliedstaat eines in diesem Staat ansässigen Dienstleistungserbringers dem Ehegatten den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet verwehrt. Diese Einzelfallentscheidung lässt keine weiteren dogmatischen

Rechtsprechung. Art. 51 der EU-Grundrechtscharta wird wohl hieran nichts ändern wollen, so dass „Durchführung“ iSd. Grundrechtsbindung auszulegen sein wird¹⁹³. Art. II-51 Abs. 2 des Entwurfs eines Vertrages über eine Verfassung für Europa soll den Anwendungsbereich der Charta festlegen. Die restriktiven Formulierungen lassen sich dadurch erklären, dass die Charta nicht über die in dem Verfassungsvertrag festgelegten Zuständigkeiten ausgedehnt werden darf. Eine Änderung der Rechtsprechung wird aber wohl nicht bezweckt sein. Demnach ist mit der Zielrichtung, den Grundrechtsschutz sichtbar zu machen, von der Möglichkeit der Fortführung der Rechtsprechung auszugehen.

Abzugrenzen ist diese Konstellation von der Rechtslage in der Rs. Schmidberger. Hier stehen sich europarechtliche Freiheitsgewährung (Grundfreiheit) und nationale Freiheitsgewährung (Grundrecht) gegenüber. Oben ging es darum, wie die europäischen Grundrechte die Freiheitsgewährung aus der Grundfreiheit verstärken helfen. Der EuGH hat hier eine Rechtfertigung durch Grundrechte grundsätzlich anerkannt. Er stellt fest, dass Grundrechte bestimmten, durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigten Beschränkungen unterworfen sein können und tritt dann unter Hinweis auf die Umstände des Einzelfalls in eine Abwägung der bestehenden Interessen ein¹⁹⁴. Die dogmatische Lösung wird damit aber vom EuGH offengelassen. Es kommt zunächst die Annahme eines neuen zwingenden Erfordernisses „Grundrechtsschutz“ in Betracht. Weiterhin könnte das nationale Grundrecht ein Indiz für ein Interesse iSd. Cassis-Formel sein. Es könnte sich aber auch um eine mit den europäischen Grundrechtsgewährleistungen vereinbare Auslegung handeln. Dies ergibt sich daraus, dass es undeutlich bleibt, ob auf nationale oder europäische Grundrechtsgewährleistungen abgestellt wird. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass beide denkbare Lösungen auf die Anwendung der EMRK herausliefen. Die Entscheidung wird dann dahingehend interpretiert, dass der EuGH von einer Gleichwertigkeit der Grundfreiheiten und Grundrechte ausgehe und damit die Grundrechte als eigene immanente Schranke einführe¹⁹⁵. Diese Ansicht ist abzulehnen, ohne dass an dieser Stelle näher auf das grundsätzliche Verhältnis zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten eingegangen werden kann¹⁹⁶. Grundrechte und Grundfreiheiten haben eine unterschiedliche Stoßrichtung. Erste sichern Freiheitsbereiche gegen Beeinträchtigungen von Gemeinschaftsorganen oder europäisches Recht anwendenden nationalen Behörden. Letztere wollen Beeinträchtigungen

Ansätze erkennen.

¹⁹³ Vgl. zur Kritik an der missverständlichen Formulierung *Calliess*, EuZW 2001, S. 261 (266 f.).

¹⁹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I- 5659, Rn. 74 (Schmidberger/Österreich).

¹⁹⁵ *Kadelbach/Petersen*, EuGRZ 2003, S. 693 (697).

¹⁹⁶ Vgl. dazu *Schindler*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, S. 179 ff; *Schorkopf*, ZaöRV 2004, S. 125 ff.

infolge der Herkunft aus einem anderen Mitgliedstaat überwinden. Der Zusammenhang zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten zeigt sich bei der Diskussion um die Erweiterung der Grundfreiheiten zu umfassenden Freiheitsrechten. Durch die nochmalige Ausweitung des Tatbestandes durch die Schutzpflicht bedarf es eines weiteren Korrektivs auf Rechtfertigungsebene. Dazu ist die Rechtsprechung des EuGH fortzuführen, die die europäischen Grundrechte nur als Begrenzung für die Zulässigkeit nationaler Maßnahmen im zwingenden öffentlichen Interesse herangezogen hat. Demnach sind die Grundrechte der Mitgliedstaaten als zwingendes Erfordernis anzusehen. Sie bieten eine Grundlage für eine Rechtfertigung, wenn sie im Gemeinschaftsrecht anerkannt sind. Die europäischen Grundrechte werden somit nur mittelbar angewendet.

