

LARS KLENK

# Die Grenzen der Grundfreiheiten

*Studien zum europäischen und deutschen  
Öffentlichen Recht*

---

**Mohr Siebeck**

# Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht

herausgegeben von  
Christian Calliess und Matthias Ruffert

28





Lars Klenk

# Die Grenzen der Grundfreiheiten

Mohr Siebeck

*Lars Klenk*, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften in Berlin; 2013 Erste juristische Staatsprüfung; 2014 LL.M. (Minnesota); 2018 Promotion (FU Berlin); derzeit Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin.

Gedruckt mit Unterstützung der Ernst-Reuter-Gesellschaft der Freunde, Förderer und Ehemaligen der Freien Universität Berlin e.V.

ISBN 978-3-16-157673-7/ eISBN 978-3-16-157674-4

DOI 10.1628/978-3-16-157674-4

ISSN 2192-2470 / eISSN 2569-443X

(Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die These von der Grenzenlosigkeit der Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des EuGH schwebt schon lange durch den europarechtlichen Diskurs. Mal als vermeintlich offenkundige Tatsache und mal als Teil allgemeiner Europaskepsis hat sich bislang allerdings kaum jemand die Mühe gemacht, dieser These umfassend auf den Grund zu gehen. Diese Lücke möchte ich nachfolgend schließen.

Die vorliegende Arbeit hat der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im Wintersemester 2018/2019 als Dissertation angenommen. Sie befindet sich – von kleineren Updates abgesehen – auf dem Stand von April 2018. Für ihre Entstehung zuvörderst danken möchte ich *Stefan Korte*. Er hat die Arbeit stets hervorragend begleitet und durch seine Ratschläge gewährleistet, dass meine Thesen in ihrer bestmöglichen Form erscheinen. Ebenso bedanken möchte ich mich bei *Helmut Philipp Aust* für die zuverlässige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zu unschätzbarem Dank verpflichtet bin ich ferner *Sibylle Klenk* und *Manuel Fernandez*, die es auf sich genommen haben, das Manuskript der Arbeit in ihrer Gesamtheit Korrektur zu lesen. Ohne ihre auch sonst umfassende Unterstützung hätte die Arbeit nie entstehen können. Für Anmerkungen und Hilfe danken möchte ich ferner *Dieter Grimm*, *Nils Schaks*, *Daniel Volmer*, *Stefanie Szymanski* und *Antonine Sanchez*.

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin hat die vorliegende Arbeit mit dem Promotionspreis ausgezeichnet. Hierfür möchte ich mich ebenso bedanken wie bei der Studienstiftung des deutschen Volkes, welche die Entstehung dieser Arbeit durch ein Promotionsstipendium gefördert hat. In diesem Zuge danken möchte ich auch den beiden Gutachtern im Auswahlverfahren, *Hans-Georg Dederer* und *Matthias Klatt*. Dank schulde ich weiter der Ernst-Reuter-Gesellschaft, die mir für die Veröffentlichung dieser Arbeit einen großzügigen Druckkostenzuschuss gewährt hat. Schließlich hervorheben möchte ich das Max-Planck-Institut für europäisches Prozessrecht in Luxemburg, wo ich die Arbeit während meiner Zeit als Gastforscher entscheidend voranbringen konnte.

Berlin, im November 2019

*Lars Klenk*



## Inhaltsübersicht

Einleitung.....	1
<b>Kapitel 1: Gegenstand und Aufgabe der Grenzen der Grundfreiheiten .....</b>	<b>6</b>
A. Gegenstand der Arbeit .....	6
B. Die Grenzen des Beschränkungsbegriffs.....	11
C. Die Grenze der Rechtfertigungsprüfung.....	19
D. Die Gründe des Scheiterns und ihre Überwindung.....	23
<b>Kapitel 2: Die Grenzen des Beschränkungsbegriffs und ihr Scheitern .....</b>	<b>25</b>
A. Die Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte .....	25
B. Die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote.....	77
C. Die Grundfreiheiten als Prinzipien gegenseitiger Anerkennung.....	127
D. Fazit .....	209
<b>Kapitel 3: Die Grenzen der Rechtfertigungsprüfung und ihr Scheitern .....</b>	<b>210</b>
A. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Grenzenlosigkeit und Begrenzung.....	211
B. Begrenzung in Form einer Motivkontrolle.....	244

C. Begrenzung in Form von Beurteilungsspielräumen.....	274
Kapitel 4: Die Gründe des Scheiterns und ihre Überwindung...376	
A. Die Basis .....	378
B. Die Hauptgründe .....	385
C. Die Nebengründe.....	405
D. Die Überwindung des Scheiterns .....	412
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	423
Anhang: Auswertung der Entscheidungen des EuGH zu Beurteilungsspielräumen.....	433
Literaturverzeichnis.....	445
Sachverzeichnis .....	475

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	XVIII
Einleitung.....	1
Kapitel 1: Gegenstand und Aufgabe der Grenzen der Grundfreiheiten .....	6
A. Gegenstand der Arbeit .....	6
I. Grundfreiheiten.....	6
II. Grenzen .....	8
B. Die Grenzen des Beschränkungsbegriffs.....	11
I. Notwendigkeit der Begrenzung.....	11
II. Inhalt der Grenzen .....	15
III. Gang der Untersuchung .....	17
C. Die Grenze der Rechtfertigungsprüfung.....	19
I. Inhalt der Grenze .....	19
II. Notwendigkeit der Begrenzung und Gang der Untersuchung .....	20
D. Die Gründe des Scheiterns und ihre Überwindung.....	23
Kapitel 2: Die Grenzen des Beschränkungsbegriffs und ihr Scheitern .....	25
A. Die Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte .....	25
I. Prävalenz des Marktzugangstests .....	26
1. Von Dassonville bis zum Drei-Stufen-Test .....	26
2. Drei-Stufen-Test und Keck .....	28
II. Inhalt des Marktzugangstests .....	33
1. Die Wirkungen einer Regelung als Ausgangspunkt.....	33

