



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**



Benedikt Kaufmann

Die Struktur der europäischen
Grundfreiheiten -
Konvergenz oder Divergenz?

Nr. 5



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

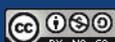
Die Würzburger Online-Schriften zum Europarecht werden herausgegeben von Professor Dr. Markus Ludwigs, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die Reihe bietet ein Forum für hervorragende Seminar- und Masterarbeiten aus dem gesamten Bereich des Europarechts, einschließlich des Rechts der EMRK. Sie gibt den Studierenden der Universität Würzburg die Möglichkeit, ihre wissenschaftlichen Ideen und Konzepte der Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen.

© Prof. Dr. Markus Ludwigs
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Juristische Fakultät
Domerschulstraße 16
97070 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-80023
Fax: +49 (0) 931 - 31-80651
l-oeur-ur@jura.uni-wuerzburg.de
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>
Alle Rechte vorbehalten.
Würzburg 2015.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch
den Publikationsservice der Universität
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg
Am Hubland
D-97074 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906
opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de
<http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>
Titelblattgestaltung / Foto: Kristina Hanig

ISSN: 2199-790X



Zitiervorschlag:

Kaufmann, Benedikt: Die Struktur der europäischen Grundfreiheiten -
Konvergenz oder Divergenz?, Würzburger Online-Schriften zum Europarecht,
Nr. 5 (2015). URN: urn:nbn:de:bvb:20-opus-107231

Benedikt Kaufmann*

Die Struktur der europäischen Grundfreiheiten – Konvergenz oder Divergenz?

* Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Würzburg. Die vorliegende Arbeit wurde als Magisterarbeit zur Erlangung des Grades eines LL.M.Eur. im Rahmen des Aufbaustudiengangs Europarecht an der Universität Würzburg angefertigt. Sie stellt eine geringfügig überarbeitete Fassung auf dem Stand der Korrektur vom Oktober 2013 dar. Der Autor bedankt sich herzlich bei Herrn Prof. Dr. Markus Ludwigs für die konstruktive Betreuung der Arbeit sowie die Möglichkeit der Publikation.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
A. Einleitung: Die europäischen Grundfreiheiten auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik?.....	1
B. Methodik und Vorgehensweise	2
C. Die Grundfreiheiten des AEUV.....	3
D. Strukturelle Konvergenzen bzw. Divergenzen der Grundfreiheiten	5
I. Sachlicher Schutz-/Anwendungsbereich: Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements.....	5
II. Persönlicher Anwendungs-/Schutzbereich	7
1. Warenverkehrsfreiheit	7
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit	8
3. Niederlassungsfreiheit	9
4. Dienstleistungsfreiheit.....	9
5. Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit.....	10
6. Zwischenergebnis	10
III. Reichweite der Grundfreiheiten	11
1. Diskriminierungs- vs. Beschränkungsverbot.....	11
a) Offene und versteckte Diskriminierungen	12
b) Begriff der Beschränkung.....	13
2. Die <i>Dassonville</i> -Formel der Warenverkehrsfreiheit	15
3. Übertragung der <i>Dassonville</i> -Formel auf die übrigen Grundfreiheiten	16
a) Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	16
b) Niederlassungsfreiheit	17
c) Dienstleistungsfreiheit	18
d) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit	19
4. Urheber der beeinträchtigenden Maßnahmen: Herkunfts- vs. Ziel- bzw. Aufnahmestaat.....	19
5. Das Folgeproblem der Inländerdiskriminierung	20
6. Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV und zum Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV	22
7. Zwischenergebnis: Konvergenz auf Schutzbereichsebene.....	23
8. Objektiv-rechtliche Wirkung der Grundfreiheiten	24
9. Teilhaberechte durch Grundfreiheiten.....	25

IV. Bereichsausnahmen.....	25
V. Beeinträchtigung - Eingriff.....	29
1. Die <i>Keck</i> -Formel der Warenverkehrsfreiheit	30
2. Übertragung der <i>Keck</i> -Formel auf weitere Grundfreiheiten	33
a) Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	34
b) Niederlassungsfreiheit	35
c) Dienstleistungsfreiheit	36
d) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit	38
e) Zwischenergebnis	38
3. Die Relevanzregel als konvergente Begrenzung der Grundfreiheiten	39
VI. Rechtfertigung.....	41
1. Geschriebene Rechtfertigungsgründe.....	43
a) Warenverkehrsfreiheit	43
b) Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	44
c) Niederlassungsfreiheit	45
d) Dienstleistungsfreiheit	45
e) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit	45
f) Zwischenergebnis	46
2. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.....	47
a) Die <i>Cassis de Dijon</i> -Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit	47
b) Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	51
c) Niederlassungsfreiheit	52
d) Dienstleistungsfreiheit	53
e) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit	54
3. Zwischenergebnis	55
4. Grundrechte als Rechtfertigungsgrund und Rechtfertigungsschranke	57
a) Die <i>Schmidberger</i> -Rechtsprechung bezüglich der Warenverkehrsfreiheit	57
b) Übertragung auf die übrigen Grundfreiheiten	58
5. Schranken-Schranken	59
a) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	60
b) Art. 36 S. 2 AEUV	63
c) Grundrechte als Rechtfertigungsschranke	64
d) Sonstiges kollidierendes Vertragsrecht.....	65
e) Sperrwirkung des Sekundärrechts	65

VII. Verpflichtete der Grundfreiheiten – Drittwirkung – Grundfreiheitliche Schutzpflichten	66
1. Verpflichtetenkreis: Mitgliedstaaten und Unionsorgane	66
2. Drittwirkung der Grundfreiheiten	68
a) Arbeitnehmerfreizügigkeit und ihre unmittelbare Drittwirkung	69
a) Insbesondere: Der Gewerkschaftsansatz	72
b) Niederlassungsfreiheit	74
c) Dienstleistungsfreiheit	75
d) Warenverkehrsfreiheit – insbesondere das Urteil <i>Fra.bo SpA/DVGW</i>	75
e) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit	78
f) Zwischenergebnis: Konvergenz vs. Divergenz	80
3. Grundfreiheitliche Schutzpflichten der Mitgliedstaaten	82
a) Mitgliedstaatliche Pflicht zum Schutz der Warenverkehrsfreiheit	83
b) Übertragung der Schutzpflichtenkonstruktion auf andere Grundfreiheiten?	85
E. Fazit: Konvergenz vs. Divergenz	87
F. Das Ziel der Konvergenz als Argument für eine konvergente Interpretation der Grundfreiheiten	94
G. Schluss und Ausblick	98
Literaturverzeichnis	VII

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
Art.	Artikel
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
bzw.	beziehungsweise
CMLRev	Common Market Law Review
d. h.	das heißt
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuLR	European Law Review
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
ggf.	gegebenenfalls
Hb.	Handbuch
h. M.	herrschende Meinung
i. E.	im Ergebnis
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter

JuS	Juristische Schulung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
Slg.	Sammlung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.	und
u. a.	und andere
v. a.	vor allem
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
vs.	versus

A. Einleitung: Die europäischen Grundfreiheiten auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik?

Eine eigene Dogmatik und Strukturierung der europäischen Grundfreiheiten hat sich erst im Laufe der Zeit und einer immer stärker werdenden europäischen Integration entwickelt. Umstritten war und ist dabei jedoch nicht nur die Struktur der Grundfreiheiten, sondern auch deren Konvergenz bzw. Divergenz untereinander. Eine mögliche Erklärung für diese Meinungsstreitigkeiten ist, dass die Rechtswissenschaft der einzelnen Mitgliedsstaaten jeweils eigene dogmatische und in den nationalen Rechtsordnungen etablierte Vorverständnisse einbrachte. Wenngleich der EuGH bisher auf eine einheitliche Prüfungsstruktur verzichtet hat, forcierte insbesondere das deutsche Schrifttum einen Aufbau der Prüfung der Grundfreiheiten entsprechend des von der Grundrechtsprüfung bekannten Schemas. Ein weiterer Grund kann – wie noch zu untersuchen sein wird – auch materiell im unterschiedlichen Gehalt und Schutzgut der einzelnen Grundfreiheiten liegen. Aufgrund der nach wie vor hohen und wohl noch steigenden Bedeutung der Grundfreiheiten für die Rechtspraxis ist eine umfassende strukturelle und dogmatische Durchleuchtung der Grundfreiheiten aus rechtswissenschaftlicher Sicht angebracht.

Sowohl die Rechtsprechung durch den EuGH² als auch das deutsche Schrifttum³ betonen dabei mittlerweile immer mehr die gemeinsamen Grundsätze und allgemeinen Lehren hinsichtlich der Auslegung der einzelnen Grundfreiheiten mit der Tendenz zu einer Konvergenz der Grundfreiheiten. Hier will die vorliegende Arbeit ansetzen und unter Heranziehung sowohl der maßgeblichen EuGH-Rechtsprechung als auch der einschlägigen Literatur untersuchen, inwiefern sich bezüglich der europäischen Grundfreiheiten eine Konvergenz oder Divergenz feststellen lässt.

² Maßgeblich hierfür ist v. a. EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*; vgl. auch die Übersicht bei *Kingreen*, Grundfreiheiten, S. 705 (708).

³ *Brigola*, Das System der EG-Grundfreiheiten, S. 168 ff.; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 1; *Ehlers*, Allgemeine Lehren, § 7, Rn. 19; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/Strein*, Art. 34 AEUV, Rn. 15; *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, S. 141 ff.; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 30 ff.; *Streinz*, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, § 152 Rn. 4, 10. Die diesbezügliche Diskussion findet hauptsächlich in der deutschen Europarechtswissenschaft statt, in der außerdeutschen – v. a. der im *case law* beheimateten – Literatur spielt die Frage, soweit ersichtlich, eine deutlich untergeordnetere Rolle, vgl. etwa *Craig/de Búrca*, EU Law, S.667 ff.; *Dony*, Droit de l'Union européenne, S. 293 ff.

B. Methodik und Vorgehensweise

Die Arbeit orientiert sich dabei grundsätzlich am v. a. im deutschen Schrifttum etablierten Prüfungsaufbau der Grundfreiheiten von Schutz- bzw. Anwendungsbereich, Beeinträchtigung sowie Rechtfertigung⁴. Bezüglich dieses grundsätzlichen Prüfungsaufbaus lässt sich eine erste grundlegende Konvergenz der Grundfreiheiten untereinander feststellen. Anhand der genannten Parameter soll untersucht werden, inwieweit sich die einzelnen Grundfreiheiten einerseits voneinander unterscheiden und wann sich andererseits eine Konvergenz feststellen lässt. Nach einer kurzen allgemeinen Skizzierung und Einordnung der zu untersuchenden Grundfreiheiten wird zunächst der Schutzbereich behandelt. Dabei werden die Reichweite der Grundfreiheiten und deren jeweiliges Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV⁵ betrachtet sowie dargestellt, inwieweit die jeweiligen Grundfreiheiten nur ein materielles Diskriminierungs- oder auch ein Beschränkungsverbot beinhalten. Nach dem Vergleich der jeweiligen Bereichsausnahmen wird im Rahmen der Beeinträchtigung u. a. das Verhältnis der einzelnen Grundfreiheiten zur *Keck*-Formel und damit eine mögliche Begrenzung des durch die *Dassonville*-Rechtsprechung eröffneten weiten Schutzbereiches beleuchtet. Auf der Rechtfertigungsebene werden sodann die einzelnen Grundfreiheiten auf die Parallelität von geschriebenen und von der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung ausgehend entwickelten ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen untersucht. Ausgangspunkt stellt dabei jeweils die Warenverkehrsfreiheit und Rechtsprechung des EuGH hierzu dar.

Besondere Betrachtung verdienen anschließend der Verpflichtetenkreis und damit der Aspekt der möglichen Drittwirkung der Grundfreiheiten – auch hinsichtlich entsprechender grundfreiheitlicher Schutzpflichten der Mitgliedstaaten. Aus den genannten Kriterien lassen sich als Fazit Rückschlüsse hinsichtlich der Bewertung der Konvergenz bzw. Divergenz ziehen.

⁴ Becker/Schwarze/Becker, Art. 34 AEUV, Rn. 9 ff.; Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 28; Frenz, Rn. 376 ff.; ders., Europarecht, Rn. 212; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 809; Jarass, EuR 1995, S. 202 (204 ff.); ders., EuR 2000, S. 705 (706); Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, S. 248 ff., 420 f.; Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 22 Rn. 9; Ruffert, JuS 2009, S. 97; Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, Rn. 1360; Steinke, Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung, S. 29. In diese Richtung auch EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Rn. 78, 83 – *Überseering*.

⁵ Normtextlich wird in dieser Arbeit auf die aktuelle Fassung des AEUV abgestellt, wenngleich die gleichlautenden Vorgängerregelungen des EGV hierbei ebenso gemeint und einbezogen sind.

Abschließend wird darauf eingegangen, inwiefern sich aus dem Postulat der Konvergenz der Grundfreiheiten ein eigenständiges Argument zu deren Auslegung ergeben kann.

Zur Begriffsklärung ist anzumerken, dass Konvergenz in der vorliegenden Untersuchung bedeuten soll, dass die einzelnen Grundfreiheiten in den zu untersuchenden Punkten wie Reichweite, Adressaten, Drittwirkung etc. übereinstimmen⁶. Divergenz dagegen meint umgekehrt, dass sie sich in den entsprechenden Kategorien unterscheiden. Zur genaueren Abgrenzung wird auf differenzierte Abstufungen zurückgegriffen. Zunächst sollen jedoch die Grundfreiheiten in ihrer grundsätzlichen Bedeutung sowie ihren maßgeblichen Inhalten geklärt werden.

C. Die Grundfreiheiten des AEUV

Die im AEUV normierten Grundfreiheiten stellen die „rechtlich-normative Umsetzung eines Liberalisierungsprogramms [dar], das auf den Zusammenschluß der nationalen Märkte gerichtet ist“⁷. Die Grundfreiheiten sind damit konstitutives Element des europäischen Binnenmarkts⁸. Der EuGH hat als Motor und Hüter nicht nur der Integration, sondern auch der Grundfreiheiten diese dabei zu subjektiv-öffentlichen Rechten ausgebaut⁹, weshalb sie als Abwehr- und Schutzrechte für die individuellen Verbraucher und Träger der Grundfreiheiten fungieren. Insofern lässt sich hinsichtlich dieser Binnenmarktrelevanz sowie der Ausweitung der Produzenten- zur Verbraucherfreiheit bzw. der Anbieter- zur Nachfragerfreiheit eine weitere Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen¹⁰. Die Grundfreiheiten lassen sich dabei als „Optimierungsgebote“¹¹ verstehen, welche den Binnenmarkt als ihr Ziel in einem rechtlich und tatsächlich möglichst hohem Maß verwirklichen sollen. Während die Stellung des Individuums im Rahmen der europäischen Integration zunächst einem bloßen Konsumenten und Marktbürger entsprach, hat sich diese mittlerweile zum vollwertigen Unionsbürger gewandelt, was mit einer Ausweitung der grundfreiheitlich geschützten Rechte einherging.

⁶ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 1357 sprechen von „Kongruenz“.

⁷ *Behrens*, EuR 1992, S. 145. Den Marktbezug drückt auch die Bezeichnung „Marktfreiheiten“ aus, der statt „Grundfreiheiten“ teilweise verwendet wird, vgl. etwa *Herdegen*, Europarecht, § 14; *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 226 f.

⁸ *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/Streinz*, Art. 34 AEUV, Rn. 13.

⁹ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, Rn. 1, 25 – *van Gend & Loos*; vgl. auch hierzu *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (147); *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 9; *Ehlers*, Allgemeine Lehren, § 7, Rn. 10; vgl. zur Entwicklung der Grundfreiheiten im Rahmen der zunehmenden europäischen Integration, *Kingreen*, Grundfreiheiten, S. 705 (710 ff.).

¹⁰ *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (1160).

¹¹ *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 72 unter Verweis auf *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 f.

Die Mitgliedstaaten müssen bei jedem Tätigwerden die materiellen Gewährleistungen der Grundfreiheiten beachten und einhalten¹². Neben ihrer Ausrichtung auf den Binnenmarkt nach Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 26 Abs. 2 AEUV sollen diese auch die übrigen Ziele der EU-Verträge verwirklichen helfen. Die grundfreiheitlichen Gewährleistungen werden dabei im Sinne einer negativen Integration als Mittel zur „Beseitigung nationaler Handelshemmnisse durch Aktivierung der Grundfreiheiten“¹³ verstanden. Die Grundfreiheiten besitzen mit ihrem Diskriminierungsverbot sowie dem Verbot, den Marktzugang zu verwehren, eine gleichlautende Zielrichtung sowie vergleichbare Normaussage¹⁴.

Was die Kategorisierung der einzelnen Grundfreiheiten betrifft, hat sich eine Fünfteilung der Grundfreiheiten durchgesetzt¹⁵, welche sich nach ihren Sach- und Tätigkeitsbereichen ein- bzw. unterteilen lassen¹⁶: Unter die Grundfreiheiten werden die Personenverkehrsfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) sowie die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV) und die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV) subsumiert.

Die genannten Grundfreiheiten stellen dabei speziellere Ausprägungen des allgemeinen Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 AEUV dar, deren Verhältnis zueinander später noch genauer hinsichtlich einer möglichen Konvergenz untersucht wird.

Zwar lässt sich auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV prinzipiell den Grundfreiheiten zuordnen. Als „Grundfreiheit ohne Markt“¹⁷ wird es in der vorliegenden Untersuchung allerdings insoweit ausgeklammert – es sei denn, es ergeben sich gemeinsame Anknüpfungspunkte für die Konvergenzproblematik der genannten „klassischen“ Grundfreiheiten.

¹² St. Rspr., vgl. bereits EuGH, Rs. 9/74, Slg. 1974, 773, Rn. 6 – *Casagrande*.

¹³ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 2.

¹⁴ *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 66.

¹⁵ Vgl. bereits *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (146); *Böhm*, JA 2009, S. 328; *Arndt/Fischer*, Europarecht, S. 117; *Barnard*, *The Substantive Law of the EU: The four freedoms*, S. 223 ff. sowie *Steinberg*, EuGRZ 2002, S. 13 sprechen nur von vier Grundfreiheiten, fassen allerdings die Personenverkehrsfreiheiten insofern zusammen; a. A. *Herdegen*, Europarecht, § 14, Rn. 1, *Bieber/Epiney/Haag*, *Die Europäische Union*, § 10, Rn. 1, die die Zahlungsverkehrsfreiheit jedoch als bloße „Annexfreiheit“ einbeziehen.

¹⁶ *Streinz*, in: FS Rudolf, S. 199 (204).

¹⁷ *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 122 ff.

D. Strukturelle Konvergenzen bzw. Divergenzen der Grundfreiheiten

Im Folgenden wird – entsprechend des in dieser Untersuchung favorisierten Prüfungsschemas – untersucht, inwieweit sich strukturelle Konvergenzen und Divergenzen der Grundfreiheiten feststellen lassen. Begonnen wird mit der Eröffnung des Schutz- bzw. Anwendungsbereichs als Ausgangspunkt der Grundfreiheitsprüfung.

I. Sachlicher Schutz-/Anwendungsbereich: Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements¹⁸

Damit der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist, muss zunächst überhaupt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen¹⁹. Durch das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements sollen Sachverhalte ausgeschlossen werden, die nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen²⁰ und auch sonst keinen Berührungspunkt mit dem Unionsrecht besitzen²¹.

Für die vorliegende Fragestellung ist dabei von Belang, ob dies bei allen Grundfreiheiten anerkannt ist oder diese sich hier strukturell unterscheiden.

Bei der Warenverkehrsfreiheit fordert bereits der Wortlaut der Art. 34 bzw. 35 AEUV, dass es sich um Maßnahmen „zwischen den Mitgliedstaaten“ handeln muss. Auch der EuGH hat das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs immer wieder festgestellt²², die betreffenden Waren müssen in jedem Fall eine innergemeinschaftliche Grenze überschreiten.

Gleiches gilt für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, welche sich nach dem Wortlaut des Art. 45 Abs. 1 AEUV auf die Freizügigkeit „innerhalb der Union“ bezieht,

¹⁸ Teilweise wird der grenzüberschreitende Bezug auch als eigener Punkt des Anwendungsbereichs oder im Rahmen der Beeinträchtigung geprüft, vgl. *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 84 f. Man könnte diesen Aspekt aber auch unter den Begriff des räumlichen Anwendungsbereichs fassen.

¹⁹ *Becker/Schwarze/Becker*, Art. 34 AEUV, Rn. 19; *Behrens*, EuR 1992, 145 (160 f.); *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, S. 79; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 259 f., a. A. *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 16, der hierin keine eigene Anwendungsvoraussetzung bzw. keinen eigenen Prüfungspunkt sieht.

²⁰ EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 37 – *Höfner und Elser/Macrotron*; EuGH, Rs. C-134/95, Slg. 1997, I-195, Rn. 19 – *USSL/INAIL* m. w. N.; *Oliver*, CMLRev 1999, S. 783 will solche „internal measures“ ausschließen.

²¹ EuGH, Rs. C-64/96, 65/96, Slg. 1997, I-3171, Rn. 16 – *Uecker&Jaquet/Land Nordrhein-Westfalen*; EuGH, Rs. C-225-227/95, Slg. 1998, I-4239, Rn. 22 – *Kougiakos*.

²² EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 f. – *Keck*; EuGH, Rs. C-15/79, Slg. 1979, 3409, Rn. 7, 9 – *Groenveld*.

wobei hier nicht die entsprechende Ware, sondern die Person selbst in Gestalt eines Arbeitnehmers die Grenze überschreiten muss.

Bei selbständigen Unternehmern ist die Niederlassungsfreiheit einschlägig, die in Art. 49 S. 1 AEUV territorial und personell an Staatsangehörige eines Mitgliedsstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats anknüpft²³ und grundsätzlich sowohl die Zuzugs- als auch die Wegzugsfreiheit²⁴ schützt. Auch die Dienstleistungsfreiheit, welche nach Art. 56 Abs. 1 AEUV von Angehörigen eines Mitgliedstaats ausgeht, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, setzt dieses Erfordernis voraus²⁵. Hierbei muss sich der Dienstleistungsempfänger zum Dienstleistungserbringer begeben bzw. *vice versa*. Zudem kann die Dienstleistung selbst grenzüberschreitend erbracht werden.

Die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit allerdings verbietet Beschränkungen nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten, sondern nach Art. 63 AEUV auch zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern. Hier muss nicht die Ware oder eine Person, sondern Kapital eine innergemeinschaftliche Grenze oder eine Grenze zu Drittländern überschreiten.

Die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten kann sowohl von Maßnahmen des Herkunfts-, als auch des Ziel- bzw. Bestimmungsstaats ausgehen²⁶.

Damit herrscht unter den einzelnen Grundfreiheiten grundsätzlich Konvergenz bezüglich dieses vielleicht wichtigsten Strukturmerkmals²⁷ der Grundfreiheiten²⁸. Die Grundfreiheiten unterscheiden sich lediglich darin, dass bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit – wie die Bezeichnung Personenverkehrsfreiheiten bereits impliziert – der grenzüberschreitende Bezug an eine Person geknüpft ist, während bei der Waren-, Kapitalverkehrs- aber auch der – insoweit beiden Gruppen zuordenbaren – Dienstleistungsfreiheit, die Ware, das Kapital oder die Dienstleistung eine Grenze überschreiten muss. Das Erfordernis des grenzüberschreitenden Sachverhalts lässt sich also als Argument der Konvergenz fruchtbar machen. Gemeinsam ist den Grundfreiheiten

²³ Vgl. auch EuGH, Rs. C-134/95, Slg. 1997, I-195, Rn. 12 ff. – *USSL No. 47 di Biella*.

²⁴ EuGH, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483, Rn. 16 – *Daily Mail*; EuGH, Rs. C-141/99, Slg. 2000, I-11619, Rn. 21 – *AMID*; EuGH, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-2409, Rn. 42 – *de Lasteyrie du Saillant*.

²⁵ EuGH, verb. Rs. 286/82 u. 26/83, Slg. 1984, 377, Rn. 10 – *Luisi und Carbone*; EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, 195, Rn. 15 – *Cowan*; EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Rn. 29 – *Kohll*.

²⁶ EuGH, Rs. C-19/92 Slg. 1993, I-1663, Rn. 15 f. – *Kraus*; EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 96 – *Bosman*; EuGH, Rs. C-109/04, Slg. 2005, I-2421, Rn. 25 f. – *Kranemann*.

²⁷ *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, S. 347.

²⁸ Dies gilt darüber hinaus auch für Art. 18 und 21 AEUV, vgl. *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 102.

ferner, dass sie darüber hinaus keine echten extraterritorialen Wirkungen entfalten²⁹.

In extensiver Auslegung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten hat der EuGH das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Sachverhalts mittlerweile eingeschränkt. In der Rechtssache *Zambrano* wurde der unionsrechtliche Bezug über einen Kernbereichseingriff in den Unionsbürgerstatus hergestellt³⁰. Selbst wenn man diese erweiternde, einen unionsrechtlichen Bezug dennoch fordernde Rechtsprechung auf die Grundfreiheiten überträgt³¹, muss dieser Kernbereichsbezug aber auch bezüglich aller Grundfreiheiten gelten. Am festgestellten Ergebnis der Konvergenz ändert sich daher nichts.

II. Persönlicher Anwendungs-/Schutzbereich³²

Als nächster Schritt ist der persönliche Anwendungs- bzw. Schutzbereich der einzelnen Grundfreiheiten zu untersuchen³³. Als Gemeinsamkeits- bzw. Unterscheidungsmerkmal spielen hier besonders das Erfordernis der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates bzw. der Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat sowie die Frage eine Rolle, ob sich auch juristische Personen auf die jeweilige Grundfreiheit berufen können. Anhand dieser Kriterien werden die Grundfreiheiten im Folgenden auf Übereinstimmungen und Gemeinsamkeiten hin untersucht.

1. Warenverkehrsfreiheit

Die Warenverkehrsfreiheit knüpft nach Art. 28 Abs. 2 AEUV an die Herkunft der Waren an und nicht an ein Staatsangehörigkeitserfordernis. Weil die Warenverkehrsfreiheit sachbezogen ist, spielt die Staatsangehörigkeit von Käufer oder Ver-

²⁹ Schulze/Zuleeg/Kadelbach/*Pache*, § 10, Rn. 20.

³⁰ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 42, 45 – *Zambrano*.

³¹ Auf ihre grundsätzliche Berechtigung kann im vorliegenden Kontext leider nicht näher eingegangen werden.

³² Eigentlich wäre dieser vom sachlichen Schutzbereich – jenseits des grenzüberschreitenden Elements – zu trennen, der etwa auf den Begriff der Ware oder des Arbeitnehmers abstellt. Die diesem zugrunde liegenden unterschiedlichen inhaltlichen Gewährleistungsgehalte und Schutzgüter sind den einzelnen Grundfreiheiten jedoch immanent und führen automatisch zu einer gewissen natürlichen Divergenz. Aufgrund dieser vorgegebenen Tatsache soll der sachliche Schutzbereich nicht für diese Untersuchung der strukturellen Konvergenzfrage herangezogen werden, da er diesbezüglich keinen methodischen Mehrwert bietet, sondern vielmehr das Ergebnis in Richtung Divergenz verfälschen würde. Zu den sachlichen Unterschieden der einzelnen Grundfreiheiten *Schimming*, Konvergenz der Grundfreiheiten S. 7 ff.

³³ In Anlehnung an den in der deutscher Grundrechtsprüfung gängigen Terminus. Andere mitgliedstaatliche Rechtsordnungen verwenden dagegen den Begriff des Anwendungsbereiches, vgl. *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 73.

käufer keine Rolle³⁴. Daher können sich nicht nur Staatsangehörige der Mitgliedstaaten auf die Warenverkehrsfreiheit berufen, sondern auch Drittstaatsangehörige und juristische Personen. Der persönliche Schutzbereich ist insoweit nicht beschränkt. Die Gegenauffassung, die auf praktische Probleme durch ein Auseinanderfallen des persönlichen Schutzbereichs der Waren- gegenüber den Personenverkehrsfreiheiten verweist, gibt selbst zu, dass sich zur Frage der Berechtigung Drittstaatsangehöriger direkt aus dem Wortlaut nichts ergibt³⁵. Es überzeugt letztlich mehr, dem Argument des immanenten sachbezogenen Regelungsgehalts³⁶ mit dem engen Bezug zum grundfreiheitlichen Schutzgut der Ware sowie dem Ziel der Durchsetzung des Binnenmarkts den Vorzug vor möglichen, aber nicht notwendigerweise auftretenden Umsetzungsproblemen zu geben.

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Zwar sehen die Bestimmungen der Art. 45 ff. AEUV keine ausdrückliche Beschränkung auf Staatsangehörige der Mitgliedstaaten vor, auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit können sich dennoch nur diese berufen³⁷, was mit einem Verweis auf den insoweit einschränkenden Wortlaut des Art. 45 Abs. 2 AEUV sowie auf den persönlichen Anwendungsbereich der übrigen Personenverkehrsfreiheiten begründet wird³⁸. Ein Ansässigkeitserfordernis ist nicht vorgesehen³⁹. Daneben können sich auch Arbeitgeber sowie private Arbeitsvermittler auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, wenn dies zu deren effektiven Ausübung notwendig ist⁴⁰. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit kann ihre volle Wirkung nur entfalten, wenn aus ihr ein – insoweit abgeleitetes – Recht des Arbeitgebers folgt, Arbeitnehmer nach Maßgabe der Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer einstellen zu können⁴¹. Der EuGH legt den Arbeitnehmerbegriff daher weit aus und hält eine Erstreckung auf juristische Personen – wie im dargestellten Fall als Arbeitgeber – für möglich⁴². Im Übrigen können sich juristische Personen – im Ge-

³⁴ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/Streinz, Art. 34 AEUV Rn. 32; Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, S. 274 f.; Oliver, Free movements of goods, S. 27; differenzierend Jarass, EuR 1995, 202 (208); ders., 2000, S. 705 (708).

³⁵ Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 33; Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 79 f.; vgl. auch Ehlers, Allgemeine Lehren, § 7 Rn. 40.

³⁶ So auch Frenz, Hb. EuR I, Rn. 231, 296.

³⁷ EuGH, Rs. 118/75, Slg. 1976, 1185, Rn. 11/12 – *Watson und Belmann*; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoft, Art. 45 AEUV, Rn. 15; Jarass, EuR 1995, S. 202 (208); ders., EuR 2000, S. 705 (708).

³⁸ Frenz, Hb. EuR I, Rn. 1538 f.

³⁹ Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 879.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-208/05, Slg. 2007, I-181, Rn. 24 ff. – *ITC*.

⁴¹ EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521, Rn. 20 – *Clean Car Autoservice*.

⁴² EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521, Rn. 19 – *Clean Car Autoservice*.

gensatz zu den anderen Grundfreiheiten – dagegen nicht auf die Freizügigkeit berufen, da sie nicht die Eigenschaft des Arbeitnehmers erfüllen können, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis ausüben muss⁴³. Der genannte Unterschied liegt allerdings im unterschiedlichen Schutzgut der Arbeitnehmerfreizügigkeit begründet, sodass sich hieraus keine Folgerungen für eine Divergenz ableiten lassen.

Auf ein Spezifikum der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist noch hinzuweisen: Diese ist nach Art. 45 Abs. 3 AEUV auch umfassend zeitlich im Rahmen der mit der Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zusammenhängenden Tätigkeiten geschützt⁴⁴. Aber auch dies ist lediglich dem inhaltlichen Schutzgehalt derselben geschuldet und lässt sich daher nur bedingt als Divergenz-Argument heranziehen.

3. Niederlassungsfreiheit

Nach Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV können sich auf die Niederlassungsfreiheit nur Staatsangehörige eines Mitgliedstaats berufen, bei der Gründung etwa von Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften wird nach Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV zusätzlich die Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat vorausgesetzt. Art. 54 AEUV erweitert den persönlichen Anwendungsbereich zudem auf erwerbswirtschaftlich ausgerichtete juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts.

4. Dienstleistungsfreiheit

Auch bei der Dienstleistungsfreiheit stellt nach Art. 56 AEUV die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats eine notwendige Voraussetzung dar. Nach dem Wortlaut des Art. 56 Abs. 1 AEUV muss der Betreffende, der sich auf die Dienstleistungsfreiheit beruft, zudem in der EU ansässig sein. Daneben sind weitere Konstellationen möglich: Bei der aktiven Dienstleistungsfreiheit eines Mitgliedstaatsangehörigen kann auch ein Drittstaatsangehöriger Empfänger der Leistung sein, muss dann aber in der EU ansässig sein, während bei der passiven Dienstleistungsfreiheit der Empfänger Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, aber nicht unbedingt in der EU ansässig sein muss⁴⁵. Zumindest muss in jedem Fall ein Bin-

⁴³ Calliess/Ruffert/Brechmann, EUV/AEUV, Art. 45 AEUV, Rn. 12.

⁴⁴ Vgl. hierzu Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 882.

⁴⁵ Calliess/Ruffert/Kluth, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 39 m. w. N.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Randelzhofer/Forsthoff, Art. 56 AEUV, Rn. 22 ff.; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 969; EuGH, Rs. C-290/04, Slg. 2006, I-9461 Rn. 68 – *Scorpio* geht lediglich davon aus, dass die Dienstleistung innerhalb der Union erbracht werden muss sowie der Dienstleister die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und in einem Land der Union ansässig sein muss.

nenmarktbezug hergestellt werden. Auch juristische Personen können sich über Art. 62 i. V. m. Art. 54 AEUV auf die Dienstleistungsfreiheit berufen.

5. Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit

Ein deutlicher Unterschied im Schutzbereich zu den bisherigen Grundfreiheiten findet sich bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit bereits im Wortlaut: Nach Art. 63 Abs. 1 a. E. AEUV gilt die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit auch zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten. Daher können sich in diesem Rahmen alle natürlichen und juristischen Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit darauf berufen⁴⁶. Die Gegenauffassung⁴⁷ ist aus den bereits im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit dargestellten Gründen abzulehnen⁴⁸, dem Argument des engen Bezugs zum jeweiligen grundfreiheitlichen Schutzgut der Vorzug zu geben.

Dabei ist allerdings das Ansässigkeitserfordernis strittig, welches teilweise gefordert⁴⁹, mehrheitlich aber abgelehnt wird⁵⁰. Dem ist zuzustimmen, da auch hier der Binnenmarktbezug über einen personenunabhängigen grenzüberschreitenden sowie kapitalbezogenen, grundfreiheitlich relevanten Vorgang hergestellt werden kann.

6. Zwischenergebnis

Bezüglich des persönlichen Anwendungs- bzw. Schutzbereichs lässt sich folgendes Ergebnis festhalten: Insgesamt kann eine Konvergenz der Grundfreiheiten bezüglich der am Beginn dieses Abschnitts genannten Kriterien festgestellt werden. Hiervon sind jedoch Ausnahmen zu machen, die allerdings in der unterschiedlichen Struktur der Personenverkehrs- und der Waren- bzw. Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit begründet sind. Während erstere an der Person des Grundfreiheitsberechtigten anknüpfen, beziehen sich letztere auf die grenzüberschreitenden grundfreiheitlichen Transaktionen. Hierin liegen die Unterschiede beim Staatsangehörigkeits- und Ansässigkeitserfordernis begründet, während sich bezüglich der Berechtigung juristischer Person – mit der dargestellten Ausnahme

⁴⁶ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 277; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Ress/Ukrow*, Art. 63 AEUV, Rn. 1022; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 1011.

⁴⁷ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 33; *Ehlers*, Allgemeine Lehren, § 7 Rn. 40.

⁴⁸ Vgl. bereits oben D.II.1.

⁴⁹ *Jarass*, EuR 1995, 202 (208).

⁵⁰ *Dausen/Follak*, Art. 63 AEUV, Rn. 8; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Ress/Ukrow*, Art. 63 AEUV, Rn. 1022.

bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit – ein Gleichlauf feststellen lässt. Was die Berechtigung Drittstaatsangehöriger betrifft, ist eine Trennung zwischen Personenverkehrs- und Produktverkehrsfreiheiten zu ziehen. Während erstere an der Staatsangehörigkeit anknüpfen, sind letztere produktbezogen, weshalb sich auch Drittstaatsangehörige darauf berufen können. Ein echtes Argument für eine Divergenz lässt sich hieraus allerdings nicht ableiten, da dieser Unterschied wesentlich in den jeweils unterschiedlichen Schutzgütern begründet liegt.

Nach dem persönlichen Schutzbereich soll nun die Reichweite der einzelnen Grundfreiheiten untersucht werden. Dabei kann es angesichts der unterschiedlichen sachlichen Gewährleistungsgehalte und Schutzgüter der einzelnen Grundfreiheiten allerdings nur darum gehen, strukturelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Reichweite festzustellen. Die unterschiedlichen Schutzobjekte sind den Grundfreiheiten immanent und können daher nur bedingt für die Beantwortung der Konvergenzfrage herangezogen werden.

III. Reichweite der Grundfreiheiten

Die Frage der Reichweite der Grundfreiheiten stellt nicht nur eine Frage des Schutzbereiches dar, sondern betrifft auch den noch zu untersuchenden Punkt der Beeinträchtigung bzw. des Eingriffs. Allgemein spielt bezüglich der Reichweite die gängige Unterscheidung von Diskriminierung und anderweitigen diskriminierungsfreien bzw. unterschiedslos wirkenden Beschränkungen eine Rolle⁵¹. Dabei ist hinsichtlich der vorliegenden Fragestellung zu untersuchen, ob bzw. inwieweit die einzelnen Grundfreiheiten jeweils ein Diskriminierungs- und/oder Beschränkungsverbot enthalten, d. h. ob sie diesbezüglich die gleiche Struktur aufweisen oder sich entsprechend unterscheiden.

1. Diskriminierungs- vs. Beschränkungsverbot

Während die Grundfreiheiten ursprünglich als bloße Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit interpretiert wurden⁵², hat der EuGH im Laufe der Zeit die Grundfreiheiten zu weitergehenden Beschränkungsverboten ausge-

⁵¹ Vgl. etwa *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 795 ff.; *Steinberg*, EuGRZ 2002, S. 13 (18); *Streinz*, Europarecht, Rn. 798, 804 ff.

⁵² Hierzu *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (148). *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (710 f.) erweitert die bestehende Dichotomie noch um einen „Kernbereichseingriff“, der vorliegen soll, wenn eine direkte Behinderung grenzüberschreitender Vorgänge oder eine Verhinderung des Marktzutritts gegeben ist – auch ohne Schlechterstellung im konkreten Fall. Derartige Eingriffe liefen der Grundintention der Grundfreiheiten zuwider. Da bei diesem Ansatz zwischen den einzelnen Grundfreiheiten jedoch nicht differenziert wird, besitzt er keine weitergehende Relevanz für die Konvergenzproblematik.

baut⁵³. Entscheidend waren hier maßgebende Urteile wie in den Rechtssachen *Dassonville*⁵⁴ oder *Gebhard*⁵⁵.

Die Unterscheidung zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot ist für die vorliegende Fragestellung insofern von Interesse, als dass sich hierdurch auch Unterschiede hinsichtlich der Reichweite der einzelnen Grundfreiheiten ergeben können, was wiederum auf eine strukturelle Konvergenz oder Divergenz schließen lässt. Zunächst werden daher die beiden unterschiedlichen Termini zur Reichweite der Grundfreiheiten begrifflich geklärt.

a) Offene und versteckte Diskriminierungen

Grundsätzlich handelt es sich um eine Diskriminierung, wenn eine nationale Regelung an das unionsrechtliche Tabukriterium der Staatsangehörigkeit eine Schlechterstellung der EU-Ausländer oder der grenzüberschreitenden Sachverhalte gegenüber den eigenen Staatsangehörigen oder inländischen Sachverhalten knüpft⁵⁶.

