

## § 12 Grundfreiheiten

### I. Gemeinsame Dogmatik

1. Bindung Privater?
2. Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote
3. Grundfreiheiten als allgemeine Beschränkungsverbote
4. Verhältnis zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverböten
5. Vertiefung zur Rechtfertigung: Herkunftslandsprinzip und Bedeutung des Sekundärrechts

### II. Die einzelnen Freiheiten

1. Warenverkehrsfreiheit
2. Dienstleistungsfreiheit
3. Personenverkehrsfreiheiten
4. Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit

### III. Vorschlag für den Aufbau einer Grundfreiheiten-Prüfung

**Lesen Sie zunächst Skript § 11 zu den Gemeinsamkeiten von Grundfreiheiten, Unionsbürgerfreizügigkeit und Diskriminierungsverbot!**

Literatur: D. Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3. Aufl. 2009, 3. Teil: Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft (§§ 7-12), S. 177 ff.; Matthias Ruffert, *Grundfreiheiten im Recht der Europäischen Union*, in: *JuS* 2009, S. 97-103; Matthias Herdegen, *Europarecht*, 13. Auflage (2011), (§§ 14-18), S. 252 ff.

EuGH-Rechtsprechung:

*Rs. 8/74 (Dassonville)*, Slg. 1974, 847 – Grundfreiheiten als Beschränkungsverbot;

*Rs. 120/78 (REWE/Bundesmonopolverwaltung für Brandwein)*, Slg. 1979, 649 – ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nach der „Cassis de Dijon“-Formel;

*Verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard)*, Slg. 1993, I-6097 – Verkaufsmodalitäten sind keine Beschränkungen.

Ziel der Union ist die Verwirklichung des Binnenmarktes, der durch die Grundfreiheiten gekennzeichnet ist, nämlich den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital (Art. 3 lit. b und Art. 26 AEUV). Sie zielen darauf, staatlich verursachte rechtliche wie tatsächliche Hemmnisse für den Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten abzubauen und die nationalen Märkte zu verbinden. Im Binnenmarkt können die Marktteilnehmer jedes Staates sowohl ihre eigenen Wirtschaftsgüter in allen anderen Staaten anbieten, als auch auf die Güter aus allen anderen Staaten zugreifen.

Die Grundfreiheiten erfassen den Marktbürger als Subjekt wirtschaftlicher Tätigkeit. Inzwischen hat sich der Integrationsprozess über die reine Wirtschaftsintegration hinaus entwickelt. Am Konzept der Unionsbürgerschaft wird deutlich, dass diese Beschränkung nicht mehr zeitgemäß ist, so wurde durch Art. 21 AEUV die Freizügigkeit von ihrer Wirtschaftsbezogenheit befreit (dazu ausführlicher in § 13).

### **I. Gemeinsame Dogmatik**

Die Grundfreiheiten unterscheiden sich ihrem Gegenstand nach: Warenverkehrsfreiheit - Art. 34 AEUV, Arbeitnehmerfreizügigkeit - Art. 45 AEUV, Niederlassungsfreiheit - Art. 49 AEUV, Dienstleistungsfreiheit - Art. 56 AEUV, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit - Art. 63 AEUV. Es lässt sich aber für alle Freiheiten eine gemeinsame Dogmatik herausbilden.

Dabei ist aber Vorsicht geboten. Denn die Dogmatik ist vor allem ein Produkt der Literatur. Der Gerichtshof der Europäischen Union bezieht sich in seinen Urteilen immer nur auf die einzelnen Freiheiten, und nicht auf die Grundfreiheiten insgesamt. Deshalb unterscheiden sich z.B. die in den Urteilen regelmäßig wiederkehrenden Floskeln für die einzelnen Freiheiten. Die Rechtsprechung ist nicht immer konsistent und entwickelt sich vor allem ständig fort. Der Gerichtshof der Europäischen Union reagiert häufig auf die politischen Verhältnisse, und fühlt sich dabei durch dogmatische Strukturen eher nicht gebunden.

Die einheitliche Dogmatik wurde außerdem vor allem von der deutschen Europarechtswissenschaft entwickelt; ihre deutsche Herkunft wirkt sich auch in einer gewissen Neigung aus, die Grundfreiheiten pauschal mit den deutschen Grundrechten zu vergleichen und die zum Grundgesetz entwickelten Strukturen und Begriffe (z.B. den Begriff des „Schutzbereichs“) auf den AEUV-Vertrag zu übertragen. Ohne Zweifel kann die Grundfreiheiten-Dogmatik von den deutschen Erkenntnissen profitieren, und auch für Studierende ist es hilfreich, bekannte Strukturen wiederzufinden. Allerdings darf dabei nicht übersehen werden, dass es an vielen Stellen eben doch terminologische und vor allem inhaltliche Unterschiede gibt (z.B. den „negativen Schutzbereich“, den die Grundfreiheiten nicht enthalten).

## **1. Bindung Privater?**

In erster Linie schützen die Grundfreiheiten vor staatlichen Maßnahmen. Der Gerichtshof der Europäischen Union verlangt von den Mitgliedstaaten nicht nur, dass sie grundfreiheitswidrige Maßnahmen unterlassen, sondern ganz ausnahmsweise auch, dass sie die Grundfreiheiten gegen Eingriffe durch Private schützen. Das betraf bisher nur die Warenverkehrsfreiheit, die dadurch beeinträchtigt wurde, dass die Mitgliedstaaten gar nichts unternahmen, um private Straßenblockaden aufzulösen [EuGH, Rs. C-265/95 („spanische Erdbeeren“), Slg. 1997, I-6959, Rn. 52; Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rn. 57 ff.].

Davon zu trennen ist die Frage, ob auch Private direkt an die Grundfreiheiten gebunden sein können („unmittelbare Drittwirkung“ der Grundfreiheiten). Auch dies hat der Gerichtshof der Europäischen Union in Ausnahmefällen bejaht. Seine Rechtsprechung in dieser Frage ist jedoch sehr umstritten. Ein Anwendungsfall der Drittwirkung sind private Verbände, die von staatlicher Seite mit der Befugnis ausgestattet wurden, verbindliche Vorschriften zu erlassen [z.B. EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Rn. 69 ff., betr. vom belgischen Fußballverband aufgestellte Regeln zum Transfer von Fußballspielern; EuGH, Rs. C-325/08 (Olympique Lyonnais SASP/Olivier Bernard, Newcastle UFC), vom 16.3.2010, Rn. 30 ff.]. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat allerdings seine Rechtsprechung zur Drittwirkung in einem Urteil auch auf ein Unternehmen erstreckt, das keine solche Verbandsmacht hatte [Rs. C-281/98 (Agonese), Slg. 2000, I-4139, Rn. 36, betr. die Einstellungskriterien für Mitarbeiter einer privaten Bank]. Ferner nahm er auch an, dass ein privatrechtlicher Verein wie die Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V. gegenüber Arbeitnehmern i.S. des Art. 45 AEUV das Diskriminierungsverbot beachten muss (EuGH, Rs. C-94/07 (Raccanelli), Slg. 2008, I-5939, Rn. 46).