2.	Die Verringerung des transnationalen Handelsvolumens als Zugangshindernis.....	35
a)	Der Marktzugangstest als Fortführung von Dassonville ....	35
b)	Kosten und verringertes Handelsvolumen .....	38
c)	Nachweis des verringerten Handelsvolumens .....	40
3.	Begrenzung der Vertragsfreiheit und Privatautonomie als Zugangshindernis.....	41
4.	Erhöhte Kosten als Zugangshindernis .....	44
5.	Zwischenfazit: Die Grenzenlosigkeit des Marktzugangstests ..	46
III.	Begrenzung des Marktzugangstests .....	49
1.	Intensität der Zugangsbehinderung .....	50
a)	Anzeichen für das Erfordernis einer Mindestbelastungsintensität .....	51
b)	Anzeichen gegen das Erfordernis einer Mindestbelastungsintensität .....	54
c)	Zwischenfazit.....	59
2.	Grundfreiheitliche Bereichsausnahmen und Sondervorschriften.....	59
3.	Begrenzung zum Schutz mitgliedstaatlicher Kompetenzen .....	62
4.	Zu indirekter und mittelbarer Zusammenhang zwischen Regelung und Marktzugang .....	64
a)	Inhalt der Grenze .....	65
b)	Relevanz und Beachtung der Grenze.....	71
5.	In allen Mitgliedstaaten verbotene Tätigkeiten.....	72
6.	Einschränkungen nach Maßgabe der anwendbaren Grundfreiheit .....	75
IV.	Ergebnis.....	76
B.	Die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote.....	77
I.	Grundlagen .....	78
1.	Die verbotenen Differenzierungsmerkmale .....	78
2.	Herleitung und Zwecke der Diskriminierungsverbote .....	80
3.	Positionen des EuGH und der Literatur .....	81
4.	Grundstruktur der Prüfung .....	84
a)	Ungleiche Behandlung ausgewählter Vergleichsgruppen ..	84
b)	Vergleichbarkeit .....	84
c)	Besonderer Nachteil für transnationale Sachverhalte .....	85
aa)	Die Probleme .....	85
bb)	Finale und kausale Diskriminierungsverbote als theoretische Lösungsangebote .....	89
d)	Rechtfertigung .....	92
II.	Die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote als allgemeine Gleichheitssätze in wirtschaftlichen Angelegenheiten.....	92

1.	Diskriminierungsverbot und grenzüberschreitende Marktakteure.....	93
a)	Ungleichbehandlungen zwischen transnationalen Akteuren und Inländern.....	94
aa)	Die drei klassischen Merkmale einer mittelbaren Diskriminierung .....	94
bb)	Faktische Nicht-Beeinträchtigung einzelner Inländer als Diskriminierung .....	98
cc)	Marktzugangsbarrieren als Diskriminierung.....	101
(1)	Der Grundfall: Gourmet International Products.....	101
(2)	Die Folgerechtsprechung .....	106
(3)	Das Verhältnis zur kausalen und finalen Deutung der Diskriminierungsverbote .....	108
(a)	Die finale Deutung .....	108
(b)	Die kausale Deutung .....	112
dd)	Zwischenfazit.....	114
b)	Ungleichbehandlungen zwischen EU-Ausländern .....	114
c)	Fazit.....	116
2.	Inländerdiskriminierungen .....	116
a)	Geltung der Grundfreiheiten zugunsten grenzüberschreitender Inländer .....	117
b)	Der grenzüberschreitende Sachverhalt und seine Erosion.....	117
c)	Beantwortung von Vorlagefragen zu Verfahren mit rein innerstaatlichem Sachverhalt.....	120
d)	Fazit.....	122
3.	Diskriminierungsverbote und Drittstaatsangehörige.....	122
4.	Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlung.....	124
III.	Ergebnis.....	126
C.	Die Grundfreiheiten als Prinzipien gegenseitiger Anerkennung.....	127
I.	Die Grundfreiheiten als Mittel zur Vermeidung regulativer Doppelbelastungen .....	127
II.	Das spezielle Prinzip gegenseitiger Anerkennung .....	129
1.	Inhalt .....	129
2.	Standort in der grundfreiheitlichen Prüfung und begrenzender Effekt.....	131
III.	Das allgemeine Prinzip gegenseitiger Anerkennung .....	133
1.	Inhalt .....	133
2.	Herleitung.....	135
3.	Dogmatische Charakteristika .....	138
a)	Verhältnis zur Marktzugangsdoktrin und zu den Diskriminierungsverboten .....	139

b)	Bestimmung von Herkunfts- und Zielstaat .....	142
c)	Der Begriff der Doppelbelastung .....	143
d)	Das Verbot der Doppelbelastung.....	144
e)	Die Auflösung der Doppelbelastung .....	145
f)	Rechtsfolge der Anerkennungspflicht .....	148
4.	Das allgemeine Prinzip gegenseitiger Anerkennung und der EuGH.....	150
a)	Keine Geltung für die Grundfreiheiten insgesamt .....	151
b)	Die Warenverkehrsfreiheiten .....	153
aa)	Die Warenverkehrsfreiheiten unter Cassis, Keck und Groenveld.....	154
(1)	Die weite Auslegung der Einfuhrfreiheit unter Cassis und Keck .....	154
(2)	Die enge Auslegung der Ausfuhrfreiheit nach Groenveld.....	157
bb)	Die Warenverkehrsfreiheiten unter der Marktzugangsdoktrin und Gysbrechts .....	158
c)	Das Internationale Gesellschaftsrecht .....	164
aa)	Die Rechtsprechung zur formerhaltenden Sitzverlegung und das allgemeine Prinzip gegenseitiger Anerkennung .....	164
bb)	Übertragbarkeit auf die Grundfreiheiten insgesamt ..	168
d)	Steuer- und Abgabenrecht.....	172
aa)	Kein Marktzugangsrecht bis zur Grenze erdrosselnder Abgaben .....	172
(1)	Keine Geltung der Marktzugangsdoktrin .....	172
(2)	Sonderbehandlung erdrosselnder Abgaben .....	175
bb)	Diskriminierungsverbot ohne Verdacht der Grenzenlosigkeit .....	177
cc)	Prinzipien gegenseitiger Anerkennung und Doppelbesteuerungen .....	179
(1)	Geltung des speziellen Prinzips gegenseitiger Anerkennung ohne Auswirkung auf das materielle Steuerrecht .....	181
(2)	Keine Geltung des allgemeinen Prinzips gegenseitiger Anerkennung .....	182
dd)	Gründe für die Sonderbehandlung des Steuer- und Abgabenrechts.....	184
e)	Einzelfallbezogene Anwendung ohne Verallgemeinerungspotential.....	186
f)	Die Grundfreiheiten ohne Markt .....	190
aa)	Diskriminierungsverbot ohne Verdacht der Grenzenlosigkeit .....	191

bb) Freiheitsrecht ohne Verdacht der Grenzenlosigkeit ..	193
(1) Behinderung des Zuzugs und des Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat.....	194
(2) Behinderung des Wegzugs in einen anderen Mitgliedstaat und Behinderung der Rückkehr in den Heimatstaat.....	196
(3) Behinderung des Aufenthalts im Heimatstaat .....	199
(4) Fazit .....	201
cc) Allgemeines Prinzip gegenseitiger Anerkennung und das Internationale Namensrecht .....	201
(1) Existenz eines allgemeinen Prinzips gegenseitiger Anerkennung.....	201
(2) Inhalt und Reichweite des allgemeinen Prinzips gegenseitiger Anerkennung .....	205
IV. Ergebnis.....	208
D. Fazit .....	209

