Dipl.-Jur. Ilka Riedel, Greifswald*

Systematisches zu den Grundfreiheiten

Das Unionsrecht nimmt mit fortschreitender Integration zwangsläufig auch in der juristischen Ausbildung einen immer größeren Platz ein. Die Frage nach der Vereinbarkeit eines Sachverhalts mit den Grundfreiheiten sollte daher keinen Studenten mehr überraschen. Die gute Nachricht: Nicht nur schreitet die Entwicklung einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten voran, sie ähnelt zudem beachtlich der deutschen Grundrechtsdogmatik.[1] Die Anwendung der Grundfreiheiten wird also zunehmend einfacher. Nichtsdestotrotz hat das Unionsrecht seine Eigenheiten; mit folgenden systematischen Grundkenntnissen lässt sich jedoch jede Grundfreiheitenklausur meistern.

I. Abgrenzung zu den Unionsgrundrechten

Die Europäische Union (EU) als primär wirtschaftlicher Verbund hat sich gem. Art. 26 AEUV der Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes verschrieben, dessen Verwirklichung die Grundfreiheiten dienen. Waren, Arbeitnehmer, Unternehmen, Dienstleistungen und Kapital sollen zwischen den Mitgliedstaaten als primären Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten frei zirkulieren können. Eine andere Stoßrichtung verfolgen hingegen die Unionsgrundrechte. Sie schützen den Einzelnen vor hoheitlichen Maßnahmen der EU.[2] Ob daneben die Unionsorgane auch an die Grundfreiheiten und die Mitgliedstaaten an die Unionsrechte gebunden sind, wie sich also Grundfreiheiten und Unionsgrundrechte zueinander verhalten, ist noch ungeklärt: Das Meinungsspektrum reicht von einem Exklusivitätsverhältnis über Idealkonkurrenz bis hin zu einem Spezialitätsverhältnis, wobei je nach Auffassung die Grundfreiheiten oder die Unionsgrundrechte als spezieller eingestuft werden.[3] Klar ist, dass beide Regelungskomplexe nicht miteinander verwechselt werden dürfen und aus der Prüfung deutlich hervorgehen muss, welcher Maßstab – Grundfreiheit oder Unionsgrundrecht – für die Falllösung herangezogen wird.

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Nordosteuropa) – *Prof. Dr. Uwe Kischel*, LL.M. (Yale), Attorney-at-Law (New York) – an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

1 Zu den Schwierigkeiten einer einheitlichen Entwicklung der Lehre in Europa vgl. *Armin von Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, Der Staat 40 (2001), 3 ff.

2 Zur Frage der Staatlichkeit der EU vgl. *Matthias Herdegen*, Europarecht, 14. Aufl. 2012, S. 77 ff.

3 Der EuGH geht von einer Idealkonkurrenz, d. h. einer parallelen Anwendbarkeit, aus. Zu den Nachweisen im Einzelnen vgl. *Thorsten Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV, AEUV (Kommentar), 4. Aufl. 2011, Art. 34-36 AEUV Rn. 27; ausführliche Darstellung zum Ganzen bei *Rudolf Streinz*, Grundrechte und Grundfreiheiten, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V/1, 2010, § 151.

II. Die Warenverkehrsfreiheit als Entwicklungsmotor

Die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV) hat eine überragende Bedeutung für den Binnenmarkt,[4] und so überrascht es wenig, dass oftmals gerade diese Grundfreiheit in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) den Ausgangspunkt für neue Entwicklungen bildet[5] und somit auch in der juristischen Ausbildung eine zentrale Rolle spielt. Im Mittelpunkt steht dabei die Regelung des Art. 34 AEUV – das Verbot von Einfuhrbeschränkungen. Der deutschen Grundrechtsdogmatik von Schutzbereich, Eingriff und Schranken/Rechtfertigung ähnlich ist die dreiteilige Prüfungsstruktur in Anwendungsbereich, Beschränkung und Rechtfertigung.[6]