Der Begriff der Diskriminierung lässt sich noch einmal aufspalten in offene und versteckte bzw. verdeckte Diskriminierungen⁵⁷: Um eine offene oder unmittelbare Diskriminierung handelt es sich, wenn eine Regelung ausdrücklich an das Merkmal der ausländischen Herkunft – bzw. bei Personen der ausländischen Staatsangehörigkeit oder Qualifikation – anknüpft, während der EuGH eine versteckte oder mittelbare Diskriminierung annimmt, wenn die fraglichen Regelungen formal an ein anderes Kriterium anknüpfen, tatsächlich aber trotzdem genau die Waren oder Personen betreffen, die gerade nicht benachteiligt werden dürfen⁵⁸.

Neben den offenen Diskriminierungen, die direkt auf die Staatsangehörigkeit abstellen, besteht damit auch ein Schutz vor versteckten Diskriminierungen, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem glei-

⁵³ Vgl. zum Ausbau des Diskriminierungsverbots zum Beschränkungsverbot instruktiv auch *Streinz*, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, § 152 Rn. 31 ff.; *Parpart*, Die unmittelbare Bindung Privater, S. 48 ff.; *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 113 f.; zustimmend auch *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 57 m. w. N.

⁵⁴ EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 – *Dassonville*.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 – *Gebhard*.

⁵⁶ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 795. Ausführlich zum Begriff der Diskriminierung im europarechtlichen Sinn *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 5 ff.

⁵⁷ Damit korrespondiert zudem das Begriffspaar direkt – indirekt. Vgl. zur eingeführten Unterscheidung auch *Ruffert*, JuS 2009, S. 97 (100).

⁵⁸ *Classen*, EWS 1995, S. 97. Versteckte Diskriminierungen werden auch als mittelbare, materielle oder faktische Diskriminierungen bezeichnet, vgl. *Ehlers*, Jura 2001, S. 266 (270); *Frenz*, Europarecht, Rn. 234; *Görlitz*, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten, S. 102 ff.

chen Ergebnis wie offene Diskriminierungen führen⁵⁹. Mit dem Verbot derartiger Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit korrespondiert der Anspruch auf Inländergleichbehandlung. Es wird für die Beantwortung der Konvergenzfrage zu zeigen sein, inwieweit die Grundfreiheiten sowohl vor offenen als auch vor versteckten Diskriminierungen schützen.

Um zu einer Reichweitungsausdehnung und damit auch zu einem umfassenderen grundfreiheitlichen Schutzniveau zu gelangen, wird teilweise auch eine Lösung über ein weites Verständnis der Figur der mittelbaren Diskriminierung vorgeschlagen⁶⁰. Dies leitet allerdings bereits zum nachfolgend zu klärenden Begriff der Beschränkung über. Es zeigt sich, wie fließend die definitorischen Grenzen zwischen beiden Begriffen sind.

b) Begriff der Beschränkung

Eine Beschränkung lässt sich zunächst negativ definieren im Sinne eines „Weniger“ als eine Diskriminierung. Positiv fallen hierunter tatsächliche inhaltlich-materielle Schlechterstellungen, zu denen es kommen kann, wenn inländische und ausländische Produkte sowie Inländer und EU-Ausländer zwar rechtlich gleich bzw. unterschiedslos und damit nicht-diskriminierend behandelt werden. Im Ergebnis werden grenzüberschreitende Waren, Ausländer bzw. dort ansässige Personen tatsächlich aber schlechter gestellt⁶¹. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Beschränkung gegeben, wenn eine Regelung die Ausübung der Grundfreiheiten unabhängig von der Staatsangehörigkeit behindert oder weniger attraktiv macht⁶². Diesen zur Niederlassungsfreiheit entwickelten Beschränkungs-begriff wendet der EuGH auch bei anderen Grundfreiheiten an⁶³. Derartige Beschränkungen können in den unterschiedlichen, zwischen den Mitgliedstaaten divergierenden nationalen Regelungen begründet sein. Eine solche Schlechterstellung kann aber auch vom Herkunftsstaat ausgehen, wenn dieser etwa eine Gesellschaft bei der Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat behindert⁶⁴ – wenn-

⁵⁹ EuGH, Rs. C-330/91, Slg. 1993, I-4017, Rn. 14 – *Commerzbank*.

⁶⁰ Calliess/Ruffert/*Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 73; vgl. zur Figur der mittelbaren Diskriminierung auch *Görlitz*, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung.

⁶¹ *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (214).

⁶² EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*.

⁶³ EuGH, Rs. C-363/93, Slg. 1994, I-3957, Rn. 26 ff. – *Lancry* zur Warenverkehrsfreiheit bzw. Zollunion; EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Rn. 28 – *Alpine Investments* zur Dienstleistungsfreiheit und EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 103 – *Bosman* zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.

⁶⁴ EuGH, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483, Rn. 16 – *Daily Mail*.

gleich hierbei eigentlich keine Ungleichbehandlung bzw. Schlechterstellung von EU-Ausländern, sondern nur von Inländern vorliegt. Bezüglich des bereits erörterten grenzüberschreitenden Bezugs soll hierbei genügen, dass eine Beschränkung mit einem nur möglichen grenzüberschreitenden Bezug zumindest geeignet ist, die Ausübung der Grundfreiheit weniger attraktiv zu machen⁶⁵. Auch daran zeigt sich, wie der ursprünglich enge Anwendungsbereich sowie die Reichweite der Grundfreiheiten erweitert wurden.

Auch wenn sich mit der skizzierten Abgrenzung unterscheidende Maßnahmen als Diskriminierungen und unterschiedslose Maßnahmen als Beschränkungen einordnen lassen, können die Grenzen zwischen Diskriminierung und Beschränkung – v. a. zwischen versteckter Diskriminierung und Beschränkung – fließend sein. Auch der EuGH grenzt in seiner Rechtsprechung beide nicht immer klar voneinander ab⁶⁶, was eine klare definitorische Trennung weiter erschwert und v. a. hinsichtlich der Rechtfertigungsebene praktische Schwierigkeiten hervorruft⁶⁷.

Die genannte Definition verlangt daher gleichzeitig, dass auch bei einer Ausweitung der Grundfreiheiten auf ein Beschränkungsverbot trotzdem immer überprüft werden muss, ob EU-Ausländer oder ausländische Waren in tatsächlicher Weise stärker belastet werden als Inländer bzw. inländische Waren. Im Sinne der eingeführten Beschränkungsformel muss die Ausübung der jeweiligen Grundfreiheit durch die fraglichen Maßnahmen weniger attraktiv gemacht werden. Dies gilt für alle Grundfreiheiten.

Die Intention hinter der Ausweitung der Grundfreiheiten auf Beschränkungsverbote ist die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten sowie des Binnenmarkts gegenüber jeder Art von möglichen Beschränkungen. Hierbei konnte auch der EuGH als „Motor“ der Integration wirken und im Sinne des *effet utile* einer Schlechterstellung grenzüberschreitender Vorgänge entgegenwirken.

An die Ausweitung der Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten schließt sich die Folgefrage an, wie nun das Beschränkungsverbot wiederum beschränkt werden kann. Auch die Frage, welche Grenzen dieses bei den einzelnen Grundfreiheiten findet, ist maßgeblich für die Feststellung der Konvergenz bzw. Divergenz.

⁶⁵ Jarass, EuR 2000, S. 705 (711); Steinberg, EuGRZ 2002, S. 13 (18).

⁶⁶ EuGH, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731 – *Goldene Aktien I* etwa spricht wörtlich von einer „Ungleichbehandlung der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten [...], die den freien Kapitalverkehr beschränkt“ [eigene Hervorhebung, B.K.]. Meist wird beides parallel geprüft, vgl. etwa EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 – *van Binsbergen* sowie EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Rn. 12 – *Säger*.

⁶⁷ Genauer hierzu später unter D.VI.

Eine mögliche korrektive Beschränkung wird später im Rahmen der *Keck*-Formel und des Eingriffs in die Grundfreiheit noch zu untersuchen sein. Im Folgenden soll aber zunächst untersucht werden, ob bzw. inwieweit die einzelnen Grundfreiheiten neben einem Diskriminierungs- jeweils auch ein Beschränkungsverbot im dargestellten Sinn enthalten.

2. Die *Dassonville*-Formel der Warenverkehrsfreiheit

Bei der Warenverkehrsfreiheit lässt sich ein Diskriminierungsverbot nicht direkt aus dem Wortlaut des Art. 34 AEUV herauslesen, der zunächst kein eigenständiges Diskriminierungsverbot enthält⁶⁸. Wie noch zu zeigen sein wird, konstituiert Art. 34 AEUV jedoch ein Beschränkungsverbot, das auch Diskriminierungen nach der Warenherkunft umfasst⁶⁹. Im Ergebnis wird damit ein spezielles Diskriminierungsverbot einbezogen: Waren aus einem anderen EU-Mitgliedstaat dürfen nicht schlechter behandelt werden als inländische Waren. Unzulässiges Differenzierungsmerkmal stellt bei der Warenverkehrsfreiheit die Herkunft der Ware dar. Der EuGH hat bereits 1974 durch die *Dassonville*-Formel die Reichweite der Warenverkehrsfreiheit auf ein Beschränkungsverbot erweitert⁷⁰. Danach fällt unter den Schutz des Art. 34 AEUV als Maßnahme gleicher Wirkung grundsätzlich „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“⁷¹. Begründen lässt sich dies sowohl mit dem Wortlaut von Art. 34 AEUV als auch teleologisch mit dem Binnenmarktprinzip und dem Herkunftslandprinzip, nach dem Waren, die in einem Mitgliedstaat im Verkehr sind, auch in den anderen Mitgliedstaaten verkehrsfähig sein sollen⁷².

Mit dieser Erweiterung auf ein Beschränkungsverbot leistete die Warenverkehrsfreiheit Pionierarbeit auch für die übrigen Grundfreiheiten, die im Folgenden untersucht werden sollen.

⁶⁸ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 832, in diese Richtung jedoch EuGH, Rs. 59/82, Slg. 1983, 1217, Rn. 8 – *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Weinvertriebs-GmbH* sowie *Görlitz*, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung, S. 297 ff.

⁶⁹ *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, § 11, Rn. 37; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 832.

⁷⁰ Dies wird auch von der Literatur anerkannt, vgl. etwa *Classen*, EWS 1995, S. 97 (98); *Steinberg*, EuGRZ 2002, S. 13 (18).

⁷¹ EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5 – *Dassonville*, mittlerweile st. Rspr.

⁷² *Steinberg*, EuGRZ 2002, S. 13 (18); auch EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 8, 14 f. – *Cassis de Dijon* betont das Herkunftslandsprinzip.

3. Übertragung der *Dassonville*-Formel auf die übrigen Grundfreiheiten

Fraglich ist, ob der EuGH die *Dassonville*-Formel grundsätzlich – wenn nicht formal, so doch zumindest inhaltlich – auch auf die übrigen Grundfreiheiten übertragen hat⁷³ und somit die Gewährleistungen der Grundfreiheiten weit interpretiert. Materiell entspricht dem ein Ausbau der Grundfreiheiten von Diskriminierungs- hin zu Beschränkungsverboten.

a) Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit zielt nach Art. 45 Abs. 2 AEUV auf die „Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“. Folglich darf keine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliegen, es handelt sich mithin um ein Diskriminierungsverbot. Der EuGH hat dazu festgestellt, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit sowohl vor offenen als auch vor versteckten Diskriminierungen schützt⁷⁴.

Darüber hinaus hat er in der Rechtssache *Bosman* Art. 45 AEUV ein Beschränkungsverbot zugesprochen: Danach sind von der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch nicht-diskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen erfasst, welche die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit – unabhängig von der Staatsangehörigkeit – behindern oder weniger attraktiv machen⁷⁵. Inhaltlich ging es dabei um Transferregeln und Ausländerklauseln des belgischen Fußballverbands sowie der UEFA. Das eigentlich diskriminierungsfreie Spieler-Transfersystem, nach dem bei einem Vereinswechsel eine Ablösesumme an den bisherigen Verein zu zahlen war, wurde dabei als unzulässige Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit angesehen. Der EuGH hielt an dieser Erweiterung auf ein Beschränkungsverbot in seiner weiteren Rechtsprechung fest und bestätigte dieses in den Rechtssachen *Olympique Lyonnais*⁷⁶ sowie *Kranemann*⁷⁷. Bei letzterem ging es um die

⁷³ Vgl. hierzu instruktiv *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (148 ff.); *Callies/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 42 ff. m. w. N. sowie *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 114 m. w. N.; *Brigola*, Das System der EG-Grundfreiheiten, S. 77 ff. weist dies für die einzelnen Grundfreiheiten nach.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-279/93, Slg. 1995, I-225, Rn. 26 ff. – *Schumacker*; Rs. C-259/91, C-331/91 und C-332/91; Slg. 1993, I-4309, Rn. 11 ff. – *Allué u. a.*; zustimmend *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (154); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 887.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 94 ff. – *Bosman*; bestätigt durch EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493, Rn. 18 ff. – *Graf*; vgl. auch *Callies/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 44.

⁷⁶ EuGH, Rs. C-325/08, Slg. 2010, I-2177, Rn. 33 – *Olympique Lyonnais*.

Kostenerstattung für die Reise zur ausländischen Wahlstation eines Rechtsreferendars. Der EuGH sah die Verweigerung der Kostenerstattung für den Auslandsanteil der Reise als unzulässige Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Wegzugskonstellation an⁷⁸, da die Kosten nicht nur für den inländischen Teil der Reise, sondern auch für den auf andere Mitgliedstaaten entfallenden Teil gewährt werden müssten. Als Besonderheit ist hierzu anzumerken, dass die Erweiterung einer Grundfreiheit zu einem Beschränkungsverbot im skizzierten Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht nur negativ in dem Verbot der Verweigerung einer Begünstigung mündete, sondern sogar die Auferlegung einer finanziellen Verpflichtung für die Mitgliedstaaten beinhaltete⁷⁹.

Daneben lässt sich auch die *Gebhard*-Formel für die Anerkennung eines Beschränkungsverbots heranziehen, die bezüglich ihres Rechtfertigungsregimes davon ausgeht, dass auch Beschränkungen von der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst werden⁸⁰. Im Beschränkungsverbot ist *a maiore ad minus* auch das bereits angesprochene Diskriminierungsverbot enthalten.

b) Niederlassungsfreiheit

Bei der Niederlassungsfreiheit spricht Art. 49 Abs. AEUV explizit von „Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats“. Auch hier handelt es sich ausweislich des einschlägigen Wortlauts um ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit. Für Angehörige anderer Mitgliedstaaten müssen nach Art. 49 Abs. 2 a. E. AEUV die gleichen Bestimmungen gelten wie für die eigenen Staatsangehörigen. Die Niederlassungsfreiheit schützt dabei auch vor versteckten Diskriminierungen⁸¹.

Strittiger ist dagegen die Frage, ob die Niederlassungsfreiheit auch ein Beschränkungsverbot enthält, was jedoch überwiegend mit Verweis auf das Herkunftslandprinzip, die übrigen Grundfreiheiten sowie Effektivitätsgesichtspunkte bejaht wird⁸². In Anknüpfung an die noch zu erörternde *Keck*-Rechtsprechung wird teil-

⁷⁷ EuGH, Rs. C-109/04, Slg. 2005, I-2421, Rn. 25 f. – *Kranemann*.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-109/04, Slg. 2005, I-2421, Rn. 23 ff. – *Kranemann*.

⁷⁹ Von der Literatur wurde diese den Mitgliedstaaten auferlegte Pflicht kritisiert, vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 895; *Pechstein*, JZ 2005, S. 943 f. Auch der EuGH hatte in Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493, Rn. 24 – *Graf* noch von einer derartigen Pflicht abgesehen.

⁸⁰ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*.

⁸¹ EuGH, Rs. C-330/91, Slg. 1993, I-4017, Rn. 14 ff. – *Commerzbank*.

⁸² EuGH, Rs. 96/85, Slg. 1986, 1475, Rn. 11 – *Kommission/Frankreich*; EuGH, Rs. C-340/89, Slg. 1991, I-2379, Rn. 15 – *Vlassopoulou*; EuGH, Rs. C-108/96, Slg. 2001, I-837, Rn. 26 f. – *Mac Quen u. a.*; EuGH Rs. C-347/04, Slg. 2007, I-2647, Rn. 36 – *Rewe Zentralfinanz*. Vgl. auch *Beh-*

weise auch vorgeschlagen, zwischen der Regelung der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit und der Regelung der Ausübung dieser Tätigkeit zu unterscheiden⁸³. Während sich bei ersterem die Niederlassungsfreiheit auf ein Beschränkungsverbot erstreckt, sollte bei zweitem lediglich ein Diskriminierungsverbot enthalten sein. Zwar ist dem zugegeben, dass sich die Niederlassungsfreiheit eher auf den Marktzutritt bezieht. Eine genaue inhaltliche Trennung zur Ausübung der Tätigkeit lässt sich aber kaum vornehmen. Auch in der EuGH-Rechtsprechung findet eine derartige Interpretation keinen Rückhalt⁸⁴. Dies gilt umso mehr spätestens seit der *Gebhard*-Entscheidung⁸⁵, nach der ein Beschränkungsverbot auch bei der Niederlassungsfreiheit zu bejahen ist. Neben dem in dieser Entscheidung entwickelten Beschränkungs-begriff lässt sich zur Begründung der Ausweitung auf den Effektivitätsgrundsatz abstellen.

c) Dienstleistungsfreiheit

Ausweislich des Wortlauts der Art. 56 Abs. 1 und 57 Abs. 3 AEUV handelt es sich zunächst um ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie der Ansässigkeit in einem anderen Mitgliedstaat. In dem Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht wird, sind die gleichen Voraussetzungen zu gewähren wie gegenüber den eigenen Staatsangehörigen.

Auch bei der Dienstleistungsfreiheit kam es zu einer Ausweitung auf ein Beschränkungsverbot durch den EuGH. Nach der *van Binsbergen*-Entscheidung umfasse die Dienstleistungsfreiheit nicht nur die Beseitigung von Diskriminierungen, sondern auch alle Beschränkungen, die „in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern“⁸⁶. Diese Rechtsprechung hat der EuGH wiederholt bestätigt⁸⁷.

rens, EuR 1992, S. 145 (151 ff.); Callies/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 44; Frenz, Hb. EuR I, Rn. 2462 ff.; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 939; Jarass, EuR 1995, S. 202 (214 f.); a. A. Classen, EWS 1995, S. 97 (103).

⁸³ Steinberg, EuGRZ 2002, S. 13 (18).

⁸⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-250/95, Slg. 1997, I-2471, Rn. 24 f. – *Futura Participations*.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 31, 37 – *Gebhard*; vgl. zuletzt auch EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012, Rs. C-378/10, Rn. 34 ff. – *VALE Építési kft.*

⁸⁶ EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 – *van Binsbergen*; vgl. auch Classen EWS 1995, S. 97 (98) m. w. N.

⁸⁷ EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Rn. 12 – *Säger*; EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Rn. 28, 35 – *Alpine Investments*; EuGH, Rs. C-381/93, Slg. 1994, I-5145, Rn. 17 – *Kommission/Frankreich*; EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Rn. 33 – *Kohll*; vgl. auch Callies/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 42.

d) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit

Wie bei der Warenverkehrsfreiheit ist bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit bereits der Wortlaut weiter gefasst und bezieht sich nach Art. 63 Abs. 1 AEUV auch auf Beschränkungen. Der EuGH sieht den Anwendungsbereich bei unterschiedslos geltenden Beschränkungen des Kapitalimports und -exports als gegeben an⁸⁸. Dazu gehören Beschränkungen des Kapitalverkehrs, die geeignet sind, Gebietsfremde von Investitionen in einem Mitgliedstaat oder die dort Ansässigen von Investitionen in anderen Mitgliedstaaten abzuhalten⁸⁹. Dies wird von der Literatur anerkannt⁹⁰, *Behrens* allerdings vertritt in Unterscheidung reiner grenzüberschreitender Transferbeschränkungen von aus den Unterschieden nationaler Rechts- und Verwaltungsvorschriften resultierender Verzerrungen eine strukturelle Abweichung von anderen Grundfreiheiten, insbesondere der Personenverkehrsfreiheiten, und will die Angleichung über sekundärrechtliche Instrumente erreichen⁹¹. Zwar liegt hierin ein systematisch anderer Ansatz, als er hinsichtlich der positiven Rechtsangleichung auf den Vorrang der sekundärrechtlichen Normierung abstellt, im Übrigen aber unmittelbar auf das primärrechtliche Beschränkungsverbot zurückgreift. Inhaltlich lässt sich aber auch über diese Unterscheidung ein Verbot entsprechender Beschränkungen begründen⁹².

4. Urheber der beeinträchtigenden Maßnahmen: Herkunfts- vs. Ziel- bzw. Aufnahmestaat

Ist geklärt, dass die Grundfreiheiten nicht nur für Diskriminierungen nach der Staatsangehörigkeit, sondern auch für unterschiedslose Beschränkungen gelten, bleibt zu untersuchen, ob sich die einzelnen Grundfreiheiten hinsichtlich des Urhebers der fraglichen Maßnahmen unterscheiden. Dabei sind verschiedene Konstellationen denkbar: Beeinträchtigende Maßnahmen können sowohl vom Her-

⁸⁸ EuGH, Rs. C-483/99, Slg. 2002, I-4781, Rn. 41 f. – *Kommission/Frankreich*; EuGH, Rs. C-443/06, Slg. 2007, I-8491, Rn. 34 ff. – *Hollmann*; EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Rn. 56 f. – *Kommission/Spanien*; EuGH, Rs. C-112/05, Slg. 2007, I-8995, Rn. 19 ff. – *Kommission/Deutschland*.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-370/05, Slg. 2007, I-1129, Rn. 24 – *Festersen*; EuGH, verb. Rs. C-105/12 bis C-107/12, Urteil vom 22. Oktober 2013, Rn. 41 – *Essent u. a. m. w. N.*

⁹⁰ Callies/Ruffert/*Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 43; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 1013 sprechen von einem „einheitlichen spezifischen Beschränkungsbegriff“; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 30 Rn. 14; *Schimming*, Konvergenz der Grundfreiheiten, S. 114.

⁹¹ *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (154 f.).

⁹² Der Vorrang des Sekundärrechts ist daneben ein Grundsatz, bezüglich dessen alle Grundfreiheiten übereinstimmen; vgl. hierzu später noch unter D.VI.5.e).

kunftsstaat als auch vom Ziel- bzw. Aufnahmestaat ausgehen⁹³. Für die Untersuchung der Konvergenz der Grundfreiheiten lässt sich diese Unterscheidung mit der bereits eingeführten Dichotomie aus Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot kombinieren und anhand der Arbeitnehmerfreizügigkeit exemplifizieren. Hier bezieht sich das Beschränkungsverbot auf Maßnahmen des Herkunfts- und des Zielstaats⁹⁴, während beim Diskriminierungsverbot bereits begriffslogisch nur Maßnahmen des Ziel- bzw. Aufnahmestaats erfasst werden⁹⁵, da der Herkunftsstaat hier nicht nach der Staatsangehörigkeit, sondern zwischen seinen eigenen Staatsangehörigen, also Angehörigen desselben Staates differenziert. Mithin ist das Tabukriterium der Staatsangehörigkeit nicht gegeben⁹⁶.

Was bei den Personenverkehrsfreiheiten für die Zuzugs- und Wegzugskonstellation gilt, betrifft auch die Warenverkehrs- sowie Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit. Auch die beiden Letztgenannten können sich in ihrer Schutzwirkung sowohl gegen Maßnahmen des Herkunftsstaats, als auch gegen Maßnahmen des Zielstaats richten, hier allerdings bezüglich der Herkunft der Ware oder des Kapitals als Anknüpfungspunkt. Für die vorliegende Fragestellung bedeutet dies, dass sich bezüglich des Urhebers der mitgliedstaatlichen Maßnahmen und der Schutzrichtung eine Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen lässt.

5. Das Folgeproblem der Inländerdiskriminierung

Mit dem Abstellen auf die Staatsangehörigkeit als Tabukriterium und dem daraus folgenden Anspruch auf Inländergleichbehandlung⁹⁷ ist das Folgeproblem der Inländerdiskriminierung verbunden. Eine solche kann entstehen, wenn die Anwendung der Grundfreiheiten auf EU-Ausländer dazu führt, dass Inländer, d. h. eigene Angehörige eines Mitgliedstaats im Vergleich zu EU-Ausländern schlechter gestellt werden – analog gilt dies für das Herkunftslandprinzip bei den Pro-

⁹³ Das Problem der Beeinträchtigung nicht durch die Mitgliedstaaten selbst, sondern durch private Dritte wird später unter D.VII.2 noch ausführlich behandelt.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 114 – *Bosman*; EuGH, Rs. C-109/04, Slg. 2005, I-2421, Rn. 36 – *Kranemann*; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 890, 895.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-162/99, Slg. 2001, I-541, Rn. 20 – *Kommission/Italien*; EuGH, Rs. C-279/93, Slg. 1995, I-225, Rn. 35 f. – *Schumacker*; EuGH, Rs. C-15/96, Slg. 1998, I-47, Rn. 14 ff., 23 – *Schöning-Kougebetopoulou*; EuGH, Rs. C-187/96, Slg. 1998, I-1095, Rn. 23 – *Kommission/Griechenland*. Keine Unterscheidung zwischen EU-Ausländern und Inländern liegt insoweit auch vor, wenn ein Herkunftsmitgliedstaat seine eigenen Staatsangehörigen in grenzüberschreitenden Situationen benachteiligt, vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 717 sowie sogleich D.III.5.

⁹⁶ Eine nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern auf eine sachliche Zuordnung abstellende Ausnahme hiervon kann sich insoweit jedoch etwa bei der Differenzierung zwischen in- und ausländischen Einkünften im Steuerrecht ergeben.

⁹⁷ Vgl. zum Inländergleichbehandlungsanspruch nach dem Wortlaut der einzelnen Grundfreiheiten *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 109.

duktverkehrsfreiheiten –, da die Grundfreiheiten auf sie mangels grenzüberschreitenden Sachverhalts nicht anwendbar sind. Das Problem der Inländerdiskriminierung bedingt sich dabei durch die einseitige Schutzrichtung der Grundfreiheiten: Diese schützen nur grenzüberschreitende Vorgänge gegenüber einer Benachteiligung im Vergleich zu innerstaatlichen Vorgängen, nicht aber auch umgekehrt – so wurde etwa das deutsche Reinheitsgebot für deutsche Brauereien für anwendbar erklärt, während es für ausländische Biere aufgehoben wurde⁹⁸.

Diesbezüglich war v. a. im Schrifttum umstritten, ob auch im Fall der Inländerdiskriminierung bei Fehlen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts die Grundfreiheiten überhaupt anwendbar sind⁹⁹. Dabei geht es jedoch um die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten an sich. Für die vorliegende Fragestellung ist allerdings lediglich von Belang, ob sich dieses Problem bei allen Grundfreiheiten gleichermaßen stellt, oder hieraus ein Divergenzmerkmal erwächst. Vergleicht man die Grundfreiheiten untereinander, befinden sich diese im Gleichlauf. Da sich dieses Problem bei allen Grundfreiheiten gleichermaßen stellt, ist Konvergenz gegeben.

Dieses Ergebnis bestätigt ein Blick auf die Judikatur des EuGH zu den jeweiligen Grundfreiheiten: Die Warenverkehrsfreiheit bezieht sich nicht auf Konstellationen, bei denen einheimische Erzeuger benachteiligt werden, etwa weil sie Waren im Gegensatz zu den ausländischen Erzeugern zu einem bestimmten Preis abliefern müssen¹⁰⁰. Auch bei der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH bestätigt, dass eine Inländerdiskriminierung möglich und zulässig ist¹⁰¹. Hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat er zumindest geurteilt, dass der Genuss der Rechte des Inländers, der sich in einer vergleichbaren Situation wie ein EU-Ausländer befindet, nicht entzogen bzw. ausgeschlossen werden dürfe¹⁰². Dies gilt beispielsweise für die Anerkennung in einem anderen Mitgliedstaat erworbener Berufsabschlüsse¹⁰³. Auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfrei-

⁹⁸ EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227, Rn. 53 – *Kommission/Deutschland*; vgl. hierzu auch *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (220); *ders.*, EuR 2000, S. 705 (714).

⁹⁹ Dagegen EuGH, Rs. C-332/90, Slg. 1992, I-341, Rn. 9 ff. – *Steen*; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 39 m. w. N.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 22 Rn. 13; a. A. *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (161), der aus Gründen des *effet utile* und des Wettbewerbs sicherstellen will, dass alle Marktbürger – und damit auch alle Inländer im Vergleich zu EU-Ausländern – zu gleichen Bedingungen miteinander konkurrieren. Dies würde die rein wirtschaftlich ausgerichteten Grundfreiheiten jedoch in bedenklicher Weise zu Quasi-Grundrechten fortentwickeln.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. 119/78, Slg. 1979, 975, Rn. 29 f. – *Peureux*.

¹⁰¹ EuGH, Rs. 20/87, Slg. 1987, 4879, Rn. 10 ff. – *Ministère Public/Gauchard*; EuGH, verb. Rs. C-277/91, C-318/91 und C-319/91, Slg. 1993, I-6621, Rn. 41 f. – *Ligur Carni*.

¹⁰² EuGH, Rs. C-107/94, Slg. 1996, I-3089, Rn. 32 – *Asscher*; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 874 m. w. N. der Rspr.; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 38 f.

¹⁰³ EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn. 16, 32 – *Kraus*.

heit, die strukturelle Anknüpfungspunkte sowohl zu den Personenverkehrsfreiheiten als auch zur Warenverkehrsfreiheit besitzt¹⁰⁴, kann dies übertragen werden. Die Grundfreiheiten konstituieren letztlich kein Verbot der Inländerdiskriminierung¹⁰⁵. Befindet sich der Inländer gegenüber seinem Herkunftsmitgliedstaat in vergleichbarer Lage wie ein EU-Ausländer, kann er allerdings einen Anspruch auf entsprechende Gleichbehandlung besitzen¹⁰⁶. Zudem bleibt als Schutz der eigenen Staatsangehörigen die Berufung auf nationale, ggf. grundrechtliche Gleichbehandlungsansprüche. Insgesamt lässt sich bezüglich des Problems der Inländerdiskriminierung damit eine Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen.

6. Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV und zum Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV

Bezüglich der Konvergenz oder Divergenz der Reichweite der einzelnen Grundfreiheiten ist auch deren Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot hinsichtlich der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 Abs. 1 AEUV zu untersuchen. Von Interesse ist dabei die Frage, ob die jeweiligen Grundfreiheiten ein gegenüber Art. 18 AEUV eigenständiges Diskriminierungsverbot enthalten bzw. als *leges speciales* zu Art. 18 AEUV fungieren. Ist dies der Fall, würde das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV im Wege der Subsidiarität hinter die jeweiligen Grundfreiheiten, insbesondere die Personenverkehrsfreiheiten, zurücktreten¹⁰⁷. Unterscheiden sich die einzelnen Grundfreiheiten dabei, kann hieraus wiederum ein Argument für die Divergenz gewonnen werden.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst an die gefundenen Ergebnisse der Untersuchung der Reichweite der einzelnen Grundfreiheiten anzuknüpfen¹⁰⁸. Dabei wurde bereits gezeigt, dass alle Grundfreiheiten neben einem Beschränkungsverbot auch ein eigenständiges Diskriminierungsverbot enthalten. Hieraus wurde ein Argument für die Konvergenz der Grundfreiheiten abgeleitet. Dies lässt sich auf das Verhältnis der Grundfreiheiten zum allgemeinen Diskriminierungsverbot

¹⁰⁴ Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 1007 ff.

¹⁰⁵ Kritisch zur EuGH-Rspr. Eberhartinger, EWS 1997, S. 43 (50 f.); zur durch EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 – Zambrano angestoßenen Diskussion zur Frage der umgekehrten Diskriminierung hinsichtlich des Unionsbürgerstatus vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 733 ff. sowie Herdegen, Europarecht, § 14 Rn. 2.

¹⁰⁶ Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston vom 30.09.2010 – Rs. C-34/09, Rn. 72 – Zambrano.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-193/94, Slg. 1996, I-929, Rn. 20 – Skanavi und Chryssanthakopoulos; Callies/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 20; Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache, § 10, Rn. 21, 49; Streinz, in: FS Rudolf, S. 199 (206 f.); vgl. auch EuGH, Rs. C-179/90, Slg. 1991, I-5889, Rn. 11 – Porto die Genova; EuGH, Rs. C-40/05, Slg. 2007, I-99, Rn. 33 – Lyyski.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu bereits oben D.III.3.

erweitern. Da diese jeweils ein eigenes marktakzessorisches Diskriminierungsverbot konstituieren, tritt das allgemeine Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit aus Art. 18 AEUV im Wege der Subsidiarität hinter die Grundfreiheiten zurück¹⁰⁹. Zu bedenken ist freilich, dass das Merkmal der Staatsangehörigkeit bei den Produktverkehrsfreiheiten entsprechend modifiziert werden muss. Auch materiell bedarf es durch den Ausbau der Reichweite der Grundfreiheiten durch den EuGH eines Rückgriffs auf Art. 18 AEUV nicht mehr, der vielmehr lediglich noch als Auffangtatbestand fungiert, falls der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nicht eröffnet sein sollte. Umgekehrt lässt sich bezüglich der Konvergenzfrage allerdings festhalten: Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV steht damit in Widerspruch zu der sonstigen Grundfreiheiten-dogmatik¹¹⁰, die – wie oben bereits gezeigt – nicht nur von einem Diskriminierungs- sondern auch von einem Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten ausgehen. Dies ist allerdings seinem eindeutigen Wortlaut und seiner Aufgabe als originäres Diskriminierungsverbot geschuldet, weshalb sich hieraus kein Divergenzarargument ableiten lässt.

Damit ist – was deren Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV betrifft – eine Konvergenz der Grundfreiheiten festzustellen.

7. Zwischenergebnis: Konvergenz auf Schutzbereichsebene

Bezüglich des Schutzbereichs als erste zu untersuchende Ebene des Prüfungsaufbaus lässt sich eine weitgehende Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen: *Summa summarum* enthalten alle Grundfreiheiten nicht nur ein Diskriminierungsverbot – je nach materiellem Gewährleistungsgehalt aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder Ansässigkeit, Herkunft der Ware oder des Kapitals. Darüber hinaus wurde gezeigt, dass diese v. a. durch den EuGH zu Beschränkungsverboten ausgebaut wurden.

Diese vom *Dassonville*-Urteil hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit ausgehende Erweiterung der Grundfreiheiten zu umfassenden Beschränkungsverboten wird daher zu Recht als bedeutende strukturelle Gemeinsamkeit der Grundfreiheiten angesehen¹¹¹. Die Grenzen zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot sind dabei allerdings fließend, auch der EuGH unterscheidet beide Schutzgehalte

¹⁰⁹ St. Rspr., vgl. etwa EuGH, Rs. C-137/09, Slg. 2010, I-13019, Rn. 51 m. w. N. – *Josemans*.

¹¹⁰ *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 80.

¹¹¹ So etwa auch *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 3; *Steinberg*, EuGRZ 2002, S. 13 (18 f.).

nicht immer sauber voneinander¹¹². Letztendlich bedingt das Ziel der effektiven Durchsetzung der Grundfreiheiten eine Erweiterung aller Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten, werden in einem komplexer werdenden Binnenmarkt „klassische“ Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit doch immer seltener. Dennoch ist der *effet utile*-Grundsatz zur Begründung einer pauschalen Konvergenz nur vorsichtig anzuwenden, die Beschränkungsverbote – wenn sie nicht ausdrücklich im Wortlaut der einschlägigen Vorschriften enthalten waren – wurden vielmehr in der Rechtsprechung des EuGH für jede Grundfreiheit einzeln ermittelt. Es ist bereits an dieser Stelle anzumerken, dass die Ausweitung zu Beschränkungsverboten – wie später noch genauer zu untersuchen sein wird – auch über die *Gebhard*-Kriterien auf der Rechtfertigungsebene hergeleitet werden kann. Hieran zeigt sich, wie sich die verschiedenen grundfreiheitlichen Prüfungsebenen gegenseitig beeinflussen. Gerade aus diesen wechselseitigen Reaktionen lassen sich aber Rückschlüsse für die Konvergenzfrage ziehen.

Allerdings finden sich in der Literatur Stimmen, welche die Grundfreiheiten unter Verweis auf deren Funktion zur Verhinderung lediglich spezifisch grenzüberschreitender Belastungen auf ein Diskriminierungsverbot beschränken wollen – teilweise bei allen, teilweise nur bei einzelnen Grundfreiheiten¹¹³, was jeweils Konvergenz oder Divergenz zur Folge hätte. Dieser Ansicht geht es allerdings um ein dogmatisches und inhaltlich weites Verständnis der Grundfreiheiten als Gleichheitsrechte, mit dem sich eine Diskriminierung letztlich leichter annehmen lässt. Im Ergebnis käme auch diese Ansicht zu der bereits festgestellten Konvergenz.

8. Objektiv-rechtliche Wirkung der Grundfreiheiten

Für die Bejahung der Konvergenz hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs lässt sich auch die objektiv-rechtliche Wirkung der Grundfreiheiten heranziehen. Den Grundfreiheiten ist diesbezüglich gemeinsam, dass sie eine Ausstrahlungswirkung

¹¹² *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 103 f. weist auf die unterschiedlichen sprachlichen und inhaltlichen Vorverständnisse der einzelnen Mitgliedstaaten sowie die unklare Verwendung im Text des AEUV hin. Vgl. zur fehlenden Trennschärfe und parallelen Anwendung in der EuGH-Judikatur EuGH, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731 – *Goldene Aktien I*; EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 – *van Binsbergen* sowie EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Rn. 12 – *Säger* bereits oben unter D.II.1.b).

¹¹³ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 60 m. w. N.; *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (216 ff.); schwächer *ders.*, EuR 2000, S. 705 ff.; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 115 ff., 120 ff. geht von einem grundfreiheitlichen Verständnis als „Gleichheitsrechten“ aus; vgl. auch Schlussanträge von Generalanwalt *Maduro* vom 20.03.2006 – verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135, Rn. 34 ff., 46 – *Alfa Vita Vassilopoulos*.

besitzen, die eine Pflicht zur grundfreiheitskonformen Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts sowie des Unionsrechts bedingt und unvereinbare Vorschriften bei Verstößen unangewendet lässt¹¹⁴.

9. Teilhaberechte durch Grundfreiheiten

Daneben ist noch eine mögliche Wirkung der Grundfreiheiten zu untersuchen, die aus der nationalen Grundrechtsdogmatik bekannt ist. Fraglich ist dabei, ob bzw. inwieweit aus den Grundfreiheiten aktive Partizipations- oder Teilhaberechte erwachsen. Während originäre Leistungsrechte abgelehnt werden, erkennt das Schrifttum bei der Gewährung von Begünstigungen einen entsprechenden Partizipationsanspruch an¹¹⁵. EU-Ausländer sind auch in diesen Fällen Inländern gleichzustellen. Da dies bezüglich aller Grundfreiheiten gilt, lässt sich hieraus ein Argument für die Konvergenz der Grundfreiheiten ableiten.