### Kapitel 3: Die Grenzen der Rechtfertigungsprüfung und ihr Scheitern .....210

A. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Grenzenlosigkeit und Begrenzung.....	211
I. Der EuGH als implizites Abwägungsgericht.....	212
1. Abwägungen bei der Identifikation weniger belastender Regelungen .....	213
2. Abwägungen bei der Identifikation gleich geeigneter Regelungen .....	216
3. Abwägungen bei der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast.....	218
II. Die Grenzenlosigkeit von Güterabwägungen .....	224
1. Abwägung und juristische Methodik.....	224
2. Abwägung und Vergleichsmaßstab .....	227
3. Abwägung und Rechtssicherheit .....	230
4. Abwägung und die Autonomie der Mitgliedstaaten.....	233
III. Die Unausweichlichkeit gerichtlicher Güterabwägungen .....	236
IV. Die Vorteile gerichtlicher Güterabwägungen .....	239
1. Transparenz .....	239
2. Einzelfallgerechtigkeit .....	240
3. Komparative Vorteile des EuGH gegenüber den Mitgliedstaaten .....	240

V.	Akzeptierte Grenzenlosigkeit und notwendige Begrenzung .....	242
B.	Begrenzung in Form einer Motivkontrolle .....	244
I.	Motivkontrolle statt umfassende Abwägungen.....	244
II.	Der Zielbegriff.....	247
III.	Der Kreis diskriminierender und sonst illegitimer Ziele.....	249
1.	Rein wirtschaftliche Gründe und der Schutz der heimischen Wirtschaft .....	250
2.	Schaffung und Erhaltung staatlicher Einnahmequellen.....	251
3.	Entlastung der Verwaltung.....	252
4.	Motivbündel.....	253
IV.	Die Ermittlung illegitimer Ziele .....	254
1.	Realität und Fiktion des Willens der Mitgliedstaaten .....	255
2.	Ausschließlich indirekte Ermittlung illegitimer Ziele.....	257
3.	Der Kreis der Indizien für illegitime Ziele .....	258
a)	Aus dem Norminhalt.....	258
b)	Aus dem Kontext der Norm .....	261
4.	Beweiswert, Beweismaß, Beweislast.....	262
V.	Das Scheitern der Motivkontrolle .....	264
1.	Die Ermittlung illegitimer Ziele als Abwägung.....	264
2.	Alternative Erklärungen für vermeintliche Motivkontrollen in der Rechtsprechung des EuGH.....	266
3.	Notwendigkeit einer verdeckten Motivkontrolle?.....	272
VI.	Ergebnis.....	273
C.	Begrenzung in Form von Beurteilungsspielräumen.....	274
I.	Theorie der Beurteilungsspielräume.....	275
1.	Definition.....	275
2.	Voraussetzungen von Beurteilungsspielräumen .....	276
a)	Überlegenes Fachwissen bei empirischer Unsicherheit ....	276
aa)	Empirische Unsicherheit .....	276
bb)	Überlegenes Fachwissen .....	280
b)	Nationale Besonderheiten .....	282
aa)	Judikativer Kontrollverzicht und der Schutz nationaler Identität .....	282
(1)	Die Achtung nationaler Identität als Vielfaltsschutz.	283
(2)	Der Schutz nationaler Identität und der fehlende Vergleichsmaßstab der Güterabwägung.....	284
(3)	Beurteilungsspielräume als Lösung des Maßstabsproblems.....	287
bb)	Verhältnismäßigkeitsprüfung durch nationale Gerichte.....	289

c)	Grundfreiheitliche Bereichsausnahmen und Sondervorschriften .....	290
d)	Legislative Bereichsausnahmen, Harmonisierungsverbote und Zuständigkeitsvorbehalte ..	291
e)	Demokratische Legitimität .....	295
aa)	Keine Beurteilungsspielräume bei unstreitigen Fällen von Diskriminierungen .....	296
bb)	Fehlende Maßstäbe im Übrigen .....	297
f)	Majoritarian Activism .....	299
aa)	Das Konzept .....	299
bb)	Die Kritik .....	301
g)	Gemeinsamkeiten und Fazit .....	305
aa)	Materielle Spielräume .....	306
bb)	Institutionelle Spielräume .....	308
3.	Rechtsfolge von Beurteilungsspielräumen .....	311
II.	Das Scheitern der Beurteilungsspielräume in der Praxis des EuGH .....	312
1.	Die Abwesenheit einer expliziten Spielraumdogmatik .....	313
a)	Voraussetzungen .....	314
b)	Rechtsfolgen .....	316
c)	Existenz der Spielräume .....	317
d)	Ergebnis .....	319
2.	Das Scheitern einer impliziten Spielraumdogmatik .....	321
a)	Die These einer impliziten Spielraumdogmatik .....	321
b)	Implizite Spielräume und kurze Begründungen .....	323
c)	Implizite Spielräume und implizite Abwägungen .....	325
aa)	Implizite Abwägungen im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung .....	325
bb)	Implizite Abwägungen bei der Definition zwingender Belange des Allgemeinwohls .....	326
(1)	Weite Definition zwingender Belange und Abwägungen .....	327
(2)	Enge Definition zwingender Belange und Abwägungen .....	328
cc)	Implizite Abwägungen im Rahmen des Kohärenzgebots .....	334
(1)	Inhalt des Kohärenzgebots .....	335
(2)	Kohärenzgebot und die vermeintlich freie Grundentscheidung der Mitgliedstaaten .....	337
(a)	Der Präzedenzfall Glücksspielrecht .....	338
(b)	Die übrige Rechtsprechung .....	343
(3)	Spielräume bei der Rechtfertigung von Wertungswidersprüchen .....	344

(a) Rechtfertigung als Geeignetheitsprüfung.....	345
(b) Rechtfertigung als Abwägung .....	349
(aa) Rechtfertigung mit gegenläufigen Zielen.....	351
(bb) Rechtfertigung mit notwendigen Typisierungen .....	353
(4) Ergebnis .....	363
d) Implizite Spielräume als obiter dicta.....	363
aa) Spielräume und obiter dicta.....	363
bb) Spielräume als obiter dicta im Rahmen der Rechtsprechung zu Nahrungszusatzstoffen.....	364
(1) Der behauptete Inhalt des Spielraums.....	364
(2) Die faktische Missachtung des Spielraums.....	368
e) Ergebnis.....	371
3. Prävalenz des Scheiterns .....	372
III. Ergebnis.....	374

## Kapitel 4: Die Gründe des Scheiterns und ihre Überwindung...376

A. Die Basis .....	378
I. Die besondere Machtstellung des EuGH.....	378
II. Pfadabhängigkeit .....	380
B. Die Hauptgründe .....	385
I. Der Reiz der Verhältnismäßigkeitskontrolle .....	386
1. Verhältnismäßigkeit und Marktbildung.....	386
2. Verhältnismäßigkeit und die Kultur der Rechtfertigung .....	388
II. Das Misstrauen des EuGH .....	390
1. Gegenüber der nationalen Legislative .....	390
2. Gegenüber der nationalen Judikative.....	391
III. Der Begründungsstil des EuGH .....	398
1. Mangel an inhaltlicher Substanz .....	398
2. Ausgleich durch die Schlussanträge der Generalanwälte? .....	403
C. Die Nebengründe.....	405
I. Grundfreiheiten und Grundrechtsschutz.....	405
1. Grundrechte als Anreiz für eine weite Auslegung der Grundfreiheiten.....	405
2. Ambivalente Praxis des EuGH.....	407
II. Grundfreiheiten und Gesetzgebung .....	409
D. Die Überwindung des Scheiterns .....	412
I. Die Änderung des Primärrechts als unüberwindbare Hürde .....	412