1. Anwendungsbereich

Bei der Anwendung von Grundfreiheiten vorrangig zu beachten sind sekundärrechtliche Spezialregelungen (genauer: Harmonisierungen). Sie schließen die Prüfung der allgemein gehaltenen Grundfreiheiten zwar grundsätzlich nicht aus; da das Sekundärrecht jedoch mit den Grundfreiheiten als höherrangigem Primärrecht vereinbar sein muss und sich aus ihm genauere Vorgaben für das nationale Recht ergeben, ist ein Rückgriff auf die betroffene Grundfreiheit regelmäßig entbehrlich.[7]

a) Unionsware

Im Gegensatz zu den Personenverkehrsfreiheiten[8] steht bei der Warenverkehrsfreiheit das Produkt im Vordergrund; unerheblich ist daher, ob der Betroffene Unionsbürger oder eine juristische Person ist.[9] In Ermangelung einer Legaldefinition hat sich der EuGH des Warenbegriffs angenommen und fasst darunter alle körperlichen Gegenstände, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.[10] Geschützt sind zudem nach Art. 28 Abs. 2 AEUV nur Waren, welche entweder aus einem der Mitgliedstaaten stammen oder aber aus Drittländern, und sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr i. S. v. Art. 29 AEUV befinden.

b) Grenzüberschreitender Bezug

Die Warenverkehrsfreiheit soll den Marktzugang, den Verkehr „zwischen den Mitgliedstaaten", ermöglichen. Dafür ist begriffsnotwendig ein grenzüberschreitender Bezug des Sachverhalts erforderlich. Nicht von den Grundfreiheiten erfasst ist insbesondere das Problem der Inländerdiskriminierung, also der Schlechterbehandlung von rein nationalen Sachverhalten gegenüber solchen mit grenzüberschreitendem Bezug.[11] Der EuGH ist hier jedoch recht großzügig und lässt auch bereits potenzielle Grenzüberschreitungen ausreichen.[12]

c) Kein Zoll

Lex specialis zu Art. 34 AEUV ist Art. 30 AEUV. Tarifäre Maßnahmen anlässlich der Grenzüberschreitung oder Maßnahmen gleicher Wirkung sind vom Anwendungsbereich des Verbots von Einfuhrbeschränkungen ausgenommen.

2. Beschränkung des Anwendungsbereichs

a) Staatliche Maßnahme

Die Grundfreiheiten richten sich in erster Linie an die EU-Mitgliedstaaten. Erforderlich ist also das Vorliegen einer staatlichen Maßnahme. Unter Umständen kann auch ein staatliches Unterlassen ausreichend sein.[13] Maßgeblich ist jedenfalls die Zurechenbarkeit der strittigen Beschränkung zu einem Mitgliedstaat. Eine Ausdehnung des Adressatenkreises der Warenverkehrsfreiheit auf Private hat in Rechtsprechung und Lehre bislang noch keinen Konsens gefunden.[14]

4 Grund hierfür ist die einfache Verbringung von Waren über die Landesgrenzen, vgl. *Stefan Leible/Thomas Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Kommentar), Bd. I, 47. EL 2012, Stand: Sept. 2012, Art. 34 Rn. 1, 14.

5 Die drei wohl bekanntesten Entscheidungen des EuGH ergingen zur Warenverkehrsfreiheit: EuGH, 11.07.1974, Rs. 8/74 – *Dassonville*; EuGH, 20.02.1979, Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*; EuGH, 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 u. 268/91 – *Keck und Mithouard*.

6 So wie hier etwa *Claus Dieter Classen*, in: Thomas Oppermann/ders./Martin Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl. 2011, S. 394; teilweise findet sich auch ein zweiteiliger Aufbau in „Tatbestand" und „Rechtfertigung"; auch werden mitunter andere Begrifflichkeiten als die hier verwendeten gebraucht. Aufgrund der Verwechslungsgefahr zur Prüfung von (Unions-)Grundrechten nicht zu empfehlen ist die Bezeichnung als „Schutzbereich", „Eingriff" und „Schranken", so aber *Andreas Haratsch/Christian Koenig/Matthias Pechstein*, Europarecht, 8. Aufl. 2012, S. 380 f.

7 Zum Verhältnis der sekundärrechtlichen Harmonisierungen zu den Grundfreiheiten vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EuR (Fn. 6), S. 367 f.

8 Unter diesen Begriff werden zumindest die Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit gefasst. Der Einfachheit halber wird hier auch die Dienstleistungsfreiheit dazu gezählt.

9 Vgl. *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Sep. 2010, Art. 34 AEUV Rn. 32; a. A. bzgl. Drittstaatsangehöriger *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 34-36 AEUV Rn. 33.