Allerdings ist hier Zurückhaltung geboten, denn eine Ausweitung der Bindungswirkung der Grundfreiheiten auf Private würde eine massive Einschränkung der Privatautonomie bedeuten. Der Schutz vor Gefährdungen der Marktfreiheiten durch wirtschaftliche Überlegenheit wird in der Systematik des AEU-Vertrages durch das Wettbewerbsrecht gewährleistet.

## **2. Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote**

### **a. Erfasste Situationen**

Trotz unterschiedlichem Wortlaut enthalten alle Grundfreiheiten ein Diskriminierungsverbot oder, präziser formuliert, ein Gebot der Inländergleichbehandlung. Die Mitgliedstaaten müssen alle Unionsbürger (d.h. natürliche Personen mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates und juristische Personen mit Sitz in einem Mitgliedstaat) behandeln wie Inländer und Waren und Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten so wie inländische Waren und Dienstleistungen. Die Grundfreiheiten konkretisieren in dieser Funktion das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV, dem gegenüber sie die spezielleren Vorschriften sind.

Es geht nur um Diskriminierungen beim Zugang zu den nationalen Märkten. Einzig relevantes Vergleichspaar ist die Behandlung von Inländern (inländischen Waren und Dienstleistungen) mit der Behandlung von Ausländern (ausländischen Waren und Dienstleistungen). Andere Vergleichspaare sind für das Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten nicht relevant.

- Verboten sind sog. **offene/unmittelbare Diskriminierungen**, d.h. Ungleichbehandlungen, die ausdrücklich an die Herkunft einer Ware oder die Staatsangehörigkeit einer Person anknüpfen (z.B. „Nur Deutsche können landwirtschaftliche Grundstücke erwerben.“ „Nur in Deutschland produziertes Frischfleisch wird zum Verkauf zugelassen.“). Diese Form der Diskriminierung dürfte sich inzwischen kaum noch finden.
- Auch **versteckte/mittelbare Diskriminierungen** sind von den Grundfreiheiten erfasst. Das sind Ungleichbehandlungen, die zwar nicht ausdrücklich an die Herkunft anknüpfen, aber typischerweise die Stellung ausländischer Personen (Waren/Dienstleistungen) verschlechtern. Es geht um Vorschriften, die zwar dem Text nach unterschiedslose Anforderungen aufstellen, die aber von ausländischen Waren etc. regelmäßig nicht oder nur schwerer erfüllt werden können. (z.B. „Voraussetzung für den Kauf eines landwirtschaftlichen Grundstückes ist, dass der Käufer seit mindestens zwei Jahren im Umkreis von 3 km des Grundstückes wohnt.“ „Frischfleisch wird nur zum Verkauf zugelassen, wenn es nicht länger als eine Stunde vom Schlachtungs- bis zum Verkaufsort transportiert wurde.“ „Verpackte Ware muss in deutscher Sprache gekennzeichnet werden.“).
- Geboten ist nur die Inländergleichbehandlung. Erfasst sind daher nur Fälle, in denen die ausländische Ware schlechter behandelt wird als die inländische. Die sog. „**Inländerdiskriminierung**“, d.h. die Besserstellung ausländischer Waren, fällt nicht in den Anwendungsbereich der grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote.

**b. Ausnahmen und geschriebene Rechtfertigungsgründe**

Der AEU-Vertrag selbst schränkt die Wirkung der einzelnen Grundfreiheiten an einigen Punkten ausdrücklich ein, indem er entweder bestimmte Situationen von ihrem Anwendungsbereich ganz ausnimmt oder verschiedene Rechtfertigungsgründe ausdrücklich anerkennt.

aa. Wichtige Ausnahmen enthalten Art. 45 Abs. 4 AEUV für die Arbeitnehmerfreizügigkeit und Art. 51 AEUV für Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Sie erlauben es den Mitgliedstaaten, Unionsbürger in der öffentlichen Verwaltung bzw. bei Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, offen zu diskriminieren. Daher ist es z.B. nicht unionsrechtswidrig, nur die eigenen Staatsangehörigen als Polizisten einzustellen.

Folge einer Ausnahme ist, dass die Grundfreiheit gar nicht anwendbar ist – nationale Regelungen, die die Ausübung öffentlicher Gewalt betreffen, werden gar nicht erst an den Grundfreiheiten gemessen. Der Gerichtshof der Europäischen Union überprüft aber, ob die Tätigkeit, bei der ein Mitgliedstaat andere Unionsbürger ausschließt, tatsächlich zur öffentlichen Verwaltung gehört bzw. die Ausübung öffentlicher Gewalt beinhaltet. Dabei sind die Begriffe autonom, d.h. nicht nach dem nationalen Recht, auszulegen [grundlegend EuGH, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121, Rn. 27].

bb. Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe finden sich in Art. 36 (Warenverkehrsfreiheit), Art. 45 Abs. 3 (Arbeitnehmerfreizügigkeit), Art. 52 (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit), Art. 65 AEUV (Kapitalverkehrsfreiheit).

Folge eines geschriebenen Rechtfertigungsgrundes ist, dass die nationale Maßnahme darauf hin überprüft wird, ob ihr Ziel mit dem Rechtfertigungsgrund übereinstimmt. Dabei reicht es nicht aus, wenn der Mitgliedstaat behauptet, eine bestimmte Vorschrift diene der öffentlichen Sicherheit. Der Gerichtshof der Europäischen Union überprüft, ob das Regelungsziel tatsächlich ein „staatliches Interesse von fundamentaler Bedeutung, das die Grundinteressen der Gesellschaft berührt“ (so seine Auslegung des Begriffs öffentliche Sicherheit) darstellt.

Außerdem kontrolliert der Gerichtshof der Europäischen Union, ob die nationale Maßnahme verhältnismäßig ist: Sie muss geeignet sein, ihr Ziel zu erreichen und darf nicht über das hinausgehen, was zur Zielerreichung erforderlich ist.