II. Schaffung von Sekundärrecht als nur begrenzt wirksame Maßnahme .....	415
III. Die machtvolle Position der nationalen Gerichte .....	419
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	423
Anhang: Auswertung der Entscheidungen des EuGH zu Beurteilungsspielräumen.....	433
Literaturverzeichnis.....	445
Sachverzeichnis.....	475

## Abkürzungsverzeichnis

Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Am. J. Juris.	The American Journal of Jurisprudence
Am. J. Political Sci.	American Journal of Political Science
Am. Political Sci. Rev.	American Political Science Review
Ann. Rev. Pol. Sci.	The Annual Review of Political Science
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Bell J. Econ. & Mngm't Sci.	The Bell Journal of Economics and Management Science
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
Can. J. L. Jurisprudence	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Chi J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
CMLR	Common Market Law Review
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Const. Comment.	Constitutional Commentary
CYELS	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
EBLR	European Business Law Review
EJML	European Journal of Migration and Law
EJRR	European Journal of Risk Regulation
ELJ	European Law Journal
ELLJ	European Labour Law Journal

ELRev	European Law Review
Emory L. J.	Emory Law Journal
EPL	European Public Law
ERCL	European Review of Contract Law
EuConst	European Constitutional Law Review
Fordham Int'l L. J.	Fordham International Law Journal
Geo. L. J.	The Georgetown Law Journal
GLJ	German Law Journal
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Howard L. J.	Howard Law Journal
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
ICON	International Journal of Constitutional Law
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
JCMS	Journal of Common Market Studies
J. Const. L.	Journal of Constitutional Law
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Eur. Public Policy	Journal of European Public Policy
J. L. & Cts.	Journal of Law and Courts
J. Priv Int'l L.	Journal of Private International Law
JWT	Journal of World Trade
L. & Ethics Hum. Rts.	Law & Ethics of Human Rights
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
Modern L. Rev.	The Modern Law Review
Netherlands Q. Hum. Rts.	Netherlands Quarterly of Human Rights
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Q. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
Q. J. Political Sci.	Quarterly Journal of Political Science
San Diego L. Rev.	San Diego Law Review
S. Afr. J. Hum. Rts.	South African Journal on Human Rights
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S.Ct.	Supreme Court Reporter
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review

Sup. Ct. Rev.	The Supreme Court Review
Tax L. Rev.	Tax Law Review
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
Utrecht L. Rev.	Utrecht Law Review
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Weltwirtsch. Arch.	Weltwirtschaftliches Archiv
Yale L. J.	The Yale Law Journal
YEL	Yearbook of European Law

Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 9. Auflage, Berlin 2018

## Einleitung

Im Jahr 1989 veröffentlichte *Eric L. White*, Mitarbeiter im Juristischen Dienst der Kommission, einen Artikel in der *Common Market Law Review* mit dem Titel: „*In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty*“.<sup>1</sup> *White* machte sich Sorgen um die Reichweite der Warenverkehrsfreiheit nach der *Dassonville*-Formel.<sup>2</sup> Nehme man sie beim Wort, so erfasse sie auch Maßnahmen, die das Funktionieren des Binnenmarkts in keiner Form bedrohe, deren beschränkende Qualität gar abwegig sei.<sup>3</sup> Sollen bspw. Vorschriften des Baurechts eine Beschränkung bewirken, da sie Verkäufer daran hindern, sich in möglichst attraktiven Gegenden anzusiedeln?<sup>4</sup> Wie steht es um das Waffenrecht? Könne man gar im Straftatbestand des Mordes eine Beschränkung erblicken, da er den Import von Messern und Waffen reduziere?<sup>5</sup>

*White* meinte, *Dassonville* könne man nicht derart weit auslegen wie diese grotesk anmutenden Fälle suggerieren. Stattdessen schlug er vor, zukünftig zwischen zwei Arten von Maßnahmen zu differenzieren: auf der einen Seite solche, welche die Eigenschaften von Produkten regulieren und auf der anderen jene, welche die Umstände ihres Verkaufs betreffen. Die erstgenannten Regelungen, die den zulässigen Inhalt und die Aufmachung von Produkten betreffen, fielen nach wie vor unter die Warenverkehrsfreiheit. Letztere hingegen, die bestimmen, wann, wo, wie und an wen Produkte verkauft werden dürfen, sollten abweichend von einer formalen Anwendung von *Dassonville* keine Beschränkung mehr begründen.<sup>6</sup>

Bei dem Artikel von *White* handelt es sich um einen der wahrscheinlich praktisch einflussreichsten Aufsätze in der bisherigen Geschichte der Grundfreiheiten. Von ihm im Namen der Kommission bereits in einem der berichtigten Fälle zum Umgang mit sonntäglichen Verkaufsverboten vorgetragen, entschied sich der EuGH schließlich in *Keck*, seinen Vorschlag faktisch zu

---

<sup>1</sup> S. 235 ff.

<sup>2</sup> EuGH v. 11.7.1974, 8/74, Slg. 1974, 837 – *Dassonville*, Rn. 5.

<sup>3</sup> *White*, CMLR 1989, 235 (243).

<sup>4</sup> Ebd., S. 248.

<sup>5</sup> Ebd., S. 253 f.

<sup>6</sup> Ebd., S. 246, 248 ff., 279 f.

übernehmen.<sup>7</sup> Produktvorschriften – entsprechend der von *White* beschriebenen Regelungen über die Eigenschaften von Produkten – begründeten demnach wie bisher eine Beschränkung der Einfuhrfreiheit. Verkaufsmodalitäten hingegen – ganz im Sinne der von *White* benannten Vorschriften über die Umstände des Warenabsatzes – seien nunmehr vom Einflussbereich des Art. 34 AEUV freigestellt. Etwas anderes gelte nur dann, sollten diese Vorschriften diskriminierend wirken.<sup>8</sup>

Die Diskussion über die Grenzen der Wareneinfuhrfreiheit ist auch fast 30 Jahre nach der Abhandlung von *White* nicht zum Erliegen gekommen. Ganz im Gegenteil hat sie sich mittlerweile auf alle Grundfreiheiten ausgeweitet. Anliegen der vorliegenden Arbeit ist es, einen Beitrag zu diesem Diskurs zu leisten. Sie hat zwei Schwerpunkte: Zum einen wird sie ganz im Sinne von *White* erörtern, ob und welche Grenzen für den Beschränkungs begriff der Grundfreiheiten existieren (dazu Kap. 2). Über den Gegenstand seiner Analyse hinaus wird sie zum anderen untersuchen, welche Grenzen den Grundfreiheiten im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung gesetzt sind (dazu Kap. 3).