2. Die Verhältnismäßigkeit als Grenze der Ausnahmen („Schranken-Schranke“)

Schließlich muss die Beschränkung nach ständiger Rechtsprechung verhältnismäßig sein¹⁹⁷. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bildet das Herzstück der Rechtfertigungsprüfung und besteht aus den drei Teilgebieten der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit¹⁹⁸. Dies betrifft die benannten Ausnahmen und die Rechtfertigung aufgrund von Allgemeininteressen. Das Gebot der Geeignetheit verlangt, dass die staatliche Maßnahme ein brauchbares Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks ist. Teilweise wird hier eine restriktive Haltung bezogen, wonach die Geeignetheit gemeinschaftsrechtlich nicht nachprüfbar sei¹⁹⁹. Dem kann so nicht gefolgt werden. Die Prüfung ist ein zentrales Kontrollelement zur Verhinderung verschleierte nationaler Protektionismus. Wegen der größeren Sachnähe besteht aber ein Prognosespielraum, wonach die Rechtfertigung nur bei deutlich ungeeigneten Mitteln scheitern kann. Unter dem Begriff der Erforderlichkeit prüft der Gerichtshof in der Regel eingehend die Frage, ob das Ziel auch mit milderem Mitteln verfolgt werden könnte²⁰⁰. Auf diesem Grundsatz beruhen z.B. die Urteile zur Anerkennungspflicht von ausländischen Qualifikationen. Denn deren Anerkennung ggf. in Verbindung mit einer zusätzlichen Prüfung stellt ein milderes Mittel zur Gewährleistung einer hinreichenden Qualifikation dar. Seltener geht der Gerichtshof schließlich auf die Angemessenheit ein, die er teilweise als Gebotenheit bezeichnet²⁰¹. Unangemessen sind Maßnahmen nur, wenn zwischen der Schwere der Einschränkung und der zu erwartenden

¹⁹⁷ Vgl. statt vieler *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (721 f.).

¹⁹⁸ EuGH, Rs. C-108/96, Slg. 2001, I-837, Rn. 30 f. (Mac Quen).

¹⁹⁹ *Everling*, in: GS für Knobbe-Keuk, S. 607 (621 f.).

²⁰⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459, Rn. 34, 37 (Centros).

²⁰¹ EuGH, Rs. C-106/91, Slg. 1992, I-3351, Rn. 29 (Ramrath).

Schutzgutsicherung ein grobes Missverhältnis besteht²⁰². Die Intensität der Prüfung ist unterschiedlich. Im Bereich der Grundfreiheiten ist der Kontrollmaßstab tendenziell streng²⁰³. Die Kontrollintensität muss bei diskriminierenden Beeinträchtigungen höher sein als bei unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen. Dies gilt mit oben vertretener Meinung insbesondere bei offenen Diskriminierungen.

C. Fazit und Ausblick

Auf der Tatbestandsebene steht vor allem die Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit einer Konvergenz der Grundfreiheiten entgegen, wobei der Keck-Gedanke auf alle Grundfreiheiten übertragen werden kann und so die Reichweite als Beschränkungsverbote bestimmt. Im Bereich der Rechtfertigung ist die allgemeine Linie zur Aufgabe der Unterscheidung zwischen versteckter Diskriminierung und materiell unterschiedsloser Regelung erkennbar. Die Rechtsprechung befindet sich aber auf Tatbestands- wie auf Rechtfertigungsebene im Fluss. Als offen muss die Möglichkeit der Rechtfertigung offener Diskriminierungen, sowie die dogmatische Einordnung konkurrierender Gemeinschaftsgrundrechte bezeichnet werden. Bei der Frage der Eingrenzung des Anwendungsbereichs bzw. der Erweiterung der Rechtfertigungsmöglichkeit geht es im Kern um der Frage, ob die weitere Integration durch die Rechtsprechung oder die Rechtsetzung erfolgen soll. Durch den Verfassungskonvent sind die Grundfreiheiten weitgehend unverändert übernommen worden. Insbesondere wurden weitere Rechtfertigungsgründe wie Umweltschutz oder Verbraucherschutz nicht berücksichtigt. Somit bleibt es an dem EuGH, eine einheitliche Dogmatik zu schaffen. Dieser scheint sich so wenig wie möglich festlegen zu wollen, um flexibel entscheiden zu können. Die dargelegten Ansätze können möglicherweise zeigen, wie der Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten aussehen kann.

²⁰² Lackhoff, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 465.

²⁰³ Jarass, EuR 2000, S. 705 (723).