IV. Bereichsausnahmen

Ist die grundsätzliche Reichweite der einzelnen Grundfreiheiten geklärt, muss untersucht werden, inwieweit der Anwendungsbereich wieder durch die Existenz bestimmter Bereichsausnahmen eingeschränkt wird. Statt von Bereichsausnahmen wird teilweise begrifflich auch von Schutzbereichsbegrenzungen gesprochen¹¹⁶. Eine andere Ansicht ordnet die Bereichsausnahmen als Rechtfertigungsnormen der Rechtfertigungsebene zu: Während sich die Grenzen des Anwendungsbereichs abstrakt festlegen ließen, käme es auf der Rechtfertigungsebene im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auf die konkrete Relation der kollidierenden Rechtsgüter zueinander an, wodurch sich die hinsichtlich des Anwendungsbereichs bestehende Beweislast desjenigen, der sich auf die Verletzung der Grundfreiheit beruft, auf der Rechtfertigungsstufe zulasten desjenigen verschiebe, der die Verletzung be-

¹¹⁴ Ehlers, Allgemeine Lehren, § 7, Rn. 39; Jarass, EuR 2000, S. 705 (716); Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache, § 10, Rn. 20.

¹¹⁵ Ehlers, Allgemeine Lehren, § 7, Rn. 34; Frenz, Hb. EuR I, Rn. 188 ff.; Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 190 f. nimmt auch hier eine gleichheitsrechtliche Anknüpfung vor; Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache, § 10, Rn. 28. Bezüglich der Erstreckung einer Begünstigung auf die bisher Ausgeschlossenen EuGH, Rs. C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 75 – Kutz-Bauer, wengleich hinsichtlich des Gleichheitsgrundsatzes grundsätzlich auch die Möglichkeit der kompletten Streichung oder Neuregelung der Begünstigung besteht, vgl. EuGH, Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753, Rn. 13 – Ruckdeschel.

¹¹⁶ Vgl. Frenz, Europarecht, Rn. 222 ff.; ders., Hb. EuR I, Rn. 422; teilweise findet sich auch der Terminus der negativen Tatbestandsvoraussetzungen, vgl. Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 31.

streitet¹¹⁷. So attraktiv dieser dogmatisch begründete Ansatz auch sein mag, sollen im Folgenden mit der h. M., die auf den Wortlaut abstellt, die Bereichsausnahmen hinsichtlich ihrer Konvergenz bzw. Divergenz auf der Ebene des Anwendungsbereichs untersucht werden¹¹⁸. Ist danach eine geschriebene oder ungeschriebene Bereichsausnahme einschlägig, findet die jeweilige Grundfreiheit keine Anwendung, der Schutzbereich ist nicht eröffnet. Aus der Frage, ob bzw. inwieweit sich die einzelnen Grundfreiheiten dabei unterscheiden, lassen sich wiederum Rückschlüsse auf die Konvergenz oder Divergenz der Grundfreiheiten ziehen.

Bezüglich der Warenverkehrsfreiheit sieht der AEUV Ausnahmen bezüglich bestimmter Waren vor: So regelt Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV eine Ausnahme hinsichtlich des Handels mit Waffen zur Wahrung wesentlicher nationaler Sicherheitsinteressen. Die Produktion sowie der Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen ist zwar nach Art. 38 Abs. 1 AEUV grundsätzlich vom Binnenmarkt umfasst, nach den Art. 39 ff. AEUV, insbesondere Art. 42 AEUV, sind jedoch entsprechende Ausnahmen von der Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit im Rahmen einer gemeinsamen, EU-weiten Agrarpolitik möglich.

Vom Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nach Art. 45 Abs. 4 AEUV die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung ausgenommen. Darunter sind – in einem unionsrechtlich zu definierenden Sinne¹¹⁹ – allerdings nur solche Tätigkeiten zu subsumieren, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse bzw. mit der Wahrnehmung von Aufgaben verbunden sind, welche auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind¹²⁰. Zumindest ist ein besonderes Treueverhältnis zum Staat mit gegenseitigen Rechten und Pflichten auf der Grundlage des Staatangehörigkeitsbandes zu fordern¹²¹.

Ebenfalls auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung Bezug nehmend, aber mit einer anderen Begrifflichkeit enthält Art. 51 Abs. 1 AEUV im Rahmen der Nie-

¹¹⁷ *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (717 f.) hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Verweis auf EuGH, Rs. 249/86, Slg. 1989, 1263, Rn. 20 – *Kommission/Deutschland*; EuGH, Rs. 147/86, Slg. 1988, 1637/1654, Rn. 7 ff. – *Kommission/Griechenland* sowie EuGH, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477/1520, Rn. 49 – *Gemeente Almelo u.a.*

¹¹⁸ Dies schließt gleichzeitig nicht aus, die skizzierten Überlegungen hinsichtlich der Konvergenzfrage auch auf der Rechtfertigungsebene fruchtbar zu machen, vgl. später noch unter D.VI.

¹¹⁹ *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 764 f.

¹²⁰ EuGH, Rs. 149/79, Slg. 1980, S. 3883, Rn. 7 – *Kommission/Belgien*; EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 27 – *Lawrie Blum*; EuGH, Rs. 225/85, Slg. 1987, 2625, Rn. 10 – *Kommission/Italien*.

¹²¹ EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 27 – *Lawrie Blum*; EuGH, Rs. C-290/94, Slg. 1996, I-3285, Rn. 2 – *Kommission/Griechenland*. Vgl. zu weiteren Beispielen auch *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 877 f.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 27 Rn. 26 ff.; *Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache*, § 10, Rn. 105 sowie ausführlich *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 1337 ff.

derlassungsfreiheit eine Bereichsausnahme für selbständige Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Aber auch hier müssen diese Tätigkeiten eine unmittelbare oder spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen¹²². Es muss sich um Tätigkeiten handeln, die zur Wahrung der Interessen eines Mitgliedstaats unbedingt erforderlich sind¹²³. Zuletzt hat der EuGH hierzu entschieden, dass mit notariellen Tätigkeiten keine Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist¹²⁴. Wie bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird allerdings nicht ein bestimmter Beruf als solcher erfasst, sondern maßgeblich auf die konkrete Aufgabe und Tätigkeit im Einzelfall abgestellt¹²⁵.

Bei der letzten Personenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit, lässt sich ebenfalls die Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt anführen¹²⁶. Da Art. 62 AEUV auf die entsprechende Anwendung bestimmter Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit verweist, wird auch Art. 51 AEUV einbezogen, der die bereits eingeführte Ausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt in der dargestellten Form beinhaltet.

Bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit finden sich in den Art. 64 ff. AEUV einige Ausnahmen: Nach Art. 65 Abs. 1 AEUV sind mitgliedstaatliche Maßnahmen zum Zwecke der Steuererfassung und Bankenaufsicht möglich, der EuGH hat dies um die Bekämpfung entsprechender Rechtsverstöße wie Geldwäsche, Drogenhandel und Terrorismus erweitert¹²⁷.

Dabei ist – wie zu Anfang des Abschnitts bereits dargestellt – insbesondere bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, aber auch bei Art. 45 Abs. 4 sowie Art. 51 Abs. 1 (i. V. m. Art. 62) AEUV allerdings umstritten, wie diese Bereichsausnahmen dogmatisch einzuordnen sind¹²⁸. Sie können sowohl – wie hier – als Bereichsausnahmen auf Schutzbereichsebene, als zulässige Beschränkungen auf der Eingriffsebene, aber auch als Rechtfertigungsgründe angesehen werden. Letzteres gilt v. a. für die zur Kapitalverkehrsfreiheit genannten Ausnahmen des Art.

¹²² EuGH, Rs. 2/74 Slg. 1974, S. 631, Rn. 44/45 – *Reyners*; vgl. auch Calliess/Ruffert/Bröhmer, EUV/AEUV, Art. 51 AEUV, Rn. 8 ff.; Frenz, Hb. EuR I, Rn. 1972 ff.; Moens/Trone, Commercial Law of the European Union, S. 92.

¹²³ EuGH, Rs. 147/86, Slg. 1988, 1637, Rn. 7 – *Kommission/Griechenland*.

¹²⁴ EuGH, Rs. C-47/08, Slg. 2011, I-4105, Rn. 123 – *Kommission/Belgien*; EuGH, Rs. C-54/08, Slg. 2011, I-4355, Rn. 116 – *Kommission/Deutschland*; vgl. ausführlich zur Ausnahme der öffentlichen Gewalt Frenz, Hb. EuR I, Rn. 2368 ff.

¹²⁵ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 28 Rn. 27.

¹²⁶ Vgl. zu Beispielen hierzu etwa *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 966 i. V. m. 920.

¹²⁷ EuGH, verb. Rs. C-358/94 und C-416/93, Slg. 1995, I-361 Rn. 21 – *Bordessa*.

¹²⁸ Für die Niederlassungsfreiheit etwa Calliess/Ruffert/Bröhmer, EUV/AEUV, Art. 51 AEUV, Rn. 1; Frenz, Hb. EuR I, Rn. 1975 f., 3688 ff.

65 AEUV¹²⁹. Folgt man aufgrund des Wortlauts der Vorschrift dieser letztgenannten Ansicht¹³⁰, hieße dies für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, dass für sie – im Gegensatz zu den übrigen Grundfreiheiten – keine expliziten Bereichsausnahmen existieren. Nun könnte man möglicherweise daran denken, andere Bereichsausnahmen aus Gründen der Konvergenz zu übertragen. Dies ist zwar allein aus Gründen der Einheitlichkeit durchaus reizvoll, allerdings kann man inhaltlich-materiell neben einer expliziten Heranziehung von Bereichsausnahmen auch über die noch zu erörternden *Keck*-Kriterien sowie die Zulassung entsprechender Rechtfertigungsmöglichkeiten zur Zulässigkeit entsprechender mitgliedstaatlicher Maßnahmen gelangen. Dies ist dogmatisch vorzugswürdig gegenüber der Übertragung von Bereichsausnahmen anderer Grundfreiheiten aus Gründen der bloßen Konvergenz, da dieses Konvergenzargument an sich – wie noch dargelegt wird – zudem wenig Überzeugungskraft besitzt. Eine Übertragung ist außerdem nicht unbedingt nötig, da sich die Bereichsausnahmen sehr individuell und grundfreiheitenspezifisch gestalten: Während die Personenverkehrsfreiheiten quasi durchgehend – innerhalb dieser Gruppe lässt sich damit Konvergenz feststellen – die Ausübung öffentlicher Gewalt ausschließen, finden sich bei den übrigen beiden Grundfreiheiten speziellere, an die Produkte bzw. Waren und Kapital direkt anknüpfende Ausnahmereiche. Dies ist jedoch dem jeweiligen Schutzgut der Waren und des Kapitals geschuldet, das sich von der Personen- sowie Staatsangehörigeneigenschaft der Personenverkehrsfreiheiten unterscheidet. Um eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung oder eine Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten kann es bereits begriffsnotwendig bei der Waren- oder Kapitalverkehrsfreiheit nicht gehen. Betrachtet man die Bereichsausnahmen in den letztgenannten Fällen inhaltlich, lassen sich auch hier Bezüge zu öffentlichen Interessen nachweisen – wie bei nationalen Sicherheitsinteressen (Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV) oder dem Steuerrecht und der Finanzaufsicht (Art. 65 Abs. 1 AEUV). Insgesamt lassen sich daher keine strukturellen oder systematischen Divergenzen ausmachen.

Dies bestätigt sich, wenn die Interpretation dieser Bereichsausnahmen mit einbezogen wird. Gemeinsam ist diesen, dass sie allesamt eng ausgelegt werden¹³¹ sowie als autonome Rechtsbegriffe des Unionsrechts und damit unabhängig von den

¹²⁹ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 1019 f.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 928 f.

¹³⁰ Vgl. oben eingangs unter D.IV.

¹³¹ EuGH, Rs. 147/86, Slg. 1988, 1637, Rn. 8 – *Kommission/Griechenland; Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 91 m. w. N.

mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen interpretiert werden müssen¹³². Insgesamt lässt sich die materielle Struktur der Bereichsausnahmen daher als konvergent bezeichnen, wenngleich sie systematisch und vom Wortlaut her unterschiedlich ausgestaltet ist.

V. Beeinträchtigung - Eingriff¹³³

Die Frage der Konvergenz lässt sich auch auf der zweiten Prüfungsstufe untersuchen. Dabei ist zunächst zu bedenken, dass der EuGH ungeschriebene Grenzen des Anwendungsbereichs entwickelte, bei deren Vorliegen mangels Eingriffs eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten zu verneinen ist und die insoweit als Korrektiv für die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten dienen sollen. Die Eingriffsebene nimmt damit Bezug auf die Schutzbereichsebene: Die bereits erwähnte *Dassonville*-Formel¹³⁴, die zu einer deutlichen Erweiterung des Beschränkungsbegriffs führte, wurde – wie gezeigt – zunächst für die Warenverkehrsfreiheit entwickelt. Auch die Einhegung des dadurch geschaffenen weiten Anwendungsbereichs wurde mit der *Keck*-Rechtsprechung zunächst auf den Bereich der Warenverkehrsfreiheit zugeschnitten. Für die Beantwortung der Konvergenzfrage ist wiederum maßgeblich, ob und inwieweit diese Kriterien auf die übrigen Grundfreiheiten übertragen werden können. Nach dem Schutzbereich soll dies mit der Beeinträchtigung auf der zweiten grundfreiheitlichen Prüfungsebene untersucht werden.

Dem Adressatenkreis der Grundfreiheiten entsprechend¹³⁵ gehen Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten regelmäßig von den Mitgliedstaaten aus, können aber auch durch EU-Organe veranlasst sein¹³⁶. Bezüglich der Art von Beeinträchtigungen können diese die Form von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Einzelfallentscheidungen, aber auch von Realakten annehmen, die ggf. auch nur mittelbar auf die jeweilige Grundfreiheit einwirken müssen¹³⁷. Eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs bedeutet allerdings nicht sofort auch eine Verletzung des Schutz-

¹³² *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 920.

¹³³ In der Literatur findet sich der Begriff der „Beeinträchtigung“, der AEUV selbst spricht etwa in den Art. 49 Abs. 1, 56 Abs. 1 und 63 Abs. 1 von „Beschränkungen“; der Begriff des „Eingriffs“ wäre der von der Grundrechtsprüfung anerkannte Terminus; *Brigola*, Das System der EG-Grundfreiheiten, S. 169 spricht von „Eingriffsverboten“.

¹³⁴ EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5 – *Dassonville*.

¹³⁵ Bezüglich der EU-Organe ist dies umstritten, vgl. zum Meinungsstand *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 333 ff. m. w. N. Der Adressatenkreis und die damit zusammenhängende Frage einer möglichen Drittwirkung der Grundfreiheiten werden später unter D.VII noch ausführlich untersucht.

¹³⁶ Letzteres wird aufgrund der Funktion der EU-Organe tatsächlich relativ selten sein, wäre aber denkbar.

¹³⁷ *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (219); *ders.*, EuR 2000, S. 705 (712 f.).

bereichs, da die Beeinträchtigung – wie später noch genauer zu untersuchen sein wird – gerechtfertigt sein kann. Schutzbereich und Beeinträchtigung werden – auch in der EuGH-Rechtsprechung¹³⁸ – häufig vermischt und nicht sauber voneinander getrennt, weshalb man die *Keck*-Formel wie die *Dassonville*-Formel nicht nur der Ebene der Beeinträchtigung, sondern auch der Schutzbereichsebene und dessen Begrenzung zuordnen könnte. Im vorliegenden Kontext soll allerdings die Frage, ob die *Keck*-Voraussetzungen vorliegen, auf der Ebene der Beeinträchtigung geprüft werden, insofern, als dass bei deren Bejahung eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten verneint werden kann¹³⁹.

Zunächst ist hierbei auf die bereits gefundenen Ergebnisse hinsichtlich der Reichweite der einzelnen Grundfreiheiten zu verweisen. Beeinträchtigungen einer Grundfreiheit können danach etwa in Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, der Ansässigkeit in einem bestimmten Mitgliedstaat sowie sonstigen Beschränkungen liegen. Gerade hinsichtlich der sonstigen Beschränkungen hat der EuGH in einigen Entscheidungen den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten dabei immer wieder ausgeweitet.

1. Die *Keck*-Formel der Warenverkehrsfreiheit

Um den weiten Beschränkungs begriff nach der *Dassonville*-Formel bzw. die Ausweitung der grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote nicht uferlos werden zu lassen und insoweit etwas einzudämmen, entwickelte der EuGH in der Rechtsache *Keck* Kriterien, nach denen doch keine Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handels bzw. Maßnahmen gleicher Wirkung vorliegen sollen¹⁴⁰. Zunächst werden kurz die Grundzüge dieser Rechtsprechung dargestellt, bevor – was für die vorliegende Konvergenzproblematik entscheidend ist – untersucht wird, ob bzw. inwieweit sich diese Formel auf die übrigen Grundfreiheiten übertragen lässt. Der konvergente Ausbau der Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten würde dann auch mit einer konvergenten Begrenzung dieser Erweiterung korrespondieren. Methodisch wird dies für jede Grundfreiheit einzeln untersucht, bevor ein Fazit hinsichtlich der Konvergenz der Grundfreiheiten gezogen wird. An-

¹³⁸ Häufig wird dies sogar gar nicht erörtert und gleich auf die möglichen Rechtfertigungsgründe eingegangen; statt vieler EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 8 – *Cassis de Dijon*; anders jedoch in sorgfältiger stufenweiser Prüfung etwa EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 68 ff. – *Bosman*.

¹³⁹ So auch *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 798.

¹⁴⁰ *Frenz*, Europarecht, Rn. 226 ff. subsumiert die *Keck*-Rechtsprechung unter die ungeschriebenen Schutzbereichsbegrenzungen. Vgl. zu grundlegender Kritik an der *Keck*-Rechtsprechung *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 61 ff. m. w. N.

schließlich wird mit der Relevanzregel ein Alternativkonzept dargestellt, dass v. a. auch in der Zeit vor *Keck* angewandt wurde.

Die *Keck*-Formel besagt grundsätzlich, dass nationale Bestimmungen keine Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne der *Dassonville*-Formel darstellen, wenn sie lediglich bestimmte nicht-diskriminierende Verkaufsmodalitäten von Waren betreffen, die unterschiedslos für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und den Absatz inländischer Erzeugnisse sowie von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren¹⁴¹. Liegen diese Voraussetzungen vor, seien die fraglichen Regelungen nicht geeignet, den Marktzugang für ausländische Produkte zu versperren oder stärker zu behindern, als dies für inländische Produkte der Fall ist¹⁴². In sonstigen Fällen bleibt es bei einem Diskriminierungsverbot.

Allerdings findet diese Einschränkung bei produktbezogenen Regelungen, die beispielsweise die Form, Gewicht, Herstellung, Verpackung, Bezeichnung, Aufmachung oder Zulassung betreffen, keine Anwendung¹⁴³. Maßgeblich – wie auch bei diesen produktbezogenen Kriterien – ist das Erfordernis einer Marktzutrittsbeschränkung, den Markt selbst dürfen dagegen die jeweiligen Mitgliedstaaten selbst ausgestalten¹⁴⁴. Der EuGH misst daher Verkaufs- und Vertriebsregelungen, die trotzdem den Marktzugang beschränken, weiterhin an der Warenverkehrsfreiheit¹⁴⁵. Das Marktzutrittskriterium wird wiederum dadurch begrenzt, dass der Marktzutritt für ausländische Produkte im Vergleich zu inländischen Produkten erschwert werden muss; wird der Marktzutritt in beiden Fällen gleichermaßen erschwert, handelt es sich i. S. der *Keck*-Rechtsprechung nicht um eine verbotene Maßnahme gleicher Wirkung¹⁴⁶.

¹⁴¹ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 – *Keck*.

¹⁴² EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 17 – *Keck*. Vgl. zu den grundlegenden, v. a. terminologischen Problemen der *Keck*-Formel, *Wilsher*, EuLR 2008, S. 3 ff.

¹⁴³ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 14 ff. – *Keck*; EuGH, Rs. C-315/92, Slg. 1994, I-317, Rn. 13 – *Clinique*; vgl. hierzu auch aus jüngerer Zeit auch EuGH, Rs. C-141/07, Slg. 2008, I-6935, Rn. 31 – *Kommission/Deutschland*.

¹⁴⁴ Becker/Schwarze/Becker, Art. 34 AEUV, Rn. 49; *Classen*, EuR 2004, S. 416 (418 ff.); *Eberhartinger*, EWS 1997, S. 43 (49 f.); *Snell*, CMLRev 2010, S. 437 (446 ff.); *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 117.

¹⁴⁵ EuGH, Rs. C-189/95, Slg. 1997, I-5909, Rn. 69 ff. – *Franzén*; EuGH, Rs. C-254/98, Slg. 2000, I-151, Rn. 29 – *TK-Heimdienst*; EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2004, I-14887, Rn. 74 ff. – *DocMorris*; EuGH, Rs. C-108/09, Slg. 2010, I-12213, Rn. 54 – *Ker-Optika*. Dies gilt auch für Werbeverbote, vgl. EuGH, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-1795, Rn. 18 ff. – *Gourmet International Products*.

¹⁴⁶ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 844. Insoweit relativierend – da der Marktzutritt sowohl für inländische als auch ausländische Produkte eigentlich in gleicher Weise erschwert, aber trotzdem ein Eingriff i. E. bejaht wird – EuGH, verb. Rs. C-158/04 u. C-159/04, Slg. 2006, I-8135,

Bei den erwähnten Verkaufsmodalitäten handelt es sich regelmäßig um Maßnahmen des Ziel- bzw. Bestimmungsstaats, bei Maßnahmen des Herkunftsstaates kann es sich bereits begrifflich nicht um Vertriebs- bzw. Verkaufsmodalitäten handeln, da diese nur im Verbreitungsland greifen können¹⁴⁷. Verallgemeinert man die *Keck*-Rechtsprechung – was auch für einen sinnvollen Vergleich mit den Personenverkehrsfreiheiten notwendig ist – lassen sich die Fälle der vertriebsbezogenen Regelungen als eine Untergruppe „marktzugangsneutraler Maßnahmen“¹⁴⁸ einordnen.

Für eine dogmatische Fundierung der *Keck*-Kriterien lassen sich im wesentlichen zwei Bezugspunkte ausmachen: Die Warenverkehrsfreiheit als Teil des freien Warenverkehrs bezieht sich zum einen auf Waren, weshalb ein diesen Waren entsprechender Produktbezug zu fordern ist, zum anderen bezieht sie sich systematisch in Art. 34 AEUV als Maßnahme gleicher Wirkung auf den Grundtatbestand der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung, der selbst waren- und nicht vertriebsbezogen ist¹⁴⁹.

Hinsichtlich des Vergleichs mit den übrigen Grundfreiheiten entsteht jedoch ein Problem: Das Gegensatzpaar der produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen¹⁵⁰ lässt sich aufgrund der unterschiedlichen materiellen Gewährleistungen der Personenverkehrsfreiheiten nur schwierig auf diese übertragen. Hierbei liegt zwangsläufig eine Divergenz vor. Als fruchtbarer erweist sich für die Frage nach der Konvergenz der Grundfreiheiten das Kriterium der Marktzutrittsbeschränkung, mittels dessen sich aufgrund seiner geeigneteren Natur als *tertium comparationis* die Grundfreiheiten besser hinsichtlich ihrer Konvergenz untersuchen lassen. Auch wenn der EuGH seine Rechtsprechung zur Begrenzung des weiten Beschränkungsverbots inzwischen fortentwickelt bzw. etwas modifiziert, hält er doch an diesem Marktzutrittskriterium fest¹⁵¹.

Rn. 16 ff. – *Alfa Vita Vassilopoulos*, vgl. hierzu auch *Kingreen*, EWS 2006, S. 488 ff. sowie EuGH, Rs. C-112/05, Slg. 2007, I-8995, Rn. 54, 66 – *VW-Gesetz*.

¹⁴⁷ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 897; *Pechstein*, JZ 2005, S. 943.

¹⁴⁸ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 845.

¹⁴⁹ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 921 ff.

¹⁵⁰ Zugegebenermaßen hilft diese Unterscheidung auch bei der Warenverkehrsfreiheit nicht immer weiter, wie EuGH, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519, Rn. 33 ff. – *Kommission/Italien* zeigt. Vgl. zur generellen Problematik der Unterscheidung zwischen vertriebs- und produktbezogenen Maßnahmen *Kingreen*, EWS 2006, S. 488 (489 f.).

¹⁵¹ EuGH, Rs. C-142/05, Slg. 2009, I-4273, Rn. 24 – *Mickelsson und Roos*.

2. Übertragung der *Keck*-Formel auf weitere Grundfreiheiten

Da die *Keck*-Kriterien für die Warenverkehrsfreiheit entwickelt wurden und unterschiedslos anzuwendende Verkaufsmodalitäten betreffen, können sie nicht *per se* eins zu eins auf die anderen Grundfreiheiten, insbesondere auf die Personenverkehrsfreiheiten, die ein anderes Schutzgut aufweisen, übertragen werden¹⁵². Durch den Personenbezug weisen letztere regelmäßig einen grenzüberschreitenden Bezug auf. Gleichwohl bedarf die Ausweitung des grundfreiheitlichen Schutzbereichs sowie des Beschränkungsbegriffs auch und gerade im Hinblick auf die Schonung der Souveränität und der Kompetenzen der Mitgliedstaaten einer entsprechenden Begrenzung. Aus der *Keck*-Rechtsprechung lässt sich daher das Marktzutrittskriterium destillieren¹⁵³: Danach sind nur solche unterschiedslosen Maßnahmen als Eingriffe in die Grundfreiheiten zu werten, die den Marktzutritt tatsächlich behindern oder erschweren. Dies entspricht auch der jüngeren EuGH-Rechtsprechung, wonach die Bestimmungen zur Warenverkehrsfreiheit auf andere als produktbezogene Maßnahmen nur anwendbar sind, wenn die nationale Maßnahme bezweckt oder bewirkt, dass ausländische Waren weniger günstig behandelt werden als inländische Waren oder der Marktzugang anderweitig behindert wird¹⁵⁴. Anwendung findet dieses Marktzutrittskriterium aber wiederum nur auf das Beschränkungs- und nicht auf das Diskriminierungsverbot¹⁵⁵. Begründen lässt sich diese Übertragung auch auf die anderen Grundfreiheiten mit dem allgemeinen *telos* der Grundfreiheiten, der den Marktzugang garantieren soll, nicht aber zu einer vollständigen Angleichung und Gleichheit innerhalb des gesamten Binnenmarkts führen soll¹⁵⁶. Auch bei den Personenverkehrsfreiheiten kann es nicht darum gehen, nationale Regelungen schlicht auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen und das unabhängig davon, ob grenzüberschreitende Vorgänge stärker als rein inländische Sachverhalte belastet werden¹⁵⁷. Den Verkaufsmodalitäten der

¹⁵² Vgl. zu einer analogen Anwendung ausführlich auch *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 336 ff.

¹⁵³ EuGH, verb. Rs. C-401/92 u. C-402/92, Slg. 1994, I-2199, Rn. 12 ff. – *Tankstation t’Heukske*; EuGH, verb. Rs. C-69/93 u. C-258/93, Slg. 1994, I-2355, Rn. 12 ff. – *Punto Casa und PPV*; so auch *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 842 m. w. N. aus der EuGH-Rechtsprechung.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519, Rn. 35 ff. – *Kommission/Italien*.

¹⁵⁵ *Frenz*, Europarecht, Rn. 228.

¹⁵⁶ *Frenz*, Europarecht, Rn. 317.

¹⁵⁷ *Streinz*, Europarecht, Rn. 815 unter kritischem Verweis auf EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Rn. 46 ff. – *H.M. Customs and Excise/Schindler*. In diese Richtung auch *Oppermann/Clas-sen/Nettesheim*, Europarecht, § 27 Rn. 41.

Keck-Rechtsprechung entsprechen dann bestimmte Aufenthaltsmodalitäten, die Teil eines allgemeinen wirtschaftlichen Ordnungsrahmens sind¹⁵⁸.

Von der Literatur wird eine entsprechende Übertragung daher bezüglich des Kriteriums der Marktzutrittsbeschränkung gefordert und für möglich gehalten¹⁵⁹, wengleich dessen Verhältnis zur *Keck*-Formel an sich dogmatisch umstritten ist¹⁶⁰. Der EuGH war aufgrund dieser Übertragungsschwierigkeiten – v. a. bezüglich der Personenverkehrsfreiheiten – zunächst eher zurückhaltend bei der Übertragung der *Keck*-Formel und der Differenzierung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen¹⁶¹. Es ist nun im Einzelnen zu zeigen, ob der EuGH mittlerweile bezüglich des Marktzugangskriteriums berechtigterweise eine Übertragung auf die übrigen Grundfreiheiten vornimmt.

a) Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Übertragung der eingrenzenden *Keck*-Formel auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist umstritten. In der Wegzugskonstellation bei Maßnahmen des Herkunftsstaats ist die *Keck*-Formel, deren Verkaufsmodalitäten sich auf die Vermarktung im Zielstaat beziehen, schon strukturell und begrifflich nicht einschlägig¹⁶². Dementsprechend hat sich der EuGH bei Wegzugsfällen in der Rechtssache *Bosman* sowie in der Rechtssache *Graf* zwar mit einer möglichen Übertragung der *Keck*-Formel auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschäftigt, diese letztlich aber abgelehnt¹⁶³. Diese Rechtsprechung lässt sich aber zumindest dahingehend interpretieren, dass der EuGH danach unterscheidet, ob die fragliche mitgliedstaatliche Maßnahme den grenzüberschreitenden Zugang zum Arbeitsmarkt unmittelbar beeinflusst oder bloß die Stellung des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt geregelt wird¹⁶⁴. Dazu ist anzumerken, dass dabei aber auch die Gewährleistungen des Art. 45 Abs. 2 AEUV beachtet werden müssen.

Zu beschränkenden Maßnahmen des Zielstaates bzw. Zuzugsfällen liegt noch keine EuGH-Rechtsprechung vor. In der Literatur wird eine diesbezügliche Anwen-

¹⁵⁸ *Nettesheim*, NVwZ 1996, S. 342 (344 f.).

¹⁵⁹ *Becker*, NJW 1996, S. 179 (180 f.); *Frenz*, Europarecht, Rn. 228; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 62 für die Dienstleistungsfreiheit; *Kort*, JZ 1996, S. 132 (136 f.).

¹⁶⁰ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 51.

¹⁶¹ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 50.

¹⁶² *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 897; *Pechstein*, JZ 2005, S. 943.

¹⁶³ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 102 f. – *Bosman*; EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493, Rn. 23 f. – *Graf*.

¹⁶⁴ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 27 Rn. 41; *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 761 f.

dung der *Keck*-Formel auf das Beschränkungsverbot allerdings anerkannt¹⁶⁵. Diese Zuzugsfälle beziehen sich mit Vermarktungsbedingungen und Verkaufsmodalitäten im Zielstaat auf den klassischen Anwendungsfall der *Keck*-Formel. Insoweit gilt auch hier das Kriterium der Marktzutrittsbeschränkung zur Begrenzung von Eingriffen in die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Eine solche unzulässige Beschränkung ist dann zu verneinen, wenn der Marktzutritt sowohl in- als auch ausländischer Arbeitnehmer in gleicher Weise betroffen bzw. erschwert wird. Die inhaltlichen Voraussetzungen der *Keck*-Formel können damit auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit übertragen werden.

b) Niederlassungsfreiheit

Die *Keck*-Rechtsprechung lässt sich hinsichtlich des Marktzutrittskriteriums – ein wenig differenziert – auf die Niederlassungsfreiheit und die *Gebhard*-Formel übertragen. Danach fallen nur originär niederlassungsbezogene Tätigkeiten in den Schutzbereich, während Maßnahmen, die sich unterschiedslos nur auf die Modalitäten bzw. die Ausübung der Niederlassungsfreiheit beziehen, keinen Eingriff darstellen¹⁶⁶. Dem hat sich auch der EuGH angeschlossen¹⁶⁷. Das verfolgte Ziel stellt auch hierbei die Eingrenzung des weiten Schutz- bzw. Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit dar. Dadurch soll verhindert werden, dass der EuGH über die Dienstleistungsfreiheit generell das Wirtschafts- und Steuerrecht der Mitgliedstaaten kontrolliert. Vielmehr soll sichergestellt werden, dass den Mitgliedstaaten entsprechender Spielraum bei der eigenen Marktorganisation verbleibt¹⁶⁸. Über das Marktzutrittskriterium lässt sich damit zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Niederlassung unterscheiden, wenngleich bei der Niederlassungsfreiheit Art. 49 Abs. 2 AEUV zu beachten ist, der ausdrücklich auch die Ausübung selbständiger Tätigkeiten erfasst. Damit eine Übertragung der *Keck*-Rechtsprechung nicht zu Widersprüchen führt, muss bezüglich dieser Ausübungsmodalitäten gefordert werden, dass sie auf den Marktzugang zurückwirken

¹⁶⁵ Frenz, Hb. EuR I, Rn. 1923; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 898; Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 30 Rn. 15; a. A. Schlussanträge von Generalanwalt Alber vom 22.6.1999 – C-176/96, Slg. 2000, I-2681, Rn. 48 – Lehtonen sowie Koenig/Steiner, NJW 2002, S. 3583 (3583).

¹⁶⁶ Eberhartinger, EWS 1997, S. 43 (49); Frenz, Europarecht, Rn. 293; ders., Hb. EuR I, Rn. 2424, 2430; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 940.

¹⁶⁷ EuGH, Rs. C-400/08, Slg. 2011, I-1915, Rn. 64 – Kommission/Spanien; EuGH, Rs. C-442/02, Slg. 2004, I-8961, Rn. 14 – CaixaBank France; EuGH, Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Rn. 38 – Hartlauer.

¹⁶⁸ Nettesheim, NVwZ 1996, S. 342 (344); Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 28 Rn. 34. Vgl. zu Beispielen und Abgrenzung zwischen Marktzutritt und bloßen Ausübungsregelungen Frenz, Hb. EuR I, Rn. 456, 2425 ff.

und Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten faktisch behindern¹⁶⁹. Ansonsten liegt auch hier kein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vor.

Auch wenn sich die *Keck*-Formel nicht direkt auf die Niederlassungsfreiheit übertragen lässt¹⁷⁰, sind doch zumindest mitgliedstaatliche Regelungen, die den Marktzugang begrenzen, aufgrund europarechtlicher Bedenken besonders rechtfertigungsbedürftig¹⁷¹. Insoweit lässt sich hinsichtlich der Begrenzung des Beschränkungsverbots der Niederlassungsfreiheit eine Konvergenz zu den bereits dargestellten Grundfreiheiten feststellen.

c) Dienstleistungsfreiheit

Fraglich ist, inwieweit dies auch hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit gilt und ob hier wieder auf das Marktzutrittskriterium abzustellen ist.

Auf die Dienstleistungsfreiheit kann die *Keck*-Formel wegen einer entsprechend vergleichbaren Interessenlage erstreckt werden – zumindest was die Erbringung von Leistungen im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit sowie der Korrespondenz-Dienstleistungsfreiheit betrifft¹⁷². Hierin zeigt sich eine deutliche Nähe zur Warenverkehrsfreiheit. Bezüglich der Dienstleistungsfreiheit muss aufgrund ihre Doppelstruktur daher – korrespondierend mit dem bereits geschilderten „Ob“ und „Wie“ bei den übrigen Personenverkehrsfreiheiten – zwischen Maßnahmen unterschieden werden, die sich auf die Person des Leistungserbringers und solchen, die sich auf die Leistung als solche beziehen¹⁷³: Auf Maßnahmen, die den Zugang zu bestimmten Tätigkeiten bzw. zum Markt an sich beeinträchtigen, können die *Keck*-Grundsätze nicht übertragen werden, sie sind weiterhin als Eingriff zu werten¹⁷⁴. Hierbei geht es nicht um unterschiedslos geltende Verkaufsmodalitäten, sondern den Zugang zum ausländischen Markt an sich. Insoweit kommt hier – wie bei den übrigen Grundfreiheiten auch – wieder das Marktzutrittskriterium zum Tragen. Hierfür wird auch Art. 57 Abs. 3 AEUV zur Begründung herangezogen, der sich auf Regelungen beziehe, die nach erfolgtem Marktzutritt Anwendung finden¹⁷⁵. Der EuGH folgt dieser Linie, indem er etwa unterschiedslos geltende Steuervorschriften, welche die Erbringung bestimmter Dienstleistungen

¹⁶⁹ Frenz, Hb. EuR I, Rn. 2428.

¹⁷⁰ Vgl. hierzu ausführlich auch Steinke, Die Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit.

¹⁷¹ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 28 Rn. 34.

¹⁷² Frenz, Europarecht, Rn. 317; ders., Hb. EuR I, Rn. 3190; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 984.

¹⁷³ Frenz, Europarecht, Rn. 318; ders., Hb. EuR I, Rn. 3198.

¹⁷⁴ Craig/de Búrca, EU Law, S. 833.

¹⁷⁵ Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 984.

sowohl für inländische als auch ausländische Marktteilnehmer gleichermaßen verteuern, nicht an der Dienstleistungsfreiheit misst¹⁷⁶. Ansonsten hat er allerdings nicht explizit auf die *Keck*-Formel zurückgegriffen, wenngleich eine deutliche Parallele auffällt, wenn er darauf hinweist, dass ausländische Marktteilnehmer auch bei unterschiedslosen Maßnahmen weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht stärker belastet werden dürfen als inländische Marktteilnehmer¹⁷⁷ und entscheidend sei, ob die ausländischen Dienstleistungserbringer mit den inländischen Konkurrenten in einen normalen und wirksamen Wettbewerb treten können¹⁷⁸. Umstritten ist dagegen die Interpretation eines EuGH-Urteils zum sog. *cold calling*, bei dem der EuGH in einer Konstellation der Austrittsbehinderung darauf abstellt, dass die mitgliedstaatliche Maßnahme den Zugang des Dienstleistungserbringers zum Dienstleistungsmarkt anderer Mitgliedstaaten beeinflusse und daher eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle¹⁷⁹. Hier scheint aber wieder das Marktzutrittskriterium durch.

Auf eine entsprechende Unterscheidung zwischen verkaufs- und produktbezogenen Modalitäten wird dagegen nicht rekuriert¹⁸⁰. Diese zur Warenverkehrsfreiheit entwickelte Dichotomie lässt sich allerdings auch nur schwierig auf die übrigen Grundfreiheiten übertragen. Im Gegensatz zu den beiden anderen Personenverkehrsfreiheiten (Art. 45 Abs. 3 bzw. 49 Abs. 2 AEUV) kennen die Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit keine Norm, die auch das „Wie“ der Ausübung besonders schützt. Angesichts der zu diesen gefundenen Ergebnissen kann dies als Erst-Recht-Schluss für eine Anwendung der *Keck*-Kriterien auf die Dienstleistungsfreiheit auch in ihrer personenbezogenen Komponente herangezogen werden¹⁸¹.

Zusammenfassend bedeutet dies, dass bei der Dienstleistungsfreiheit – zumindest bei Maßnahmen des Bestimmungsstaates im Rahmen der aktiven und Korrespondenz-Dienstleistung – ebenso kein Eingriff vorliegt, wenn der Marktzutritt auswie inländischer Dienstleistungen in gleicher Weise erschwert wird. Die *Keck*-

¹⁷⁶ EuGH, Rs. C-134/03, Slg. 2005, I-1167, Rn. 37 f. – *Viacom Outdoor*; EuGH, verb. Rs. C-544/03 und C-545/03, Slg. 2005, I-7723, Rn. 31 ff. – *Mobistar und Belgacom Mobile*.