Bei dem Inhalt und den Grenzen des Beschränkungs begriffs handelt es sich um das wohl beliebteste Thema im gesamten grundfreiheitlichen Diskurs. Allein zu *Keck* findet sich ein schier unendliches Meer an Stellungnahmen. Betrachtet man zusätzlich die Analysen zum neuen Marktzugangstest des EuGH, muss man endgültig den Überblick verlieren.<sup>9</sup> Das hiesige Anliegen, sich diesem Thema zu widmen, ist demnach alles andere als ein neues Unterfangen. Wieso sollte man sich trotzdem mit ihm auseinandersetzen? Das grundlegende Problem des Beschränkungs begriffs liegt darin, dass auf die Frage nach seinen Grenzen bis heute keine überzeugende Antwort gefunden wurde. Literatur und Generalanwälte erkennen zwar, dass viele Ansätze des EuGH, nähme man sie beim Wort, zur vollkommen Entgrenzung der Grundfreiheiten führen und jede kostenverursachende Regelung erfassen<sup>10</sup>; so auch *White* mit seiner Kritik an der aus seiner Sicht zu weiten *Dassonville*-Formel. Wenn man aber näher hinschaue, so die allermeisten Stimmen im Schrifttum, ergebe sich, dass der

---

<sup>7</sup> Zum Einfluss des Aufsatzes von *White* auf *Keck* siehe *Maduro*, We, the Court (1999), S. 43 ff., 82; *Pollack*, The Engines of European Integration (2003), S. 315; *Oliver* in: ders. (Hrsg.), *Oliver on Free Movements of Goods in the European Union* (5. Aufl. 2010), Rn. 6.62; *ders.*, *Fordham Int'l L. J* 33 (2010), 1423 (1437).

<sup>8</sup> EuGH v. 24.11.1993, C-267/91, C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck und Mithouard*, Rn. 15 f.

<sup>9</sup> Siehe im Einzelnen unten Kap. 2, S. 25 ff., Fn. 1 ff.

<sup>10</sup> Schlussanträge *GA Tizzano* v. 25.3.2004, C-442/02, Slg. 2004, I-8961 – *CaixaBank France*, Rn. 44; Schlussanträge *GA Kokott* v. 14.12.2006, C-142/05, Slg. 2009, I-4273 – *Mickelsson*, Rn. 42; *Dietz/T. Streinz*, *EuR* 2015, 50 (59); *Cremer/Bothe*, *EuZW* 2015, 413 (416).

EuGH den Grundfreiheiten doch ein hinreichend begrenztes Verständnis beimesse.<sup>11</sup> Nicht alle kostenverursachenden Normen würden vom Gerichtshof erfasst, sondern nur jene, die man zwingend beseitigen müsse, um den Binnenmarkt zu verwirklichen. Das Verständnis des EuGH, das man in seiner Rechtsprechung zu identifizieren meint, stimmt dabei häufig just mit jenem Ansatz überein, den man selbst zur Auslegung der Grundfreiheiten entwickelt hat.<sup>12</sup> Je nach Blickwinkel seien die Grundfreiheiten nach Ansicht des Gerichtshofs in Wahrheit keine grenzenlosen Marktfreiheiten, sondern Marktzugangsrechte, bloße Diskriminierungsverbote statt Freiheitsrechte oder Prinzipien gegenseitiger Anerkennung statt schlichter Deregulierungsgebote. Repräsentativ für diese Tendenz steht wiederum *White*. Er gab sich nicht damit zufrieden, dass die Warenverkehrsfreiheit aus seiner Sicht zwischen Produktvorschriften und Verkaufsmodalitäten unterscheidet. Er behauptete, auch die Judikatur des EuGH folge trotz *Dassonville* dieser Differenzierung; und das bereits vor dem Urteil in *Keck*.<sup>13</sup>

Die vorliegende Arbeit wendet sich gegen diese Tendenzen. Ihr liegt die These zugrunde, dass die Rechtsprechung des EuGH tatsächlich nicht zu einem hinreichend begrenzten Beschränkungs begriff findet. Auf ihrer Grundlage ist es vielmehr möglich, jede kostenverursachende Regelung als beschränkend zu behandeln. Damit bewegt sie die Grundfreiheiten in den Bereich der Grenzlosigkeit. Entwickelt wird diese Ansicht anhand der drei herrschenden Deutungen, um die Rechtsprechung des EuGH dogmatisch zu rekonstruieren: einem Verständnis der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte (dazu Kap. 2, A), als Diskriminierungsverbote (dazu Kap. 2, B), sowie als Prinzipien gegenseitiger Anerkennung (dazu Kap. 2, C). Gleich welcher Theorie man folgt, es bleibt stets möglich, mit den Grundfreiheiten jede Norm als beschränkend zu erfassen, die Kosten verursacht.

Aus dieser These darf man nun nicht schließen, dass der EuGH in Wahrheit in jeder Norm, die Kosten für transnationale Marktakteure hervorruft, eine Beschränkung erblickt, sobald er die Chance hierzu hat. Er hat es vielmehr im Laufe seiner Judikatur in mehr oder minder zahlreichen Fällen abgelehnt, nationale Regelungen als beschränkend zu behandeln, obwohl sie zweifellos Kosten mit sich brachten. Was in dieser Arbeit begründet werden wird ist vielmehr,

---

<sup>11</sup> Siehe exemplarisch Schlussanträge *GA Tizzano* v. 25.3.2004, C-442/02, Slg. 2004, I-8961 – *CaixaBank France*, Rn. 44 ff.; Schlussanträge *GA Kokott* v. 14.12.2006, C-142/05, Slg. 2009, I-4273 – *Mickelsson*, Rn. 42 ff.; *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte (2000), S. 104 ff.; *Möstl*, EuR 2002, 318 (323 ff., 330 ff.); *Davies*, GLJ 11 (2010), 671; *Behme*, Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze (2015); S. 65 ff.; *Cremer/Bothe*, EuZW 2015, 413 (416).

<sup>12</sup> Siehe die in Fn. 11 Genannten.

<sup>13</sup> *White*, CMLR 1989, 235 (246).

dass in der Rechtsprechung dogmatische Instrumente fehlen, die dieses Verfahren methodisch erklären können. Von engen Ausnahmen abgesehen – man denke an das Beispiel des Mordverbots als Beschränkung<sup>14</sup> – ist es ihm bislang nicht gelungen, verallgemeinerungsfähige Grundsätze zu entwickeln, auf deren Grundlage man einzelne Regelungen sicher aus dem Beschränkungs-begriff ausklammern könnte. Aus diesem Mangel folgt die hier postulierte Grenzenlosigkeit, da der EuGH es sich damit offenhält, letztlich jede kostenverursachende Vorschrift als beschränkend zu behandeln.