**c. Ungeschriebene Rechtfertigung**

Neben den geschriebenen gibt es auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.

aa. Offene Diskriminierungen können nicht gerechtfertigt werden [z.B. EuGH, Rs. C-388/01 (Komm./Italien), Slg. 2003, I-721, Rn. 19: „Soweit die streitigen Tarifvorteile zunächst eine Unterscheidung aufgrund des Kriteriums der Staatsangehörigkeit vorsehen, ist darauf hinzuweisen, dass derartige Vorteile nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, wenn sie einer ausdrücklichen Ausnahmebestimmung wie Artikel 46 EG (heute Artikel 52 AEUV) zugeordnet werden können“].

bb. Als versteckte Diskriminierung versteht der Gerichtshof der Europäischen Union dagegen nur die nachteilige unterschiedliche Behandlung, die nicht durch objektive Unterschiede zwischen der internen und der transnationalen Situation gerechtfertigt ist.

Dabei geht es natürlich um andere Unterschiede als die bloße Herkunft der Person (Ware ...): Es geht um die Frage, ob ein außerhalb der Herkunft liegender Grund es rechtfertigt, direkt oder mittelbar nach der Herkunft zu unterscheiden (z.B. der Schutz von landwirtschaftlichen Grundstücken vor Spekulanten, der Gesundheitsschutz beim Transport von Frischfleisch oder der Verbraucherschutz bei der Kennzeichnung von Waren). Als Rechtfertigungsgrund scheiden nach ständiger Rechtsprechung des EuGH außerdem ökonomische Gründe aus, ebenso wie natürlich die Berufung auf den Schutz der nationalen Volkswirtschaft.

Die nationalen Vorschriften müssen verhältnismäßig sein. Der Gerichtshof der Europäischen Union prüft hier, ob die unterschiedliche Behandlung geeignet ist, das Ziel zu erreichen und nicht über das hinausgeht, was zur Zielerreichung erforderlich ist. (Z.B. kann der Gesundheitsschutz bei Frischfleisch auch durch Vorschriften zur Kühlung des Fleisches während des Transports erreicht werden. Diese Regelung würde das Ziel ebenfalls erreichen, ohne das ausländische Fleisch ganz vom Markt zu verdrängen. Die Information der Verbraucher durch eine Kennzeichnung in ihrer Sprache lässt sich dagegen nicht durch weniger belastende Maßnahmen ersetzen.)

### **3. Grundfreiheiten als allgemeine Beschränkungsverbote**

#### **a. Erfasste Situationen**

Über das Gebot der Inländergleichbehandlung hinaus, enthalten die Grundfreiheiten außerdem sog. „allgemeine Beschränkungsverbote“. Dieses Verbot erfasst alle nationalen Maßnahmen, die „die Ausübung einer Grundfreiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen“ [so EuGH, Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299, Rn. 10] bzw. nach einer anderen (m.E. weniger präzisen) Formulierung des EuGH „die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“ [Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 873, Rn. 5].

Erfasst sind nur transnationale Sachverhalte, aber hier kommt es auf einen Vergleich mit der rein innerstaatlichen Situation nicht an, sondern nur darauf, ob sich die erwünschte Tätigkeit (Verkauf einer Ware etc.) ohne die nationale Vorschrift einfacher verwirklichen ließe. Das Beschränkungsverbot hat weitreichende Folgen. Denn es ist für eine Regulierung typisch, dass sie die Ausübung der erfassten Tätigkeit in irgendeiner Weise beschränkt. Dadurch erfassen die Grundfreiheiten nahezu alle nationalen Regulierungen wirtschaftlicher Tätigkeit, die auch auf einen transnationalen Sachverhalt Anwendung finden können.

aa. Diese Ausweitung der Grundfreiheiten führt dazu, dass es den Mitgliedstaaten verboten ist, die Ausreise ihrer eigenen Staatsangehörigen oder den Export inländischer Waren und Dienstleistungen zu erschweren [z.B. EuGH, Rs. C-385/00 (de Groot), Slg.2002, I-11819, Rn. 79].

bb. Der EuGH hat die 1974 erfolgte Ausweitung erst 1993 in der Rs. „Keck“ wieder eingeschränkt. Seit diesem Urteil unterscheidet er bei Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit zwischen produktbezogenen Maßnahmen einerseits – die vom Beschränkungsverbot erfasst sind – und vertriebsbezogenen Maßnahmen andererseits – die vom Beschränkungsverbot nicht erfasst sind [EuGH, Rs. . Diese Rechtsprechung wirft vor allem zwei Fragen auf:

- Kann/muss man diese Einschränkung auf alle Grundfreiheiten anwenden?

Der EuGH hat die Unterscheidung schon bald auf die Dienstleistungsfreiheit übertragen [EuGH, Rs. 384/93 (Alpine Investments), Slg. 1995, I-1141, Rn. 33 ff.], inzwischen auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit [EuGH, Rs. C-463/00 (Komm./Spanien), Slg. 2003, I-4581, Rn. 59 ff.]. Die Anwendung auf die anderen Grundfreiheiten liegt nahe, um der Uferlosigkeit des Beschränkungsverbotes zu begegnen.

- Wie lassen sich produkt- und vertriebsbezogene Maßnahmen voneinander unterscheiden, v.a. so, dass diese Unterscheidung für alle Grundfreiheit möglich wird?

Im Urteil „Keck“ ging es um eine französische Regelung, die es verbot, Waren unter dem Einkaufspreis zu verkaufen. Der EuGH bewertete dies als vertriebsbezogene Maßnahme, die keine Beschränkung darstelle. Die abstrakte Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Maßnahmen ist schwer. Im Hintergrund steht die Frage, ob die Regelung den Marktzugang betrifft. Regulierte die nationale Vorschrift vor allem das **Verhalten im Markt**, d.h. das „Wie“ der wirtschaftlichen Betätigung, ist sie keine Beschränkung der Grundfreiheit; betrifft sie vor allem den **Marktzugang**, d.h. das „Ob“ der Tätigkeit, fällt sie unter das Beschränkungsverbot. Damit ist allerdings der Anwendungsbereich des allgemeinen Beschränkungsverbotes dem Verbot mittelbarer Diskriminierungen sehr weit angenähert.