¹⁷⁷ EuGH, verb. Rs. C-544/03 u. 545/03, Slg. 2005, Rn. 32 f. – *Mobistar SA und Belgacom Mobile*; *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3192 ff. weist einen Rückgriff des EuGH auf die *Keck*-Kriterien weiterhin nach für EuGH, Rs. C-390/99, Slg. 2002, I-607 – *Canal Satélite Digital* sowie EuGH, Rs. C-518/06, Slg. 2009, I-3491 Rn. 60, 63 f. – *Kommission/Italien*; zustimmend *Epiney*, NVwZ 2010, S. 1065 (1069 f.).

¹⁷⁸ EuGH, Rs. C-565/08, Slg. 2011, I-2101, Rn. 51 – *Kommission/Italien*.

¹⁷⁹ EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Rn. 38 – *Alpine Investments*. Vgl. hierzu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 986; als Heranziehung der *Keck*-Rspr. interpretierend *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3191.

¹⁸⁰ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 985; a. A. *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3197, der trotz der fehlenden physischen Beschaffenheit der Dienstleistung von einer Unterscheidbarkeit ausgeht.

¹⁸¹ So auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3201.

Kriterien lassen auch hier unterschiedslos geltende, aber nicht tatsächlich behindernde mitgliedstaatliche Maßnahmen ausscheiden.

d) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit

Die *Keck*-Rechtsprechung lässt sich darüber hinaus auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit übertragen. Begründet werden kann dies – im Gegensatz zu den Personenverkehrsfreiheiten hier leichter – mit der strukturellen Vergleichbarkeit gegenüber der Warenverkehrsfreiheit, da beide sachbezogene Grundfreiheiten darstellen¹⁸². Danach sind nicht-diskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen, die lediglich den Vertrieb des Kapitals und die Abwicklungsmodalitäten von Zahlungen betreffen sowie den Kapital- und Zahlungsverkehr weder rechtlich noch tatsächlich behindern, nicht als Eingriff zu werten¹⁸³. Auch der EuGH akzeptiert eine derartige Übertragung, wenngleich die Voraussetzungen in den konkret zu entscheidenden Fällen nicht einschlägig waren und er das Vorliegen eines Marktzutritts Hindernisses annahm¹⁸⁴. Das (Kapital-)Marktzutrittskriterium fasst der EuGH dabei relativ weit¹⁸⁵. Eine Literaturansicht will das Erfordernis einer Marktzutrittsbehinderung daher besser im Sinne einer *de minimis*-Schwelle verstanden wissen¹⁸⁶.

e) Zwischenergebnis

Was die Begrenzung des weiten Schutzbereichs auf Eingriffsebene betrifft, lässt sich eine Konvergenz der Grundfreiheiten konstatieren. Die zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten *Keck*-Kriterien können *mutatis mutandis* bezüglich des Marktzutrittskriteriums auf die übrigen Grundfreiheiten übertragen werden. Dies korrespondiert mit dem allgemeinen und konvergenten Ziel aller Grundfreiheiten, den rechtlich und tatsächlich gegenüber Inländern gleichberechtigten Zugang zum inländischen Markt auch für ausländische Marktteilnehmer ohne Behinderungen

¹⁸² *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 452, 3712.

¹⁸³ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 452 nennt etwa Öffnungszeiten oder Meldepflichten der Banken bei Barabhebungen über einen bestimmten Betrag hinaus; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 1014 führen Grundbuchvorschriften sowie Notarpflichten im Grundstücksverkehr als entsprechende Beispiele an; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Ress/Ukrow*, Art. 63 AEUV, Rn. 137 ff.

¹⁸⁴ EuGH, Rs. C-171/08, Slg. 2010, I-6817, Rn. 66 f. – *Kommission/Portugal II*; EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Rn. 59 ff. – *Goldene Aktion IV*; EuGH, Rs. C-98/01, Slg. 2003, I-4641, Rn. 45 ff. – *Goldene Aktien V*.

¹⁸⁵ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 1014 etwa kritisieren daher auch EuGH, Rs. C-112/05, Slg. 2007, I-8995, Rn. 54, 66 – *VW-Gesetz*.

¹⁸⁶ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 30 Rn. 15 unter Verweis auf die Schlussanträge von Generalanwalt *Jacobs* vom 24.11.1994 – C-412/93, Slg. 1995, I-179, Rn. 42 – *Leclerc-Siplec* sowie EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Rn. 61 – *Kommission/Spanien*.

zu gewährleisten¹⁸⁷. Nachfolgend bleibt zu untersuchen, ob der Einbezug des vom EuGH ebenfalls zur Begrenzung herangezogenen Spürbarkeitserfordernisses dieses Konvergenzergebnis bestätigt.

3. Die Relevanzregel als konvergente Begrenzung der Grundfreiheiten

Um zu einer Begrenzung des durch die *Dassonville*- bzw. *Bosman*-Formel weiten Beschränkungsbegriff zu gelangen, wird, wie bereits bei den Ausführungen zur Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit angeklungen, neben den *Keck*-Kriterien teilweise auch auf eine *de minimis*-Schwelle – man spricht dabei auch von der sog. Relevanzregel oder einem Spürbarkeitserfordernis – abgestellt. Die Relevanzregel wurde vom EuGH dabei zeitlich vor der *Keck*-Rechtsprechung entwickelt¹⁸⁸. Sie ist für die vorliegende Fragestellung insofern interessant, als dass sich auch hieraus eine Konvergenz oder Divergenz der Grundfreiheiten ableiten lassen kann. Zunächst ist festzuhalten, dass beide in einem Alternativ-Verhältnis stehen, also entweder die *Keck*-Rechtsprechung übertragen oder auf die Relevanzregel abgestellt wird. Inhaltlich kann man die Relevanzregel in den *Keck*-Kriterien enthalten sehen. Werden die *Keck*-Kriterien für eine Grundfreiheit anerkannt, bedarf es einer Anwendung der Relevanzregel daher eigentlich nicht mehr, während umgekehrt an die Relevanzregel zu denken ist, wenn sich eine Übertragung der *Keck*-Rechtsprechung nicht ausreichend begründen lässt.

Auch der EuGH fordert in bestimmten Fällen eine gewisse Nähebeziehung zwischen mitgliedstaatlicher Maßnahme und beeinträchtigender Wirkung¹⁸⁹. Danach ist ein Eingriff bzw. eine Beeinträchtigung der Grundfreiheit zu verneinen, wenn sich die Auswirkungen der mitgliedstaatlichen Maßnahmen als zu ungewiss und zu indirekt oder zu mittelbar darstellen¹⁹⁰. Die Relevanzregel könnte daher bezüglich der Eingrenzung des Beschränkungsbegriffs eine Alternative darstellen¹⁹¹.

Der EuGH hat die Relevanzregel dabei durchaus bei den verschiedenen Grundfreiheiten angewandt: So stellt er hinsichtlich einer arbeitsvertraglichen Abfin-

¹⁸⁷ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 940.

¹⁸⁸ Vgl. instruktiv zur Relevanzregel *Thomas*, NVwZ 2009, S. 1202 ff.

¹⁸⁹ EuGH, verb. Rs. C-418/93 bis C-421/93 u. a., Slg. 1996, I-2975, Rn. 32 – *Semeraro* bezüglich der Niederlassungsfreiheit; EuGH, Rs. C-159/90, Slg. 1991, I-4685, Rn. 24 – *SPUC* bezüglich der Dienstleistungsfreiheit.

¹⁹⁰ EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493, Rn. 25 – *Graf*.

¹⁹¹ *Thomas*, NVwZ 2009, S. 1202 ff. unter Verweis auf EuGH, Rs. C-69/88, Slg. 1990, I-583, Rn. 11 – *Krantz* zur Warenverkehrsfreiheit; EuGH, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Rn. 20 – *Coname* zu den Personenverkehrsfreiheiten sowie EuGH, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04, Slg. 2006, I-9141, Rn. 29 f. – *Kommission/Niederlande*.

dungsregelung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit darauf ab¹⁹². Auch bezüglich der Niederlassungsfreiheit hat er bei einem Urteil zu Ladenschlusszeiten eine entsprechende Nähebeziehung verneint¹⁹³. Insgesamt ist das Erfordernis dieser Nähebeziehung in seinen genauen Voraussetzungen allerdings recht konturlos geblieben¹⁹⁴. Zumindest sollen aber hypothetische Kausalverläufe ausgenommen werden¹⁹⁵.

Hinsichtlich dieses Ersatzkriteriums der Relevanz lässt sich damit eine Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen.

In anderen Fällen findet dieser – dem Wettbewerbsrecht entlehnte – Versuch, Bagatellfälle ohne spürbare Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels auszuschließen in der EuGH-Rechtsprechung jedoch keinen Rückhalt¹⁹⁶. Ein materielles Divergenzargument lässt sich aus der uneinheitlichen Rechtsprechung des EuGH allerdings nicht herleiten. Im Übrigen ist anzumerken, dass auch ein entsprechendes Spürbarkeitserfordernis aufgrund seiner eigenen Unbestimmtheit nur begrenzt eine Kompensation dafür bietet, dass eine trennscharfe Unterscheidung zwischen einer Beschränkung des Marktzutritts und bloßen Ausübungsregelungen für ausländische Anbieter häufig – auch in EuGH-Urteilen – nur sehr schwierig möglich ist. Verlieren diese Kriterien ihre begrenzende Funktion, werden sie letztlich überflüssig¹⁹⁷.

Entscheidend bleibt – unabhängig von der zu Beginn dieses Abschnitts dargestellten Frage, wie die beiden Ansätze zueinander stehen – allerdings, was sich hieraus für die Konvergenzfrage ergibt. Vom *telos* her betrachtet lässt sich Konvergenz konstatieren, da beide Ansätze letztlich zum gleichen Ergebnis gelangen, während man diese aus systematischer Sicht verneinen müsste, weil es sich streng genommen um unterschiedliche Ansätze handelt. Da der Zweck beider Ansätze aber darin zu sehen ist, ein Ausufern des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten zu verhindern bzw. dadurch die Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten nicht unnötig zu beschneiden und diesem Zweck auch beide Ansätze gerecht werden, liegt bezüglich der Feststellung einer Beeinträchtigung und der Begrenzung des

¹⁹² EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493, Rn. 24 f. – *Graf* unter Verweis auf die zur Warenverkehrsfreiheit ergangenen Urteile EuGH, Rs. C-69/88, Slg. 1990, I-583, Rn. 11 – *Krantz* und EuGH, Rs. C-44/98, Slg. 1999, I-6269, Rn. 16, 21 – *BASF*. Vgl. auch EuGH, Rs. C-93/92, Slg. 1993, 5009, Rn. 12 – *CMC Motorradcenter*.

¹⁹³ EuGH, verb. Rs. C-418/93 bis C-421/93 u. a., Slg. 1996, I-2975, Rn. 32 – *Semeraro*.

¹⁹⁴ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 468; *Streinz*, Europarecht, Rn. 818.

¹⁹⁵ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 55.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-166/03, Slg. 2004, I-6535, Rn. 15 – *Kommission/Frankreich*; EuGH, Rs. C-141/07, Slg. 2008, I-6935, Rn. 43 – *Kommission/Deutschland*.

¹⁹⁷ In diese Richtung auch *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 940.

Schutzbereichs Konvergenz vor. Damit befinden sich die Grundfreiheiten nicht nur hinsichtlich der Begrenzung des Beschränkungsbegriffs über die *Keck*-Kriterien im Gleichlauf, sondern auch, was die Ersatzinstrumente der Relevanz bzw. Spürbarkeit betrifft. Auf Eingriffsebene lässt sich damit insgesamt eine Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen.

VI. Rechtfertigung

Auf der nächsten Prüfungsebene ist die Konvergenz der Grundfreiheiten bezüglich der Rechtfertigungsmöglichkeit entsprechender Beeinträchtigungen zu untersuchen. Hierbei kann es sich grundsätzlich um geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe handeln. Bezüglich der in dieser Arbeit vorzunehmenden Kongruenzprüfung interessieren dabei v. a. die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe bzw. die Frage, ob diese bei allen Grundfreiheiten anerkannt sind oder ob sich diese voneinander unterscheiden. Entscheidend für deren Beantwortung wird sein, ob die im Rahmen der *Cassis*-Rechtsprechung entwickelten ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf die übrigen Grundfreiheiten übertragbar sind. Dabei ist bereits dogmatisch umstritten, ob die darin herangezogenen zwingenden Erfordernisse mit der h. M. als Rechtfertigungsgründe¹⁹⁸, oder als negative Tatbestandsmerkmale des Art. 34 AEUV¹⁹⁹ anzusehen sind. Der EuGH bezeichnet sogar geschriebene Rechtfertigungsgründe als zwingende Gründe des Allgemeininteresses²⁰⁰ und stellt insofern einen Bezug zur Prüfung geschriebener Rechtfertigungsgründe her, für welche die Einordnung auf Rechtfertigungsebene anerkannt ist. Hierin lässt sich eine Konvergenz der Schranken sehen, wenngleich dadurch die scharfe Trennung zwischen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen verwischt wird²⁰¹. Noch ein weiterer Grund spricht für eine derartige Einordnung: Beim Eingreifen von Allgemeininteressen bzw. zwingenden Erfordernissen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz prägend, der das entscheidende Kriterium der Rechtfertigungsstufe darstellt²⁰². Die zwingenden Gründe gehö-

¹⁹⁸ Eine genauere Begründung findet sich bei *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (221 f.); vgl. auch *Streinz*, Europarecht, Rn. 823 ff. Vgl. auch EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 18 – *Familiapress*.

¹⁹⁹ Vgl. zur Einordnung der „zwingenden Erfordernisse“ in der Rechtsprechung des EuGH auch *Fremuth*, EuR 2006, S. 866 (868 ff.).

²⁰⁰ EuGH, Rs. C-264/96, Slg. 1998, I-4695, Rn. 28 f. – ICI sowie EuGH, Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Rn. 46 – *Hartlauer*.

²⁰¹ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 858.

²⁰² *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (719). Hierzu lassen sich auch die bereits bei der Frage der Bereichsausnahmen dargestellten Argumente fruchtbar machen; vgl. oben D.IV.

ren damit auf die Rechtfertigungsebene²⁰³, diesbezüglich ist von einer Konvergenz der geschriebenen und ungeschriebenen Schranken auszugehen.

Im Ergebnis kann diese dogmatische Unterscheidung bzw. Einordnung aber dahinstehen, da inhaltlich mit der bereits angesprochenen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall dieselben rechtlichen Erwägungen vorzunehmen sind²⁰⁴. Dies gilt umso mehr für die vorliegende Untersuchung, da sich dieser Meinungsstreit auf alle Grundfreiheiten bezieht und sich diese diesbezüglich im Gleichlauf befinden. Für eine strukturelle Konvergenz liefert dies ein positives Argument, wenn auch nur von geringem Gewicht.

Die Unterscheidung zwischen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen ist deshalb von Belang, weil sich durch geschriebene Rechtfertigungsgründe auch offene Diskriminierungen rechtfertigen lassen, während ungeschriebene Rechtfertigungsgründe eigentlich nur bei unterschiedslosen Maßnahmen herangezogen werden können²⁰⁵. Es wird zu untersuchen sein, inwiefern der EuGH von diesen Vorgaben abweicht und mit ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen auch versteckte Diskriminierungen zu rechtfertigen versucht²⁰⁶. Umgekehrt gilt allerdings auch, dass sich mit den geschriebenen Rechtfertigungsgründen erst recht versteckte Diskriminierungen und unterschiedslose Beschränkungen rechtfertigen lassen²⁰⁷.

Gemeinsam ist den Schrankenregelungen, dass der der EuGH sie eng und in einem von den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unabhängigen unionsrechtlichen Sinn auslegt, um zu verhindern, dass durch großzügige Ausnahmen von den Verbotsregelungen der Grundfreiheiten die Verwirklichung des Unionsrechts behindert wird²⁰⁸. Ebenso können – um eine protektionistische Wirtschaftspolitik zu

²⁰³ *Bieber/Epiney/Haag*, § 11, Rn. 104; *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (719); *Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache*, § 10, Rn. 56. Vgl. zum Problem der dogmatischen Einordnung auch *Fremuth*, EuR 2006, S. 866 ff. sowie *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 252 f.

²⁰⁴ So auch *Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache*, § 10, Rn. 56.

²⁰⁵ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*; EuGH, Rs. C-424/97, Slg. 2000, I-5123, Rn. 57 – *Haim*; *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 531 ff.; vgl. auch EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517, Rn. 16 – *Ciola*.

²⁰⁶ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-721, Rn. 21 – *Kommission/Italien*; EuGH, Rs. C-55/98, Slg. 1999, I-7641, Rn. 21 ff. – *Vestergaard*.

²⁰⁷ EuGH, verb. Rs. C-34/95, C-35/95 u. C-36/95, Slg. 1997, I-3843, Rn. 48 ff. – *De Agostini und TV-Shop*; EuGH, Rs. C-108/96, Slg. 2001, I-837, Rn. 28 – *Mac Quen u. a.*; vgl. hierzu auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 2560.

²⁰⁸ EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625, Rn. 7 – *Kommission/Irland*; EuGH, Rs. C-205/89, Slg. 1991, 1361, Rn. 9 – *Kommission/Griechenland*; vgl. auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 1075; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 22 Rn. 41; *Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache*, § 10, Rn. 53.

verhindern – Ziele rein wirtschaftlicher Art keine Eingriffe in die Grundfreiheiten rechtfertigen²⁰⁹.

Ein rechtfertigender Gesetzesvorbehalt wird zwar teilweise v. a. aus der deutschen Rechtswissenschaft gefordert²¹⁰, ist aber mit anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht vereinbar²¹¹. Der EuGH selbst hat einen – mittlerweile in Art. 52 Abs. 1 EuGRCh normierten – entsprechenden Gesetzesvorbehalt bisher nur bei den Grundrechten angenommen²¹². Insoweit lässt sich aber hier ein Gleichlauf der einzelnen Grundfreiheiten untereinander feststellen, da dieses Erfordernis dann für alle Grundfreiheiten gleichermaßen gelten müsste. Gemeinsam ist ihnen darüber hinaus, dass eine Rechtfertigung ausscheidet, wenn es bezüglich der fraglichen Materie bereits zu einer unionsrechtlichen (Total-)Harmonisierung gekommen ist²¹³.

1. Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Zunächst ist zu untersuchen, ob bzw. inwieweit sich die Grundfreiheiten hinsichtlich der geschriebenen, durch den AEUV vorgegebenen Rechtfertigungsgründe unterscheiden.

a) Warenverkehrsfreiheit

In Art. 36 finden sich enumerativ und abschließend²¹⁴ eine ausgebaute Zahl gleichberechtigter Rechtfertigungsgründe. Neben der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit gehören dazu der Schutz der Gesundheit sowie des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und

²⁰⁹ St. Rspr., vgl. EuGH, Rs. C-324/93, Slg. 1995, I-563 Rn. 36 – *Evans Medical*; EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831, Rn. 39 – *Decker*; EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Rn. 41 – *Kohll*; EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517 Rn. 16 – *Ciola*; vgl. auch Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 91; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 905; *Oliver*, Free movements of goods, S. 239 f.

²¹⁰ Ehlers, Allgemeine Lehren, § 7 Rn. 92; in diese Richtung auch Jarass, EuR 1995, S. 202 (222), der von einem „Rechtsnormvorbehalt“ spricht; differenzierend Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art 34-36 AEUV, Rn. 86.

²¹¹ Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 86; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 792, i. E. auch Frenz, Hb. EuR I, Rn. 519.

²¹² EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859, Rn. 19 – *Hoechst/Kommission*.

²¹³ *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 704 f.; Frenz, Hb. EuR I, Rn. 1071 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 22 Rn. 36, 41.

²¹⁴ EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625, Rn. 7 – *Kommission/Irland*; EuGH, Rs. 95/81, Slg. 1982, 2187, Rn. 27 – *Kommission/Italien*.

kommerziellen Eigentums²¹⁵. Bezüglich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung müssen wesentliche Interessen eines Mitgliedstaates im Bereich der äußeren und inneren Sicherheit sowie der Strafverfolgung berührt sein²¹⁶. Die Warenverkehrsfreiheit besitzt damit eine ausgebaute Schrankensystematik geschriebener Rechtfertigungsgründe. Der EuGH greift dabei nicht nur bei Diskriminierungen, sondern auch bei unterschiedslosen Beschränkungen auf die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV zurück²¹⁷.

b) Arbeitnehmerfreizügigkeit

Mit Art. 45 Abs. 3 AEUV kennt auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit einen gesetzlich vorgesehenen Rechtfertigungsgrund: Im Sinne eines *ordre public*-Vorbehalts können Eingriffe in die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sein. Dabei muss eine tatsächliche sowie hinreichend schwere Gefährdung vorliegen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt und die durch die Anwesenheit oder das Verhalten der von der Arbeitnehmerfreizügigkeit Profitierenden bedingt ist²¹⁸. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit bezieht sich auf die innere und äußere Sicherheit eines Mitgliedstaates und soll die Erhaltung des staatlichen Gewaltmonopols, den Schutz der Existenz eines Mitgliedstaats sowie seiner zentralen Einrichtungen vor inneren und äußeren Bedrohungen gewährleisten²¹⁹. Insoweit korrespondiert er mit dem Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in Art. 36 AEUV. Auch der Gesundheitsschutz, der sich etwa auf epidemische und sonstige übertragbare Krankheiten erstreckt²²⁰, findet ein Pendant in Art. 36 AEUV. Die Parallele zu den Rechtfertigungsgründen der Warenverkehrsfreiheit fällt auf.

²¹⁵ Vgl. zur Auslegung der einzelnen Termini *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 696 ff.; *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 1081 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 22 Rn. 37 ff. m. w. N.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 885 ff.

²¹⁶ EuGH, Rs. C-124/95, Slg. 1997, I-81, Rn. 44 – *Centro-Com*.

²¹⁷ EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227, Rn. 43 f. – *Kommission/Deutschland*; EuGH, Rs. C-1/90, Slg. 1991, I-4151, Rn. 13 – *Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivia/Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña*; EuGH, Rs. C-13/91, Slg. 1992, I-3617, Rn. 12 ff. – *Debus*.

²¹⁸ EuGH, Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219, Rn. 26/28 – *Rutili*; EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999, Rn. 33/35 – *Regina/Bouchereau*; EuGH, Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335, Rn. 17 – *Scientology*; EuGH, Rs. C-100/01, Slg. 2002, I-1098, Rn. 39 – *Olazabal*; vgl. auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 2007 ff.

²¹⁹ EuGH, Rs. C-367/89, Slg. 1991, I-4621, Rn. 22 – *Richardt*; EuGH, Rs. 72/83, Slg. 1984, 2727, Rn. 34 f. – *Campus Oil*.

²²⁰ Art. 29 Abs. 1 RL 2004/38/EG, vgl. auch *Becker/Schwarze/Schneider/Wunderlich*, Art. 45, Rn. 133.

c) Niederlassungsfreiheit

Mit Art. 52 Abs. 1 AEUV existiert auch bei der Niederlassungsfreiheit ein *ordre public*-Vorbehalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, welcher der Regelung in Art. 45 Abs. 3 AEUV entspricht²²¹. Diese Rechtfertigungsgründe wurden durch die nach Art. 52 Abs. 2 AEUV erlassene RL 2004/38/EG konkretisiert.

d) Dienstleistungsfreiheit

Art. 62 AEUV verweist bezüglich der Dienstleistungsfreiheit auf die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts des Art. 52 AEUV, sodass die geschriebenen Rechtfertigungsgründe mit denjenigen der Niederlassungsfreiheit identisch sind und beide wiederum inhaltlich mit Art. 45 Abs. 3 AEUV korrespondieren, wobei die Gründe der öffentlichen Ordnung nicht nur hinsichtlich der Person des Trägers der Grundfreiheiten, sondern auch hinsichtlich der Dienstleistung selbst gelten²²². Zumindest bezüglich der Personenverkehrsfreiheiten ist damit eine Konvergenz der geschriebenen Rechtfertigungsgründe gegeben.

e) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit

Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit sind in Art. 65 AEUV geregelt²²³. Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV ermöglicht es den Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, auch wenn diese Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln. Durch eine konkretisierende „standstill-Klausel“²²⁴ gilt das aber nur für Vorschriften bis Ende 1993. Neue Regelungen zwischen den Mitgliedstaaten können dagegen nicht durch Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV gerechtfertigt werden. Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV erlaubt es den Mitgliedstaaten, die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu treffen, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Finanzaufsicht²²⁵. Dies schließt neben der Verhinderung von Steuerhinterziehung auch Maßnahmen gegen Geldwäsche,

²²¹ Vgl. zur öffentlichen Gesundheit etwa EuGH, Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Rn. 46 ff. – *Hartlauer*; genauer zu den einzelnen Begrifflichkeiten *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 2570 ff.

²²² EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 28 ff. – *Omega*.

²²³ Daneben ist noch der auf Schutzmaßnahmen bezüglich des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten abstellende Art. 66 AEUV zu nennen.

²²⁴ Erklärung zu Artikel 73d des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. EG 1992 Nr. C 191, S. 99.

²²⁵ Es handelt sich dabei um eine nicht abschließende Aufzählung.

Drogenhandel und Terrorismus ein²²⁶. Daneben verbleibt den Mitgliedstaaten das Recht, Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Information vorzusehen. Es findet sich bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit in Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV aber auch ein *ordre public*-Vorbehalt, mit dem sich mitgliedstaatliche Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit – allerdings nicht Gesundheit – rechtfertigen lassen. Über Art. 75 AEUV können in besonderen Fällen zudem Embargomaßnahmen als Beschränkungen der Zahlungsverkehrsfreiheit zur Terrorismusbekämpfung gerechtfertigt werden²²⁷.

Eine im Rahmen der Grundfreiheiten einzigartige Bestimmung enthält Art. 65 Abs. 2 AEUV, wonach auf die Rechtfertigungsgründe der Niederlassungsfreiheit verwiesen wird. Der EuGH prüft dies jedoch aufgrund der Konvergenz der Rechtfertigungsregime beider Grundfreiheiten nicht explizit, da es diesbezüglich kaum zu divergierenden Ergebnissen kommen dürfte²²⁸. Trotz der gegenüber den Personenverkehrsfreiheiten etwas differenzierteren Rechtfertigungsgründe spricht dies für die Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Rechtfertigungsebene.

f) Zwischenergebnis

Bezüglich der dargestellten jeweiligen geschriebenen Rechtfertigungsgründe bleibt festzuhalten, dass alle Grundfreiheiten (Art. 36 S. 1, 45 Abs. 3, 52, 62, 65 AEUV) grundfreiheitliche Vorbehalte zum Schutz bestimmter Rechtsgüter vorsehen. Namentlich sind dies die öffentliche Ordnung und Sicherheit sowie – mit Ausnahme des Art. 65 AEUV – die öffentliche Gesundheit. Insoweit lässt sich hier von einer Konvergenz der einzelnen Grundfreiheiten sprechen. Dies bezieht sich auch auf die Interpretation dieser Vorbehalte, die wegen ihres Ausnahmecharakters allesamt eng auszulegen sind²²⁹.

Für eine Divergenz der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe lassen sich allenfalls die etwas spezifischeren bzw. erweiterten Rechtfertigungsgründe der Produktverkehrsfreiheiten anführen: So erfasst Art. 36 S. 1 AEUV auch den Schutz von Pflanzen und Tieren, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerzi-

²²⁶ EuGH, verb. Rs. C-358/93 u. C-416/93, Slg. 1995, I-361, Rn. 21 – *Bordessa u. a.*; EuGH, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94, Slg. 1995, I-4821, Rn. 22 – *Sanz de Lera u. a.*

²²⁷ Vgl. hierzu *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3781 ff.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 932 ff.

²²⁸ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 1024.

²²⁹ EuGH, Rs. 46/76, Slg. 1977, 5, Rn. 12/15 – *Bauhuis/Niederlande*; EuGH, Rs C-205/89, Slg. 1991, I-1361, Rn. 9 – *Kommission/Griechenland*; vgl. auch *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 76.

ellen Eigentums, während Art. 65 Abs. 1 AEUV die dargestellten kapital- und zahlungsverkehrsspezifischen Rechtfertigungsmöglichkeiten nennt.

Es könnte nun daran gedacht werden, diese weiteren geschriebenen Rechtfertigungsgründe auf die Personenverkehrsfreiheiten zu übertragen. Dogmatisch sauber müsste dies allerdings in Form von ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen geschehen²³⁰. Eine analoge Anwendung auf die übrigen Grundfreiheiten ist mangels planwidriger Regelungslücke nicht möglich²³¹. Im Folgenden soll daher – von der Warenverkehrsfreiheit ausgehend – untersucht werden, inwieweit hinsichtlich der einzelnen Grundfreiheiten weitere, ungeschriebene Rechtfertigungsgründe denkbar sind und anerkannt werden.

2. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten bzw. der inhaltlichen Reichweite durch entsprechende Beschränkungsverbote bedingt die gleichzeitige Anerkennung ungeschriebener Rechtfertigungsmöglichkeiten. Aus Gründen der Kompetenzordnung muss den Mitgliedstaaten zugestanden werden, sachlich notwendige nationale Maßnahmen auch über den Katalog der geschriebenen Rechtfertigungsgründe hinaus rechtfertigen zu können²³². Daneben war bei Abschluss der Römischen Verträge die Bedeutung bestimmter öffentlicher Belange wie des Umwelt- und Verbraucherschutzes noch nicht abzusehen²³³.

a) Die *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit

Im Rahmen der *Cassis de Dijon*-Entscheidung²³⁴ beschäftigte sich der EuGH mit zusätzlichen Rechtfertigungsgründen – auch als Korrektiv zum durch die *Dassonville*-Formel geschaffenen weiten Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit. Darin ließ er zwingende Erfordernisse²³⁵ als Rechtfertigungsgründe zur Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu²³⁶. Zugrunde lag hier eine Fallkonstellation

²³⁰ Deshalb könnten dann auch nur Beschränkungen und keine offenen Diskriminierungen wie bei den geschriebenen Rechtfertigungsgründen gerechtfertigt werden.

²³¹ Frenz, Hb. EuR I, Rn. 2063.

²³² Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 22 Rn. 42.

²³³ Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache, § 10 Rn. 54.

²³⁴ EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – *Cassis de Dijon*, ursprünglich: *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

²³⁵ Eine Übersicht dieser vom EuGH anerkannten zwingenden Erfordernisse findet sich bei Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 80.

²³⁶ Die zwingenden Erfordernisse werden dabei der Rechtfertigungsprüfung zugeordnet, vgl. *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (224 f.); *ders.*, EuR 2000, S. 705 (717); eine andere Ansicht verortet die

tion, bei der es um die mitgliedstaatliche Verweigerung der Einfuhr eines bestimmten Likörs aufgrund nationaler Vorschriften ging. Da die Warenverkehrsfreiheit betroffen war, standen zunächst die im Katalog des Art. 36 S. 1 AEUV genannten Rechtfertigungsgründe zur Verfügung. Darüber hinaus erkannte der EuGH auch mitgliedstaatliche Maßnahmen als aus zwingenden Erfordernissen gerechtfertigt an, knüpfte dies aber wiederum an deren unterschiedslose Geltung, also daran, dass diese sich auf die Importwaren genauso auswirken wie auf die inländischen Waren²³⁷.

Der EuGH sah diese zwingenden Erfordernisse in Allgemeinwohlbelangen wie der wirksamen steuerlichen Kontrolle, dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs sowie dem Verbraucherschutz²³⁸. Es handelt sich hierbei jedoch – im Gegensatz zu Art. 36 AEUV – um keinen *numerus clausus* der Gründe²³⁹, der EuGH hat daher von dieser offenen Aufzählung ausgehend Rechtfertigungsgründe im Sinne der *Cassis*-Formel immer wieder erweitert, etwa um den Umweltschutz²⁴⁰, die drohende erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten²⁴¹, die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt²⁴² oder die Berücksichtigung sittlicher religiöser oder kultureller Besonderheiten der Gesellschaft²⁴³, den Schutz der Sozialordnung und den Schutz der Bevölkerung durch Qualitätsanforderungen für bestimmte Berufe²⁴⁴.

Allerdings ist – wie bereits angesprochen – zur Vermeidung einer protektionistischen Wirtschaftspolitik – keine Rechtfertigung über bloße wirtschaftliche Belange oder wirtschaftliche bzw. wirtschaftspolitische Interessen eines Mitgliedstaats

zwingenden Erfordernisse bereits bei der Prüfung als Grenze des Anwendungsbereichs. Aber auch bezüglich dieses Aufbauproblems, das entweder für alle oder für keine Grundfreiheit gilt, lässt sich ein Gleichlauf der Grundfreiheiten feststellen.

²³⁷ Explizit wird die unterschiedslose Geltung erst in EuGH, Rs. 261/81, Slg. 1982, 3961, Rn. 12 – *Rau* gefordert.

²³⁸ EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 8 – *Cassis de Dijon*.

²³⁹ Vgl. *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 2563.

²⁴⁰ EuGH, Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431, Rn. 29 ff. – *Abfalltransport*; EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 72 ff. – *PreussenElektra*; EuGH, Rs. C-320/03, Slg. 2005, I-9871, Rn. 70 m. w. N. – *Kommission/Österreich*.

²⁴¹ EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831, Rn. 39 – *Decker*; EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473, Rn. 72 – *Smits und Peerbooms*.

²⁴² EuGH, Rs. 368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 18 – *Familiapress*.

²⁴³ EuGH, Rs. C-338/04, C-359 /04, C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Rn. 46 f. – *Placania u. a.*; EuGH, Rs. C-42/07, Slg. 2009, I-7633, Rn. 57 – *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*.

²⁴⁴ Vgl. hierzu auch Schulze/Zuleeg/Kadelbach/*Pache*, § 10, Rn. 54 sowie zur Entwicklung der diesbezüglichen Rechtsprechung im Einzelnen *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, S. 120 ff.

möglich²⁴⁵. Dies gilt bezüglich aller Grundfreiheiten, weshalb sich hierin ein Konvergenzargument sehen lässt.

Hinsichtlich einer noch zu untersuchenden Drittwirkung der Grundfreiheiten in Bezug auf intermediäre Gewalten bzw. private Verpflichtete stellte der EuGH in der Rechtssache *Angonese* zur Rechtfertigung einer Grundfreiheitsbeeinträchtigung auf sachliche Erwägungen ab²⁴⁶. Allgemeinwohlinteressen können sich bereits begrifflich nicht an Private richten. Zu denken ist hier aber auch an eine rechtfertigende Grundrechtsausübung.

Einige EuGH-Urteile ließen sich sogar derart interpretieren, dass mit zwingenden Erfordernissen auch versteckt diskriminierende Maßnahmen gerechtfertigt werden können²⁴⁷. Dies ist problematisch, weil die Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten aus zwingenden Gründen nach der *Cassis*-Formel eigentlich nicht bei versteckt oder offen diskriminierenden Maßnahmen Anwendung findet, es sich bei den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen vielmehr um eine rein unterschiedslos geltende Beschränkung handeln muss²⁴⁸. Der EuGH tendiert mittlerweile häufiger dazu, diese Rechtfertigungsmöglichkeit auf versteckt diskriminierende Regelungen auszudehnen²⁴⁹. Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *PreussenElektra*²⁵⁰ wird teilweise sogar als Zulassung der Rechtfertigung einer offenen Diskriminierung – im zu entscheidenden Fall aus Gründen des Umweltschutzes – gewertet²⁵¹. Unabhängig von der damit zusammenhängenden Problematik, ob eine derartige Etablierung und Ausweitung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe, die im AEUV eigentlich nicht vorgesehen sind, zur Rechtfertigung von Diskriminierungen zulässig sind, interessiert für die vorliegende Fragestellung v. a., ob diese Erweiterung kohärent für alle Grundfreiheiten erfolgt. Für die Warenverkehrsfreiheit ist dies mit dem EuGH²⁵² zu be-

²⁴⁵ EuGH, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731, Rn. 52 – *Goldene Aktien III* m. w. N. bezüglich weiterer Grundfreiheiten.

²⁴⁶ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 42 – *Angonese*.

²⁴⁷ EuGH, Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431, Rn. 29 – *Kommission/Belgien*; vgl. auch *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 130 f. m. w. N.; a. A. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 22 Rn. 43.

²⁴⁸ EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Rn. 51 ff. – *Schindler*.

²⁴⁹ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-721, Rn. 19 ff. – *Italienische Museen*; vgl. auch EuGH, Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431, Rn. 29 – *Kommission/Belgien*; tendenziell, im Ergebnis die Rechtfertigung aber verneinend auch EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831, Rn. 39 ff. – *Decker*.

²⁵⁰ EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 72 ff. – *PreussenElektra*.

²⁵¹ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 1199, der zudem auf EuGH, Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431, Rn. 34 – *Wallonische Abfälle* sowie EuGH, Rs. C-389/96, Slg. 1998, I-4473, Rn. 18 – *Aher-Waggon* verweist; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 858.

²⁵² EuGH, Rs. C-389/96, Slg. 1998, I-4473 Rn. 18 ff. – *Aher-Waggon/Bundesrepublik Deutschland*.

jahren. Es wird noch zu untersuchen sein, inwieweit dies auch auf andere Grundfreiheiten zutrifft.

Es bleibt abzuwarten, wie sich die uneinheitliche EuGH-Rechtsprechung – auch und gerade im Zusammenspiel geschriebener und ungeschriebener Rechtfertigungsgründe mit der Rechtfertigung von Diskriminierungen und unterschiedslosen Beschränkungen – durch die Schaffung klarerer Trennkriterien präzisiert. Dabei wird die EuGH-Rechtsprechung allerdings derart interpretiert, dass darin durchaus am Erfordernis einer unterschiedslos geltenden Maßnahme festgehalten wird und die Abgrenzungsprobleme vielmehr in der Figur der versteckten Diskriminierung an sich begründet seien²⁵³. Eine andere Ansicht geht daher davon aus, dass die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe zukünftig allgemein bei versteckten Diskriminierungen Anwendung finden können, weil sie sich inhaltlich nur schwierig von unterschiedslosen Beschränkungen abgrenzen lassen²⁵⁴ und umgeht damit die schwierig vorzunehmende Abgrenzung. Hierdurch ließe sich eine weitgehende Konvergenz des Rechtfertigungsregimes erzielen.

Neben der zur Warenverkehrsfreiheit geschaffenen *Cassis*-Formel wäre auch an eine allgemeine Übertragung der Rechtfertigungsvoraussetzungen der *Gebhard*-Formel zu denken²⁵⁵. Im Hinblick auf eine Einhegung der bereits dargestellten extensiven Ausweitung des Schutzbereichs²⁵⁶ wäre auch dies insoweit konsequent und würde mit den Erwägungen und Zielen der *Cassis*-Rechtsprechung korrespondieren. Die *Gebhard*-Formel besagt, dass mitgliedstaatliche Maßnahmen, welche die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen, gerechtfertigt werden können, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen: Sie müssen in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zwecks zu gewährleisten und sie dürfen nicht über das zur Erreichung dieses Zwecks Erforderliche hinausgehen²⁵⁷. Inhaltlich sind die *Gebhard*-Kriterien damit mit den zwingenden Erfordernissen der *Cassis*-Formel vergleichbar.

²⁵³ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 858. Einen genauen Abgrenzungsversuch unternimmt *Görlitz*, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten, S. 233 ff.

²⁵⁴ *Ehlers*, Allgemeine Lehren, § 7, Rn. 31, 85; *Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache*, § 10, Rn. 55.

²⁵⁵ So etwa *Streinz*, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, § 152 Rn. 10.

²⁵⁶ Siehe bereits oben unter D.III.

²⁵⁷ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*.