Neben dem Beschränkungs-begriff wird die vorliegende Abhandlung die Grenzen der Rechtfertigungsprüfung analysieren. Sie wird anders als der Beschränkungs-begriff im Schrifttum bislang häufig ausgeblendet.<sup>15</sup> Exemplarisch hierfür steht wiederum *White*, der in seinem Aufsatz darauf verzichtete, zu Fragen der Rechtfertigung Stellung zu nehmen. Die Kontrolle der Rechtfertigung ist für die Grenzen der Grundfreiheiten jedoch ebenso wichtig wie die der Beschränkung. Die Sorgen um die Grenzen des Beschränkungs-begriffs stehen nicht im luftleeren Raum, sondern ergeben sich gerade aus der Kontrolle der Rechtfertigung, die wegen der Annahme einer Beschränkung notwendig ist. Sie scheint ebenso grenzenlos wie die Prüfung der Beschränkung. Hierfür verantwortlich ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der die Rechtfertigungsprüfung inhaltlich ausfüllt. Er verleiht dem EuGH die Befugnis, nationale Regelungen in jeder Hinsicht einer lückenlosen und umfassenden inhaltlichen Kontrolle zu unterziehen. Das gilt insbesondere für die letzte Stufe der Übermaßkontrolle, die Güterabwägung. Nach ihr dürfen, damit eine beschränkende Norm gerechtfertigt ist, die rechtlich relevanten Nachteile einer beschränkenden Regelung nicht außer Verhältnis stehen zu den mit ihnen verbundenen Vorteilen. Doch für diese Prüfung existieren kaum rechtliche Standards. Wegen dieser Leerstelle ist es letztlich die freie Wertentscheidung des entscheidenden Gerichts, von der es abhängt, ob eine Vorschrift verhältnismäßig ist. Zunächst könnte man meinen, dass jene Kritik am EuGH abperlt, endet seine Übermaßkontrolle doch zumeist nach Prüfung der Erforderlichkeit ohne Durchführung einer Güterabwägung. Bei genauerem Hinsehen ergibt sich indes, dass der Gerichtshof sehr wohl systematisch auf Güterabwägungen zurückgreift. Sie werden von ihm nur mehr oder weniger aktiv im Rahmen anderer Prüfungsstufen versteckt, so insbesondere innerhalb der Erforderlichkeit. Zusammen mit den fehlenden Grenzen des Beschränkungs-begriffs bedeutet dies: Der Gerichtshof kann nicht nur jede kostenverursachende Norm als be-

---

<sup>14</sup> Siehe oben S. 1, sowie ausführlich unten S. 72 ff.

<sup>15</sup> Zu den bisherigen Untersuchungen siehe *Jans*, LIEI 27 (2000), 239; *Snell*, EBLR 11 (2000), 50; *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaften (2003); *Gerards*, ELJ 17 (2011), 80; *Zglinski*, Europe's Passive Virtues, i. E.

schränkend behandeln, er kann darüber hinaus jede von ihnen einer lückenlosen inhaltlichen Kontrolle unterziehen. Auf die Grenzenlosigkeit des Beschränkungsbegriffs folgt die Grenzenlosigkeit der Rechtfertigungsprüfung. Wie das dritte Kapitel darlegen wird, gelingt es dem EuGH auch nicht, sich von der Grenzenlosigkeit der Güterabwägung zu befreien und zu einer zurückhaltenderen Prüfung zu gelangen.

Im vierten und letzten Kapitel gilt es schließlich zu erörtern, wie mit diesem Ergebnis umzugehen ist. Zu erörtern ist insbesondere, welche Möglichkeiten bestehen, um zu einem hinreichend begrenzten Verständnis der Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des EuGH zu gelangen. Hierbei wird sich zeigen, dass den Mitgliedstaaten mit der Schaffung von Sekundärrecht durchaus ein Mittel zur Verfügung zu stehen scheint, um den Einfluss der Grundfreiheiten zu begrenzen. Der Erlass abschließenden Sekundärrechts sperrt die Anwendung der Grundfreiheiten. Von dieser Möglichkeit haben die Mitgliedstaaten im Verlauf der europäischen Integration derart expansiv Gebrauch gemacht, dass die Bedeutung der Grundfreiheiten und der korrespondierenden Rechtsprechung des EuGH scheinbar in der Tat signifikant abgenommen hat. Dieser Schein trägt jedoch, da die Mitgliedstaaten mit der Schaffung von Sekundärrecht zugleich gezwungen sind, die grundfreiheitliche Rechtsprechung des EuGH zu kodifizieren. Die vom EuGH etablierten Präjudizien werden so verfestigt. Sie sind nunmehr unabhängig von der Entwicklung der Grundfreiheits-Judikatur Teil des Unionsrechts.

Die vorliegende Arbeit ist vielmehr der Auffassung, dass ein wirksamerer Weg zur Begrenzung der Grundfreiheiten über die nationalen Gerichte führt. Diese könnten mit ihrem Vorlageverhalten Druck auf den EuGH ausüben, seine bisherige Rechtsprechung zu überdenken.

## Kapitel 1

# Gegenstand und Aufgabe der Grenzen der Grundfreiheiten

## A. Gegenstand der Arbeit

### *I. Grundfreiheiten*

Gegenstand der nachfolgenden Analyse sind die Grundfreiheiten. Damit gemeint ist der freie Verkehr von Waren, Arbeitnehmern, Niederlassungen, Dienstleistungen, Zahlungen und Kapital (Art. 34 ff., 45 ff., 49 ff., 56 ff., 63 ff. AEUV). Lange Zeit war das eine selbstverständliche Aussage. Mit dem Vertrag von Maastricht ist der Begriff der Grundfreiheiten indes mehrdeutig geworden. Während er sich zuvor eindeutig allein auf die benannten Grundfreiheiten des Binnenmarkts bezog, kann man ihn nunmehr auch auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV, das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV und u. U. sogar auf die Unionsbürgerschaft nach Art. 20 AEUV erstrecken. Jene Grundfreiheiten ohne Markt<sup>1</sup> sind nicht der Fokus der nachfolgenden Abhandlung. Das deswegen nicht, weil sie anders als die Marktfreiheiten nicht auf den unionalen Binnenmarkt ausgerichtet und folglich auch nicht von einer wirtschaftlichen Betätigung abhängig sind. Diese unterschiedlichen Wertungsgrundlagen führen dazu, dass die Grenzprobleme der Marktfreiheiten – die unendliche Reichweite des Beschränkungsbegriffs und der Übermaßkontrolle – sich für die Grundfreiheiten ohne Markt nicht in der gleichen Schärfe stellen. Ihre neutralistischen Punkte, die sie für eine extensive Auslegung anfällig machen, liegen an anderer Stelle. Wieso dem so ist, wird sich im Laufe dieser Arbeit zeigen.<sup>2</sup>

Die einzelnen Grundfreiheiten des Binnenmarkts, nachfolgend wieder ohne Zusatz als Grundfreiheiten bezeichnet, werden in dieser Arbeit nicht separat untersucht. Die Analyse konzentriert sich vielmehr auf die ihnen gemeinsamen Inhalte. Grundlage eines solchen Ansatzes ist die Konvergenzthese. Nach ihr

---

<sup>1</sup> Angelehnt an *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt (2007), wobei er den Begriff Grundfreiheit ohne Markt auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht beschränkt.