10 Vgl. EuGH, 10.12.1968, Rs. 7/68 – *Kunstschätze*, Slg. 1968, 635 (642); EuGH, 14.07.1977, Rs. 1/77 – *Bosch/Hauptzollamt Hildesheim*, Rn. 4; wobei der EuGH „Körperlichkeit" sehr weit interpretiert und vom Erfordernis „Geldwert" ggf. Ausnahmen macht: erfasst sind sowohl Elektrizität – EuGH, 27.04.1994, Rs. C-393/92 – *Almelo*, Rn. 28 – als auch wertlose Abfälle – EuGH, 09.07.1992, Rs. C-2/90 – *Abfalltransporte*, Rn. 28.

11 Vgl. EuGH, 08.12.1987, Rs. 20/87 – *Gauchard*, Rn. 12.

12 Vgl. EuGH, 07.05.1997, verb. Rs. C-321/94, C-322/94, C-323/94 u. C-324/94 – *Pistre*, Rn 44 f.

13 Zur Begründung mitgliedstaatlicher Schutzpflichten aus Art. 34 AEUV i. V. m. dem Grundsatz der Unionstreue nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV vgl. EuGH, 09.12.1997, Rs. C-265/95 – *Kommission/Frankreich*, Rn. 30 ff.

14 Vgl. zum Meinungsstand und i. E. ablehnend *Astrid Epiney*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, S. 276; zur unmittelbaren Drittwirkung der Personenverkehrsfreiheiten vgl. unten C.II.

b) Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen

Unzulässig sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, also „sämtliche Maßnahmen, die sich […] als eine gänzliche oder teilweise Untersagung der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr darstellen“[15], mit anderen Worten: umfassende Verbringungsverbote oder Kontingente.

c) Maßnahmen gleicher Wirkung

Daneben ebenfalls unzulässig und praktisch sehr viel relevanter sind Maßnahmen gleicher Wirkung, d. h. einer Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung. Eine Definition des Begriffs bleiben die Verträge schuldig.[16] Maßgeblich für seine Bestimmung ist die Reichweite der Grundfreiheiten.

aa) Entwicklung vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot

Ursprünglich wurden die Grundfreiheiten als bloße Diskriminierungsverbote angesehen. Den Mitgliedstaaten war lediglich untersagt, bei der Regelung von Sachverhalten an die Staatsangehörigkeit anzuknüpfen (direkte Diskriminierung) oder Kriterien heranzuziehen, die im Ergebnis auf eine Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit hinaus laufen, beispielsweise die Sprache (indirekte Diskriminierung). Der Wortlaut der Grundfreiheiten – wie etwa in Art. 34 AEUV: „Einfuhr*beschränkungen*“ – hätte bereits von Beginn an auch ein anderes, weiteres Verständnis zugelassen. Es stellte sich heraus, dass zur Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes bloße Diskriminierungsverbote nicht genügen. Eine Behinderung des Marktzugangs und mitgliedstaatliche Protektion der nationalen Wirtschaft erfolgt nämlich nicht nur durch für In- und Ausländer unterschiedlich geltende – also diskriminierende – Regelungen, sondern gerade auch durch für In- und Ausländer unterschiedslos geltende – also nichtdiskriminierende – Maßnahmen. Dazu zählt z. B. die Regelung, dass ein Branntwein einen bestimmten Alkoholgehalt nicht unterschreiten darf. Ein über die nationalen Grenzen hinaus agierender Unternehmer müsste neben der eigenen Rechtsordnung die Regelungen jedes Ziellandes berücksichtigen und schlechtestenfalls 27 verschiedene Produkte herstellen. Der EuGH entwickelte daher die Grundfreiheiten stetig zu sog. Beschränkungsverboten weiter. Produkte anderer Mitgliedstaaten müssen inländischen grundsätzlich auch dann gleichgestellt werden, wenn diese zwar nicht den Vorschriften des Zielstaates, jedoch denen des Herkunftslandes entsprechen.[17] Eine genaue – wenn auch mitunter schwierige – Einordnung als diskriminierende oder nichtdiskriminierende Maßnahme ist trotz dieses weiten Verständnisses nicht obsolet geworden. Eine nichtdiskriminierende Maßnahme kann u. U. als eine Beschränkung des Anwendungsbereichs ausscheiden;[18] auch ergeben sich Unterschiede i. R. d. Rechtfertigung.[19]