Beispiele:

- Vorschriften über die Ladenöffnungszeiten sind vertriebsbezogen und deshalb keine Beschränkungen der Grundfreiheiten [EuGH, verb.Rs. C-69/93 und C-258/93 (Punto Casa), Slg. 1994, I-2355, Rn. 12 f.].
- Vorschriften, die den Verkauf apothekenpflichtiger Waren über das Internet verbieten, sind vertriebsbezogen und deshalb keine Beschränkung [EuGH, Rs. C-322/01 (Doc Morris), Slg. 2003, I-14.887, Rn. 68].
- Vorschriften, die den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen von einer Genehmigung abhängig machen, erschweren den Marktzugang und beschränken daher die Ausübung der Grundfreiheiten [EuGH, Rs. C-463/00 (Komm./Spanien), Slg. 2003, I-4581, Rn. 61].
- Vorschriften über die Verpackung von Waren sind schwer zuzuordnen. Waren, die nicht entsprechend verpackt sind, können im Staat gar nicht verkauft werden, das spricht für eine produktbezogene Regelung, also Beschränkung – so der EuGH [Rs. C-470/93 (Mars), Slg. 1995, I-1923, Rn. 13]. Man hätte auch annehmen können, die Art der Verpackung betrifft nur die Modalitäten des Verkaufs, damit wäre ihre Regelung eine vertriebsbezogene Maßnahme und keine Beschränkung.

#### **b. Rechtfertigung von Beschränkungen**

aa. Die **geschriebenen Rechtfertigungsgründe** gelten auch für Beschränkungen.

bb. Ebenso wie bei Diskriminierungen gibt es für Beschränkungen außerdem **ungeschriebene** Rechtfertigungsgründe.

Mit der „Dassonville“-Formel weitete der EuGH 1974 die von den Grundfreiheiten erfassten Situationen, und damit die seiner Kontrolle unterliegenden nationalen Vorschriften, enorm aus. Der EuGH hatte aber nicht vor – und konnte es sich politisch auch gar nicht erlauben – alle Normen, er auf diese Weise seiner Kontrolle unterworfen hatte, unterschiedslos für gemeinschaftswidrig zu erklären.

Deshalb entwickelte er 1979 (d.h. schon fünf Jahre nach der Ausweitung der Kontrolle durch Dassonville) einen zusätzlichen, ungeschriebenen **Rechtfertigungstatbestand** für beschränkende Maßnahmen [EuGH, Rs. 120/78 (REWE/Bundesmonopolverwaltung für Brandwein), Slg. 1979, 649, Rn. 8]. Es ging in dem Urteil um die Einfuhr von französischem „Cassis de Dijon“, die die deutsche Verwaltung verboten hatte, weil der Cassis nicht den in Deutschland vorgeschriebenen Mindest(!)alkoholgehalt aufwies. Die Entscheidung ist deshalb als „Cassis“-Rechtsprechung bekannt geworden.

Danach sind beschränkende Maßnahmen, die weder offen noch versteckt diskriminieren, dann mit den Grundfreiheiten vereinbar, wenn sie **ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel** (alternative Formel: „ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls“) verfolgen und **verhältnismäßig** sind.

– Ziele, die die Union selbst verfolgt, stellen in aller Regel legitime Ziele auch für nationale Maßnahmen dar; z.B. der Umweltschutz (Art. 191 AEUV), der Verbraucherschutz (Art. 169

AEUV) oder die öffentliche Gesundheit (Art. 168 AEUV). Auch die „Lauterkeit des Handels“ ist ein legitimes Ziel für Maßnahmen, die z.B. bestimmte Werbepraktiken verbieten. Besondere Bedeutung hat der Umweltschutz erlangt [z.B. EuGH Rs. 302/86 (Komm/Dänemark), Slg. 1988, 4607 – Dänische Pfandflaschenregelung, Rs. C-379/98 (Preussen Elektra), 2001, I-2099 – Förderung erneuerbarer Energie durch Stromeinspeisungsgesetz).

- Wie schon bei der Rechtfertigung von Diskriminierungen besteht die Verhältnismäßigkeitsprüfung aus den Fragen, ob die beschränkende Maßnahme geeignet ist, das Ziel zu erreichen und ob sie nicht über das hinausgeht, was für die Zielerreichung erforderlich ist.

cc. Problematisch ist eine gewisse Verdopplung von Rechtfertigungsgründen als geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe. So stellt die öffentliche Gesundheit einen geschriebenen Rechtfertigungsgrund nach Art. 36 AEUV dar, wird aber vom Gerichtshof der Europäischen Union auch als immanente Schranke i.S.d. Cassis-Rechtsprechung anerkannt.

#### **4. Verhältnis zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten**

Die Unterscheidung der beiden Formen grundfreiheitswidriger nationaler Maßnahmen ist schwierig. Insbesondere indem der EuGH mit der „Keck“-Rechtsprechung das allgemeine Beschränkungsverbot auf Zugangsbeschränkungen ausgerichtet hat, verschwimmt die Abgrenzung zu mittelbaren Diskriminierungen. Formal betrachtet könnte man auf unterschiedliche Vergleichsmaßstäbe abstellen: Bei Diskriminierungen wird die Situation von Inländern mit derjenigen von im Inland lebenden (bzw. sich sonst in derselben Situation befindenden) Unionsbürgern verglichen; die Mitgliedstaaten müssen ihr nationales Recht also „nur“ auf alle Unionsbürger gleichmäßig anwenden. Bei

Beschränkungen ist zu vergleichen zwischen einer Person, die ihre Grundfreiheiten nicht wahrnimmt (d.h. z.B. nie im Ausland arbeitet) und einer Person, die ihre Grundfreiheiten ausgeübt hat (d.h. z.B. aus dem Ausland zurückkehrt oder dort hin will); die Mitgliedstaaten müssen hier alle Vorschriften ihres nationalen Rechts beseitigen, in denen sie grundfreiheitsrelevante „ausländische Situationen“ schlechter behandeln als rein inländische Situationen. Allerdings schließt das Beschränkungsverbot sämtliche Diskriminierungen ein, denn die Schlechterstellung von Unionsbürgern im Inland macht natürlich die Ausübung der Grundfreiheiten weniger attraktiv. In

welchem Verhältnis diese beiden Inhalte der Grundfreiheiten zueinander stehen, ist nicht abschließend geklärt und es werden verschiedene Ansätze vorgeschlagen. Nach der

gängigen Formel der Cassis-Rechtsprechung kann eine Beschränkung nur dann durch ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel gerechtfertigt werden, wenn sie nicht diskriminierend wirkt.

Der EuGH ging also erstens zum Zeitpunkt der Cassis-Entscheidung davon aus, dass es nicht diskriminierende Beschränkungen geben kann. Diese Annahme könnte allerdings seit „Keck“ zweifelhaft geworden sein. Zweitens lässt sich die Cassis-Formel als Vorrang der Diskriminierungsprüfung verstehen. Diese Deutung passt zu der Annahme, dass Diskriminierungen eine spezielle Form der Beschränkung darstellen.