<sup>2</sup> Siehe unten S. 190 ff.

basieren alle Grundfreiheiten auf übereinstimmenden Strukturen, was es rechtfertigt, ihre Inhalte gemeinsam und nicht getrennt voneinander zu betrachten.<sup>3</sup> Die vorliegende Abhandlung unterstützt diese These. Für sie sprechen mehrere Gründe, von denen hier die zwei wichtigsten herausgegriffen werden:

Für die Konvergenzthese ist erstens die gemeinsame Zielstellung der Grundfreiheiten anzuführen. Sie alle sind nach Art. 26 Abs. 2 AEUV darauf ausgerichtet, die Verwirklichung des Binnenmarkts zu fördern. Der Binnenmarkt ist in dieser Norm definiert als ein „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital [...] gewährleistet ist.“ Er verlangt also den gleichermaßen freien Verkehr aller Produkte und Produktionsfaktoren. Das legt es nahe, auch die Voraussetzungen, wann von einem derart freien Verkehr auszugehen ist, für alle Grundfreiheiten identisch zu bestimmen.<sup>4</sup>

Das Gewicht der Konvergenzthese verstärkt sich zweitens mit dem Blick auf die wirtschaftliche Realität. Ökonomische Vorgänge lassen sich nicht nach Maßgabe der Grundfreiheiten sauber in Waren-, Dienstleistungs- oder Kapitalflüsse aufteilen.<sup>5</sup> Die meisten Sachverhalte enthalten vielmehr Bezüge zu mehreren Grundfreiheiten. Wer eine Ware produziert, ins Ausland transportieren lässt und dort in seinem Ladengeschäft verkauft, für den spielt sowohl die Waren-, die Dienstleistungs- als auch die Niederlassungsfreiheit eine Rolle. Wer ein Grundstück in einem anderen Mitgliedstaat kauft, um dort sein Unternehmen zu betreiben, für den ist die Niederlassungs- wie auch die Kapitalverkehrsfreiheit von Interesse. Die ökonomischen Verflechtungen deuten darauf hin, dass der Schutz dieser Sachverhalte nicht davon abhängen kann, welche Grundfreiheiten man im konkreten Fall anwendet. Andernfalls wäre für die rechtliche Betrachtung entscheidend, nach welchem Verfahren man den wirtschaftlich einheitlichen Vorgang künstlich aufspaltet, um ihn den einzelnen Grundfreiheiten zuordnen zu können.

Beruhend auf den Grundfreiheiten auf einheitlichen Strukturen, so spricht das dafür, dass man auch ihre Grenzen einheitlich bestimmen kann. Das wird sich im Laufe der Arbeit bestätigen. Wie sich insbesondere zeigen wird, beinhalten die

---

<sup>3</sup> *Cruz*, *Between Competition and Free Movement* (2002), S. 91 ff.; *Snell*, *Goods and Services in EC Law* (2002), S. 15 ff.; *Brigola*, *EuZW* 2009, 479 (482); *Davies*, *GLJ* 11 (2010), 671 (672); *Valta*, *Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt* (2013), S. 66; *Jansson/Kalimo*, *CMLR* 2014, 523 (528); *Ehlers* in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte* (4. Aufl. 2014), § 7, Rn. 20; *Leible/T. Streinz* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (62. EL 2017), Art. 34 AEUV, Rn. 15; in diesem Sinne auch Schlusssanträge *GA Trstenjak v. 17.7.2008, C-205/07, Slg.* 2008, I-9947 – *Gysbrechts*, Rn. 45.

<sup>4</sup> *Snell*, *Goods and Services in EC Law* (2002), S. 22 f.; *Davies*, *GLJ* 11 (2010), 671 (672); *Valta*, *Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt* (2013), S. 66; *Reyes y Ráfales*, *Die Warenausfuhrfreiheit: ein Beschränkungsverbot* (2017), S. 441.

<sup>5</sup> So in Bezug auf den Waren- und Dienstleistungsverkehr *Jansson/Kalimo*, *CMLR* 2014, 523 (528).

Grundfreiheiten in der Lesart des EuGH sowohl Diskriminierungsverbote als auch Marktzugangsrechte mit im Grundsatz gleichem Inhalt. Darüber hinaus unterliegen Beschränkungen gleich welcher Grundfreiheit einer identisch aufgebauten Verhältnismäßigkeitskontrolle.

Der vorliegende Fokus auf die Gemeinsamkeiten stellt nicht in Abrede, dass die Grundfreiheiten auch Unterschiede aufweisen. Jede gegenteilige Aussage wäre leicht zu widerlegen. Es genügt bspw. der Blick auf Art. 63 AEUV, um festzustellen, dass die Kapitalverkehrsfreiheit anders als die übrigen Grundfreiheiten auch den freien Verkehr mit Drittstaaten schützt. Die in weiten Teilen übereinstimmenden Inhalte sprechen lediglich dafür, dass es sich lohnt, gerade sie zu untersuchen. Unterschiede muss die vorliegende Arbeit erst dann berücksichtigen, wenn sie geeignet sind, die behaupteten Gemeinsamkeiten in Zweifel zu ziehen.

## II. Grenzen

Der Begriff Grenze bezeichnet eine Trennlinie, die zwei Dinge voneinander unterscheidet.<sup>6</sup> Bezogen auf die Grundfreiheiten geht es um das, was den Schutzgehalt der Grundfreiheiten kennzeichnet und zugleich von jenem abgrenzt, was nicht mehr zu ihrem Inhalt zählt. Wer eine Grenze bestimmt, muss also zugleich den Inhalt dessen bestimmen, was er eingrenzt – hier die Grundfreiheiten. So verstanden hätte der Titel dieser Arbeit statt Grenzen genauso gut „Inhalt der Grundfreiheiten“ lauten können. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch ist mit dem Begriff Grenze allerdings noch eine weitere Eigenschaft verbunden: ein klarer Abschluss des Gegenstands, den man eingrenzt.<sup>7</sup> Es geht folglich darum, sichtbare Unterschiede zwischen dem Inhalt der Grundfreiheiten und dem herauszustellen, was nicht mehr zu ihren Gewährleistungen zählt.

Die vorliegende Arbeit fokussiert sich auf die zwei wesentlichen Ansatzpunkte, um dem Inhalt der Grundfreiheiten Grenzen zu setzen: den Beschränkungsbegriff und die Rechtfertigungsprüfung. Der Beschränkungsbegriff bestimmt, welche staatlichen Maßnahmen einen Eingriff in den Schutzgehalt der Grundfreiheiten begründen und sich daher vor ihnen rechtfertigen müssen. Vorschriften, welche bereits keine Beschränkung begründen, liegen außerhalb ihrer Grenzen. Von der Rechtfertigungsprüfung hängt ab, ob eine beschränkende Regelung im Ergebnis mit den Grundfreiheiten vereinbar ist. Ist sie gerechtfertigt, so wird sie trotz ihrer behindernden Effekte im Binnenmarkt geduldet. Kann man eine Rechtfertigung hingegen nicht finden, so verletzt sie die Grundfreiheiten und darf im grenzüberschreitenden Verkehr nicht mehr angewandt werden.

---

<sup>6</sup> Liessmann, Brandeins 03/2013, S. 101.

<sup>7</sup> Kleinschmidt, APuZ 4-5/2014, 3 (5).