Für die Beantwortung der Konvergenzfrage ist deshalb im Folgenden zu untersuchen, ob sich die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe im Sinne der *Cassis*-Formel – sowie der inhaltlich insoweit vergleichbaren für die Personenverkehrsfreiheiten entwickelten *Gebhard*-Formel – auch auf die übrigen Grundfreiheiten übertragen lassen. Eine entsprechende Bejahung würde zu einer Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Rechtfertigungsebene führen.

b) Arbeitnehmerfreizügigkeit

Der EuGH lässt die Rechtfertigung von Beschränkungen aus zwingenden Gründen auch bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu. Insoweit überträgt er die *Cassis*-Rechtsprechung, wenngleich insgesamt die für die Personenverkehrsfreiheiten allgemeine *Gebhard*-Formel²⁵⁸ als Rechtfertigungsregime maßgeblich ist²⁵⁹. Teilweise spricht der EuGH begrifflich auch von „objektiven Erwägungen“²⁶⁰. Bisher hat der EuGH beispielsweise den Schutz des sportlichen Wettbewerbs²⁶¹, den Schutz der ordnungsgemäßen Berufsausübung auf einem bestimmten Niveau²⁶² sowie den Schutz vor dem irreführenden Gebrauch akademischer Grade²⁶³, aber auch den Schutz der geordneten Rechtspflege²⁶⁴ und die Kohärenz des Steuersystems²⁶⁵ als derartige Belange anerkannt. In einzelnen Fällen lässt der EuGH eine derartige Rechtfertigung sogar bei versteckt diskriminierenden mitgliedstaatlichen Regelungen zu²⁶⁶. Allerdings differenziert er nicht sauber zwischen den einzelnen Merkmalen der versteckten bzw. mittelbaren Diskriminierung sowie der unterschiedslosen Geltung bei einem Beschränkungsverbot²⁶⁷. Dass generell eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls bei versteckt diskriminierenden Maßnahmen möglich ist, lässt sich dabei zwar nicht herauslesen, vielmehr handelt es sich um Grenzfälle im Überschneidungsbereich von Beschränkung und versteckter Diskriminierung. Aufgrund dieser

²⁵⁸ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*.

²⁵⁹ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 104 – *Bosman*.

²⁶⁰ EuGH, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617, Rn. 19 – *O’Flynn*; EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521, Rn. 31 – *Clean Car Autoservice*.

²⁶¹ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 121 ff. – *Bosman*.

²⁶² EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 42 ff. – *Angonese*.

²⁶³ EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn. 33 – *Kraus*; vgl. zu weiteren zwingenden Gründen auch EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007, Rn. 14 – *Stichting*.

²⁶⁴ EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511, Rn. 36 – *Reisebüro Broede*.

²⁶⁵ EuGH, Rs. C-204/90, Slg. 1992, 249, Rn. 21 ff. – *Bachmann*.

²⁶⁶ EuGH, Rs. C-527/06, Slg. 2008, I-7735, Rn. 60 ff., 81 – *Renneberg*; EuGH, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617, Rn. 19 ff. – *O’Flynn*; EuGH, Rs. C-15/96, Slg. 1998, I-47, Rn. 21 ff. – *Schöningh-Kougebetopoulou*; EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521, Rn. 31 ff. – *Clean Car Autoservice*; vgl. hierzu auch *Weiß*, EuZW 1999, S. 493 (496 f.).

²⁶⁷ *Streinz*, in: FS Rudolf, S. 199 (200 f., 216).

schwierigen Unterscheidung gegenüber Beschränkungen ist allerdings damit zu rechnen, dass der EuGH diese ungeschriebene Rechtfertigungsmöglichkeit auch auf versteckte Diskriminierungen ausweitet und insoweit dogmatisch gleich behandelt²⁶⁸.

c) Niederlassungsfreiheit

Für die Niederlassungsfreiheit war anfänglich umstritten, ob sich deren Beschränkung durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses rechtfertigen lässt²⁶⁹. Mittlerweile lässt sich dies aufgrund der *Gebhard*-Rechtsprechung²⁷⁰ hinsichtlich nicht-diskriminierender mitgliedstaatlicher Beschränkungen bejahen²⁷¹. Insoweit kommt es inhaltlich auch bei der Niederlassungsfreiheit zu einer Übertragung der *Cassis*-Rechtsprechung. Als zwingende Erfordernisse hat der EuGH neben dem Verbraucher- und Arbeitnehmer- oder Gläubigerschutz²⁷² beispielsweise auch den Schutz der Versicherten²⁷³, die Kohärenz des Steuersystems²⁷⁴ sowie die Sicherung einer bestimmten Qualifikation und die Sicherung der Einhaltung bestimmter Standespflichten²⁷⁵ anerkannt. Ebenso wurden versteckte Diskriminierungen mittels ungeschriebener Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt²⁷⁶. Durch die mit der Niederlassung bezweckte dauerhafte rechtliche und wirtschaftliche Vollintegration in den Zielstaat können sich die rechtfertigenden Allgemeinwohlinteressen von den übrigen Grundfreiheiten allerdings etwas unterscheiden, da durch die dauerhafte Niederlassung den Regelungen des Zielstaats größere Bedeutung zukommen kann²⁷⁷.

²⁶⁸ Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache, § 10, Rn. 20 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617, Rn. 17 ff. – *O’Flynn*; EuGH, Rs. C-208/05, Slg. 2007, I-181, Rn. 37 – *ITC*. Vgl. zur genauen Abgrenzung und Kritik an dieser Entwicklung *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 546 ff.

²⁶⁹ Vgl. *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (152) m. w. N.

²⁷⁰ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*.

²⁷¹ EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn. 32 – *Kraus*; EuGH, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459, Rn. 34 – *Centros*; EuGH, Rs. C-108/96, Slg. 2001, I-837, Rn. 28 – *Mac Quen u.a.*; vgl. auch Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache, § 10, Rn. 191.

²⁷² EuGH, Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, Rn. 30 ff. – *Kommission/Deutschland* bzw. EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Rn. 92 – *Überseering*.

²⁷³ EuGH, Rs. C-204/90, Slg. 1992, I-249, Rn. 16 – *Bachmann*.

²⁷⁴ EuGH, Rs. C-157/07, Slg. 2008, I- 8061, Rn. 43 – *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*.

²⁷⁵ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 35 – *Gebhard*. Vgl. zu weiteren möglichen Rechtfertigungsgründen, *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 2611 ff.

²⁷⁶ EuGH, Rs. C-3/88, Slg. 1989, 4035, Rn. 8 ff. – *Kommission/Italien*; EuGH, Rs. C-484/93, Slg. 1995, I-3955, Rn. 13 ff. – *Svensson Gustavsson*; EuGH, Rs. C-250/95, Slg. 1997, I-2471, Rn. 26 – *Futura Participations und Singer*; EuGH, Rs. C-307/97, Slg. 1999, I-6161, Rn. 39, 51 – *Saint-Gobain*.

²⁷⁷ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 945 nennen etwa das Erfordernis der gebührenpflichtigen Eintragung in die Handwerksrolle zur Aufnahme einer handwerklichen Tätigkeit; anders liegt dies bei der Dienstleistungsfreiheit, EuGH, Rs. C-58/98, Slg. 2000, I-7919, Rn. 38 ff. – *Josef Corsten*.

d) Dienstleistungsfreiheit

In der bereits angesprochenen *van Binsbergen*-Entscheidung hat sich der EuGH auch hinsichtlich möglicher Rechtfertigungen geäußert. Danach werden unterschiedslos geltende nationale Regelungen, „die sich aus der Anwendung durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Berufsregelungen [...] ergeben“²⁷⁸ als nicht unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit angesehen. Bei der Dienstleistungsfreiheit kommt dadurch – zumindest bei unterschiedslosen Beschränkungen – eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses in Betracht. Trotz des etwas anderen Wortlauts²⁷⁹ liegt die Nähe zur *Cassis*-Formel auf der Hand, inhaltlich handelt es sich um dasselbe²⁸⁰. Dementsprechend erkannte der EuGH verschiedene wichtige Interessen an, wie den Verbraucher- und Arbeitnehmerschutz sowie die Lauterkeit des Handelsverkehrs²⁸¹. Durch die Europäische Dienstleistungsrichtlinie wurden diese Rechtfertigungsmöglichkeiten allerdings kategorisiert und insoweit begrenzt. Danach sind Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie nur noch aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie des Umwelt- und Gesundheitsschutzes zu rechtfertigen²⁸².

Auch bei der Dienstleistungsfreiheit lässt der EuGH die Rechtfertigungsmöglichkeit versteckt diskriminierender Maßnahmen zu²⁸³. Dies ist dogmatisch unsauber, liegt – wie bei den anderen Grundfreiheiten – aber an der fehlenden klaren Unterscheidung zwischen Beschränkung und Diskriminierung.

Als Begründung für eine Anerkennung der *Cassis*-Gründe lässt sich die strukturelle Vergleichbarkeit der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit anführen,

²⁷⁸ EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 – *van Binsbergen*; vgl. hierzu auch EuGH, Rs. 279/80, Slg. 1981, 3305, Rn. 17 – *Webb*; EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007, Rn. 23 – *Gouda* sowie EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473, Rn. 72 – *Smits und Peerbooms*; EuGH, Rs. C-496/01, Slg. 2004, I-2351, Rn. 64 – *Kommission/Frankreich*.

²⁷⁹ Vgl. auch EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 8 – *Familiapress*.

²⁸⁰ *Ehlers*, Jura 2001, S. 482 (486); *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3312.

²⁸¹ EuGH, verb. Rs. C-34/95 bis 36/95, Slg. 1997, I-3843, Rn. 53 – *De Agostini* m. w. N.; EuGH, Rs. C-43/93, Slg. 1994, I-3803, Rn. 16 ff. – *Vander Elst*; daneben sind die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511, Rn. 31, 38 f. – *Reisebüro Broede*, kulturpolitische Belange wie die Erhaltung und Verbreitung des nationalen und künstlerischen Erbes, EuGH, Rs. 154/89, Slg. 1991, I-659, Rn. 17 – *Fremdenführer*, sowie die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit, EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Rn. 41 – *Kohll* bzw. EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509, Rn. 73 – *Müller-Fauré*, zu nennen. Vgl. zu weiteren Interessen *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3324.

²⁸² Art. 16 Abs. 3 der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie, RL 2006/123/EG, ABl. L 376/36 vom 27.12.2006.

²⁸³ EuGH, Rs. C-410/96, Slg. 1998, I-7875, Rn. 31 ff. – *Ambry*; EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Rn. 37 ff. – *Kohll*; einschränkend, da nur geschriebene Rechtfertigungsgründe zulassend, EuGH, Rs. C-224/94, Slg. 1999, I-2517, Rn. 16 – *Ciola*; *Weiß*, EuZW 1999, S. 493.

die sich an der Verweisung des Art. 62 AEUV zeigt. Insgesamt liegt bei der Dienstleistungsfreiheit Konvergenz gegenüber den übrigen, bisher dargestellten Grundfreiheiten vor.

e) **Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit**

Im Rahmen der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit ist die Rechtsprechung zu ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen weniger ausgeprägt. Allerdings hat der EuGH auch hier festgestellt, dass mitgliedstaatliche nicht-diskriminierende Maßnahmen grundsätzlich durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können²⁸⁴. Zuletzt ließ er ungeschriebene Rechtfertigungsgründe v. a. in Verfahren zu sog. goldenen Aktien zu²⁸⁵. Er spricht dabei von „im Allgemeininteresse liegenden Gründen bzw. Zielen“²⁸⁶. Als derartige Erfordernisse wurden bisher beispielsweise raumplanerische Ziele²⁸⁷, die Erhaltung der Medienvielfalt²⁸⁸, der Schutz von Minderheiten und Arbeitnehmern²⁸⁹ oder die Gewährleistung einer Dienstleistung von öffentlichem Interesse²⁹⁰ zugelassen. Interessanterweise wird dabei mit der Konvergenz der Grundfreiheiten begründet, dass auch alle anderen im Rahmen der übrigen Grundfreiheiten zugelassenen Ziele übertragen werden könnten²⁹¹. Es wird später noch genauer untersucht, wie stichhaltig sich das Argument des Zieles der Konvergenz der Grundfreiheiten zur Begründung derartiger Übertragungen darstellt.

Im Ergebnis kommt es aber auch hinsichtlich der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit zur Übertragung der *Cassis*-Rechtsprechung²⁹². Werden diese ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe grundsätzlich zugelassen, wird man sie mit dem

²⁸⁴ EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rn. 29 f. – *Trummer*; EuGH, Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809, Rn. 45 ff. – *Société nationale de transport par canalisations*; zuletzt auch EuGH, verb. Rs. C-105/12 bis C-107/12, Urteil vom 22. Oktober 2013, Rn. 50 ff. – *Essent u. a.*; vgl. auch *Moens/Trone*, Commercial Law of the European Union, S. 137 ff.

²⁸⁵ EuGH, Rs. C-171/08, Slg. 2010, I-6817, Rn. 69 – *Kommission/Portugal*; vgl. auch EuGH, Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809, Rn. 45 – *Kommission/Belgien*; zuletzt bestätigt zum VW-Gesetz durch EuGH, Rs. C-95/12, Urteil vom 22. Oktober 2013, Rn. 50 – *Kommission/Deutschland*.

²⁸⁶ EuGH, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487, Rn. 9 f. – *Veronica*; EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rn. 40 – *Konle*; EuGH, verb. Rs. C-515, 519-524 u. 526-540/99, Slg. 2002, I-2157, Rn. 33 – *Reisch u. a.*

²⁸⁷ EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rn. 40 – *Konle*; EuGH, verb. Rs. C-515 u. a./99, Slg. 2002, I-2157, Rn. 34 – *Reisch u. a.*

²⁸⁸ EuGH, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487, Rn. 15 – *Veronica*.

²⁸⁹ I. E. aber ablehnend EuGH, Rs. C-112/05, Slg. 2007, I-8995, Rn. 70 ff. – *Kommission/Deutschland*.

²⁹⁰ EuGH, verb. Rs. C-282/04 und Rs. C-283/04, Slg. 2006, I-9141, Rn. 38 – *KPN und TPG*; vgl. zu den einzelnen Gründen *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3820 ff.

²⁹¹ Schulze/Zuleeg/Kadelbach/*Pache*, § 10, Rn. 224; Calliess/Ruffert/*Bröhmer*, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV, Rn. 61; Grabitz/Hilf/*Nettesheim/Ress/Ukrow*, Art. 63 AEUV, Rn. 177; zur Kritik vgl. *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3814 ff. m. w. N.

²⁹² So auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3811.

EuGH – wie bei den anderen Grundfreiheiten – ebenso auf versteckte Diskriminierungen übertragen müssen²⁹³, da sich die Grundfreiheiten hier nicht strukturell unterscheiden.

3. Zwischenergebnis

Zunächst lässt sich festhalten, dass alle Grundfreiheiten – im Rahmen der geschriebenen Schranken – eine Beschränkungsmöglichkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, mithin einen *ordre public*-Vorbehalt vorsehen. Daneben lassen einige Grundfreiheiten Beschränkungen auch aus Gründen des Gesundheitsschutzes zu. Am weitesten geht hierbei aber die Warenverkehrsfreiheit, die in Art. 36 AEUV weitere geschriebene Schranken kennt. Ähnliches gilt für die spezifischen geschriebenen Rechtfertigungsmöglichkeiten bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit im Rahmen des Art. 65 Abs. 1 AEUV.

Bei möglichen ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen stellt sich die Sachlage etwas diffuser dar. Die Frage nach einer Konvergenz der Rechtfertigungsgründe ist aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung des EuGH²⁹⁴ – besonders was die unsaubere Unterscheidung diskriminierender und unterschiedsloser Maßnahmen angeht – dabei eigentlich zu verneinen. Der EuGH vertritt einen weiten Beschränkungsbegriff, subsumiert versteckte Diskriminierung unter den Beschränkungsbegriff und lässt darüber deren Rechtfertigung durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zu. Je mehr der EuGH allerdings zudem dazu übergegangen ist, die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung auszubauen, auf die übrigen Grundfreiheiten zu übertragen sowie auf versteckte Diskriminierungen auszuweiten, desto eher lässt sich auch eine Konvergenz auf Rechtfertigungsebene annehmen. Der EuGH kompensiert dadurch die im Vergleich zu Art. 36 AEUV etwa bei den Personenverkehrsfreiheiten weniger ausgebauten geschriebenen Rechtfertigungsgründe durch die Anerkennung entsprechender ungeschriebener Gründe. Materiell, aber auf systematisch unterschiedlichen Wegen bestehen letztlich dadurch die gleichen Rechtfertigungsmöglichkeiten. Dies gilt, obwohl sich die Bezeichnung der zwingenden Erfordernisse – materiell dasselbe erfassend – durch den EuGH uneinheitlich darstellt: Mal spricht er

²⁹³ In diese Richtung EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rn. 40 – *Konle*; EuGH, Rs. C-515 u. a/99, Slg. 2002, I-2157, Rn. 33 ff. – *Reisch u. a.*

²⁹⁴ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 40 ff. weist dies entsprechend nach; so auch *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 803.

von „objektive[n] Erwägungen“²⁹⁵, mal von „Allgemeininteresse“²⁹⁶ oder „zwingenden Gründen des Gemeinwohls“²⁹⁷. Die Erstreckung der *Cassis*-Formel auf alle Grundfreiheiten lässt sich dabei mit der Vergleichbarkeit der Grundstruktur der Warenverkehrsfreiheit mit den übrigen Grundfreiheiten hinsichtlich der Bestimmung des Schutzbereiches sowie der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen begründen²⁹⁸. Dies führt gleichzeitig dazu, dass bei denjenigen Grundfreiheiten, die nur eingeschränkte geschriebene Rechtfertigungsgründe kennen, dieselben Rechtfertigungsgründe als ungeschriebene herangezogen werden können, was letztlich insgesamt zu einer auch inhaltlich-materiell konvergenten Rechtfertigungssystematik beiträgt. Daher fällt es für die Konvergenzfrage nicht ins Gewicht, dass die einzelnen Grundfreiheiten unterschiedliche geschriebene Rechtfertigungsgründe vorsehen. Die zwischen und innerhalb der einzelnen Grundfreiheiten möglichen, unterschiedlichsten Konstellationen können über die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe flexibler gefasst werden.

Ursprünglich konnten mittels ungeschriebener Rechtfertigungsgründe ausdrücklich nur Beschränkungen gerechtfertigt werden und keine versteckten Diskriminierungen. Der EuGH lässt mittlerweile allerdings auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe hinsichtlich versteckter Diskriminierungen zu²⁹⁹. Mit dem Argument, dass sich die Grundfreiheiten diesbezüglich strukturell nicht unterscheiden, wird man diese ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe bei allen Grundfreiheiten gleichermaßen auf versteckte Diskriminierungen anwenden müssen. Dies gilt allerdings wiederum nur, wenn man ungeschriebene Schranken zur Rechtfertigung versteckter Diskriminierungen überhaupt zulässt. Für die vorliegende Untersuchung kann dieser Streit aber dahinstehen, da er sich auf alle Grundfreiheiten gleichermaßen erstreckt, was sich damit zumindest nicht gegen eine Konvergenz der Grundfreiheiten anführen lässt.

Summa summarum ist die Schaffung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe allerdings bei allen Grundfreiheiten auch dem Bemühen geschuldet, den weiten Anwendungsbereich der Grundfreiheiten – nicht zuletzt durch die *Dassonville*-Formel – auf der Rechtfertigungsebene etwas zu korrigieren. Eine saubere dogma-

²⁹⁵ EuGH, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617, Rn. 19 – *O’Flynn*.

²⁹⁶ EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Rn. 15 – *Säger*; EuGH; Rs. C-368/95; Slg. 1997, I-3689, Rn. 8 – *Familiapress*.

²⁹⁷ EuGH, Rs. C-255/97; Slg. 1999, I-2835, Rn. 19 – *Pfeiffer*.

²⁹⁸ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 481 ff., 1673.

²⁹⁹ EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 72 ff. – *PreussenElektra* lässt sich als insoweit überschießende, aber singuläre Ausnahme bezüglich einer offenen Diskriminierung interpretieren, vgl. hierzu oben D.VI.2.a).

tische Herleitung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe lässt sich in der Rechtsprechung des EuGH dazu nicht finden. Was die angeführte Argumentation der strukturellen Vergleichbarkeit betrifft, lassen sich zwei Vergleichsgruppen bilden: Einerseits die Personenverkehrsfreiheiten sowie andererseits die Produktverkehrsfreiheiten. Bei letzteren kann eine Übertragung der *Cassis*-Formel durch das – mit Waren und Kapital – ähnliche Schutzgut gerechtfertigt werden, während sich bei den Personenverkehrsfreiheiten eine gemeinsame Klammer etwa der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit als gemeinsame Grundfreiheit der Selbständigen bilden lässt, die durch die normtextliche Verweisung des Art. 62 AEUV gestützt wird³⁰⁰. Unter diese Gruppe lässt sich auch noch gut die Arbeitnehmerfreizügigkeit als Personverkehrsfreiheit der unselbständig Beschäftigten subsumieren. Die Übertragung der *Cassis*-Formel von der Warenverkehrsfreiheit auf die Personenverkehrsfreiheiten bleibt allerdings durch den EuGH unbegründet. Deshalb bleibt hierfür nur die Eingrenzung des durch die Ausweitung zu Beschränkungsverboten bedingten weiten Anwendungsbereichs und dadurch eine mitgliedstaatsfreundliche Interpretation bzw. die Schonung der nationalen Souveränität.

4. Grundrechte als Rechtfertigungsgrund und Rechtfertigungsschranke

Als weitere Rechtfertigungsmöglichkeit, aber gleichzeitig auch Rechtfertigungsschranke kommen die Grundrechte in Betracht. Zudem können sich auch die Mitgliedstaaten bezüglich nationaler Maßnahmen bzw. deren Unterlassung darauf berufen, dass sie eine Pflicht zum Schutz der Grundrechte trifft, die Eingriffe in die Grundfreiheiten rechtfertigen kann. Der EuGH hat diese Rechtfertigungsmöglichkeit erstmals hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit herangezogen.

a) Die *Schmidberger*-Rechtsprechung bezüglich der Warenverkehrsfreiheit

In seiner *Schmidberger*-Entscheidung³⁰¹ hat der EuGH die Grundrechte Dritter als möglichen Rechtfertigungsgrund – zusätzlich zu den geschriebenen Rechtfertigungsgründen sowie zu den zwingenden Gründen der *Cassis*-Rechtsprechung³⁰² – für eine Beschränkung der Grundfreiheiten bzw. die Unterlassung mitgliedstaatli-

³⁰⁰ Frenz, Hb. EuR I, Rn. 2251.

³⁰¹ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 – *Schmidberger*.

³⁰² Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 906.

cher Maßnahmen gegen die Beschränkung von Grundfreiheiten durch Private anerkannt. Der wesentliche Unterschied zur *Cassis*-Rechtsprechung besteht darin, dass es dort um kollektive Allgemeininteressen geht, während bei den Grundrechten konkrete Interessen und Rechte Einzelner betroffen sind³⁰³. Bezüglich ihrer Wirkung stimmen beide Rechtfertigungsgründe aber überein.

Die der *Schmidberger*-Entscheidung zugrundeliegende Konstellation, in der eine derartige Schutzpflichtenkonstruktion durch den EuGH entwickelt wurde³⁰⁴, bezog sich jedoch nur auf die Warenverkehrsfreiheit. Zu entscheiden war der Kollisionsfall zwischen Warenverkehrsfreiheit und EU-Grundrechten: Ein Spediteur hatte gegen eine Brenner-Blockade durch Aktivisten geklagt, die auf die Umwelt- und Gesundheitsgefahren der Brennerautobahn aufmerksam machen wollten. Die mitgliedstaatlichen Behörden hatten die angekündigte Kundgebung unter Berufung auf das nationale Versammlungsgesetz und die Meinungs- und Versammlungsfreiheit der Demonstranten nicht untersagt, der Spediteur hatte durch die 30-stündige Blockade einen entsprechenden Schaden erlitten. Der EuGH entschied dazu, dass auch der Schutz der Grundrechte ein berechtigtes Interesse darstellt, das eine Beschränkung der mitgliedstaatlichen Verpflichtung zum Schutz der Grundrechte rechtfertigen kann³⁰⁵. Dogmatisch kommt es dabei zu einer umfassenden Abwägung im Sinne einer praktischen Konkordanz, wie sie aus der nationalen Grundrechtsdogmatik bekannt ist, um zu einer bestmöglichen Wirkung sowohl der Grundrechte als auch der Grundfreiheiten zu gelangen.

Im Folgenden soll die für die Konvergenzproblematik entscheidende Frage untersucht werden, inwieweit sich diese *Schmidberger*-Rechtsprechung auf die anderen Grundfreiheiten übertragen lässt.

b) Übertragung auf die übrigen Grundfreiheiten

Angesichts der großen Bedeutung der unionsrechtlichen Grundrechte, die auch Art. 6 Abs. 1 EUV ausdrückt, sind die Grundrechte grundsätzlich im Rahmen aller Grundfreiheiten zu berücksichtigen³⁰⁶. Systematisch lässt sich dies auch mit der strukturellen Vergleichbarkeit der Grundfreiheiten untereinander begründen,

³⁰³ Eine andere Ansicht wollte die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses der *Cassis*-Rechtsprechung um das Schutzgut des nationalen Grundrechtsschutzes erweitern, vgl. hierzu *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 862 m. w. N.

³⁰⁴ Wie dies begründet wird und was sich daraus für die Konvergenzfrage ergibt, wird unter D.VII.3 noch ausführlich untersucht.

³⁰⁵ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 74 – *Schmidberger*.

³⁰⁶ Vgl. zur steigenden Bedeutung der Grundrechte als Rechtfertigungsgrund *Oliver*, Free movement of goods, S. 241 ff.

da diese im Kollisionsfall mit den Grundrechten keine strukturellen Unterschiede aufweisen. Der EuGH hat allerdings zu den übrigen Grundfreiheiten noch nicht entschieden.

Bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind Grundrechte als ungeschriebene Rechtfertigungsmöglichkeit aber anerkannt³⁰⁷. Dies gilt nicht nur bezüglich staatlicher Schutzpflichten, sondern ist sogar hinsichtlich der Rechtfertigung durch individuelle, private Grundrechtsausübung der an einem Arbeitsverhältnis beteiligten Privaten – Berufung auf eigene Grundrechte als zwingende Voraussetzung – möglich, die aus der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit resultiert³⁰⁸.

Wenngleich eine Übertragung auf die übrigen Grundfreiheiten in der Literatur thematisch keine allzu große Rolle spielt, wird dies ebenso für die Niederlassungsfreiheit³⁰⁹, die Dienstleistungsfreiheit³¹⁰ sowie die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit³¹¹ im Rahmen nicht-diskriminierender Maßnahmen sowie versteckter Diskriminierungen³¹² anerkannt. Im Hinblick auf die Bedeutung, Wirkungsweise sowie die primärrechtliche Gewährleistung der Grundrechte ist dies folgerichtig³¹³. Bei allen Grundfreiheiten ist damit eine praktische Konkordanz zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten herzustellen. Für die Ausgangsfragestellung bedeutet dies, dass hinsichtlich der ungeschriebenen Rechtfertigungskategorie der Grundrechte Konvergenz gegeben ist.

5. Schranken-Schranken

Sind die Rechtfertigungsmöglichkeiten bzw. Schranken der jeweiligen Grundfreiheiten geklärt, ist zu untersuchen, inwiefern sich aus den Grenzen dieser Schranken ein Argument für die Konvergenz oder Divergenz herleiten lässt. Dazu sind

³⁰⁷ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 2092 ff. unter Verweis auf die Vereinigungsfreiheit in EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 79 – *Bosman*, wenngleich diese hier nicht auf Rechtfertigungsebene, sondern hinsichtlich der Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf von Sportverbänden aufgestellte Regeln erörtert wird; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 906 sprechen von einer „vergleichbaren Sachlage“.

³⁰⁸ *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff*, Art. 45 AEUV, Rn. 338 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 907; siehe dort auch zu entsprechenden Beispielen. Die Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird später noch unter D.VII.2.a) genauer dargestellt.

³⁰⁹; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 946

³¹⁰ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 35 – *Omega*, wenngleich die Menschenwürde hierin auf einen geschriebenen Rechtfertigungsgrund bezogen wurde; *Frenz*, Europarecht, Rn. 322; *ders.*, Hb. EuR I, Rn. 3314; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 994; *Moens/Trone*, Commercial Law of the European Union, S. 106.

³¹¹ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 1028.

³¹² *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 2095.

³¹³ Vgl. ausführlich zum Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 66 ff. m. w. N.

insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie die Wahrung der Unionsgrundrechte zu betrachten.

a) **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

Sowohl bei geschriebenen als auch bei ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen ist eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Dies ergänzt der EuGH mittlerweile um ein Kohärenzgebot³¹⁴. Aus systematischen Gründen muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz v. a. dann eine Rolle spielen, wenn es um die Rechtfertigung diskriminierender Regelungen geht: Hier muss dann insbesondere geprüft werden, ob eine bloße Beschränkung – bei gleicher Effektivität – die Grundfreiheit weniger belastet³¹⁵. Ebenso kommt der Verhältnismäßigkeitsprüfung wichtige Bedeutung zu, wenn mithilfe der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung versteckt diskriminierende Maßnahmen gerechtfertigt werden sollen.

Der EuGH nimmt in ständiger Rechtsprechung eine systematische Verhältnismäßigkeitsprüfung vor³¹⁶: Zur Rechtfertigung grundfreiheitlicher Beeinträchtigungen muss eine mitgliedstaatliche Maßnahme zunächst in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden und – wie bereits beschrieben – aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Diese Voraussetzungen werden um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im von den Grundrechten bekannten Sinne erweitert:

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner europäischen, grundfreiheitenbezogenen Ausprägung besagt, dass die mitgliedstaatliche Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet sein muss. Die fragliche Beschränkung muss daneben erforderlich sein³¹⁷, es darf also keine gleich wirksame Alternative geben, die weniger stark in die Grundfreiheit eingreift, noch darf die Maßnahme außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen oder über das

³¹⁴ EuGH, Rs. C-347/09, Slg. 2011, I-8185, Rn. 56 – *Dickinger und Ömer* hinsichtlich der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das Verbot privaten Glückspiels. Vgl. bezüglich der Übertragung auf andere Grundfreiheiten *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 807.

³¹⁵ *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (722).

³¹⁶ Vgl. grundlegend EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37– *Gebhard* sowie EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn. 32 – *Kraus*.

³¹⁷ St. Rspr., vgl. etwa EuGH, Rs. 124/81, Slg. 1983, 203, Rn. 16 ff. – *Kommission/Vereinigtes Königreich*; EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227, Rn. 44 ff. – *Kommission/Deutschland*; EuGH, Rs. C-189/95, Slg. 1997, I-5909, Rn. 75 f. – *Franzén*; EuGH, Rs. C-170/04, Slg. 2007, I-4071, Rn. 55 f. – *Rosengren*; vgl. zur sog. *Labelling*-Doktrin auch *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 861.

zur Verfolgung des Ziels Notwendige hinausgehen³¹⁸. Im Gegensatz zum Schema der Grundrechtsprüfung wird die Angemessenheit bzw. die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne also nicht als terminologisch eigener Punkt gesondert geprüft, in die umfassende Abwägung gleichwohl aber einbezogen³¹⁹. Daneben verlangt der EuGH allerdings mittlerweile, dass durch die mitgliedstaatliche Maßnahme das Ziel, das zu ihrer Rechtfertigung herangezogen wird, auch in kohärenter und systematischer Weise gefördert wird³²⁰. Den Mitgliedstaaten wird bezüglich der Verhältnismäßigkeit der fraglichen Maßnahmen ein weiter Einschätzungsspielraum eingeräumt, wobei sie allerdings die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen tragen und diesen Spielraum kohärent und systematisch nutzen müssen³²¹.

Die beschriebene Verhältnismäßigkeitsprüfung sowie die dargestellten Verhältnismäßigkeitsanforderungen sind dabei auf alle Grundfreiheiten anwendbar, wenn es um die Rechtfertigung grundfreiheitlicher Beschränkungen geht. Auch der EuGH nimmt in ständiger Rechtsprechung eine derartige Prüfung vor, wie dies nicht zuletzt seit den maßgebenden Rechtssachen *Gebhard*³²² und *Kraus*³²³ anerkannt ist. Systematisch lässt sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung dabei auf die vier Prüfungsschritte legitimes Ziel, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit herunterbrechen, wobei die beiden letzten Schritte regelmäßig zusammenfallen³²⁴. Lediglich bei einer Kollision grundfreiheitlicher Schutzpflichten mit

³¹⁸ *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (225 f.) m. w. N. aus der Rspr.; *Moens/Trone*, Commercial Law of the European Union, S. 63 f.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 845; zuletzt EuGH, Urteil vom 20. Juni 2013, Rs. C-20/12, Rn. 82 – *Giersch u. a.*

³¹⁹ Vgl. zu den Einzelheiten der Verhältnismäßigkeitsprüfung *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (722) mit Nachweisen der Rspr. des EuGH sowie *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 131 f.

³²⁰ EuGH, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Rn. 67 – *Gambelli*; EuGH, Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Rn. 55 – *Hartlauer* m. w. N.; EuGH, Rs. C-42/07, Slg. 2009, I-7633, Rn. 61 – *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*; beispielsweise lässt sich daher ein mitgliedstaatliches Verbot privater Glückspielangebote nicht mit dem Ziel der Bekämpfung der Spielsucht rechtfertigen, wenn der Mitgliedstaat selbst gleichzeitig das staatliche Glücksspiel mit dem Ziel der staatlichen Einnahmengewinnung ausbaut, vgl. EuGH, Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Rn. 53 f. – *Placanica u. a.* m. w. N.; vgl. hierzu ausführlich auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3339 ff.

³²¹ EuGH, Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Rn. 55 m. w. N. – *Hartlauer*; vgl. auch *Frenz*, Europarecht, Rn. 246; *ders.*, Hb. EuR I, Rn. 588.

³²² EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*.

³²³ EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn. 32 – *Kraus*; ursprünglich bereits EuGH, Rs. 8/55, Slg. 1955/1956, 297, 311 – *Fédération Charbonnière*.

³²⁴ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 98; *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 598; vgl. ausführlich zu den einzelnen Prüfungspunkten sowie den Konkretisierungen der Erforderlichkeit in Informations-, Herkunftsland- sowie Kooperationsprinzip *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 90 ff. sowie *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 587 ff.; *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (157 f.) weist eine Konvergenz hinsichtlich des Anerkennungs- bzw. Herkunftslandsprinzips, welches die Rechtfertigungsmöglichkeit durch zwingende Gründe wiederum beschränken kann, nicht nur für die Warenverkehrs-, sondern auch für die Dienstleistungs-, Niederlassungsfreiheit sowie die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach.

Grundrechten spielt die Angemessenheitsprüfung in der Rechtsprechung des EuGH eine Rolle³²⁵.

Neben der Warenverkehrsfreiheit³²⁶ ergeben sich auch bezüglich der Arbeitnehmerfreizügigkeit³²⁷ dabei keine Besonderheiten. Bei der Niederlassungsfreiheit kann dem Betroffenen eher zugemutet werden, das Recht des Staates, in dem er sich niederlässt, hinnehmen zu müssen, als man dies bei einer nur vorübergehenden Tätigkeit im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit verlangen können wird³²⁸. Hier genügt der Dienstleistende im Regelfall den Anforderungen des Herkunftsstaates. Mitgliedstaatliche Maßnahmen können daher bei der Niederlassungsfreiheit eher verhältnismäßig sein. Aus der geringeren Reichweite der Niederlassungsfreiheit – die freilich wiederum mit dem materiellen Gewährleistungsgehalt derselben zusammenhängt – lässt sich zumindest ein kleines Anzeichen für Divergenz herauslesen. Ansonsten lässt sich bezüglich der Struktur und des materiellen Gehalts der Verhältnismäßigkeitsprüfung allerdings Konvergenz zu den übrigen Grundfreiheiten feststellen³²⁹.

Auch mitgliedstaatliche Maßnahmen, welche die Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen, müssen verhältnismäßig sein³³⁰. Dies gilt ebenso für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, bei der eine entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen wird³³¹.

³²⁵ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 82 ff. – *Schmidberger*.

³²⁶ Vgl. hierzu *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 1235 ff. m. w. N.

³²⁷ EuGH, Rs. C-104/06, Slg. 2007, I-671, Rn. 25 – *Kommission/Schweden*; EuGH, Rs. C-208/05, Slg. 2007, I-181, Rn. 37 – *ITC*; EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521, Rn. 34 ff. – *Clean Car Autoservice*; vgl. auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 2099 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 906, 910; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 27, Rn. 51.

³²⁸ EuGH, Rs. C-398/95, Slg. 1997, I-3091, Rn. 21 – *SETTG* m. w. N. ; *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (722); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 995; auch bezüglich der Arbeitnehmerfreizügigkeit *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3333.

³²⁹ *Behrens*, EuR 1992, S. 145 (153); *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 28 Rn. 36; vgl. zu den Erforderlichkeitsanforderungen auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 2665 ff. m. w. N. aus der Rechtsprechung des EuGH.

³³⁰ EuGH, Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, Rn. 29 – *Kommission/Deutschland*, EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Rn. 45 – *Alpine Investments*; EuGH, Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069, Rn. 19 – *Kommission/Niederlande*; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 25 Rn. 19.

³³¹ EuGH, Rs. 203/80, Slg. 1981, 2595, Rn. 27 – *Casati*; EuGH, verb. Rs. C-163 u.a./94, Slg. 1995, I-4821, Rn. 23 – *Sanz de Lera*; EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rn. 40 – *Konle*; EuGH, Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335, Rn. 18 – *Église de scientologie*; EuGH, Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809, Rn. 45 ff. – *Kommission/Belgien*. Die strengen Anforderungen hinsichtlich der Erforderlichkeit zeigen sich auch bei Entscheidungen zu den sog. goldenen Aktien, vgl. etwa EuGH, Rs. C-483/99, Slg. 2002, I-4781, Rn. 46, 49 ff. – *Kommission/Frankreich*; EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Rn. 69 ff. – *Kommission/Spanien*; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Ress/Ukrow*, Art. 65 AEUV, Rn. 71.

Die einheitliche Verwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes spricht damit für die Konvergenz der Grundfreiheiten³³². Dies bestätigt sich, da der EuGH dazu übergegangen ist, auch das geforderte Kohärenzgebot auf die übrigen Grundfreiheiten zu übertragen³³³.

b) Art. 36 S. 2 AEUV

Neben dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konstituiert Art. 36 S. 2 AEUV mit dem Verbot willkürlicher Diskriminierungen sowie verschleierter Beschränkungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten eine geschriebene Rechtfertigungsschranke für die Rechtfertigungsgründe des Art. 36 S. 1 AEUV. Der EuGH prüft diese Begrenzungen allerdings zusammen mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³³⁴. Es ist daher fraglich, ob diesem Prüfungspunkt eine eigenständige Bedeutung neben dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zukommt³³⁵. Bezüglich der vorliegenden Fragestellung ist entscheidend, ob die genannten Kriterien nur auf die Warenverkehrsfreiheit oder auch auf die übrigen Grundfreiheiten Anwendung finden und ob sich hieraus ein Argument für eine Konvergenz oder Divergenz ableiten lässt.

Aufgrund seiner systematischen Stellung gilt dieses Verbot eigentlich nur für die Warenverkehrsfreiheit, trotzdem überträgt es der EuGH auch auf die Dienstleistungsfreiheit³³⁶. Wenngleich es damit an einer Übertragung auf die übrigen Personenverkehrsfreiheiten fehlt, wird den inhaltlichen Anforderungen über die bei allen Grundfreiheiten vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung getragen. Materiell handelt es sich um die gleiche Prüfung und dieselben vorzunehmenden Abwägungen³³⁷.