Das Problem verliert allerdings dadurch ganz erheblich an Bedeutung, dass die **Rechtfertigungsanforderungen** für Beschränkungen und mittelbare Diskriminierungen sich **sehr ähneln**.

- Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe sind ohnehin in beiden Fällen gleichermaßen anwendbar.
- Auch bei den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen geht es letztlich (bei der Suche nach einem „objektiven Umstand“, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, und der Frage, ob mit einer beschränkenden Maßnahme ein „im Allgemeininteresse liegendes Ziel“ verfolgt wird) um dieselbe Prüfung: Die nationale Regelung muss in beiden Fällen einem **Zweck** dienen, der nicht der Idee von einem offenen Binnenmarkt und dem damit verbundenen freien Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten widerspricht. Z.B. soll im Binnenmarkt zwischen den Steuersystemen der Mitgliedstaaten ein Wettbewerb herrschen. Daher kann ein Mitgliedstaat Versuche, „Steuerflucht“ zu verhindern, nicht mit dem Argument rechtfertigen, sein Steuersystem verliere andernfalls Steuerzahler.
- Für beide Formen der Beeinträchtigung einer Grundfreiheit findet außerdem **dieselbe Verhältnismäßigkeitsprüfung** statt. Im Prinzip verwendet der EuGH dieses Kriterium, um zu überprüfen, ob der Mitgliedstaat tatsächlich das angegebene Ziel verfolgt, oder ob die Regelung eigentlich doch protektionistische Wirkungen hat, die hinter anderen Motiven versteckt werden.

In die Richtung einer **unterschiedslosen** Rechtfertigungsprüfung deuten auch verschiedene EuGH-Urteile, die in Abweichung von der Cassis-Formel auch versteckte Diskriminierungen durch „zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls“ rechtfertigen, damit also die Formel, die ursprünglich für Beschränkungen verwendet wurde, auch auf versteckte Diskriminierungen anwenden [z.B. EuGH, Rs. C-388/01 (Komm./Italien), Slg. 2003, I-721, Rn. 21 für eine unterschiedliche Behandlung anhand des Wohnsitzes].

## **5. Vertiefung zur Rechtfertigung: Herkunftslandsprinzip und Bedeutung des Sekundärrechts**

### a. Herkunftslandsprinzip

Das Urteil „Cassis de Dijon“ ist nicht nur wichtig, weil es die Figur der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe einführt, sondern auch, weil der EuGH hier erstmals das sog. „Herkunftslandsprinzip“ anwendet [EuGH, Rs. 120/78 (REWE/Bundesmonopolverwaltung für Brandwein), Slg. 1979, 649, Rn. 14].

### aa. **Dogmatischer Gehalt**

Dabei geht es um die Wirkung, die Kontroll- und Zulassungsverfahren eines Mitgliedstaats in den anderen Mitgliedstaaten haben. Hat z.B. Frankreich ein bestimmtes Produkt auf seine Gesundheitsverträglichkeit hin getestet und es für Frankreich zugelassen, muss Deutschland nach dem Herkunftslandsprinzip ebenfalls von der Gesundheitsverträglichkeit desselben französischen Produkts ausgehen. Es darf dessen Verkauf weder mit dem Argument verbieten, das Produkt sei gesundheitsgefährdend, noch darf es die Gesundheitsverträglichkeit in einem zusätzlichen eigenen Zulassungsverfahren überprüfen. Dasselbe Prinzip findet auch auf Personen Anwendung, die in einem Mitgliedstaat für eine bestimmte Tätigkeit zugelassen sind. Was einer der Mitgliedstaaten zugelassen hat, muss also in allen Staaten als „gut genug“ anerkannt und zum Markt zugelassen werden. Die Anerkennung basiert auf dem Vertrauen in die Kontrollen der anderen Mitgliedstaaten. Das Herkunftslandsprinzip verhindert, dass die grenzüberschreitende Vermarktung eines Produkts zu einer doppelten Belastung mit Zulassungsverfahren und -voraussetzungen führt (sog. **double burden test**). Das Herkunftslandsprinzip betrifft allerdings immer nur **dasselbe Risiko** bzw. Kontrollinteresse. Es widerspricht daher nicht dem Herkunftslandsprinzip, wenn Deutschland die Umweltverträglichkeit eines Produktes testen will, das im Herkunftsland Frankreich nur auf Produktsicherheit hin kontrolliert worden ist.

In der Prüfung der Grundfreiheiten ist das Herkunftslandsprinzip bei den Rechtfertigungsgründen einzuordnen. Ein erneutes Zulassungsverfahren stellt eine Beschränkung der Grundfreiheit dar. Diese kann nicht gerechtfertigt werden mit Allgemeinwohlzwecken, die bereits im Herkunftsland kontrolliert wurden. Eine solche erneute Kontrolle ist nie erforderlich und damit unverhältnismäßig.

### bb. **Politischer Hintergrund**

Der EuGH tritt mit dieser Rechtsprechung Versuchen der Mitgliedstaaten entgegen, nationale Produktstandards so zu formulieren, dass nur die im Inland produzierten Waren ihnen entsprechen. In Frankreich produzierter und dort zugelassener Brandwein enthielt zufällig regelmäßig weniger Alkohol als in Deutschland produzierter. Deutschland wollte den Import französischen Brandweins verhindern, indem es einen Mindestalkoholgehalt in seine Zulassungskriterien aufnahm und behauptete, dieser sei aus Gründen des Gesundheitsschutzes (!) erforderlich.

Dieser Form der (im Fall Cassis eher schlecht) versteckten Protektion hätte die Union durch den Erlass unionsweit einheitlicher Zulassungsstandards begegnen können. Entsprechende Rechtsakte kamen aber in der Phase, aus der das Cassis-Urteil stammt, nur sehr mühsam und selten zu Stande. Der EuGH sorgte mit dem Herkunftslandsprinzip daher für eine Marktliberalisierung, die sekundärrechtlich nicht zu erreichen war.

Das Herkunftslandsprinzip ist kritisiert worden als „race to the bottom“, da immer die niedrigsten Zulassungsstandards ausreichen. Das ist aber eine automatische Folge der Grundfreiheiten. Denn ein Verstoß gegen sie führt immer nur dazu, dass die nationalen Regelungen unanwendbar werden, und führt daher immer zu einem unregulierten „puren“ Wettbewerbszustand. Der EuGH stellt die Mitgliedstaaten mit seiner extensiven Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten vor die Wahl, entweder einen regellosen Wettbewerb zu akzeptieren, oder sich zur Regelungen auf der Ebene der Union durchzuringen.