Nun wäre es möglich, jene zwei Grenzen unter diversen unterschiedlichen Blickwinkeln zu analysieren. Um darzulegen, auf welche Aspekte sich die vorliegende Untersuchung fokussiert, gilt es zu konkretisieren, wessen Auslegung der Grenzen sie interessiert und welche Verhaltensweisen im Binnenmarkt sie analysiert.

In Bezug auf die Auslegung der Grenzen gibt es drei Optionen: Die vorliegende Arbeit kann erstens allein die Rechtsprechung des EuGH betrachten, sie kann zweitens auch die Deutungen der Literatur berücksichtigen und schließlich drittens könnte sie dazu einen eigenen Ansatz zur zutreffenden Interpretation der Grundfreiheiten entwickeln. Die nachfolgende Analyse beruht auf der ersten Option. Sie konzentriert sich auf die Rechtsprechung des EuGH. Dies deswegen, weil sie die These entwickeln möchte, dass den Grundfreiheiten, deutet man sie im Sinne der EuGH-Judikatur, keinerlei adäquate Grenzen gesetzt sind.

Aus dem Fokus auf den EuGH folgt freilich nicht, dass die Deutungen der Literatur damit vollständig ausgeklammert werden. Wie bereits in der Einleitung beschrieben, postulieren diverse Stimmen in der Literatur, ihr Verständnis der Grundfreiheiten bewege sich auf einer Linie mit der Rechtsprechung des EuGH. Wer einer Marktzugangsdoktrin folgt, geht demgemäß regelmäßig davon aus, dass seine Auslegung dieser Doktrin dem Verständnis des Gerichtshofs entspricht. Auch Vertreter eines diskriminierungsrechtlichen Verständnisses meinen nicht selten, dass der Gerichtshof ihrem Verständnis in weiten Teilen folge, selbst wenn er scheinbar auch unterschiedslose Maßnahmen einer Kontrolle unterwirft. Genauso steht es für die Befürworter einer Deutung der Grundfreiheiten als Prinzipien gegenseitige Anerkennung. Wenn die hiesige Arbeit nachfolgend die Judikatur des Gerichtshofs untersucht, so muss sie sich damit zwangsläufig zugleich all jenen Ansätzen widmen, die sich als bloße Auslegung dieser Rechtsprechung begreifen.

Im Hinblick auf die von der vorliegenden Arbeit untersuchten Verhaltensweisen im Binnenmarkt ergibt sich der Fokus aus ihren zentralen Thesen. Sie möchte begründen, dass ausgehend von der Judikatur des EuGH jede nationale kostenverursachende Regelung eine Beschränkung begründet und einer uneingeschränkten Übermaßkontrolle ausgesetzt werden kann. Sie konzentriert sich dementsprechend auf alle mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die Kosten verursachen.<sup>8</sup> Ausgeklammert werden damit zum einen kostenverursachende Regelungen, die nicht von den Mitgliedstaaten, sondern von der Union erlassen wurden. Formal gelten die Grundfreiheiten nach Ansicht des EuGH zwar auch für Maßnahmen der Unionsorgane<sup>9</sup>, bedeutende materielle Pflichten hat er aus

---

<sup>8</sup> Zur Frage, wann sie Kosten verursachen, siehe sogleich unten S. 12 ff.

<sup>9</sup> EuGH v. 25.6.1997, C-114/96, Slg. 1997, I-3629 – *Kieffer und Thill*, Rn. 27; EuGH v. 14.7.1998, C-284/95, Slg. 1998, I-4301 – *Safety Hi-Tech*, Rn. 63; EuGH v. 13.9.2001, C-169/99, Slg. 2001, I-5901 – *Schwarzkopf*, Rn. 37; EuGH v. 12.7.2005, C-154/04, C-155/04,

ihnen für die Unionsorgane jedoch bislang nicht abgeleitet. Zweifel daran, ob der Gerichtshof die Grenzen der Grundfreiheiten beachtet, gibt es in Bezug auf die Unionsorgane daher nicht.

Neben dem Handeln der Unionsorgane werden zum anderen Vorschriften nicht berücksichtigt, deren Kosten zwar auch auf staatlicher Aktivität, überwiegend aber auf privates Handeln zurückzuführen sind. Gemeint sind damit all jene Normen, die man gemeinhin im Rahmen einer möglichen Privatwirkung der Grundfreiheiten diskutiert.<sup>10</sup> Sie werden in der vorliegenden Arbeit deswegen nicht analysiert, weil die vorliegende These – die Grenzenlosigkeit der Grundfreiheiten – für die Privatwirkung nicht gilt. Es wird folglich nicht behauptet, dass privates Handeln nach Ansicht des EuGH schon deswegen an die Grundfreiheiten gebunden ist, weil es für andere Marktakteure Kosten verursacht. Nachfolgend nicht berücksichtigt wird damit das gesamte dispositive Gesetzesrecht ebenso wie sonstige Vorschriften, denen ein Marktakteur entgehen kann, weil das Internationale Privatrecht eine abweichende Rechtswahl zulässt.<sup>11</sup> Ein betroffenes Unternehmen mag zwar vortragen, dass ihm durch jene Vorschriften Kosten entstehen, da es sie ausdrücklich abbedingen muss oder da sie seine Verhandlungsposition verschlechtern.<sup>12</sup> Sie beruhen jedoch im Ergebnis auf dem Umstand, dass sich der Vertragspartner nicht darauf eingelassen hat, eine vom dispositiven Recht abweichende Vereinbarung zu schließen.<sup>13</sup> Diesem privaten Handeln sind die Kosten zuzuordnen. Darüber hinaus werden alle sonstigen privatautonomen Verhaltensweisen ausgeklammert, die dem Staat nicht als eigene zuzurechnen sind. Das Problem, dass alles erlaubte private Verhalten – auch jeder noch so unbedeutende Vertragsschluss – zu seiner Durchsetzung letztlich auf staatliches Handeln angewiesen ist, wird

---

Slg. 2005, I-6451 – *Alliance for Natural Health u. a.*, Rn. 47; EuGH v. 30.1.2019, C-220/17, ECLI:EU:C:2019:76 – *Planta*, Rn. 57. In der Literatur ist dies hingegen umstritten, siehe *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU (2011), § 4, Rn. 100 f.

<sup>10</sup> Siehe zur Problematik der Privatwirkung aus dem überbordenden Schrifttum *Roth* in: FS Everling, Band II (1995), S. 1231; *ders.* in: FS Medicus (2009), S. 393; *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten (1997); *Wernicke*, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht (2002); *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004); *Kainer*, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht (2004); *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424; *Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (767 ff.); *Müller-Graff*, Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union (2012); *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013).

<sup>11</sup> Siehe zu Möglichkeiten und Grenzen der Rechtswahl insbesondere Art. 3, 6, 8, 9 Rom-I-VO, Art. 14, 16 Rom-II-VO.

<sup>12</sup> *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), S. 98.

<sup>13</sup> Vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), S. 98 ff.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 414; *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013), S. 102 ff.; differenzierend *Kainer*, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht (2004), S. 179 f.; *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424 (444 ff.).