Eine Art. 36 S. 2 AEUV vergleichbare geschriebene Rechtfertigungsschranke gibt es auch bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit: So dürfen die mitgliedstaatlichen Beschränkungen i. S. von Art. 65 Abs. 1 und 2 AEUV nach Art. 65

³³² Für einen entsprechenden Gleichlauf der Grundfreiheiten auch *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 88; differenzierend *Ehlers*, Allgemeine Lehren, § 7, Rn. 109 f.

³³³ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-161/09, Slg. 2011, I-915, Rn. 42, 48 f. – *Kakavetsos-Fragkopoulos* für die Warenverkehrsfreiheit; EuGH, Rs. C-531/06, Slg. 2009, I-4103, Rn. 65 ff. – *Kommission/Italien* für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit.

³³⁴ EuGH, Rs. 174/82, Slg. 1983, 2445, Rn. 18 – *Sandoz*; EuGH, Rs. 247/84, Slg. 1985, 3887, Rn. 23 – *Motte*; EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227, Rn. 44 – *Kommission/Deutschland*; EuGH, verb. Rs. C-13/91 u. 113/91, Slg. 1992, I-3617, Rn. 16 – *Debus*.

³³⁵ Verneinend etwa *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 102; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 22 Rn. 41; differenzierend *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 1226 f. m. w. N.; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 174 f.

³³⁶ EuGH, Rs. 262/81, Slg. 1982, 3381, Rn. 13 – *Coditel/Ciné-Vog Films*.

³³⁷ A. A. differenzierend *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 1045 ff.

Abs. 3 AEUV keine Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder verschleierte Beschränkungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs darstellen³³⁸. Dies ist angesichts der Einordnung beider als Produktverkehrsfreiheiten folgerichtig. Bezüglich des Verhältnisses zu den Personenverkehrsfreiheiten bleibt festzuhalten, dass diese ein derartiges normtextliches Verbot nicht kennen, materiell aber dieselben Voraussetzungen gelten. Zum einen besagt die *Gebhard*-Formel, dass es sich um nicht-diskriminierende Maßnahmen handeln muss³³⁹, was insofern dem Verbot der willkürlichen Diskriminierung entspricht, andererseits findet eine Prüfung – wie bei allen Grundfreiheiten – über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz statt. Art. 36 S. 2 AEUV bzw. Art. 65 Abs. 3 AEUV dürfte daher kaum eine eigenständige Bedeutung zukommen³⁴⁰. Sie liefern daher letztlich keine Gründe für die Annahme einer strukturellen Divergenz der Grundfreiheiten.

c) Grundrechte als Rechtfertigungsschranke

Bei möglichen Rechtfertigungsschranken ist zudem an sonstiges kollidierendes Verfassungsrecht – etwa die EU-Grundrechte – zu denken. Der EuGH zieht grundrechtliche Garantien dabei nicht nur im Rahmen der geschilderten Verhältnismäßigkeitsprüfung heran, sondern auch als eigenständige Rechtfertigungsschranke³⁴¹. Diese Grundrechtskonstellation wirkt im Gegensatz zur dargestellten grundrechtlichen Schutzpflicht der Mitgliedstaaten nicht gegen die Grundfreiheiten, sondern erhöht deren Effektivität, indem sie als Begrenzung der Rechtfertigungsmöglichkeit mitgliedstaatlicher, in die Grundfreiheiten eingreifender Maßnahmen fungiert.

Grundsätzlich gilt dabei, dass die Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten im Lichte der Grundrechte ausgelegt werden muss, eine Rechtfertigungsmöglichkeit kann dann entsprechend – auch aus kompetenzrechtlichen Gründen – ausgeschlossen sein³⁴². Die Unionsgrundrechte fungieren insoweit als Schranken-Schranken und können die Rechtfertigungsmöglichkeit der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten begrenzen. Hierbei sind jedoch alle Grundfreiheiten

³³⁸ Vgl. hierzu EuGH, Rs. C-35/98, Slg. 2000, I-4071, Rn. 44 – *Verkoojen*; EuGH, Rs. C-315/02, Slg. 2004, I-7063, Rn. 26 f. – *Lenz*.

³³⁹ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 – *Gebhard*.

³⁴⁰ So auch *Calliess/Ruffert/Bröhmer* EUV/AEUV, Art. 65 AEUV, Rn. 44; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Ress/Ukrow*, Art. 65 AEUV, Rn. 70.

Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 1018; differenzierend *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3772.

³⁴¹ EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 24 ff. – *Familiapress*.

³⁴² EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 43 – *ERT*; EuGH, Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795 Rn. 24 – *TV10/Commissariaat voor de Media*; EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, 3689, Rn. 24 – *Familiapress*. Vgl. auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 572 ff.; *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (720 f.).

gleich zu behandeln: Bezüglich der Warenverkehrsfreiheit wurde dies bereits in der *Schmidberger*-Entscheidung anerkannt³⁴³. Dies gilt auch hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit³⁴⁴ und der Dienstleistungsfreiheit³⁴⁵. Obwohl der EuGH hierzu noch nicht entschieden hat, gelten die Grundrechte als Rechtfertigungsschranke auch hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit³⁴⁶ sowie der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit³⁴⁷.

Mithin lässt sich hinsichtlich der Grundrechte als möglicher Rechtfertigungsschranke eine Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen.

d) Sonstiges kollidierendes Vertragsrecht

Neben den Grundrechten kommt zur Begrenzung der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen auch sonstiges kollidierendes Vertragsrecht – etwa das Kartellrecht oder der Umweltschutz – in Betracht, das prinzipiell im gleichen Rang wie die Grundfreiheiten steht und aus dem nicht nur ein Rechtfertigungsgrund, sondern wiederum auch eine Rechtfertigungsschranke abgeleitet werden kann³⁴⁸.

e) Sperrwirkung des Sekundärrechts

Der EuGH geht bei der Warenverkehrsfreiheit davon aus, dass keine Rechtfertigungsmöglichkeit besteht, wenn abschließendes Sekundärrecht vorliegt, das ausreichend Schutz für die betroffenen Rechtsgüter bietet³⁴⁹. Sind bestimmte Bereiche bereits – etwa durch entsprechende Richtlinien oder sonstiges Sekundärrecht – abschließend harmonisiert, können die Mitgliedstaaten eine Beschränkung der Grundfreiheiten nicht mit Allgemeinwohlbelangen rechtfertigen³⁵⁰.

³⁴³ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 80 – *Schmidberger*; EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 24 f. – *Familiapress*. Mögliche Grundrechtspositionen sind dabei v. a. die Eigentums- und Berufsfreiheit, vgl. *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 713, 1250.

³⁴⁴ EuGH, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01, Slg. 2004, I-5257, Rn. 97 ff. – *Orfanopoulos und Oliveri*.

³⁴⁵ EuGH, Rs. 260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 43 – *ERT*; EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279, Rn. 40 – *Carpenter*. *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 3328 nennt beispielsweise die Berufsfreiheit der Ärzte sowie die der Rs. *ERT* zugrundeliegende Meinungs- und Rundfunkfreiheit.

³⁴⁶ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 947; in diese Richtung auch *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 603.

³⁴⁷ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 574, 3846.

³⁴⁸ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 77 ff.; *Frenz*, Hb. EuR, I, Rn. 602 f.

³⁴⁹ EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 Rn. 8 f. – *Cassis de Dijon*; Rs. 261/81, Slg. 1982, 3961 Rn. 12 – *Rau/De Smedt*; Rs. 215/87, Slg. 1989, I-617, Rn. 15 – *Schumacher/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*; Rs. C-317/92, Slg. 1994, I-2039 Rn. 14 – *Kommission/Deutschland*; Rs. C-320/93, Slg. 1994, I-5243, Rn. 14 – *Ortscheit/Eurim-Pharm*; Rs. C-5/94, Slg. 1996, I-2553, Rn. 18 f. – *The Queen/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland)*.

³⁵⁰ Vgl. hierzu auch *Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache*, § 10, Rn. 59.

Unter diesen Voraussetzungen gilt dies konvergent für alle Grundfreiheiten, da die Mitgliedstaaten beeinträchtigende Maßnahmen bei einer Totalharmonisierung mangels Kompetenz nicht mehr rechtfertigen können³⁵¹.

Bezüglich möglicher Rechtfertigungsschranken lässt sich insgesamt eine Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen.

VII. Verpflichtete der Grundfreiheiten – Drittwirkung – Grundfreiheitliche Schutzpflichten

Einen weiteren Punkt, der sich für die Konvergenzproblematik fruchtbar machen lässt, stellt die Frage des Verpflichteten- bzw. Adressatenkreises der Grundfreiheiten dar. Zunächst sollen die unmittelbar Verpflichteten untersucht werden, bevor der Frage einer möglichen Drittwirkung der Grundfreiheiten gegenüber Privaten nachgegangen wird. Insbesondere zur Thematik der Drittwirkung gibt es bereits umfassendes Schrifttum: Es handelt sich um das am häufigsten behandelte und umstrittenste dogmatische Problem hinsichtlich der Grundfreiheiten³⁵², was auch mit der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH zusammenhängt. Dabei ging es hauptsächlich um die grundfreiheitliche Bindung nichtstaatlicher, aber dem individuellen Marktbürger ähnlich machtvoll gegenüberstehender Privater. Der Frage der Konvergenz soll abschließend noch hinsichtlich möglicher grundfreiheitlicher Schutzpflichten der Mitgliedstaaten nachgegangen werden.

1. Verpflichtetenkreis: Mitgliedstaaten und Unionsorgane

Grundsätzlich richten sich die Grundfreiheiten an die einzelnen Mitgliedstaaten, die EU-rechtlich verpflichtet werden³⁵³. Dieser unmittelbare Verpflichtetenkreis gilt für alle Grundfreiheiten, weshalb sich diesbezüglich Konvergenz feststellen lässt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der entsprechenden Normen und gilt entsprechend für innerstaatliche Stellen³⁵⁴. Durch die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten werden aber auch Einrichtungen an die Grundfreiheiten ge-

³⁵¹ Vgl. zur dogmatischen Einordnung dieser Problematik als Rechtfertigungsschranke auch *Ehlers*, Jura 2001, S. 482 (488); *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (720); a. A. *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 604.

³⁵² *Bachmann*, AcP 2010, S. 424 (465 ff.); *Repasi*, EuZW 2008, S. 532; *Schmahl/Jung*, NvWZ 2013, S. 607. Vgl. hierzu auch die einschlägigen Monographien von *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten; *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten; *Ganten*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten; *Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der europäischen Grundfreiheiten; *Parpart*, Die unmittelbare Bindung Privater sowie die Übersicht bei *Roth*, EWS 2013, S. 16 (17). In der vorliegenden Arbeit können die dogmatischen Probleme – auch und v. a. in der Rspr. des EuGH – daher nur angerissen werden.

³⁵³ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 104.

³⁵⁴ EuGH, Rs. 197/84, Slg. 1985, 1819, Rn. 16 – *Steinhauser/Biarritz*.

bunden, die rein formal nicht zur staatlichen Verwaltungsorganisation zu rechnen sind, deren Mitglieder aber staatlicherseits ernannt werden und deren Finanzierung aus öffentlichen Mitteln erfolgt³⁵⁵. Hierzu werden Institutionen gerechnet, die der Aufsicht des Staates unterstehen und über Rechte verfügen, die über diejenigen einer normalen Privatperson hinausgehen³⁵⁶. Derartige Einrichtungen fungieren dabei quasi als „Werkzeug des Staates“³⁵⁷.

Die Grundfreiheiten binden nicht nur den Mitgliedstaat, in dem der Empfänger der Ware oder Leistung sitzt bzw. ansässig ist, sondern auch den Ausgangsstaat³⁵⁸. Aber auch hier lässt sich ein Gleichlauf der Grundfreiheiten feststellen³⁵⁹. Die Mitgliedstaaten sind darüber hinaus gebunden, wenn sie sich privatrechtlicher Instrumente bedienen. Durch die Flucht ins Privatrecht soll eine bestehende grundfreiheitliche Bindung nicht unterlaufen werden können³⁶⁰. In der *Buy Irish*-Entscheidung urteilte der EuGH für die Warenverkehrsfreiheit, dass Art. 34 AEUV auch für Maßnahmen gelte, deren „mögliche Wirkung auf die Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten mit der Wirkung vergleichbar ist, die Regierungsakte mit zwingendem Charakter haben“³⁶¹. Die fraglichen Maßnahmen müssen den Mitgliedstaaten lediglich funktional zugerechnet werden können³⁶². Dies lässt sich auf die übrigen Grundfreiheiten übertragen, weshalb sich diese auch hier im Gleichlauf befinden, ist die Bindung nach dem Wortlaut aller Grundfreiheiten doch unbedingt, weshalb es zu keiner Differenzierung nach der jeweiligen Handlungsform kommen darf³⁶³.

Umstrittener ist dagegen, ob die Europäische Union und ihre Organe an die Grundfreiheiten gebunden sind³⁶⁴. Für die Warenverkehrsfreiheit hat dies der

³⁵⁵ EuGH, Rs. 302/88, Slg. 1990, I-4639, Rn. 15 f. – *Hennen Olie /ICOVA*.

³⁵⁶ *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (210).

³⁵⁷ *Pießkalla*, NZA 2007, S. 1144 (1146).

³⁵⁸ *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (210); *ders.*, EuR 2000, S. 705 (714).

³⁵⁹ EuGH, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483 Rn. 16 – *Daily Mail*; Rs. 264/96, Slg. 1998, I-4695 Rn. 21 – *Imperial Chemical Industries/Colmer* zur Niederlassungsfreiheit sowie EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 97 – *Bosman* für die Arbeitnehmerfreizügigkeit; so auch *Streinz*, Europarecht, Rn. 797, 820 ff.

³⁶⁰ EuGH, Rs. 249/81, Slg. 1982, 4005, Rn. 23 ff. – *Buy Irish*; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 792.

³⁶¹ EuGH, Rs. 249/81, Slg. 1982, 4005 Rn. 27 – *Kommission/Irland*; bestätigt durch EuGH, Rs. C-325/00, Slg. 2002, I-9977, Rn. 18 – *CMA Gütesiegel*.

³⁶² *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 105; *Frenz*, Hb. EuR, I, Rn. 316 ff.

³⁶³ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 108; *Forsthoff*, EWS 2000, S. 389 (391).

³⁶⁴ *Becker/Schwarze/Becker*, Art. 34 AEUV, Rn. 101; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 109.

EuGH explizit festgestellt³⁶⁵, die h. M. bejaht dies auch für die übrigen Grundfreiheiten³⁶⁶. Beim Erlass von Sekundärrecht sind damit auch die EU-Organe an die Grundfreiheiten gebunden. Eine derart umfassende Bindung ist konsequent: Primärrechtlich verpflichtet Art. 3 Abs. 3 EUV die Unionsorgane zur Errichtung des Binnenmarktes, zu dessen Grundlagen die Grundfreiheiten gehören. Es wäre darüber hinaus auch widersprüchlich, den Mitgliedstaaten Pflichten aufzuerlegen, die für die Union selbst nicht gelten, was das Ziel einer effektiven Durchsetzung der Grundfreiheiten konterkarieren würde³⁶⁷. Diese Fragestellung bezieht sich allerdings wiederum insgesamt auf alle Grundfreiheiten. Bezüglich der Bindung der EU bzw. ihrer Organe sowie der Bindung der Mitgliedstaaten lässt sich also eine Konvergenz der Grundfreiheiten feststellen.

Mit diesem „klassischen“ Verpflichtetenkreis ließ sich ein ausreichender grundfreiheitlicher Schutz der Marktbürger jedoch in vielen Fällen, in denen dieser nichtstaatlichen bzw. nicht dem Staat zuordenbaren, aber dennoch ebenso machtvollen privaten Akteuren gegenüber stand, nicht ausreichend begründen. Eine Lösung wurde in diesen Fällen über eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten gesucht, welche ein weiteres Konvergenz- bzw. Divergenzkriterium darstellen können.

2. Drittwirkung der Grundfreiheiten³⁶⁸

Eines grundfreiheitlichen Schutzes bedarf es nämlich auch, wenn sich der Einzelne beeinträchtigenden Maßnahmen nichtstaatlicher, aber ebenso machtvoller Akteure und Institutionen gegenüber sieht. Dies gilt besonders im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit sowie der Dienstleistungsfreiheit. Im Folgenden soll erörtert werden, bei welchen Grundfreiheiten eine Drittwirkung

³⁶⁵ St. Rspr., vgl. EuGH, Rs. 15/83, Slg. 1984, 2171 Rn. 15 – *Denkavit Nederland*, Rs. C-51/93, Slg. 1994, I-3879 Rn. 11 – *Meyhui/Schott Zwiesel Glaswerke*.

³⁶⁶ *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 11; *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (211); *ders.*, EuR 2000, S. 705 (715). Den Unionsorganen müssen dann aber auch die gleichen Rechtfertigungsmöglichkeiten wie den Mitgliedstaaten eingeräumt werden, vgl. EuGH Rs. C-51/93, Slg. 1994, I-3879, Rn. 11, 14 – *Meyhui/Schott Zwiesel Glaswerke*.

³⁶⁷ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 333 ff., 337 m. w. N.

³⁶⁸ Dogmatisch sauber wäre zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung zu unterscheiden. Im vorliegenden Kontext soll jedoch im Rahmen der Konvergenzfrage schwerpunktmäßig untersucht werden, ob sich die einzelnen Grundfreiheiten hinsichtlich der Drittwirkung überhaupt unterscheiden, es sind also alle möglichen Formen der Drittwirkung inklusive möglicher staatlicher Schutzpflichten einzubeziehen. Teilweise wird daneben auch von horizontaler Drittwirkung gesprochen, vgl. *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, S. 607. Vgl. zur Einwirkung der Grundfreiheiten auf das deutsche Privatrecht ausführlich *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 378 ff. Die Rechtsprechungslinien des EuGH zur Drittwirkung skizziert auch *Roth*, EWS 2013, S. 16 (21 ff.).

angenommen wird, um hieraus wiederum Rückschlüsse auf die Frage der Konvergenz zu ziehen.

Art. 106 Abs. 2 AEUV, wonach für private Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols besitzen, die Vorschriften des AEUV und damit auch die Grundfreiheiten gelten, normiert ausdrücklich einen Fall der Drittwirkung der Grundfreiheiten³⁶⁹. Ansonsten ist aber zu klären, inwiefern den einzelnen Grundfreiheiten über den Vertragstext hinaus Drittwirkung zukommt³⁷⁰.

a) Arbeitnehmerfreizügigkeit und ihre unmittelbare Drittwirkung

Entwickelt wurde die grundfreiheitliche Drittwirkungskonstruktion besonders hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Ausgangspunkt war dabei die *Walrave*-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1974, worin das Verbot der unterschiedlichen Behandlung nach der Staatsangehörigkeit von Akten staatlicher Behörden auf sonstige Maßnahmen, die kollektive Regelungen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich betreffen, ausgeweitet wurde³⁷¹. Begründet hat dies der EuGH damit, dass die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr gefährdet wären, wenn die Beseitigung der staatlichen Schranken in ihren Wirkungen dadurch wieder aufgehoben würde, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse wieder aufrichteten und damit die Gefahr begründeten, dass das entsprechende Verbot nicht einheitlich angewandt würde³⁷². Aus dem Sportbereich kommt mit *Deliège*³⁷³ auch die zweite EuGH-Entscheidung, welche die *Walrave*-Rechtsprechung bestätigte. Ebenfalls um Sportverbandsregelungen ging es in der Rechtssache *Bosman*³⁷⁴, in welcher der EuGH bestimmte Transferregeln und Ausländerklauseln von Fußballverbänden für mit den Anforderungen der Ar-

³⁶⁹ Calliess/Ruffert/Jung, Art. 196 AEUV, Rn. 56 f.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Wernicke, Art. 106 AEUV, Rn. 36.

³⁷⁰ Einen besonderen Ansatz liefert Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 741 ff., der eine Drittwirkung mit dem „grundrechtlichen Gehalt“ der Grundfreiheiten diskutiert, dies i. E. aber ablehnt.

³⁷¹ EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 16, 19 – *Walrave*. Eine umfassende Darstellung der EuGH-Rechtsprechung findet sich auch bei Hintersteiner, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 120 ff. und Parpart, Die unmittelbare Bindung Privater, S. 87 ff.

³⁷² EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 16, 19 – *Walrave*.

³⁷³ EuGH, verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549 Rn. 47 – *Deliège*. Hierbei ging es um die Zulassung für die Teilnahme an einem internationalen Judowettkampf durch den belgischen Judo-Verband.

³⁷⁴ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – *Bosman*; vgl. mittlerweile auch EuGH, Rs. C-325/08, Slg. 2010, I-2177, Rn. 30 – *Olympique Lyonnais*.

beitnehmerfreizügigkeit des AEUV unvereinbar erklärte – hierbei nicht nur hinsichtlich der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch hinsichtlich diskriminierungsfreier Beschränkungen³⁷⁵.

Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit war damit eine Drittwirkung – zumindest was die sog. intermediären Gewalten wie bestimmte Verbände betrifft – anerkannt³⁷⁶. Dabei gelten nichtstaatliche private Einrichtungen als „intermediäre Gewalten“³⁷⁷, bei denen die private Normsetzung der staatlichen bezüglich ihrer Wirkung und ihres Gewichts insoweit entspricht³⁷⁸. Durch die große Verbandsmacht kann es hier zu asymmetrisch ausgestalteten Vertragsbeziehungen kommen, die einen grundfreiheitlichen Schutz der schwächeren Partei erfordern. Der Verpflichtetenkreis der Grundfreiheiten wurde damit auch auf private Einrichtungen und Institutionen mit besonderer kollektiver Macht³⁷⁹ ausgeweitet.

Noch weiter ging der EuGH in der Rechtssache *Angonese*³⁸⁰ und erstreckte die Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht nur auf kollektive Regelungen, sondern auf alle Verträge zwischen Privatpersonen³⁸¹. Inhaltlich hat der EuGH dabei den von einem privaten Arbeitgeber vor der Einstellung zwingend geforderten und nur in einer bestimmten Region eines Mitgliedstaats erwerbbaaren Zweisprachigkeitsnachweis als unzulässige Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit eingestuft. Begründet wurde diese Drittwirkung des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit – neben dem Wortlautargument³⁸² – in Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung mit dem Verweis auf die effektive Durchsetzung des Unionsrechts sowie der Grundfreiheiten³⁸³. Daneben wurde die Arbeitnehmerfreizügigkeit als eine spezifische Ausprägung des allgemeinen Dis-

³⁷⁵ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 96 – *Bosman*.

³⁷⁶ Die damalige Literatur schloss sich dem nur bedingt an, vgl. zum damaligen Meinungsstand *Michaelis*, NJW 2001, S. 1841 m. w. N.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 849 ff.; a. A. etwa *Classen*, EuR 2004, S. 416 (428 ff.); *Jarass*, EuR 2000, S. 705 (715 f.); *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (571 ff.); *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (464 f.) sowie *Burgi*, EWS 1999, S. 327 (331); eine Auflistung weiterer bestätigender EuGH-Entscheidungen findet sich auch bei *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, S. 607 (608).

³⁷⁷ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 884; Kritik an der Begründung der Ausweitung durch den EuGH findet sich bei *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (566 ff.).

³⁷⁸ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 112.

³⁷⁹ *Michaelis*, NJW 2001, S. 1841 spricht von „quasi-staatliche[n] Gewaltbefugnisse[n]“, vgl. auch *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 194.

³⁸⁰ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 30 ff. – *Angonese*; vgl. hierzu auch *Forsthoff*, EWS 2000, S. 389 ff.

³⁸¹ Eher skeptisch gegenüber einer Ausdehnung auf Private zuvor noch *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (210 f.); *ders.*, EuR 2000, S. 705 (715 f.).

³⁸² EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 30 – *Angonese*; der Wortlaut des Art. 45 AEUV nenne die Mitgliedstaaten nicht explizit als Adressaten, weshalb auch andere Adressaten betroffen sein können sollen.

³⁸³ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 33 – *Angonese*.

kriminierungsverbots des Art. 18 AEUV betrachtet³⁸⁴, weshalb sie sich sowohl auf Kollektivregelungen als auch auf alle Verträge zwischen Privatpersonen erstreckt³⁸⁵.

Von Seiten der Literatur wurde das *Angonese*-Urteil als weiterer Schritt in Richtung unbeschränkter Drittwirkung allerdings aus dogmatischen Gründen und insbesondere hinsichtlich der Argumente des EuGH kritisiert – auch weil es das Prinzip der Privatautonomie durch die Anwendung der Grundfreiheiten auch zwischen Privaten entsprechend einschränkt³⁸⁶.

Dennoch hielt der EuGH an seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung der Personenverkehrsfreiheiten auch gegenüber Privaten und nicht nur gegenüber Kollektivmaßnahmen fest und bestätigte diese in der Rechtssache *Raccanelli*³⁸⁷. Im zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um die Gewährung eines Stipendiums für einen Doktoranden bei einer deutschen wissenschaftlichen Forschungseinrichtung. Der klagende Doktorand, ein italienischer Staatsbürger, sah sich in seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzt, da er die gleiche Arbeit wie angestellte Doktoranden versah, ihm die Möglichkeit einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung und damit einer sozialen Absicherung aber vorenthalten wurde. Fraglich war auch hier wieder eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten im privatrechtlichen (Arbeits-)Verhältnis. Der EuGH begründete die Bejahung der Drittwirkung auch für privatwirtschaftliche Vereine hier erneut – unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung – mit einem Wortlaut-, Effizienz- sowie systematischem Argument³⁸⁸.

Trotz der Kritik der Literatur an den beiden letztgenannten Entscheidungen ist daher insgesamt von einer unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizü-

³⁸⁴ Bei Art. 18 AEUV hat der EuGH eine unmittelbare Drittwirkung angenommen, EuGH, Rs. C-411/98, Slg. 2000, I-8081, Rn. 50 – *Ferlini*.

³⁸⁵ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 34 f. – *Angonese*; vgl. auch bereits EuGH, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Rn. 38/39 f. – *Defrenne*.

³⁸⁶ *Birkemeyer*, EuR 2010, S. 662 (665, 667 ff.); *Burgi*, EWS 1999, S. 327 (330); *Michaelis*, NJW 2001, S. 1841 (1842); *Pießkalla*, NZA 2007, S. 1144 (1146) m. w. N.; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (464, zur Kritik im Einzelnen ausführlich S. 460 ff.), die eine drittgerichtete grundfreiheitliche Schutzpflicht als die Mitgliedstaaten schonendere Alternative vorziehen; grundsätzlich begrüßend *Körber*, EuZW 2001, S. 353; Kritik in diese Richtung auch bei *Streinz*, Europarecht, Rn. 850; a. A. *Forsthoff*, EWS 2000, S. 389 (397). Vgl. ausführlich zum Meinungsstand der Literatur *Parpart*, Die unmittelbare Bindung Privater, S. 143 ff. (151, 153) mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

³⁸⁷ EuGH, Rs. C-94/07, Slg. 2008, I-5939, Rn. 45 – *Raccanelli*; vgl. zuletzt auch EuGH, Rs. C-172/11, NZA 2012, S. 863, Rn. 36 – *Erny*. Skeptisch v. a. hinsichtlich der Ausweitung auf Beschränkungsverbote allerdings etwa *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 14.

³⁸⁸ EuGH, Rs. C-94/07, Slg. 2008, I-5939, Rn. 41 ff. – *Raccanelli*.

gigkeit auszugehen³⁸⁹. Danach muss sich auch das Handeln nicht-staatlicher Akteure bzw. Gewalten an der Arbeitnehmerfreizügigkeit des AEUV messen lassen. Als Rechtsfolge eines Verstoßes kann ggf. Nichtigkeit der fraglichen Regelungen eintreten³⁹⁰. Bezüglich der bereits eingeführten Unterscheidung zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot ist anzumerken, dass in den Rechtssachen *Angonese*³⁹¹ und *Raccanelli*³⁹² die Bindungswirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch den EuGH zwar auf alle unmittelbar an einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis Beteiligten ausgeweitet wurde, ihre Grenze aber in einem Diskriminierungsverbot findet. Es bleibt deshalb offen, inwiefern dies auch nichtdiskriminierende Beschränkungen durch die am Arbeitsverhältnis beteiligten Privaten beinhaltet³⁹³.

Unabhängig von dieser Reichweitenfrage ist die Bindungswirkung bzw. der Kreis der Verpflichteten bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit mittlerweile sehr weit angelegt. Für die vorliegende Fragestellung bleibt damit festzuhalten, dass bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit eine Drittwirkung in der dargestellten Weise anerkannt ist. Um Rückschlüsse auf eine mögliche Kon- oder Divergenz treffen zu können, soll nun untersucht werden, wie es sich mit einer Drittwirkung bei den anderen Grundfreiheiten verhält und ob ggf. die zur Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Ansätze und Argumente auf die anderen Grundfreiheiten übertragen werden können.

b) Insbesondere: Der Gewerkschaftsansatz

Eine besondere Rolle im Bereich der Drittwirkung nimmt der sog. Gewerkschaftsansatz³⁹⁴ ein, der im Folgenden kurz skizziert werden soll, da sich auch hieraus – je nach Bejahung oder Verneinung der Anwendung auf die jeweiligen Grundfreiheiten – Rückschlüsse auf die Konvergenzfrage ziehen lassen.

In der Rechtssache *Viking* hat der EuGH die Bindungswirkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auch für Gewerkschaften bei kollektiven Maßnahmen gegenüber Unternehmen ausgeweitet³⁹⁵. Inhaltlich wollten die durch die

³⁸⁹ Offen bleibt freilich weiterhin, ob dies nicht nur für das Diskriminierungs-, sondern auch für das Beschränkungsverbot gilt; bejahend *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 1328; ablehnend, aber nicht ausschließend *Birkemeyer*, EuR 2010, S. 662 (673, 676).

³⁹⁰ EuGH, Rs. C-15/96, Slg. 1998, I-47, Rn. 35 – *Schöning-Kougebetopoulou*.

³⁹¹ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 34 – *Angonese*.

³⁹² EuGH, Rs. C-94/07, Slg. 2008, I-5939, Rn. 45 – *Raccanelli*.

³⁹³ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 885.

³⁹⁴ Vgl. hierzu auch *Pießkalla*, NZA 2007, S. 1144 ff. sowie *Streinz*, JuS 2008, S. 447 ff.

³⁹⁵ EuGH, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 45 ff., 61 – *Viking*.

se Grundfreiheiten verpflichteten Gewerkschaften mittels entsprechender Arbeitskämpfmaßnahmen den Abschluss eines Tarifvertrags erzwingen und das sog. Ausflaggen eines Schiffes einer finnischen Reederei zu für die Arbeitnehmer schlechteren Konditionen verhindern. Hiergegen setzte sich die betroffene Reederei unter Berufung auf ihre Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 i. V. m. 54 AEUV und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56, 62 i. V. m. Art. 54 AEUV gerichtlich zur Wehr. Durch die Beteiligung der Gewerkschaft handelt es sich um einen Anwendungsfall der Drittwirkung, der an die mögliche Drittwirkung der Grundfreiheiten gegenüber intermediären Gewalten anknüpft. Auch Gewerkschaften verfügen durch entsprechende Anweisungen an ihre Mitglieder über die Möglichkeit, die Ausübung der Grundfreiheiten zu erschweren, weil einzelne Marktteilnehmer aufgrund der Marktabschottung durch die Gewerkschaft diese nicht umgehen können³⁹⁶. Problematisch ist – im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH bezüglich intermediärer Gewalten – hierbei, dass der EU wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV eigentlich die Kompetenz zur Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts fehlt. Trotzdem hat der EuGH bestätigt, dass sich Unterlassungsansprüche von in ihrer Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigten Unternehmen auch an Gewerkschaften richten können.

Die *Viking*-Entscheidung, die eine Grundfreiheitenbindung auch im Außenverhältnis gegenüber Dritten annimmt, steht damit in einer Linie mit der bisherigen EuGH-Judikatur zur Drittwirkung der Grundfreiheiten und ist daher – trotz der kompetenziellen Bedenken – folgerichtig. Allerdings muss dann systematisch auch eine entsprechende Rechtfertigungsmöglichkeit durch den Schutz der Arbeitnehmer anerkannt werden, wie dies der EuGH im maßgeblichen Fall vorgenommen hat³⁹⁷.

Neben der Bestätigung des bisher gefundenen Ergebnisses besitzt für die Konvergenzproblematik v. a. die Frage Bedeutung, ob dieser Gewerkschaftsansatz auf andere Grundfreiheiten übertragen werden kann. Während dies vom EuGH noch nicht entschieden wurde, wird im Schrifttum eine derartige Übertragung vorgeschlagen – etwa bei einer Störung der Warenverkehrsfreiheit durch Streiks im Transportgewerbe³⁹⁸. Dies wäre durchaus im Sinne der EuGH-Rechtsprechung, die den Grundfreiheiten zu effektiver Geltung auch gegenüber Privaten verhelfen

³⁹⁶ Schlussanträge von Generalanwalt *Maduro* vom 23.5.2007 – C-438/05, Rn. 48.

³⁹⁷ EuGH, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 77, 90 – *Viking*, hier wird zusätzlich Verhältnismäßigkeit der Maßnahme verlangt.

³⁹⁸ *Haratsch/König/Pechstein*, Rn. 793; *Oliver*, Free movements of goods, S. 72.

will. Der skizzierte Gewerkschaftsansatz kann damit auch für Parteien sowie Wirtschafts- und Berufsverbände oder – wie vom EuGH ja bereits entschieden – für Sportverbände gelten und bestätigt damit das bisher anhand der Arbeitnehmerfreizügigkeit gefundene Ergebnis der unmittelbaren Drittwirkung der Personenverkehrsfreiheiten auch gegenüber intermediären Gewalten.

Weiterhin bleibt – als nächstes hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit – zu untersuchen, inwiefern eine Drittwirkung bezüglich der übrigen Grundfreiheiten anerkannt wird.

c) Niederlassungsfreiheit

Bereits in der Rechtssache *Van Ameyde/UCI* urteilte der EuGH, dass die Niederlassungsfreiheit nicht nur vor diskriminierenden hoheitlichen Maßnahmen schützt, sondern auch vor Maßnahmen, welche privaten Akteuren – wie im zu entscheidenden Fall nationalen Versicherungsbüros – zuzuordnen sind³⁹⁹.

Neben der bereits geschilderten *Viking*-Entscheidung ist der EuGH auch in der Rechtssache *Wouters* von einer unmittelbaren Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit ausgegangen: Inhaltlich ging es um das nach den Statuten der niederländischen Rechtsanwaltskammer verbotene Betreiben einer sog. gemischten Sozietät zwischen Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern, wogegen der Rechtsanwalt *Wouters* gerichtlich vorging. Der EuGH entschied – unter Bezugnahme auf die bisher zur Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ergangenen Urteile – , dass die Vorschriften des AEUV zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auch von Regelungen nichtstaatlichen Ursprungs einzuhalten sind, mit denen selbständige Tätigkeiten und Dienstleistungen kollektiv geregelt werden sollen⁴⁰⁰. Begründet wurde dies wiederum mit dem *effet utile*-Gedanken, wonach die Beseitigung der staatlichen Hindernisse für die Grundfreiheiten zwischen den Mitgliedstaaten wirkungslos wäre, wenn diese durch private, nicht dem öffentlichen Recht unterliegende autonome Vereinigungen und Einrichtungen mit gleicher Wirkung wieder errichtet würden⁴⁰¹.

Damit ist für die Niederlassungsfreiheit eine unmittelbare Drittwirkung gegenüber intermediären Gewalten anerkannt. Dem ist zuzustimmen, da dies im systematischen Einklang mit den Argumenten – Wortlaut und Effizienzgrundsatz – steht, die der EuGH für die Begründung der Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügig-

³⁹⁹ EuGH, Rs. 90/76, Slg. 1977, 1091, Rn. 28 – *Van Ameyde/UCI*.

⁴⁰⁰ EuGH, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rn. 120 – *Wouters*.

⁴⁰¹ EuGH, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rn. 120 – *Wouters*.

keit herangezogen hat⁴⁰². Mithin existieren zwischen den beiden Personenverkehrsfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit materiell keine derartigen strukturellen oder systematischen Unterschiede, die einer Übertragung und damit der Konvergenz entgegenstehen.

d) Dienstleistungsfreiheit

Das zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit Ausgeführte gilt auch für die Dienstleistungsfreiheit, deren Bindungswirkung ebenso auf intermediale Gewalten wie Sportverbände ausgeweitet wurde, wie der EuGH in den Rechtssachen *Walrave*⁴⁰³, *Viking*⁴⁰⁴, *Deliège*⁴⁰⁵ sowie *Haug-Adrion*⁴⁰⁶ bestätigt hat.

Bezüglich der Dienstleistungsfreiheit spricht materiell und systematisch nichts gegen eine Übertragung der zur Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Grundsätze zur Drittwirkung gegenüber Privaten und kollektiven Regelungen – wie dies auch der EuGH in den genannten Entscheidungen annimmt. Folglich ist hier eine Konvergenz zu bejahen.

Im Gegensatz zur skizzierten Rechtsprechung zu den Personenverkehrsfreiheiten ist bezüglich der übrigen Grundfreiheiten allerdings umstritten, ob bei diesen eine unmittelbare Drittwirkung möglich ist. Dies soll im Folgenden genauer untersucht werden, da sich hierdurch – je nach gefundenem Ergebnis – die Frage der Konvergenz der Grundfreiheiten bezüglich ihrer Drittwirkung bejahen oder verneinen lässt.

e) Warenverkehrsfreiheit – insbesondere das Urteil *Fra.bo SpA/DVGW*

Fraglich ist die Drittwirkung v. a. bei der Warenverkehrsfreiheit. Ursprünglich wurde – im Gegensatz zu den bisher genannten Grundfreiheiten – eine unmittelbare Drittwirkung abgelehnt: In den Rechtssachen *van de Haar*⁴⁰⁷ sowie *Vlaamse Reisbureaus*⁴⁰⁸ hat der EuGH den Anwendungsbereich auf staatliche Maßnahmen

⁴⁰² *Birkemeyer*, EuR 2010, S. 662 (675); a. A. *Steinberg*, EuGRZ 2002, S. 13 (17), der noch für eine Begrenzung auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit plädiert.

⁴⁰³ EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 – *Walrave*.

⁴⁰⁴ EuGH, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779 – *Viking*.

⁴⁰⁵ EuGH, verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549, Rn. 47 – *Deliège*.

⁴⁰⁶ EuGH, Rs. C-251/83, Slg. 1984, 4277, Rn. 14 – *Haug-Adrion*.

⁴⁰⁷ EuGH, Rs. C-177/82, Slg. 1984, 1797, Rn. 12 – *van de Haar*.

⁴⁰⁸ EuGH, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801 Rn. 30 – *Vlaamse Reisbureaus*; vgl. auch EuGH, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801, Rn. 30 – *VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Over-*

begrenzt und damit Private sowie Unternehmen vom Verpflichtetenkreis ausgeschlossen.

Von der Literatur befürwortet wurde dies mit dem Verweis auf das unterschiedliche Schutzobjekt der Ware, der expliziten Erwähnung der Mitgliedstaaten im Wortlaut des Art. 34 AEUV sowie, dass mit dem Wettbewerbsrecht für Private speziellere Vorschriften zur Verfügung stünden⁴⁰⁹. Um dennoch zu einem gewissen grundfreiheitlichen Schutzniveau zu gelangen, behalf man sich mit der dogmatischen Konstruktion der grundfreiheitlichen Schutzpflicht, auf die später noch eingegangen wird.