#### **b. Bedeutung des Sekundärrechts für die Rechtfertigung**

Wie oben bereits erläutert, muss bei der Anwendung der Grundfreiheiten das einschlägige Sekundärrecht beachtet werden.

Dabei geht es zum einen darum, ob die Grundfreiheit selbst überhaupt zur Anwendung kommt oder ob Sekundärrecht besteht, das die Grundfreiheit verwirklichen soll. Z.B. hat die Union in Anwendung von Art. 53 AEUV Richtlinien erlassen, die den Mitgliedstaaten vorschreiben, unter welchen Bedingungen ausländische Zeugnisse anerkannt werden müssen. Wenn eine französische Vorschrift also die Anerkennung eines deutschen Zeugnisses regelt, muss sie mit dieser Richtlinie vereinbar sein. Weil die Richtlinie als rechtmäßige Verwirklichung der Grundfreiheit angesehen werden kann, kommt es also nur noch darauf an, ob die nationale Vorschrift mit der Richtlinie im Einklang steht. Es findet überhaupt keine direkte Grundfreiheits-Prüfung mehr statt.

Interessanter ist eine andere Konstellation, bei der das Sekundärrecht erst im Rahmen der Rechtfertigung eine Rolle spielt. Hier besteht zwar kein grundfreiheits-verwirklichendes Sekundärrecht (daher kommt es zur Anwendung der Grundfreiheiten). Gibt es aber Sekundärrecht, das dasselbe Ziel verfolgt wie die nationalen Maßnahmen, so sind nationale Maßnahmen, die über die Umsetzung des Sekundärrechts hinausgehen, unionsrechtswidrig. Dass ein Mitgliedstaat eine Unionsvorschrift für nicht ausreichend hält, um das Ziel zu verwirklichen, ist kein Rechtfertigungsgrund. Besteht z.B. eine Richtlinie, die den Tierschutz beim Schlachten von Tieren regelt, darf ein Mitgliedstaat die Ausfuhr von Schlachtieren in einen anderen Mitgliedstaat nicht deshalb verbieten, weil er die Tierschutz-Standards dort für nicht ausreichend hält [EuGH, Rs. C-5/94 (Hedley Lomas), Slg. 1996, I-2553, Rn. 18].

## II. Die einzelnen Freiheiten

### 1. Warenverkehrsfreiheit

*Literatur: Franz C. Mayer: Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht: Eine Rekonstruktion, in: Europarecht [EuR] 2003, S. 793-824 = Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 1/04 (2004) <http://www.whi-berlin.de/warenverkehr.htm>(allerdings noch mit den Artikelangaben des EGV).*

Im Mittelpunkt des Binnenmarktes steht der freie Warenverkehr. Waren sind körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben. Darunter fallen auch Gas und Elektrizität. Auch erfasst ist Abfall, obwohl der nur einen „negativen“ Wert hat – wer ihn loswerden will, muss bezahlen. Entscheidend ist, dass der Gegenstand gehandelt werden kann.

Grundlage der Union ist nach Art. 28 Abs. 1 AEUV eine **Zollunion**, d.h. ein einheitliches Zollgebiet (Art. 28-32 AEUV). Daraus folgt Verbot an die einzelnen Mitgliedstaaten, für den Warenverkehr innerhalb der Union, d.h. für Waren, die aus einem anderen Mitgliedstaat kommen, Ein- und Ausfuhrzölle zu erheben. Auch Gebühren, die aus Anlass des Grenzübertritts erhoben werden, sind nur dann erlaubt, wenn sie ein angemessenes Entgelt für tatsächlich erbrachte Leistungen sind [EuGH, Rs. C-272/95 (Deutsche Milchkontor), Slg. 1997, I-1905, Rn. 36 ff.].

Innerhalb der Zollunion liegt außerdem die Zuständigkeit, die Zölle für Einfuhren aus Drittstaaten festzulegen, ausschließlich bei der Union. Daher dürfen die Mitgliedstaaten auch keine eigenen, zusätzlichen Zölle auf Waren aus Drittstaaten erheben.

Das erste Urteil zur unmittelbaren Anwendbarkeit individueller Rechte, Van Gend & Loos, betraf Zölle.

Von faktisch wesentlich größerer Bedeutung als die Abschaffung der Binnenzölle ist das Verbot nichttarifärer Handelshemmnisse, vom AEUV beschrieben als „mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie **Maßnahmen gleicher Wirkung**“ (Art. 34-36 AEUV).

An der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 und 35 AEUV hat der Gerichtshof der Europäischen Union viele der oben vorgestellten allgemeinen Lehren entwickelt und sie nachher auf andere Freiheiten übertragen. Erfasst sind zunächst jegliche (auch versteckte) Diskriminierungen eingeführter Waren im Vergleich zu einheimischen Waren; so sind z.B. auch staatlich geförderte Werbekampagnen zugunsten einheimischer Produkte verboten [EuGH, Rs. 249/81 (Buy Irish), Slg. 1982, 4005, Rn. 28].

Nach der Dassonville-Formel sind nicht nur Diskriminierungen verboten, sondern auch jede (diskriminierungsfreie) „Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.

Auch die Keck-Rechtsprechung betrifft ursprünglich Art. 34 AEUV.

Von dessen Anwendungsbereich sind Verkaufsbeschränkungen, die nicht diskriminieren und gar nicht auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr einwirken sollen, grundsätzlich ausgeschlossen. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe ebenfalls zuerst für die Warenverkehrsfreiheit entwickelt: Im Cassis-Urteil zur Beschränkung der Brandwein-Einfuhr erkannte er erstmals an, dass es „zwingende Erfordernisse“ geben kann, die eine nationale Beschränkung rechtfertigen.

## **2. Dienstleistungsfreiheit**

Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV schützt selbständige Erwerbstätigkeit, die – im Unterschied zur Niederlassung – nicht dauerhaft im Ausland stattfinden soll. Der EuGH dehnt den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit sehr weit aus. Art. 56 AEUV enthält zunächst die aktive DLF, d.h. die vorübergehende Erbringung einer Leistung im anderen Mitgliedstaat (z.B. anwaltliche Tätigkeit im Ausland). Hier bewegt sich der Erbringer der Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat. Art. 56 AEUV greift auch dann, wenn sich nur die Dienstleistung über die Grenze bewegt, z.B. bei Radio und TV-Angeboten oder Bank- und Versicherungsleistungen (sog. Korrespondenzdienstleistungen). Erfasst ist nach der Rechtsprechung außerdem die Entgegennahme einer Dienstleistung im Ausland von einem dort ansässigen Dienstleister (passive DLF). Hier bewegt sich der Empfänger einer Dienstleistung in den anderen Mitgliedstaat [EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83 (Luisi und Carbone), Slg. 1984, 377, Rn. 16].

Der EuGH erklärte die Dienstleistungsfreiheit im selben Jahr wie die Warenverkehrsfreiheit zum allgemeinen Beschränkungsverbot [EuGH, Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12]. Die 1993 begonnene Keck-Rechtsprechung wurde ebenfalls sofort auf die Dienstleistungsfreiheit übertragen [EuGH, Rs. C-384/93 (Alpine Investment), Slg. 1995, I-1141, Rn. 36 ff.]. Art. 56 AEUV erfasst daher nationale Vorschriften nicht, die Modalitäten der Dienstleistungserbringung regeln.

Das allgemeine Beschränkungsverbot führt in Kombination mit der Rechtsprechung zur passiven Dienstleistungsfreiheit dazu, dass Art. 56 AEUV grundsätzlich auch Einreisebeschränkungen für Personen erfasst. Denn mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit wird jeder Einreisende irgendwann eine Dienstleistung in Anspruch nehmen. Schon seit 1964 besteht aber Sekundärrecht zur Einreise und zum Aufenthalt von Personen. Entsprechen nationale Einreisebeschränkungen diesem Sekundärrecht, verstoßen sie auch nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit.

## **3. Personenverkehrsfreiheiten**

Die Freiheit von natürlichen und juristischen Personen, sich in anderen Mitgliedstaaten am Wirtschaftsleben zu beteiligen, ist von der Freizügigkeit für Arbeitnehmer (Art. 45 AEUV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) geschützt. Auch die aktive Dienstleistungsfreiheit erfasst den Personenverkehr.

**a. Arbeitnehmer** i.S.d. Art. 45 AEUV sind alle Personen, die eine abhängige Tätigkeit ausüben und in einem Lohn- oder Gehaltsverhältnis stehen. Der EuGH versteht diesen Begriff sehr weit. Zentral ist der Grundsatz der Inländergleichbehandlung aus Art. 45 Abs. 2 AEUV. Er gilt auch für staatliche Unterstützungen wie BAFöG [EuGH, Rs. 9/74 (Casagrande), Slg. 1974, 773] und für die Behandlung ausländischer Arbeitnehmer im Steuerrecht [EuGH, Rs. C-279/93 (Schumacker), Slg. 1995, I-225]. Er wird ergänzt durch die Rechte der Art. 45 Abs. 3 AEUV (Einreise, Aufenthalt, Zugang zum Arbeitsmarkt, Bleiberecht).

Seit dem Bosman-Urteil steht fest, dass auch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ein umfassendes, allgemeines Beschränkungsverbot enthält [EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Rn. 94 ff.]. Dieses Verbot richtet sich auch an die Herkunftsstaaten, die es ihren Staatsangehörigen nicht erschweren dürfen, in einem anderen Mitgliedstaat eine Arbeit auszuüben. So bewertete der EuGH z.B. eine nordrhein-westfälische Verordnung als unionsrechtswidrig, nach der Rechtsreferendaren, die Teile der Ausbildung im Ausland verbrachten, keinerlei Reisekosten erstattet wurden, obwohl ihre im Inland verbliebenen Kollegen solche Zahlungen bekamen [EuGH, Rs. 109/04 (Kranemann), Slg. 2005, I-2421, Rn. 25 ff.].

Der EuGH hat sich bisher nicht so eindeutig zur Übertragung der Keck-Rechtsprechung auf die Personenfreizügigkeit geäußert, wie er das bei der Dienstleistungsfreiheit getan hat. Allerdings kontrolliert er nationale Vorschriften nur daraufhin, ob sie den Zugang zum Arbeitsmarkt beeinträchtigen, d.h. einen Arbeitnehmer daran hindern könnten, im betreffenden Mitgliedstaat eine Arbeit aufzunehmen oder einen Arbeitgeber daran hindern könnten, eine Person aus einem anderen Mitgliedstaat einzustellen [EuGH, Rs. 464/02 (Komm./Dänemark), Slg. 2005, 7929, Rn. 35 ff.].

**b. Die Niederlassungsfreiheit** ist in Art. 49 ff. AEUV geregelt. Geschützt sind Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen (Art. 49 UAbs. 2 AEUV). Niederlassung ist die dauerhafte Eingliederung in das Wirtschaftsleben eines Staates. Ausländische Gesellschaften und Personen aus allen Mitgliedstaaten dürfen sich nach den für Inländer geltenden Bestimmungen niederlassen (Diskriminierungsverbot).

Durch den Gerichtshof der Europäischen Union ist auch die Niederlassungsfreiheit zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot geworden [EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rn. 37].

Von besonderer Bedeutung ist hier die Frage nach der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen.

Nach der in vielen Mitgliedstaaten geltenden Sitztheorie bestimmt sich die Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft nach den Vorschriften desjenigen Staates, in dem sich ihr effektiver Verwaltungssitz befindet.

Wenn eine Gesellschaft ihren effektiven Verwaltungssitz verlagert, verliert sie daher die Rechtspersönlichkeit des Herkunftsstaates und muss sie im Aufnahmestaat neu erwerben. Diese Regelung erschwert die Sitzverlagerung und verhindert es außerdem, dass Personen in einem Staat, in dem die Anforderungen besonders niedrig sind, eine Gesellschaft gründen, die dann alle Geschäftstätigkeit in einem anderen Staat entfaltet. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat diese Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nicht hingenommen [EuGH, Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Rn. 27; Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Rn. 81 u. 93] und damit die Anwendung der Sitztheorie innerhalb der Union beendet.