Während diese kategorische Abgrenzung zu den Personenverkehrsfreiheiten bereits vereinzelt von der Literatur angezweifelt wurde⁴¹⁰, hat auch der EuGH seine restriktive Rechtsprechung mittlerweile aufgegeben. Dabei hat er an seine ältere, drittwirkungsfreundlichere und mit der effektiven Durchsetzung des freien Marktes sowie des freien Warenverkehrs begründete Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit angeschlossen⁴¹¹.

Maßgebend für diesen Rechtsprechungswandel ist die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Fra.bo SpA*⁴¹² aus dem Jahr 2012, bei der es um die Zertifizierung von Produkten durch private Einrichtungen ging: Die *DVGW* ist als privatrechtlicher technisch-wissenschaftlicher Verein die maßgebliche nationale Normungs- und Zertifizierungsstelle auf dem Gebiet des Gas- und Wasserfachs, die durch Norm- und Zertifikatvergabe darüber entscheidet, ob Sanitärprodukte als mit dem deutschen Recht konform angesehen werden können oder nicht. Fraglich war, ob die durch Art. 34 AEUV gesicherte Warenverkehrsfreiheit auf diesen privaten Akteur anwendbar ist und ihn entsprechend bindet bzw. ob sich die italienische Gesellschaft *Fra.bo SpA* – der ein entsprechendes Zertifikat für ihr Produkt entzogen worden war, weil sie es nicht erneut hinsichtlich der Konformität mit den mittlerweile geänderten technischen Anforderungen überprüfen hatte lassen – auf die Warenverkehrsfreiheit berufen kann.

heidsdiensten; EuGH, Rs. 65/86, Slg. 1988, 5249, Rn. 11 – *Bayer u.a./Süllhöfer*; vgl. auch *Callies/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 221 f.

⁴⁰⁹ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 349 ff. 716 ff.

⁴¹⁰ *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 15 etwa zweifelt an der Unterscheidung zwischen Warenverkehrs-/Kapitalverkehrsfreiheit als objektiven Ordnungsprinzipien des Unionsrechts und den der Privatautonomie näher stehenden und auch Private bindenden Personenverkehrsfreiheiten. Vgl. zuletzt auch den Beitrag von *Krenn*, CMLRev 2012, S. 177 (182 ff.).

⁴¹¹ Vgl. bereits EuGH, Rs. C-78/70, Slg. 1971, 487 Rn. 12 – *Deutsche Grammophon/Metro* sowie EuGH, Rs. C-58/80, Slg. 1981, 181 Rn. 17 – *Dansk Supermarked*; kritisch zu letzterem *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (460), die aus dem Urteil allenfalls eine mittelbare Drittwirkung herauslesen.

⁴¹² EuGH, Urteil vom 12.7.2012, Rs. C-171/11 – *Fra.bo SpA/DVGW*.

Die *DVGW* besitzt – worauf die Generalanwältin *Trstenjak* zutreffend hinweist⁴¹³ – auch als privatrechtlicher Verein die *de facto*-Regelungskompetenz für einen bestimmten Bereich – weshalb die zu den Personenverkehrsfreiheiten entwickelten Grundsätze hinsichtlich derartiger Kollektivmaßnahmen in der vorliegenden Konstellation auf die Warenverkehrsfreiheit übertragen werden könnten. Der EuGH hat die Warenverkehrsfreiheit für die genannten Tätigkeiten der privaten *DVGW* für anwendbar erklärt⁴¹⁴, da der Vertrieb von Erzeugnissen dadurch erschwert werde, dass sie nicht durch diese zertifiziert wurden, Erzeugnisse durch eine derartige Zertifizierung nach den nationalen Rechtsvorschriften aber als mit dem nationalen Recht konform angesehen werden⁴¹⁵. Handelt es sich allerdings – im Gegensatz zur skizzierten Fallkonstellation – nicht um kollektive Maßnahmen, ist weiterhin auf die noch zu erörternde Schutzpflichtenkonstruktion abzustellen. Von der Reichweite her betrifft die Drittwirkung auch hier sowohl das Diskriminierungs- als auch das Beschränkungsverbot im Sinne der *Dassonville*-Formel⁴¹⁶. Nach Ansicht der Literatur hat der EuGH damit zwar (noch) keine grundsätzliche Aussage zur Anerkennung der Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit getroffen⁴¹⁷, zumindest aber judiziert, dass diese einschlägig sein kann, wenn es um den Marktzugang behindernde Auswirkungen privater Zertifizierungen geht, die an eine dem Staat zurechenbare Vermutung anknüpfen⁴¹⁸. Dies kann über das genannte Urteil hinaus erst recht angenommen werden, wenn Private staatlicherseits mit typischen staatlichen Regelungsbefugnissen ausgestattet werden, wodurch sie faktisch über den Marktzugang von Unternehmen entscheiden können⁴¹⁹. Die produktbezogene Wirkrichtung der Warenverkehrsfreiheit im Gegensatz zur personenbezogenen Wirkrichtung der Personenverkehrsfreiheiten stellt zwar ein gewisses Hindernis für die simple Übertragung der richterrechtlich zu letzteren entwickelten Grundsätze dar, im Ergebnis ist dem Urteil des EuGH aber zuzustimmen.

⁴¹³ Generalanwältin *Trstenjak*, Schlussanträge vom 28.3.2012 – C-171/11, Rn. 43 ff.

⁴¹⁴ EuGH, Urteil vom 12.7.2012, Rs. C-171/11, Rn. 31 f. – *Fra.bo SpA/DVGW*.

⁴¹⁵ EuGH, Urteil vom 12.7.2012, Rs. C-171/11, Rn. 32 – *Fra.bo SpA/DVGW*.

⁴¹⁶ EuGH, Urteil vom 12.7.2012, Rs. C-171/11, Rn. 30 – *Fra.bo SpA/DVGW*; *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, S. 607 (610).

⁴¹⁷ *Schweitzer*, EuZW 2012, S. 765 (767).

⁴¹⁸ So die Bewertung von *Streinz*, JuS 2013, S. 182 (183), der das Beispiel eines Sport-Monopolverbands nennt, der ein spezielles Produkt einer bestimmten Firma zwingend vorschreibt. Vgl. zu weiteren Kritikpunkten – v. a. aus dogmatischen, teleologischen und systematischen Gründen –, auf die hier nicht genauer eingegangen werden kann, *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, S. 607 (610 f.).

⁴¹⁹ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, S. 607 (609 f.) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 12.7.2012, Rs. C-171/11 Rn. 31 – *Fra.bo SpA/DVGW*.

Allerdings ist anzumerken, dass der EuGH mit der Frage der Rechtfertigungsmöglichkeit eine Folgefrage aufgeworfen hat, die bisher noch nicht geklärt ist. Können nun die Rechtfertigungsmöglichkeiten der anderen Grundfreiheiten, insbesondere der Personenverkehrsfreiheiten, auf die Warenverkehrsfreiheit übertragen werden? Eine Berufung etwa auf den geschriebenen *ordre public*-Vorbehalt des Art. 36 S. 1 AEUV ist Privaten nicht möglich. Zumindest müssen sich die privaten Verpflichteten auf die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der *Cassis*- bzw. *Gebhard*-Formel im Sinne sachlicher Gründe berufen können⁴²⁰, da die geschriebenen Rechtfertigungsmöglichkeiten des Art. 36 AEUV zu staatsbezogen sind. Daneben ist eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung zu fordern. Auf der Rechtfertigungsebene ist damit auch im Falle der Drittwirkung Konvergenz gegeben.

f) Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit

Auch wenn es bezüglich der Drittwirkung der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit noch keine EuGH-Judikatur gibt, sind derartige Konstellationen durchaus möglich – etwa bei Satzungsbestimmungen einer Kapitalgesellschaft, die den Erwerb von Aktien und anderer Kapitalanteile für (ausländische) Investoren weniger attraktiv machen oder Stimmrechtsbeschränkungen oder Privilegierungen eines bestimmten Aktionärs vorsehen⁴²¹. In systematischer Abgrenzung zu den Personenverkehrsfreiheiten steht die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit der Warenverkehrsfreiheit näher, da bei beiden nicht Personen, sondern Waren- bzw. Kapitalströme geschützt werden⁴²². Man könnte hier also einen strukturellen Unterschied zur bezüglich der Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Drittwirkungssystematik annehmen und eine Drittwirkung der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit unter Hinweis auf deren Fehlen bei der Warenverkehrsfreiheit ablehnen. Allerdings ist seit dem geschilderten Urteil in der Rechtssache *Fra.bo SpA* eine Ausweitung der Drittwirkung durch den EuGH auf die Warenverkehrsfreiheit anerkannt. Es ist daher fraglich, ob sich diese zur Warenverkehrsfreiheit ergange-

⁴²⁰ Vgl hierzu auch die Erwägungen des EuGH in der *Angonese*-Entscheidung, EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 42 – *Angonese*.

⁴²¹ Diese Beispiele findet sich bei *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 15; § 18 Rn. 9.

⁴²² *Birkemeyer*, EuR 2010, S. 662 (676) etwa knüpft die Zulassung einer Drittwirkung bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit an selbige bezüglich der Warenverkehrsfreiheit. Vgl. bezüglich der Abgrenzungproblematik zur Niederlassungsfreiheit *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 30 Rn. 8, die aber letztlich für eine kumulative Anwendbarkeit plädieren. Zur Abgrenzung gegenüber den Personenverkehrsfreiheiten *Schimming*, Konvergenz der Grundfreiheiten, S. 33 ff.

ne Rechtsprechung auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen lässt. Explizit beschäftigen sich hiermit *Schmahl/Jung* und bejahen dies aus den folgenden Gründen: Durch ihre strukturelle Vergleichbarkeit sei sowohl der Warenverkehrsfreiheit als auch der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit eine produktbezogene Schutzrichtung immanent, was sowohl der parallele Wortlaut der einschlägigen Normen als auch deren Schutzgegenstand zeige⁴²³. Auch die Generalanwältin *Trstenjak* plädiert in ihrem Schlussantrag für eine entsprechende Ausweitung⁴²⁴. Dem ist aufgrund der strukturellen Ähnlichkeit beider Grundfreiheiten zuzustimmen⁴²⁵. Darüber hinaus lässt sich der gleichwohl vorsichtig anzuwendende *effet utile*-Grundsatz, mit dem bereits die Ausweitung der Drittwirkung bei anderen Grundfreiheiten begründet wurde, auch hier fruchtbar machen⁴²⁶. Danach müssen die Grundfreiheiten ebenfalls in privatwirtschaftlichen Verhältnissen realisiert und gegen ihre Aushöhlung geschützt werden. Es bestehen zwischen der Warenverkehrs- und der Kapital- bzw. Zahlungsverkehrsfreiheit keine derartig gravierenden strukturellen und schutzgehaltlichen Unterschiede, die eine andere Behandlung rechtfertigen – auch wenn die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit Anknüpfungspunkte nicht nur zur Warenverkehrsfreiheit, sondern in bestimmten Konstellationen auch zur Dienstleistungsfreiheit als Personenverkehrsfreiheit aufweist. Geht es vom *telos* her um eine effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten, ist nicht ersichtlich, warum die geschilderten, bei den anderen Grundfreiheiten gefundenen Argumente und Gründe für eine Drittwirkung der Grundfreiheiten nicht auch bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit gelten sollen. *Roth* führt zwar mögliche Gründe für eine strukturelle Differenzierung zwischen Personen- und Produktverkehrsfreiheiten an⁴²⁷. Weder das Verhältnis zum Kartellrecht, bei dem der EuGH von einer parallelen Anwendbarkeit mit den Grundfreiheiten ausgeht⁴²⁸, noch das Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbot oder zu den Grundrechten führen allerdings zu derart gravierenden strukturellen Unterschieden zwischen den jeweiligen Grundfreiheiten, die einer Übertragung der Drittwirkung entgegenstehen. Selbstverständlich muss diese Ausweitung dann allerdings auch auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigt werden, um den *effet utile*-

⁴²³ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, S. 607 (610).

⁴²⁴ Generalanwältin *Trstenjak*, Schlussanträge vom 28.3.2012 – C-171/11, Rn. 44.

⁴²⁵ Wenngleich der Kapitalverkehr auch einige Berührungspunkte zur Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit besitzt, vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 1008 f.

⁴²⁶ So etwa auch *Roth*, EWS 2013, S. 16 (23 f.).

⁴²⁷ Vgl. zum Folgenden *Roth*, EWS 2013, S. 16 (22 f.).

⁴²⁸ EuGH, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rn. 66 ff., 120 ff. – *Wouters*; EuGH, Rs. C-519/04, Slg. 2006, I-6991, Rn. 28 – *Meca-Medina*.

Grundsatz wieder entsprechend zu begrenzen. Ansonsten ließe sich mit dieser Argumentationsfigur extensiv fast alles hinsichtlich der Drittwirkung der Grundfreiheiten begründen⁴²⁹.

Das gefundene Ergebnis wird dadurch bestärkt, dass eine unmittelbare Drittwirkung bei Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit ohnehin bereits anerkannt ist, was mit der personellen Komponente und der gleichen Wirkrichtung wie bei den Personenverkehrsfreiheiten begründet wird⁴³⁰.

g) Zwischenergebnis: Konvergenz vs. Divergenz

Bezüglich der Konvergenz der grundfreiheitlichen Drittwirkung muss differenziert werden: Betrachtet man die Grundfreiheiten insgesamt, lassen sich drei Vergleichsgruppen bilden. Bei der ersten, welche die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit sowie die Dienstleistungsfreiheit umfasst, ist eine Drittwirkung anerkannt⁴³¹. Auch die Warenverkehrsfreiheit hat mittlerweile durch das Urteil *Fra.bo SpA* einen deutlichen Schub in Richtung Drittwirkung erhalten. Obwohl es zur Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit noch keine EuGH-Rechtsprechung gibt, muss auch hier zur effektiven Durchsetzung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten – wie bei der Warenverkehrsfreiheit – von einer entsprechenden Drittwirkung ausgegangen werden.

Auch bezüglich der Drittwirkungsadressaten lassen sich drei Vergleichsgruppen bilden: intermediäre Gewalten, Gewerkschaften sowie alle übrigen Privaten bzw. alle Verträge zwischen Privatpersonen. Eine Drittwirkung der Grundfreiheiten auf intermediäre Gewalten ist für die Personenverkehrsfreiheiten anerkannt. Durch das Urteil in der Rechtssache *Fra.bo SpA* hat dies der EuGH mittlerweile auch für die Warenverkehrsfreiheit angenommen – ein Ansatz, der aus den genannten Gründen auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit übertragen werden kann. Bezüglich der Bindung intermediärer Gewalten an die Grundfreiheiten lässt sich also Konvergenz konstatieren. Gleiches gilt für den Gewerkschaftsansatz, der zwar zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit entwickelt wurde, sich aber auf die anderen Grundfreiheiten übertragen lässt. Uneindeutiger fällt das Bild bei der Bindung anderer Privater aus: Während der EuGH hier eine Bindung im Be-

⁴²⁹ Hierauf weisen zu Recht *Streinz/Rieble*, EuZW 2000, S. 459 (462) hin.

⁴³⁰ *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 713 i. V. m. 360; *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, S. 607 (610).

⁴³¹ Vgl. hierzu auch die Zusammenstellung bei *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 112 mit Nachweisen aus der EuGH-Rechtsprechung. Ein umfassende Darstellung des Meinungsstands sowie eine umfassende Begründung findet sich bei *Parpart*, Die unmittelbare Bindung Privater, S. 155 ff bzw. 185 ff.

reich der Personenverkehrsfreiheiten zumindest bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit postuliert, erging zu den beiden Produktverkehrsfreiheiten noch kein Urteil. Auch das Urteil in der Rechtssache *Fra.bo SpA* knüpft an Kollektivmacht an und ist daher nicht unbedingt auf alle privatrechtlichen Vertragsverhältnisse zu übertragen. Demgemäß umstritten ist dieser Bereich⁴³², es ist daher Divergenz bezüglich der einzelnen Grundfreiheiten festzustellen. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit – auch unter Konvergenzgesichtspunkten – eine Ausweitung durch die EuGH-Judikatur erfolgt.

Insgesamt betrachtet lässt sich festhalten, dass die Reichweite der Drittwirkung bei der Warenverkehrs- sowie Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit hinter den Personenverkehrsfreiheiten zurückbleibt. Letztlich werden – trotz der *Fra.bo SpA*-Entscheidung – individuelle Private aus Art. 34, 35 AEUV nicht im gleichen Maße wie bei den Personenverkehrsfreiheiten verpflichtet⁴³³.

Zu klären bleibt noch, ob sich dieses Ergebnis nur auf das Diskriminierungs- oder auch auf das Beschränkungsverbot erstreckt und ob sich hierbei Unterschiede zwischen den einzelnen Grundfreiheiten zeigen. Hier lässt sich jedoch ein Gleichlauf der Grundfreiheiten feststellen, Schlüsselstelle bleibt die grundsätzliche Frage der Drittwirkung. Wird diese für die jeweilige Grundfreiheit anerkannt, dann bezieht sich diese sowohl auf das Diskriminierungs- als auch auf das Beschränkungsverbot. Insofern lässt sich aus dieser Folgefrage kein Mehrwert für die Konvergenzfrage – außerhalb der bereits oben erörterten Ausweitung des Diskriminierungsverbots auf ein Beschränkungsverbot – ableiten.

Abschließend zur Drittwirkungsproblematik bleibt – angesichts möglicher weiterer Erweiterungen – noch auf ein allgemeines Folgeproblem hinzuweisen, das bereits bei den einzelnen Grundfreiheiten angesprochen wurde: Werden Private an die Grundfreiheiten gebunden, müssen ihnen in der Folge auch entsprechende Rechtfertigungsmöglichkeiten wie den Mitgliedstaaten zustehen. Da Private aber eben private und nicht öffentliche Interessen verfolgen⁴³⁴, ist hier nicht auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses, sondern auf sachliche Gründe und die

⁴³² Vgl. zum Meinungsstand im Schrifttum etwa auch Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 113 m. w. N.; die Geltung in privatautonomen Verhältnissen untersucht – i. E. für Marktteilnahme und Marktverhalten verneinend, für marktfremde Eingriffe bejahend – auch Roth, EWS 2013, S. 16 (24 f.).

⁴³³ So auch *Epiney*, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 8 Rn. 20; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 827.

⁴³⁴ Gegen eine Übertragung der für staatliche Maßnahmen geltenden Rechtfertigungsgründe daher auch *Michaelis*, NJW 2001, S. 1841 (1842); *Pießkalla*, NZA 2007, S. 1144 (1147); *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (461).

Verhältnismäßigkeit nicht-diskriminierender Maßnahmen abzustellen⁴³⁵. In Betracht kommen dabei auch private Beweggründe, die Ausdruck grundrechtlicher und autonomer wirtschaftlicher Betätigung sind, die gleichzeitig aber wiederum mit der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten abgewogen werden müssen⁴³⁶. Wenngleich die Einzelheiten hierzu noch offen sind, befinden sich die Grundfreiheiten diesbezüglich im Gleichlauf. Wird eine Drittwirkung der Grundfreiheit angenommen, werden jeweils auch entsprechende Rechtfertigungsmöglichkeiten eingeräumt⁴³⁷. Entscheidend bleibt also, ob überhaupt von einer Drittwirkung der Grundfreiheiten ausgegangen wird. Am gefundenen Ergebnis hinsichtlich der Konvergenz bzw. Divergenz ändert sich hierdurch folglich nichts.

Zugegebenermaßen behelfen sich der EuGH und v. a. die Literatur außerhalb der Personenverkehrsfreiheiten allerdings mit der im Folgenden zu erörternden Schutzpflichtenkonstruktion, mit der letztendlich ein ähnliches grundfreiheitliches Schutzniveau erreicht werden kann. In diesem Zusammenhang ist wiederum zu klären, ob sich die einzelnen Grundfreiheiten diesbezüglich unterscheiden oder ob Konvergenz festzustellen ist.

3. Grundfreiheitliche Schutzpflichten der Mitgliedstaaten

Neben der geschilderten unmittelbaren Drittwirkung kann ein grundfreiheitlicher Schutz auch über die Konstruktion von Schutzpflichten der Mitgliedstaaten gewährleistet werden. Hierbei wirken diese nicht nur in ihrer Abwehrfunktion gegenüber den Mitgliedstaaten, sondern verpflichten zum mitgliedstaatlichen Schutz vor Eingriffen privater Dritter in die grundfreiheitlichen Schutzbereiche⁴³⁸. Bei grundfreiheitlichen Schutzpflichten handelt es sich damit quasi um die staatliche Komponente der Drittwirkung, es kann auch von einer Art Garantenpflicht der Mitgliedstaaten für den Schutz der Grundfreiheiten gesprochen werden⁴³⁹. Ein Nicht-Einschreiten kann ggf. zu einer Vertragsverletzung führen. Der Vorteil liegt darin, dass mittels dieser Rechtsfigur das Kompetenzgefüge im Gegensatz zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten nicht zulasten der Mitgliedstaaten

⁴³⁵ EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 42 – *Angonese*.

⁴³⁶ *Frenz*, Hb. EuR I, Rn. 579.

⁴³⁷ Vgl. bereits EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 86 – *Bosman*; zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten für Private auch *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (463 f.); zuletzt hinsichtlich Marktzutrittskriterium und Rechtfertigungsgründen für das *Fra.bo SpA*-Urteil *Roth*, EWS 2013, S. 16 (26 f.).

⁴³⁸ Vgl. ausführlich zur Schutzpflichtenkonstruktion auch *Kainer*, JuS 2000, S. 431 ff.

⁴³⁹ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (466); vgl. zum Verhältnis von Drittwirkung und Schutzpflichtenkonzept auch *Repasi*, EuZW 2008, S. 532 (533).

verschoben wird und direkte Eingriffe in die nationalen Privatrechtssysteme und die Privatautonomie vermieden werden können⁴⁴⁰. Die Grundfreiheiten binden Private bei diesem Ansatz nur mittelbar, nämlich über den Mitgliedsstaat. Man kann daher auch von mittelbarer Drittwirkung sprechen.

Es soll nun – ausgehend von der Warenverkehrsfreiheit – untersucht werden, inwieweit eine derartige Schutzpflicht für die einzelnen Grundfreiheiten anerkannt ist bzw. inwieweit sich die jeweiligen Grundfreiheiten hierbei unterscheiden, um Rückschlüsse auf die Ausgangsfrage der Konvergenz ziehen zu können. Für die Warenverkehrsfreiheit wurde vom EuGH geurteilt, dass der betreffende Mitgliedstaat nach Art. 4 Abs. 3 i. V. m. Art. 34 AEUV alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen ergreifen muss, um in seinem Gebiet deren Beachtung sicherzustellen⁴⁴¹. Im Folgenden soll dieser Ansatz kurz skizziert werden, bevor untersucht wird, ob er auch im Rahmen der übrigen Grundfreiheiten anerkannt ist oder zumindest auf diese übertragen werden kann.

a) Mitgliedstaatliche Pflicht zum Schutz der Warenverkehrsfreiheit

Die mitgliedstaatliche Schutzpflicht diene zunächst als „Substitut“⁴⁴² für die fehlende unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit und wurde vom EuGH in der Rechtssache *Kommission/Frankreich*⁴⁴³ entwickelt. Danach müssen die Mitgliedstaaten aus dem Grundsatz der Unionstreue alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen ergreifen, um gegen unzulässige Beeinträchtigungen der Grundfreiheit vorzugehen – auch wenn diese von Privaten ausgehen und nicht dem Staat zugerechnet werden können – und dadurch deren Beachtung sicherstellen⁴⁴⁴. In der vom EuGH zu beurteilenden Konstellation ging es inhaltlich um den Protest französischer Bauern gegen den Import ausländischer Agrarerzeugnisse mittels Straßenblockaden oder Vernichtung der ausländischen Waren. Der EuGH bewertete dies als Hemmnis für den innergemeinschaftlichen Handel und verwies

⁴⁴⁰ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (466); für den Vorzug der Schutzpflichtenkonstruktion auch *Birkemeyer*, EuR 2010, S. 662 (669); *Burgi*, EWS 1999, S. 327 (330 f.); *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 199 f.; *Kluth*, AöR 122, (1997), S. 557 (581); *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 808; *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, S. 607 (612). In der Tat ist hinsichtlich der diesbezüglichen Kompetenzverteilung auf die Grundsätze des Art. 5 Abs. 1 und 3 EUV zu verweisen.

⁴⁴¹ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, 6959, Rn. 32 – *Kommission/Frankreich*.

⁴⁴² *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 828.

⁴⁴³ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rn. 30 ff. – *Kommission/Frankreich*.

⁴⁴⁴ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, S. I-6959, Rn. 30 ff. – *Kommission/Frankreich* sowie EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 57 – *Schmidberger*; vgl. hierzu auch *Calliess/Ruffert/ Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 13.

darauf, dass es zu Beschränkungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nicht nur durch aktives Tun, sondern auch durch ein Unterlassen der Mitgliedstaaten kommen könne, wenn diese nicht gegen durch das Handeln von Privatpersonen geschaffene Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs vorgehen. Die Untätigkeit Frankreichs wurde als Vertragsverletzung und Verstoß gegen die Pflicht zum Schutz der Warenverkehrsfreiheit gewertet. Der EuGH leitete die Pflicht der Mitgliedstaaten zum Schutz der Warenverkehrsfreiheit dabei aus Art. 34 i. V. m. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV her⁴⁴⁵. Grenzen findet diese Verpflichtung in einem weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Wahl der Mittel sowie dadurch, dass diese keinen bestimmten Erfolg schulden, sondern vielmehr nur eine Geeignetheitsprüfung vorgenommen wird⁴⁴⁶.

Die Schutzpflichtenkonstruktion erlangt im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit insbesondere dann Bedeutung, wenn es sich um nicht-kollektive Regelungen bzw. Maßnahmen handelt. Hieran ändert auch die EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache *Fra.bo SpA* nichts⁴⁴⁷, wengleich diese nun aber zumindest bei intermediären Gewalten deutlich in Richtung einer Drittwirkung führt, während die Literatur eher für eine Lösung über die Schutzpflichtenkonstruktion plädiert: Nach dieser Ansicht im Schrifttum soll die Schutzpflichtenkonstruktion sogar generell – außer im Falle kollektiver Maßnahmen – einer unmittelbaren Drittwirkung vorgezogen werden⁴⁴⁸.

Grundsätzlich bestätigt wurde die beschriebene Judikatur in der *Schmidberger*-Entscheidung, bei der es um eine Blockade des Brenners durch österreichische Umweltaktivisten ging, gegen die sich ein deutsches Speditionsunternehmen gerichtlich zur Wehr setzte. Allerdings hat der EuGH in der *Schmidberger*-Entscheidung auch aufgezeigt, dass die beschriebene staatliche Schutzpflicht nicht grenzenlos ist. Danach kann sie ihre Grenze etwa in den Grundrechten derjenigen finden, von denen die Beeinträchtigung ausgeht. Grundfreiheiten und Grundrechte müssen dabei – wie bei der Ermittlung der praktischen Konkordanz – mit- und

⁴⁴⁵ Vgl. zur dogmatischen Grundlage auch *Hintersteiner*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 211 ff.; *Keun*, Mitgliedstaatliche Handlungspflichten, S. 38 ff.

⁴⁴⁶ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rn. 35 – *Kommission/Frankreich*; *Hintersteiner*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 234 ff.; *Meurer*, EWS 1998, S. 196 (200); vgl. zur Begründung der Schutzpflicht auch *Kühling*, NJW 1999, S. 403 sowie *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (466); zum Adressatenkreis der Schutzpflicht *Szczekalla*, DVBl. 1998, S. 219 (222 f.).

⁴⁴⁷ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, S. 607 (610).

⁴⁴⁸ *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 15; vgl. zu den Folgen der Annahme der Schutzpflicht aber auch *Kühling*, NJW 1999, S. 403, da den Mitgliedstaaten nicht nur negative Grenzen, sondern sogar positive Handlungspflichten auferlegt werden.

gegeneinander abgewogen werden⁴⁴⁹. So hat der EuGH die Brennerblockade zwar grundsätzlich als Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit angesehen, aber die von den Teilnehmern der Demonstration ausgeübten Grundrechte auf Versammlung und freie Meinungsäußerung als Rechtfertigung zugelassen⁴⁵⁰. Ebenfalls können grundsätzlich die sonstigen bereits erörterten Rechtfertigungsgründe ein entsprechendes Unterlassen der Mitgliedstaaten rechtfertigen⁴⁵¹.

Für die Konvergenz-Frage lässt sich folgendes Zwischenergebnis festhalten: Unabhängig von möglichen Problemen bei der dogmatischen Herleitung der Schutzpflicht⁴⁵² ist diese bei der Warenverkehrsfreiheit in der Literatur und v. a. in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt. Es bleibt zu untersuchen, wie sich dies bei den übrigen Grundfreiheiten verhält.

b) Übertragung der Schutzpflichtenkonstruktion auf andere Grundfreiheiten?

Mit der Schutzpflichtenkonstruktion hat der EuGH zwar die Warenverkehrsfreiheit deutlich gestärkt⁴⁵³, für die anderen Grundfreiheiten hat er diese grundfreiheitliche Schutzdimension bisher aber noch nicht angenommen. Es stellt sich daher auch hier wieder die Frage, inwieweit hieraus eine Divergenz erwächst. Eine Übertragung der Schutzpflicht wird dabei allerdings grundsätzlich für möglich gehalten⁴⁵⁴. Dass das bisher noch nicht geschehen ist, sei vielmehr den konkreten bisher vom EuGH entschiedenen Fallkonstellationen geschuldet⁴⁵⁵. Bedenkt man, dass die Schutzpflichtenkonstruktion hauptsächlich dazu entwickelt wurde, um die fehlende Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit auszugleichen und auch hier zu einem gleichwertigen grundfreiheitlichen Schutzstandard zu gelangen, stellt sich allerdings die Frage, ob eine Übertragung auf die Personenverkehrsfreiheiten,

⁴⁴⁹ *Streinz*, Europarecht, Rn. 854.

⁴⁵⁰ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 65 ff. – *Schmidberger*. Von der Konstruktion und Wirkungsweise ähnlich, mit den grundfreiheitlichen Schutzpflichten aber nicht zu verwechseln ist die Pflicht der Mitgliedstaaten zum Schutz der Grundrechte. Die Grundrechte der EU-GRCh stehen über Art. 6 Abs. 1 EUV diesbezüglich grundsätzlich im gleichen normativen Rang wie die Grundfreiheiten des AEUV, richten sich aber primär an die EU-Organe.

⁴⁵¹ *Keun*, Mitgliedstaatliche Handlungspflichten, S. 70 ff.; *Meurer*, EWS 1998, S. 196 (202).

⁴⁵² Vgl. hierzu etwa *Keun*, Mitgliedstaatliche Handlungspflichten, S. 45 ff.; *Kühling*, NJW 1999, S. 403 (404); *Szczekalla*, DVBl. 1998, S. 219 (221 f.).

⁴⁵³ *Kühling*, NJW 1999, S. 403.

⁴⁵⁴ Bejahend *Kühling*, NJW 1999, S. 403 (404). In diese Richtung zu verstehen sind auch *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (465 ff.). Die meisten der für diese Arbeit herangezogenen Lehrbücher setzen sich mit dieser Frage überhaupt nicht auseinander.

⁴⁵⁵ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 15; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 30, Rn. 25 halten derartige Konstellationen für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit auch nur für schwer vorstellbar.

bei denen ein entsprechender Schutz mittels Drittwirkung anerkannt ist, überhaupt nötig ist. Bei letzteren kann man auch auf anderem Weg direkt über die unmittelbare Drittwirkung zu einem grundfreiheitlichen Schutz auch gegenüber Privaten gelangen. So bleibt etwa bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Schutzpflichtenkonstruktion nur noch die allgemeine Ausgestaltung des Arbeitsrechts durch die Mitgliedstaaten sowie Störungen durch nicht am Arbeitsverhältnis beteiligte Dritte als Anwendungsbereich übrig⁴⁵⁶.

Betrachtet man die Konvergenzfrage unter systematischen Gesichtspunkten und was den Adressatenkreis betrifft, ist Divergenz festzustellen. Fasst man teleologisch lediglich das Ziel eines gleichrangigen Schutzes der Grundfreiheiten ins Auge, lässt sich dieses bei den Personenverkehrsfreiheiten über die unmittelbare Drittwirkung genauso erreichen wie bei den beiden übrigen Grundfreiheiten über die Schutzpflichtenkonstruktion. Während man im ersten Fall von Divergenz ausgehen müsste, ließe sich im zweiten Fall Konvergenz feststellen.

Gerade diejenigen Autoren, die eine unmittelbare Drittwirkung – vollständig oder außerhalb der Personenverkehrsfreiheiten – ablehnen, können über die Schutzpflichtenkonstruktion zu einem Schutz der Grundfreiheiten auch im Privatrechtsverkehr gelangen. Es bleibt abzuwarten, ob sich hieran durch die Rezeption des *Fra.bo SpA*-Urteils etwas ändert. Es deutet jedoch vieles darauf hin, dass sich trotz der EuGH-Rechtsprechung diejenigen, die die Schutzpflichtenkonstruktion gegenüber einer unmittelbaren Drittwirkung favorisieren, nicht von ihrer Meinung abbringen lassen werden. Letztendlich wird aber auf beiden Wegen ein ähnliches materielles grundfreiheitliches Schutzniveau begründet. Umgekehrt hat allerdings der EuGH zumindest in einem bestimmten Umfang die unmittelbare Drittwirkung auch auf die Warenverkehrsfreiheit ausgeweitet. Nach alledem lässt sich aus teleologischer Sicht Konvergenz zwischen der Warenverkehrsfreiheit, der mit ihr strukturell vergleichbaren Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit und den Personenverkehrsfreiheiten feststellen, wenngleich diese Konvergenz systematisch auf verschiedenen Wegen erreicht wird.

Denkbar wäre es auch, beide Konzepte nicht alternativ sondern nebeneinander anzuwenden. Aus Effektivitätsgesichtspunkten wäre dies folgerichtig, um ein möglichst hohes materielles Schutzniveau zu gewährleisten. Ein derartiger Ansatz kann jedoch zu Widersprüchen bei der dogmatischen Herleitung bzw. Begründung führen. Es bleibt abzuwarten, wie sich die EuGH-Judikatur zu beiden Ansät-

⁴⁵⁶ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 793.

zen entwickelt, wobei anzunehmen ist, dass der EuGH im Zweifel dem Grundsatz der Effektivität den Vorzug vor – v. a. aus der Rechtswissenschaft vorgebrachten – dogmatischen Bedenken gibt. Eine parallele Anwendung würde zumindest einen weiteren Schub in Richtung Konvergenz bedeuten.

Die Frage der Übertragung stellt sich aber nicht nur hinsichtlich der Adressaten, sondern auch bezüglich der Begrenzung der mitgliedstaatlichen Schutzpflicht etwa durch die Grundrechte, wie dies in der Rechtssache *Schmidberger* vorlag. Überträgt man die Schutzpflichtenkonstruktion – auch nach dem hier vertretenen Ansatz wäre dies auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit ja durchaus nötig, bei den Personenverkehrsfreiheiten zumindest möglich – auf andere Grundfreiheiten, müssen analog die Rechtfertigungsgründe mit übertragen werden⁴⁵⁷, um die Mitgliedstaaten nicht einseitig zu sehr zu belasten. Auch bezüglich der Rechtfertigungsgründe hinsichtlich der Schutzpflicht ist somit Konvergenz gegeben.

Die Frage, ob es sich bei der unmittelbaren Drittwirkung oder der Schutzpflichtenkonstruktion um die bessere bzw. dogmatisch sauberere Variante handelt, kann im vorliegenden Kontext dahingestellt bleiben. Vielmehr ist lediglich die Konvergenz der Grundfreiheiten in diesem Untersuchungszusammenhang festzuhalten.

E. Fazit: Konvergenz vs. Divergenz

Im Laufe der Arbeit wurde ein grundsätzliches methodisches und materielles Problem offenbar: Die Unterschiede der einzelnen Grundfreiheiten untereinander sind zu einem gewissen Grad schlicht den unterschiedlichen materiellen Regulations- und Schutzgehalten geschuldet. Dies gilt v. a. hinsichtlich der Unterschiede von Personen- und Produktverkehrsfreiheiten. Eine echte strukturelle Divergenz lässt sich allein hieraus allerdings nicht ableiten. Umgekehrt lassen sich in Fällen, in denen bereits Wortlaut und Systematik der jeweiligen Grundfreiheiten einander entsprechen, direkt keine validen Rückschlüsse für die Konvergenzfrage ziehen. Auch eine folgerichtig parallele Interpretation durch den EuGH ist dann lediglich dem Vorrang des Gesetzes bzw. der Verträge geschuldet.

Darüber hinaus lässt sich – quantitativ betrachtet – feststellen, dass die dogmatische Durchdringung v. a. der Warenverkehrsfreiheit als Pilotgrundfreiheit am umfangreichsten ausfällt. Dies hängt auch mit der Anzahl der vom EuGH diesbezüglich ergangenen Entscheidungen zusammen, während bei den Personen- und v. a.

⁴⁵⁷ So für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit sowie Niederlassungsfreiheit *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 1028, 994, 946.

der Kapitalverkehrsfreiheit, noch einige dogmatische Arbeit und Klärung durch den EuGH vorzunehmen ist⁴⁵⁸. Es bleibt abzuwarten, wie sich dies auf die Entwicklung der strukturellen Konvergenz bzw. Divergenz der Grundfreiheiten auswirkt. Hinsichtlich der in dieser Arbeit gefundenen Ergebnisse lassen sich folgende qualitative Konvergenzen feststellen:

Anfangs wurde mit dem Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs ein erstes Konvergenzkriterium festgestellt. Das – zumindest in der deutschen Rechtswissenschaft anerkannte – weitgehend einheitliche Prüfungsschema lässt sich ebenfalls als Konvergenzargument fruchtbar machen. Dies gilt zudem für die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten⁴⁵⁹, den Anwendungsvorrang, das Verhältnis zum allgemeinem Diskriminierungsverbot und Freizügigkeitsrecht, das Problem der Inländerdiskriminierung, den grundsätzlichen Verpflichtetenkreis der Grundfreiheiten, die Notwendigkeit der grundfreiheitskonformen Auslegung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung sowie den Vorrang des Sekundärrechts bei entsprechender Totalharmonisierung⁴⁶⁰. Konvergenzen lassen sich darüber hinaus beim persönlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und den möglichen Urhebern beeinträchtigender Maßnahmen feststellen. Es konnte gezeigt werden, dass sich die Grundfreiheiten hinsichtlich der durch die auf die Warenverkehrsfreiheit bezogenen *Dassonville*-Formel bedingten Ausweitung der Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten im Gleichlauf befinden, wodurch jedoch wieder eine Eingrenzung des dadurch geschaffenen weiten Anwendungsbereichs notwendig wurde.

Wie die Konvergenzfrage auf allen Prüfungsebenen mit dogmatischen Einordnungsproblemen einhergeht, zeigt sich im Rahmen der hierzu ergangenen *Keck*-Rechtsprechung. Neben einer Eingrenzung der Ausweitung des Beschränkungsbegriffs, bedingt durch die Anerkennung eines Beschränkungsverbots und die weite *Dassonville*-Formel, durch die *Keck*-Kriterien lässt sich diese dogmatisch auch über eine nachträgliche Schutzbereichsbegrenzung oder eine Zulassung weiterer ungeschriebener Rechtfertigungsgründe auf der Rechtfertigungsebene errei-

⁴⁵⁸ Teilweise wird sie sogar bewusst ausgeklammert, vgl. *Jarass*, EuR 2000, S. 705, Fn. 3.