#### **4. Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit**

Bei der in Art. 63 AEUV niedergelegten Freiheit des **Kapitalverkehrs** geht es um den grenzüberschreitenden Transfer von Geld- und Sachkapital. Die Vorschriften sind 1990 grundlegend umgestaltet worden. Bis dahin war für den Kapitalverkehr die Richtlinie 88/361 entscheidend. Aus dieser Richtlinie ergibt sich nach wie vor, wie der Begriff „Kapital“ zu verstehen ist. Es fallen darunter insbesondere Immobilienvermögen, Beteiligungen an Unternehmen und Kreditgeschäfte. Die Kapitalverkehrsfreiheit verbietet es u.a., Höchstgrenzen für den Anteil ausländischer Investoren an bestimmten Aktiengesellschaften festzulegen, wie es im Zuge von Privatisierungen öffentlicher Unternehmen in einigen Mitgliedstaaten geschehen ist (sog. „golden shares“). Der EuGH erklärte im Oktober 2007 das deutsche VW-Gesetz, das die Stimmrechte von VW-Aktionären zu Gunsten des Landes Niedersachsen einschränkte, für unionsrechtswidrig, weil es geeignet sei, Anleger aus anderen Mitgliedstaaten von Direktinvestitionen abzuhalten [EuGH, Rs. C-112/05 (Komm./Deutschland), Urteil vom 23. Oktober 2007, Rn. 52 u. 56].

Die Freiheit des **Zahlungsverkehrs** erfasst den grenzüberschreitenden Fluss von Zahlungsmitteln in allen Erscheinungsformen. Zahlungen i.S.d. Art. 63 Abs. 2 AEUV sind Gegenleistungen im Rahmen von Waren-, Arbeits- Dienst- oder Kapitalgeschäften.

Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit gelten, im Unterschied zu den anderen Grundfreiheiten, nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten, sondern auch gegenüber Drittstaaten.

#### **III. Vorschlag für den Aufbau einer Grundfreiheiten-Prüfung**

Vor allem gilt: nicht pauschal den Prüfungsaufbau und die Terminologie der deutschen Verfassungsbeschwerde übernehmen! Die typischen Fehler bei einer pauschalen Übertragung der VB sind beschrieben.

NUR ! wenn der Sachverhalt Anlass zur Prüfung gibt: **Sekundärrechtliche** Ausformung der Grundfreiheiten? Falls ja: Kontrolle der nationalen Maßnahme am Maßstab des Sekundärrechts, bei der Auslegung die Grundfreiheiten beachten.

##### **I. Staatliche Maßnahme im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten?**

1. Liegt das geregelte Verhalten im sachlichen Anwendungsbereich einer Grundfreiheit? Bei mehreren: Feststellung, welche hauptsächlich betroffen ist.

2. Ist von der nationalen Vorschrift oder sonstiger Maßnahme ein grenzüberschreitender Sachverhalt betroffen bzw. könnte dies der Fall sein?

Achtung: Wenn Sie ein nationales Gesetz überprüfen, kann der grenzüberschreitende Bezug sich nur daraus ergeben, dass das Gesetz grundsätzlich auch grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst. Das Abstellen auf einen Einzelfall ist hier nicht richtig – das ist ein Unterschied zur Verfassungsbeschwerde und deshalb ein typischer Fehler! Formulierungsbeispiel des EuGH: *„Da die im Ausgangsverfahren streitige Regelung auf Fälle Anwendung findet, die einen Bezug zum innergemeinschaftlichen Handel aufweisen, geht es hier um ein Problem, das in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Vertrages über die Grundfreiheiten fallen kann.“* Rs. C-471/04 (Keller Holding), Slg. 2006, I-2107, Rn. 24.

3. NUR ! bei problematischen Fällen: staatliche Maßnahme oder von den Grundfreiheiten erfasstes Handeln Privater?

4. NUR ! Wenn Anlass zu eingehender Prüfung besteht: Greift eine geschriebene Ausnahmeregelung der einschlägigen Grundfreiheit? (ArbNFrz. - Tätigkeit im öffentlichen Dienst; DLF und NLF – Ausübung öffentlicher Gewalt)

Achtung: Es stellt sich weder die Frage nach einem negativen Schutzbereich, denn die Grundfreiheiten haben ausschließlich eine *zugangseröffnende* Schutzrichtung. Noch muss gesondert problematisiert werden, ob die auf juristische Personen anwendbar sind, denn bei Warenverkehrs-, Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit ist es egal, ob eine natürliche oder juristische Person betroffen ist, die ArbNFrz. kommt nur für natürliche Personen in Betracht und die NLF erfasst ausdrücklich juristische Personen.

II. Stellt die staatliche Maßnahme eine **Diskriminierung** oder eine **allgemeine Beschränkung** der Grundfreiheit dar?

1. offene/direkte Diskriminierung?

2. mittelbare Diskriminierung?

3. allgemeine Beschränkung?

a. Kann die Maßnahme *„die Ausübung einer Grundfreiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen“* (EuGH, van Binsbergen) bzw. ist sie *„geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“* (EuGH, Dassonville).

b. Handelt es sich um eine reine „Verkaufsmodalität“ i.S.d. Keck-Rspr., die nicht den Zugang zum Markt beeinträchtigt, sondern nur das Verhalten im Markt regelt?

III. Kann die staatliche Maßnahme **gerechtfertigt** werden?

Die Rechtfertigungsprüfung unterscheidet sich nach der Art der Beeinträchtigung der Grundfreiheit.

A. Offene Diskriminierungen können nicht gerechtfertigt werden.

B. Für mittelbare Diskriminierungen und allgemeine Beschränkungen gilt:

1. Ziel der Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar?

NUR ! wenn Anhaltspunkte vorliegen: Existiert Sekundärrecht zur Verwirklichung des Ziels? Dann sind (über die reine Umsetzung hinausgehende) nationale Maßnahmen nicht zulässig.

a. bei mittelbaren Diskriminierungen: trägt die Ungleichbehandlung einem „objektiven Umstand“ Rechnung?

b. bei allgemeinen Beschränkungen: verfolgt die Vorschrift ein „zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls“?

Alternativ: nach neuer Rspr. kann die Allgemeinwohl-Formel auch bei mittelbaren Diskriminierungen verwendet werden.

2. Verhältnismäßigkeit

a. ist die Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels geeignet?

b. geht die Beschränkung der Grundfreiheit oder die Ungleichbehandlung nicht über das hinaus, was zur Zielerreichung erforderlich ist?

Achtung: der Aufbau der Verhältnismäßigkeitsprüfung weicht etwas von der Verfassungsbeschwerde ab. Die Frage nach „obj. Umstand“ (der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann) oder dem Allgemeinwohl-Ziel (das eine Beschränkung rechtfertigen kann) entspricht der Frage nach dem „legitimen Zweck“ in der Verfassungsbeschwerde, die Verhältnismäßigkeitsprüfung beginnt also NICHT mit der erneuten Überprüfung des Regelungsziels! Es gibt KEINE allgemeine Angemessenheitsprüfung!

(Stand: April 2012)