⁴⁵⁹ Die Grundfreiheiten besitzen Vorrang vor nationalem Recht und sind unmittelbar anwendbar. Ausgehend von der Warenverkehrsfreiheit in der *van Gend & Loos*-Entscheidung, EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3, hat der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit mittlerweile für alle Grundfreiheiten bestätigt, vgl. hierzu auch *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (209).

⁴⁶⁰ Dieser Vorrang des Sekundärrechts bezieht sich dabei auf alle Grundfreiheiten und wird neben der Rechtfertigungsschranke teilweise bereits bei der Frage des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten diskutiert; vgl. *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 18 m. w. N. aus Rechtsprechung und Literatur.

chen. Da dieses Problem allerdings für alle Grundfreiheiten gilt und auch gleichfalls gelöst werden kann, ergibt sich hieraus kein Gebot einer Differenzierung hinsichtlich der Konvergenzfrage.

Vielmehr hat die Rechtsprechung in diesen Bereichen für Konvergenz gesorgt: So lässt sich eine Übertragung der zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten *Keck*-Kriterien auf die übrigen Grundfreiheiten zumindest hinsichtlich des Marktzutrittskriteriums begründen. Gleiches gilt für entsprechende Ersatzkonzepte wie das Relevanz- oder Spürbarkeitserfordernis. Auf der Rechtfertigungsebene verhalten sich die Grundfreiheiten durch die Anerkennung zwingender Erfordernisse als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe und die dadurch bedingte Übertragbarkeit der *Cassis*-Formel auf die übrigen Grundfreiheiten konvergent zueinander. Dies erstreckt sich auf die Ebene der Rechtfertigungsschranken, auf der das Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung – welche die geschriebenen Rechtfertigungsschranken des AEUV inhaltlich mit umfasst – und die Wahrung der EU-Grundrechte zu beachten sind. Auch hinsichtlich der Frage einer Drittwirkung der Grundfreiheiten konnten Argumente für eine Konvergenz ausgewiesen werden.

Divergenzen ergeben sich dagegen bei den jeweiligen Bereichsausnahmen sowie dem Staatsangehörigkeits- bzw. Ansässigkeitserfordernis. Dies gilt auch hinsichtlich der systematisch unterschiedlichen Konstruktion der Drittwirkung durch Er-streckung der Bindung der Grundfreiheiten auf Private oder des Postulats entsprechender mitgliedstaatlicher Schutzpflichten, die zum Eingreifen gegen Grundfreiheitsbeeinträchtigungen durch Private verpflichtet. Hierbei wird auf beiden Wegen jedoch letztendlich das gleiche materielle grundfreiheitliche Schutzniveau erreicht. Divergenzen ergeben sich darüber hinaus durch den unterschiedlichen Umfang der geschriebenen Rechtfertigungsgründe, wobei diese durch die konvergente Zulassung materiell gleichbedeutender ungeschriebener Rechtfertigungsgründe mittels einer Übertragung der *Cassis*-Rechtsprechung auf alle Grundfreiheiten weitgehend kompensiert werden.

Die genannten Divergenzen haben jedoch v. a. auch systematische Gründe, was im unterschiedlichen Schutzgut der jeweiligen Grundfreiheiten begründet liegt. Der sachliche Anwendungsbereich wurde in dieser Untersuchung daher ausgeklammert, da hierbei eine natürliche Divergenz vorliegt, die keine strukturellen oder systematischen Rückschlüsse zulässt.

Die qualitativ bisher gefundenen Ergebnisse der Konvergenz bzw. Divergenz der Grundfreiheiten lassen sich zusammenfassend quantitativ – auch anhand der maßgeblichen EuGH-Entscheidungen – wie folgt veranschaulichen⁴⁶¹:

⁴⁶¹ Dies kann in der gewählten Matrix-Form jedoch nur vereinfacht und der individuellen Komplexität freilich nur grob gerecht werdend erfolgen.

	Warenverkehr	Arbeitnehmerfreizügigkeit	Niederlassung	Dienstleistung	Kapitalverkehr	Konvergenz?
Beschränkungsverbot	(+) <i>Dassonville</i>	(+) <i>Bosman</i>	(+) <i>Gebhard</i>	(+) <i>van Binsbergen</i>	(+)	(+)
Bereichsausnahmen	Art. 346 Abs. 1 lit. b	Art. 45 Abs. 4: öffentliche Verwaltung	Art. 51 Abs. 1: Ausübung öffentlicher Gewalt	Art. 62 i. v. m. 51 Abs. 1: Ausübung öffentlicher Gewalt	(-)	(+/-) materiell: (+)
Begrenzung des weiten Beschränkungs-begriffs	<i>Keck</i> -Formel; Marktzutrittskriterium	Marktzutrittskriterium	Marktzutrittskriterium	Marktzutrittskriterium	Marktzutrittskriterium	(+) bezüglich Marktzutrittskriterium; auch Relevanz/ Spürbarkeit
Rechtfertigung (geschrieben)	öffentliche Ordnung etc.: Art. 36	<i>ordre public</i> : Art. 45 Abs. 3	<i>ordre public</i> : Art. 52 Abs. 1	<i>ordre public</i> : Art. 62 i. V. m. 52 Abs. 1	<i>ordre public</i> : Art. 65	(+)
Rechtfertigung (ungeschrieben)	<i>Cassis</i> -Formel: Zwingende Gründe	<i>Gebhard</i> : Zwingende Gründe	<i>Gebhard</i> : Zwingende Gründe	<i>van Binsbergen/ Webb</i> : Zwingende Gründe	<i>Trummer/ Goldene Aktien</i> : Zwingende Gründe	(+)

Ungeschriebene Rechtfertigung ver- steckter Diskriminie- rungen	(+/-) <i>PreussenElektra/ Kommission/ Bel- gien</i>	(+/-) <i>O'Flynn/ Clean Car Auto- service</i>	(+/-) <i>Svensson Gus- tavsson/ Futura Participa- tions</i>	(+/-) <i>Ambry/ Kohll</i>	(+/-) <i>Konle/ Reisch</i>	(+/-) Problem: termi- nologische Ab- grenzung Be- schränkung vs. Diskriminierung
Grundrechtliche Schutzpflichten als Rechtfertigung	(+)	(+)	(+)	(+)	(+)	(+)
Rechtfertigungs- schränken	Verhältnismäßig- keit, Grundrechte, Art. 36 S. 2	Verhältnismäßig- keit, Grundrechte	Verhältnismäßig- keit, Grundrechte	Verhältnismäßig- keit, Grundrechte	Verhältnismäßig- keit, Grundrechte. Art. 65 Abs. 3	(+)
Drittwirkung gegen- über Privaten	(+) <i>Buy Irish/ Fra.bo SpA</i>	(+) <i>Wal- rave/Deliège/ Bosman/ Angone- se/ Raccanelli</i>	(+) <i>UCI/ Wouters</i>	(+) <i>Walrave/ Viking/ Deliège/ Haug-Adrion</i>	(+/-) Übertragung <i>Fra.bo SpA?</i>	i. E. (+) (zumindest inter- mediäre Gewal- ten)
Schutzpflichten- konstruktion	(+) <i>Schmidberger</i>	(-), aber: Drittwirkung	(-), aber: Drittwirkung	(-), aber: Drittwirkung	(+/-) Übertragung <i>Schmidberger?</i>	systematisch (-) inhaltlich (+/-)

Quantitative Darstellung der wichtigsten untersuchten Konvergenz-/Divergenzmerkmale (Art. sind solche des AEUV)

Quelle: Eigene Darstellung.

Bei dieser quantitativen Betrachtung lassen sich einige Leerstellen ausmachen, bei denen es noch keine EuGH-Rechtsprechung gibt. Für die Beantwortung der Konvergenzfrage müssen diese allerdings ausgefüllt werden. Dabei ist – wie dies im Hauptteil dieser Arbeit unternommen wurde – zu differenzieren, weshalb die Frage der Konvergenz der Grundfreiheiten nur dann bejaht werden kann, wenn sich die zu den anderen Grundfreiheiten gefundenen Ergebnisse auch materiell tatsächlich auf diese Leerstellen übertragen lassen. Allein der Verweis auf den *telos* der Konvergenz der Grundfreiheiten genügt hierfür nicht.

Dabei wurde auch deutlich, dass sich – neben echten Konvergenzen und einigen echten Divergenzen – einige Unterschiede lediglich als unechte Divergenzen herausgestellt haben. So sind einige Übertragungen zwischen den Grundfreiheiten, die zu entsprechender Konvergenz führen, entweder noch nicht vom EuGH entschieden oder – wie beim Wechselspiel zwischen unmittelbarer Drittwirkung und mitgliedstaatlicher Schutzpflicht – schlicht ggf. nicht notwendig.

Im Zeitverlauf betrachtet wurde die in den Verträgen durchaus angelegte Konvergenz der Grundfreiheiten durch die EuGH-Rechtsprechung zunächst etwas aufgeweicht. Dies lag daran, dass er – je nach zugrunde liegendem Verfahren – meist nur bezüglich der in Frage stehenden Grundfreiheit urteilte. Die Warenverkehrsfreiheit besaß dabei Pilotcharakter. Es dauerte einige Zeit, bis der EuGH Entscheidungen zu den anderen Grundfreiheiten traf und hierüber die weitgehende Konvergenz der Grundfreiheiten untereinander wieder herstellte. Auch jüngst lässt sich – nicht zuletzt durch das *Fra.bo SpA*-Urteil bezüglich der Drittwirkung – ein weiterer Trend zur Konvergenz feststellen. Dies gilt jedoch insbesondere hinsichtlich des Ergebnisses, eine umfangreichere dogmatische Begründung und Unterfütterung nimmt der EuGH nicht vor.

Im Ergebnis ist daher von einer strukturellen Konvergenz der Grundfreiheiten auszugehen – mit der h. M. der Literatur, die zumindest die Entwicklung einer Art allgemeinen Teils der Grundfreiheiten als zusammenfassende Klammer favorisiert⁴⁶² oder auf „allgemeine Lehren“ der Grundfreiheiten Bezug nimmt⁴⁶³.

⁴⁶² *Arndt/Fischer*, Europarecht, S. 116 ff.; *Behrens*, EuR 1992, S. 145 ff.; *Classen*, EWS 1995, S. 97 ff.; *Eberhartinger*, EWS 1997, S. 43 ff.; *Ehlers*, Allgemeine Lehren; § 7 Rn. 19; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 788 ff.; *Herdegen*, Europarecht, § 14 Rn. 3 ff.; *Huber*, Recht der Europäischen Integration, § 17 Rn. 38 ff.; *Jarass*, EuR 1995, S. 202 (203 ff.); *ders.*, EuR 2000, S. 705 ff.; *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 234; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 1322 ff.; *Straßburger*, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten, S. 84; *Streinz*, Europarecht, Rn. 789; *ders.* in: FS Rudolf, S. 199.

Als weitere Problembereiche, die für eine Konvergenz fruchtbar gemacht werden können, in der vorliegenden Untersuchung allerdings nicht genauer untersucht wurden, da sie keine spezifischen Anhaltspunkte für eine Unterscheidung der einzelnen Grundfreiheiten aufweisen, sind zu nennen: die mögliche Staatshaftung bei einem Verstoß der Mitgliedstaaten gegen Grundfreiheiten⁴⁶⁴, die genaue Abgrenzung der europäischen Grundfreiheiten gegenüber den EU-Grundrechten⁴⁶⁵ sowie die grundsätzliche Ausrichtung auf den Binnenmarkt nach Art. 26 Abs. 2 AEUV.

F. Das Ziel der Konvergenz als Argument für eine konvergente Interpretation der Grundfreiheiten

Abschließend soll auf einen Gedanken eingegangen werden, der nicht nur die Frage der Feststellung der Konvergenz betrifft, sondern vielmehr begründen will, wie sich eine Konvergenz der Grundfreiheiten dogmatisch und systematisch herstellen ließe. Im Gegensatz zur bisherigen Methode der Untersuchung, die nach tatsächlichen Gemeinsamkeiten oder Unterschieden im bestehenden System der Grundfreiheiten sucht, kann man Konvergenz auch als Ziel oder *telos* der Grundfreiheiten an sich verstehen. Postuliert man eine Konvergenz der Grundfreiheiten – teilweise wird auch von einer notwendigen Kohärenz gesprochen⁴⁶⁶ – als Ziel oder Ergebnis, ließe sich hierüber eine bestimmte Interpretation der Grundfreiheiten bzw. eine Übertragung der zu einer Grundfreiheit gefundenen Auslegung und Erkenntnisse auf die anderen Grundfreiheiten als eigener Begründungsansatz ableiten. Begründet werden könnte diese Übertragung dann wiederum selbst mit dem Argument der Konvergenz der Grundfreiheiten. Dabei besteht jedoch – wie diese beinahe tautologischen Formulierungen bereits andeuten – die Gefahr eines Zirkelschlusses, indem das eigentliche Ziel als selbständige Begründung herangezogen wird.

Zwar fasst die Feststellung der Konvergenz dogmatisch und sachlich verwandte Aspekte zusammen und ordnet diese, wodurch sie dem dogmatischen Ziel der

⁴⁶³ Calliess/Ruffert/Kingreen, Art. 34-36 AEUV, Rn. 2 ff.; Ehlers, Allgemeine Lehren, § 7; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/Streinz, Art. 34 AEUV, Rn. 15; Streinz, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, § 152 Rn. 4, 10.

⁴⁶⁴ Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 830.

⁴⁶⁵ Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 5 m. w. N., 27; Ehlers, Allgemeine Lehren, § 7, Rn. 18; Frenz, Hb. EuR. I, Rn. 65 ff.; zur Qualifizierung der Grundfreiheiten selbst als Grundrechte Valta, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 66 ff.; auf die Notwendigkeit der Abgrenzung weist auch Jarass, EuR 1995, S. 202 (204) hin.

⁴⁶⁶ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/Streinz, Art. 34 AEUV, Rn. 15.

Erleichterung der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten dienen kann⁴⁶⁷. Auch klingt in der Literatur der Gedanke der Konvergenz zur Begründung der Übertragung der zu einer Grundfreiheit gefundenen Ergebnisse auf eine andere Grundfreiheit und deren einheitliche Anwendung immer wieder mal an⁴⁶⁸. Ebenso greifen die Generalanwälte am EuGH diesen Ansatz auf⁴⁶⁹. Begründet wird dies damit, dass die Grundfreiheiten ein gleichartiges Schutzniveau für alle Betätigungen schaffen sollen⁴⁷⁰. Divergierende Auslegungen der Grundfreiheiten sollen daher vermieden werden, es sei denn, sie sind in ihren jeweiligen Besonderheiten begründet⁴⁷¹.

Reizvoll erscheint dies methodisch ebenfalls angesichts der auch in dieser Arbeit verwendeten Prüfsystematik: Durch den bewiesenen konvergenten Ausbau der Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten ließe sich eine dann notwendigerweise ebenfalls konvergente Begrenzung sowie ein ebenso konvergentes Rechtfertigungsregime pauschal begründen.

Dem skizzierten Ansatz ist zuzugeben, dass die Übertragung der zu einer Grundfreiheit erzielten Erkenntnisse oder der Rechtsprechung des EuGH auf andere Grundfreiheiten zu einer systematischen Einheitlichkeit beitragen kann⁴⁷². Jedoch ist fraglich, ob sich allein aus diesem formellen Schritt heraus ein Argument für eine bestimmte, nämlich konvergente Interpretation der Grundfreiheiten ableiten lässt. Vielmehr ist inhaltlich-materiell danach zu fragen, ob strukturelle und systematische Gemeinsamkeiten oder Unterschiede sowie eine Vergleichbarkeit zwischen den einzelnen Grundfreiheiten bestehen, die eine Übertragung zulassen oder ihr entgegenstehen. Daneben ist ein Dammbrech-Argument anzuführen: Über ein zumindest hinsichtlich einer Grundfreiheit einmal gefundenes Ergebnis ließe sich hinsichtlich der übrigen Grundfreiheiten dann analog ohne weitere Prüfung ziemlich alles begründen.

Das Ziel hinter diesem Konvergenz-Ansatz mag mit der effektiven Durchsetzung der Grundfreiheiten und dem Schutz des Binnenmarkts durchaus nachvollziehbar

⁴⁶⁷ Vgl. zur grundlegenden Aufgabe der Dogmatik bezüglich der Grundfreiheiten *Jarass*, EuR 1995, S. 202; *Straßburger*, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten, S. 83 f. sowie *Streinz*, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, § 152 Rn. 11. Zu den möglichen Nachteilen einer entsprechenden dogmatischen Vereinheitlichung *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 44 ff.

⁴⁶⁸ Vgl. statt vieler etwa *Birkemeyer*, EuR 2010, S. 662 (677); *Kühling*, NJW 1999, S. 403 (404); *Pießkalla*, NZA 2007, S. 1144 (1146). *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, S. 66 spricht davon, dass die gleichlautende Zielrichtung sowie die vergleichbare Normaussage der Grundfreiheiten abweichenden Strukturen eine entsprechende Rechtfertigungslast aufbürden.

⁴⁶⁹ Generalanwältin *Trstenjak*, Schlussanträge vom 7. Juli 2008 – C-205/07, Slg. 2008, I-9949, Rn. 45 – *Gysbrechts u. Santurel Inter*.

⁴⁷⁰ *Pießkalla*, NZA 2007, S. 1144 (1146).

⁴⁷¹ *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/Streinz*, Art. 34 AEUV, Rn. 15.

⁴⁷² *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 1357 ff..

sein. Etwa im Bereich der öffentlichen Aufgabenerfüllung ist einer immer komplexer werdenden Aufteilung zwischen privaten und staatlichen Akteuren sowie der mit der zunehmenden Privatisierung einhergehenden Gefahr zu begegnen, dass Beschränkungen für die Grundfreiheiten immer häufiger auch von Privaten ausgehen können⁴⁷³. Daher mag eine pauschale, mit dem Argument der Konvergenz begründete Ausweitung des Adressatenkreises der Grundfreiheiten im Rahmen der Drittwirkung durchaus reizvoll erscheinen. Eine saubere dogmatische Einordnung zeichnet sich aber gerade durch eine stringente und klare Differenzierung aus. Die Konvergenz als Erfordernis und immanentes Strukturmerkmal der Grundfreiheiten aus sich selbst heraus ist daher etwa auch zur Begründung von grundfreiheitlichen Schutzpflichten nicht geeignet. Allenfalls kann – wenn überhaupt – immer nur auf den Gedanken der strukturellen Vergleichbarkeit abgestellt werden⁴⁷⁴. Eine automatische Übertragung *per se* aus dem Gedanken der Kongruenz ist dagegen nicht möglich. Als Vergleichsgruppen lassen sich – wie dies in der vorliegenden Arbeit mehrfach herangezogen wurde – die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit als Personenverkehrsfreiheiten sowie die Waren- bzw. Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit als Produktverkehrsfreiheiten einordnen. Gleichwohl muss im Einzelfall untersucht werden, ob etwa bei der Dienstleistungsfreiheit die personale oder produktbezogene Komponente überwiegt oder es bei der Kapitalverkehrsfreiheit um Direkt- oder reine Portfolioinvestitionen geht⁴⁷⁵. Unabhängig davon ist ggf. an eine parallele Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zu denken.

Ein Vorteil des Konvergenzarguments ist allerdings anzuerkennen: Es schafft eine größere Berechenbarkeit der Rechtsprechung, indem Entscheidungen zu einer Grundfreiheit Indizwirkung für eine Interpretation der anderen Grundfreiheiten entfalten⁴⁷⁶. Dieser Ansatz wurde in der vorliegenden Untersuchung etwa bei der Frage der Drittwirkung der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit durch einen Schluss von der Warenverkehrsfreiheit her angewandt. Insgesamt kann er allerdings eine Prüfung der strukturellen Gemeinsamkeiten nicht ersetzen.

⁴⁷³ Kluth, AöR 122 (1997), S. 557 (575); Schmahl/Jung, NvWZ 2013, S. 607 (609).

⁴⁷⁴ Bezüglich der strukturellen Vergleichbarkeit der Personenverkehrsfreiheiten etwa EuGH, Rs. C-106/91, Slg. 1992, I-3351, Rn. 16 f. – Ramrath; a. A. Steinberg, EuGRZ 2002, S. 13 (25), nach dem auch eine mögliche Strukturidentität der Grundfreiheiten nicht für eine dogmatische Angleichung der Grundfreiheiten ausreichen sollte.

⁴⁷⁵ Vgl. hierzu etwa Calliess/Ruffert/Bröhmer, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV, Rn. 29.

⁴⁷⁶ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/Streinz, Art. 34 AEUV, Rn. 15.

Ebenso kann allein die Komplexitätsreduzierung die Anwendung des Konvergenz-Ansatzes nicht begründen. Zwar würde dieses systematisierende Argument gut zur deutschen Rechtstradition passen; anderen, vom *case law* geprägten europäischen Rechtskulturen und -ordnungen wäre es jedoch fremd.

Als weiteres Argument für den Konvergenz-Ansatz wird die *Gebhard*-Formel herangezogen, die mit ihren vier Voraussetzungen ein einheitliches Rechtfertigungsregime für alle Grundfreiheiten aufstelle⁴⁷⁷. Das Argument der Notwendigkeit einer Konvergenz aus sich heraus wird diesbezüglich bei der Frage der bereits erwähnten Übertragung der *Gebhard*-Kriterien im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung virulent⁴⁷⁸. Hier ließe sich aus der Rechtsprechung des EuGH durchaus eine Konvergenz herauslesen, da dieser die Voraussetzungen der Rechtfertigungsmöglichkeit offensichtlich auf alle Grundfreiheiten anwenden will⁴⁷⁹. Deren einheitlicher vierstufiger Rechtfertigungsaufbau könnte eine dogmatisch-einheitliche Prüfung der Grundfreiheiten erleichtern. Ist man der Ansicht, dass es einer derartigen einheitlichen Struktur auch bedürfe, ließe sich diese Übertragung einfach begründen. Es konnte jedoch gezeigt werden, dass die einzelnen Grundfreiheiten auf der Rechtfertigungsebene eine differenziertere Betrachtungsweise erfordern, die einer pauschal verallgemeinernden Betrachtungsweise vorzuziehen ist.

Auch bezüglich der Effektivität ist Vorsicht geboten: Mit dem *effet utile* ließe sich auch im untersuchten Bereich extensiv fast alles begründen, was zu einer weitestgehenden Anwendbarkeit der Grundfreiheiten führen würde, die sich allerdings in Widerspruch zur entwickelten differenzierenden Dogmatik setzt und mit dem Anspruch der Mitgliedstaaten auf Souveränitätsschonung in Widerspruch geraten kann.

Hierzu könnte man auch auf die Parallelität der Grundfreiheiten zum allgemeinen Diskriminierungsverbot verweisen, die den *effet utile*-Ansatz verstärkt. Dies lässt sich am Beispiel der unmittelbaren Drittwirkung exemplifizieren: Da dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV etwa unmittelbare Drittwirkung beigemessen werde und die dafür vorgebrachten Gründe übertragbar seien⁴⁸⁰, sprächen systematische Gründe auch für die Übertragung auf alle Grund-

⁴⁷⁷ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard* unter Bezugnahme auf Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn. 32 – *Kraus*.

⁴⁷⁸ *Streinz*, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, § 152 Rn. 10, der in Rn. 12 auch die Vorteile einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten nennt.

⁴⁷⁹ EuGH Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*.

⁴⁸⁰ *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 94 ff.

freiheiten⁴⁸¹. Allein aus sich heraus lässt sich hiermit aber keine dogmatisch saubere Lösung begründen⁴⁸²: Eine Rechtsnorm oder eine Rechtsfigur die eine entsprechende Folge zwingend vorschreibt existiert nicht, vielmehr denkt diese Argumentationslinie vom Ziel her und liefert keine Grenzen der Übertragbarkeit. Der Konvergenz-Ansatz dreht die Begründungsstruktur um – salopp formuliert zäumt er damit quasi das Pferd von hinten auf.

Allerdings lässt er sich zumindest bei Vorliegen struktureller Vergleichbarkeit – die im Einzelfall natürlich entsprechend nachgewiesen werden muss – in begrenztem Maße fruchtbar machen. Dies gilt etwa für die Ausdehnung der Reichweite und des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten – etwa mittels Drittwirkung oder Ausweitung zu einem Beschränkungsverbot. Hier muss dann auch ein konvergentes Rechtfertigungsregime zugelassen werden, um den Mitgliedstaaten bzw. betroffenen Privaten die Verpflichtung zur Achtung der Grundfreiheiten nicht einseitig zu oktroyieren.

Einen Lückenschluss – etwa von in der dargestellten Matrix erscheinenden Lücken – allein mit dem Ziel oder dem Postulat der Konvergenz der Grundfreiheiten zu begründen, ist i. E. unzulässig. Auch der EuGH hatte bei seiner Rechtsprechung nicht eine dogmatische, stringente und strukturelle Konvergenz vor Augen und zum Ziel. Vielmehr hat er seine Judikatur – diesbezüglich ergebnisoffen – anhand etlicher Einzelfälle entwickelt, die sich zu dem dargestellten Gesamtbild zusammenfügen lassen.

Dies bestätigt die genannten Defizite des Konvergenz-Ansatzes und zeigt, dass es trotz aller Gemeinsamkeiten einer differenzierenden Betrachtung hinsichtlich der einzelnen Grundfreiheiten bedarf.

G. Schluss und Ausblick

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Grundfreiheiten weitgehende Konvergenzen aufweisen, die sich jedoch nicht mit einer umfassenden dogmatischen Begründung erklären lassen, sondern aus Einzelfallentscheidungen und Rechtsprechungslinien des EuGH entstanden sind. Was bringt daher die dogmatische Durchdringung und ggf. konvergente Strukturierung der Grundfreiheiten dem Rechtsanwender?

⁴⁸¹ Vgl. *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (462) mit entsprechenden Nachweisen.

⁴⁸² Kritisch auch *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (462).

Gerade für bisher noch nicht vom EuGH entschiedene Fragen lässt sich hierdurch ein Mehrwert erzeugen, wenngleich – aus europäischer Perspektive betrachtet – diese Herangehensweise im *case law* verhafteten Rechtstraditionen eher ungewohnt sein dürfte. Dennoch spielt die Frage der Konvergenz der Grundfreiheiten hierfür eine wichtige Rolle. Die vorliegende Arbeit hat aber auch veranschaulicht, dass es sich als schwierig erweist, *per se* alle Grundfreiheiten einheitlich und pauschal zu betrachten sowie anzuwenden. Bei der Feststellung von Gemeinsamkeiten oder Unterschieden der einzelnen Grundfreiheiten kann das Ziel der Konvergenz zur Begründung von bestimmten „konvergenten“ Interpretationen der Grundfreiheiten nur bedingt dienen. Wie das europäische Projekt selbst und die europäische Integration an sich, ist hier aber auch der Schutz durch die Grundfreiheiten des AEUV im Fluss. Es bleibt daher abzuwarten, wie sich die dogmatische Strukturierung und die damit zusammenhängende Konvergenzproblematik durch die Rechtsprechung des EuGH sowie die Diskussionen der Literatur weiter präzisieren und dadurch zu einem systematischen Gesamtbild zusammenfügen wird.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert* Theorie der Grundrechte, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Band 28, Baden-Baden 1985.
- Arndt, Hans-Wolfgang/
Fischer, Kristian* Europarecht, 10. Aufl., Heidelberg, München u.a. 2010.
- Bachmann, Gregor* Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, in: AcP 2010, S. 424–488.
- Barnard, Catherine* The substantive law of the EU. The four freedoms, 3. Aufl., Oxford, New York 2010.
- Becker, Ulrich* Voraussetzungen und Grenzen der Dienstleistungsfreiheit, in: NJW 1996, S. 179–181.
- Behrens, Peter* Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: EuR 1992, S. 145–162.
- Bieber, Roland/
Epiney, Astrid/
Haag, Marcel* Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 10. Aufl., Baden-Baden-Baden 2013.
- Birkemeyer, Claas* Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 17.7.2008, Rs. C-94-07 (Raccanelli), in: EuR 2010, S. 662–678.
- Bogdandy,
Armin von (Hg.)* Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Dordrecht u.a. 2009.
- Böhm, Monika* Europäische Grundfreiheiten – Teil 2, in: JA 2009, S. 328–335.

- Brigola, Alexander* Das System der EG-Grundfreiheiten. Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, Europäisches Wirtschaftsrecht, Band 33, München 2004.
- Burgi, Martin* Mitgliedstaatliche Garantenpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, in: EWS 1999, S. 327–332.
- Calliess, Christian/
Ruffert, Matthias* EUV, AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, München 2011.
- Classen, Claus Dieter* Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten? Absolute und relative Gehalte der Grundfreiheiten, in: EWS 1995, S. 97–196.
- Classen, Claus Dieter* Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, in: EuR 2004, S. 416–438.
- Craig, P. P./Búrca, G. de:* EU law. Text, cases, and materials, 4. Aufl., Oxford, New York 2008.
- Dausen, Manfred A.* Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 31. Erg.-Lfg., Stand: Juli 2012, München 2012.
- Dony, Marianne* Droit de l’Union européenne, 2. Aufl., Brüssel 2008.
- Eberhartinger, Michael* Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, in: EWS 1997, S. 43–52.
- Ehlers, Dirk* Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts (Teil I), in: Jura 2001, S. 266–275.

- Ehlers, Dirk* Allgemeine Lehren, in: Ehlers, Dirk und Becker, Ulrich (Hg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009, S. 209–269.
- Epiney, Astrid* Freiheit des Warenverkehrs, in: Ehlers, Dirk und Becker, Ulrich (Hg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009, S. 270–304.
- Epiney, Astrid* Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2009 – Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, in: NVwZ 2010, S. 1065–1070.
- Förster, Philipp* Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Zur Dogmatik des Adressatenkreises von Pflichten aus EG-Grundfreiheiten, Schriften zum deutschen und europäischen öffentlichen Recht, Band 13, Frankfurt am Main, New York 2007.
- Forsthoff, Ulrich* Drittwirkung der Grundfreiheiten - Das EuGH-Urteil Angonese, in: EWS 2000, S. 389–397.
- Fremuth, Michael* "Cassis de Dijon" - Zur dogmatischen Einordnung zwingender Erfordernisse, in: EuR 2006, S. 866–878.
- Frenz, Walter* Europarecht, Heidelberg 2011.
- Frenz, Walter* Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Handbuch Europarecht, Band 1, Heidelberg 2012.
- Ganten, Ted Oliver* Die Drittwirkung der Grundfreiheiten. Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, Untersuchungen zum Europäischen Privatrecht, Band 3, Berlin 2000.
- Gebauer, Jochen* Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, Schriften zum Europäischen Recht, Band 102, Berlin 2004.

- Görlitz, Niklas* Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten. Zugleich der Versuch einer Abgrenzung zwischen mittelbaren Diskriminierungen und allgemeinen Beschränkungen, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Band 312, Baden-Baden 2005.
- Grabitz, Eberhard/
Hilf, Meinhard/
Nettesheim/Martin* Das Recht der Europäischen Union, Stand Mai 2013, München 2013.
- Haratsch, Andreas/
Koenig, Christian/
Pechstein, Matthias* Europarecht, 8. Aufl., Tübingen 2012.
- Herdegen, Matthias* Europarecht, 15. Aufl. Grundrisse des Rechts, München 2013.
- Hintersteininger, Margit* Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot. Unter besonderer Berücksichtigung der Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten, Schriften zum Europäischen Recht, Band 63, Berlin 1999.
- Jaensch, Michael* Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV, Nomos-Universitätschriften Recht, Band 248, Baden-Baden 1997.
- Jarass, Hans D.* Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, in: EuR 1995, S. 202–226.
- Jarass, Hans D.* Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, in: EuR 2000, S. 705–723.
- Kainer, Friedmann* Grundfreiheiten und staatliche Schutzpflichten - EuGH, NJW 1998, 1931, in: JuS 2000, S. 431–436.

- Keun, Iris-Carola* Mitgliedstaatliche Handlungspflichten bei Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs durch Private, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Band 163, Berlin 2006.
- Kilian, Wolfgang* Europäisches Wirtschaftsrecht. Ein Studienbuch, 4. Aufl., München 2010.
- Kingreen, Thorsten* Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999.
- Kingreen, Thorsten* Keine neue Frische in der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten: Der EuGH und das aufgebackene Brot, in: EWS 2006, S. 488–493.
- Kingreen, Thorsten* Grundfreiheiten, in: von Bogdandy, Armin (Hg.): Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge. 2. Aufl., Dordrecht u. a., S. 705–748.
- Kluth, Winfried* Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrags. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH, in: AöR 1997, S. 557–582.
- Koenig, Christian/
Steiner, Ulrike* Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags, in: NJW 2002, S. 3583–3588.
- Körber, Torsten* Europäisierung des Privatrechts durch Direktwirkung des Gemeinschaftsrechts?, in: EuZW 2001, S. 353.
- Körber, Torsten* Grundfreiheiten und Privatrecht, Jus Privatum, Band 93, Tübingen 2004.
- Kort, Michael* Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht, in: JZ 1996, S. 132–140.

- Krenn, Christoph* A missing piece in the horizontal effect "jigsaw": horizontal direct effect and the free movement of goods, in: CMLRev 2012, S. 177–215.
- Kühling, Jürgen* Staatliche Handlungspflichten zur Sicherung der Grundfreiheiten, in: NJW 1999, S. 403–404.
- Lengauer, Alina* Drittwirkung von Grundfreiheiten, Wien 2011.
- Löwisch, Stephan* Die horizontale Direktwirkung der europäischen Grundfreiheiten. Zur Frage der unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Band 349, Baden-Baden 2009.
- Meurer, Thomas* Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz des freien Warenverkehrs. Zur Entwicklung grundfreiheitlich gebotener Schutzpflichten - das Urteil des EuGH vom 9.12.1997 - Rs. C-265/95, Kommission/Frankreich, EWS 1998, 212, in: EWS 1998, S. 196–202.
- Michaelis, Lars Oliver* Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten - Zum Fall An-gonese, in: NJW 2001, S. 1841–1842.
- Moens, Gabriël/Trone, John* Commercial law of the European Union, Ius gentium, Comparative perspective on law and justice, Band 4, Dordrecht, New York 2010.
- Mojzesowicz, Karolina* Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, Nomos-Universitätsschriften Recht, Band 362, Baden-Baden 2001.
- Mühl, Axel* Diskriminierung und Beschränkung. Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Schriften zum Europäischen Recht, Band 104, Berlin 2004.

- Nettesheim, Martin* Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität (Art. 48, 52 EGV), in: NVwZ 1996, S. 342–345.
- Oliver, Peter* Some further reflections on the scope of articles 20-30 (ex 30-36) EC, in: CMLRev 36 (1999), S. 783–806.
- Oliver, Peter* Free movement of goods in the European Union, 5. Aufl., Oxford 2010.
- Oppermann, Thomas/
Classen, Claus Dieter/
Nettesheim, Martin* Europarecht. Ein Studienbuch, 5. Aufl. [mit Lissabon-Vertrag], München 2011.
- Parpart, Heike* Die unmittelbare Bindung Privater an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht. Eine Darstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Band 92, München 2003.
- Pechstein, Matthias* Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 17.3.2005 - Rs. C-109/04 Krane-
mann./. Land Nordrhein-Westfalen, in: JZ 2005, S. 943–944.
- Pießkalla, Michael* Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften, in: NZA 2007, S. 1144–1148.
- Preedy, Kara* Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Schriften zum Europäischen Recht, Band 110, Berlin 2005.
- Repasi, René* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 17. 7. 2008 - C-94/07 - Raccanelli, in: EuZW, S. 532–533.
- Roth, Wulf-Henning* Die "horizontale" Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV). Zum Fra.bo-Urteil des EuGH, in: EWS 2013, S. 16–27.

- Ruffert, Matthias* Die Grundfreiheiten im Recht der Europäischen Union, in: JuS 2009, S. 97–103.
- Schimming, Götz* Konvergenz der Grundfreiheiten des EGV unter besonderer Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Einfuhr- und Einreisebeschränkungen, Diss. jur., Regensburg 2002.
- Schmahl, Stefanie/
Jung, Florian* Horizontale Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit? Überlegungen im Anschluss an EuGH, Urt. v.12.7.2012 – C-171/11, EuZW 2012, 797 - DVGW, in: NVwZ 2013, S. 607–612.
- Schulze, Reiner/
Zuleeg, Manfred/
Kadelbach, Stefan* Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.
- Schwarze, Jürgen/
Becker, Ulrich* EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden, Wien, Basel 2012.
- Schweitzer, Heike* Standardisierung als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs. Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12. 7. 2012 im Fall Fra.bo SpA/Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e. V. (Rs. C-171/11), in: EuZW 2012, S. 765–770.
- Schweitzer, Michael/
Hummer, Waldemar/
Obwexer, Walter* Europarecht. Das Recht der Europäischen Union, Wien 2007.
- Snell, Jukka* The notion of market access: a concept or a slogan?, in: CMLRev 2010, S. 437–472.
- Steinberg, Philipp* Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Tatbestands- und Rechtfertigungsebene, in: EuGRZ 2002, S. 13–25.

- Steinke, Kirska* Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, Schriften zum Wirtschafts- und Medienrecht, Steuerrecht und Zivilprozessrecht, Band 41, Frankfurt am Main, New York 2009.
- Straßburger, Benjamin* Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten. Konkretisiert anhand des nationalen Rechts der Dividendenbesteuerung, Jus Internationale et Europaeum, Band 70, Tübingen 2012.
- Streinz, Rudolf* Konvergenz der Grundfreiheiten. Aufgabe der Differenzierungen des EG-Vertrags und der Unterscheidung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen? Zu Tendenzen der Rechtsprechung des EuGH, in: Rudolf, Walter und Arndt, Hans-Wolfgang (Hg.): Völkerrecht und deutsches Recht. Festschrift für Walter Rudolf zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 199–221.
- Streinz, Rudolf* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11. 12. 2007 - C-438/05 International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union./ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti, in: JuS 2008, S. 447–451.
- Streinz, Rudolf* Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten - Vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot, in: Bernhardt, Rudolf/Merten, Detlef und Papier, Hans-Jürgen (Hg.): Europäische Grundrechte I, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1, Heidelberg u.a. 2010, S. 687–726.
- Streinz, Rudolf* Europarecht, 9. Aufl., Schwerpunkte, Band 12, Heidelberg 2012.
- Streinz, Rudolf* Europarecht: Freier Warenverkehr und private Zertifizierungsstellen. Beschränkung des freien Warenverkehrs durch Normen einer privaten Einrichtung, in: JuS 2013, S. 182–184.

- Streinz, Rudolf*
Leible Stefan Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Überlegungen aus Anlass von EuGH, EuZW 2000, 468 - Angonese, in: EuZW 2000, S. 459–467.
- Thomas, Stefan* Die Relevanzregel in der europäischen Grundfreiheitendogmatik. Zur Frage eines Spürbarkeitserfordernisses bei der Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten, in: NVwZ 2009, S. 1202–1207.
- Valta, Stefanie* Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, Schriften zum Europäischen Recht, Band 160, Berlin 2013.
- Weiß, Wolfgang* Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit. Von der Konvergenz der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote zur Auflösung der Differenzierung zwischen unterschiedslosen und unterschiedlichen Maßnahmen, in: EuZW 1999, S. 493–498.
- Wilsher, Daniel* Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market, in: European Law Review 2008, S. 3–22.
- Wollenschläger, Ferdinand* Grundfreiheit ohne Markt. Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, Verfassungs-entwicklung in Europa, Band 2, Tübingen 2007.