bb) Dassonville und Keck

Der Ausgangspunkt des EuGH für die Bestimmung einer Maßnahme gleicher Wirkung ist denkbar weit: Erfasst ist nach der Dassonville-Formel jede Regelung, „die geeignet ist, den [Handelsverkehr innerhalb der Union] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“[20]. Dies gilt – wie oben erläutert – für Diskriminierungen gleichermaßen wie für unterschiedslos geltende Maßnahmen. Danach wäre praktisch jede handelsrelevante Regelung als Beschränkung des Art. 34 AEUV zu qualifizieren. Bei der Warenverkehrsfreiheit handelt es sich jedoch gerade nicht um ein allgemeines wirtschaftliches Freiheitsrecht, das sich auch auf Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug auswirkt; Zweck ist die Beseitigung von Marktzugangshindernissen, nicht das Gleichmachen der verschiedenen mitgliedstaatlichen Wirtschaftsregelungen nach erfolgtem Marktzugang.[21] Um eine Einschränkung bemüht, verneinte der EuGH in seiner Keck-Entscheidung den Tatbestand der Maßnahme gleicher Wirkung für „*bestimmte Verkaufsmodalitäten*“, etwa Ladenöffnungszeiten, die für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos gelten sowie den Absatz in- und ausländischer Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.[22] „*Produktbezogene Regelungen*“, etwa hinsichtlich Bezeichnung, Form oder Abmessung, sind hingegen nicht aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV herausgenommen.[23] Wie weit die Dassonville-Formel durch die Keck-Entscheidung tatsächlich reduziert wird, ist nach wie vor nicht abschließend geklärt. Bereits die Abgrenzung zwischen Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Regelungen bereitet Schwierigkeiten. Zudem musste sich der EuGH in jüngerer Zeit zusätzlich mit Sachverhalten die Produktnutzung betreffend auseinandersetzen, welche sich weder unter die Kategorie der Verkaufsmodalitäten noch der produktbezogenen Regelungen ordnen lassen; sog. „*nutzungsbezogene Regelungen*“. Letztlich entscheidend für die Qualifikation als Maßnahme gleicher Wirkung scheint die Frage, ob dem Produkt der *Marktzugang* verwehrt wird oder nicht.[24] Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen wer-

15 EuGH, 12.07.1973, Rs. 2/73 – *Geddo/Ente Nazionale Risi*, Rn 7. Das Verbot mengenmäßiger Ausfuhrbeschränkungen wird von Art. 35 AEUV erfasst.

16 Zum Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung i. S. v. Art. 35 AEUV vgl. EuGH, 08.11.1979, Rs. 15/79 – *Groenveld*, Rn. 7.

17 So deutlich in EuGH, 20.02.1979, Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*, Rn. 15. Zum Ganzen ausführlich *R. Streinz*, in: Merten/Papier (Fn. 3) , § 152 Rn. 18 ff.

18 Siehe unten B.II.3.b.

19 Siehe unten B.III.2.a.

20 EuGH, 11.07.1974, Rs. 8/74 – *Dassonville*, Rn. 5.

21 Vgl. *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Sep. 2010, Art. 34 AEUV Rn. 18.

22 EuGH, 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 u. C-268/91 – *Keck und Mithouard*, Rn. 16.

23 EuGH, 02.02.1994, Rs. C-315/92 – *Verband sozialer Wettbewerb*, Rn. 13.

24 Zur Bedeutung und Auslegung des Keck-Urteils sowie zu dem Problem der Nutzungsmodalitäten vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EuR (Fn. 6), S. 395 ff.; zu anderen Einschränkungsversuchen des EuGH mittels des Kriteriums „zu ungewiss und zu mittelbar“ vgl. EuGH, 13.10.1993, Rs. C-93/92 – *CMC Motorradcenter*, Rn. 12;

den jedenfalls vom weiten Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung mit umfasst; eine Unterscheidung ist damit grundsätzlich nicht erforderlich.[25]

3. Rechtfertigung

Nicht jede Beschränkung des Anwendungsbereichs ist zugleich eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit. Wie bei der deutschen Grundrechtsprüfung stellt sich auch hier die Frage nach der Rechtfertigung.

a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

In Art. 36 AEUV findet sich zunächst eine Aufzählung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe. Hier gilt es die falschen Freunde als solche zu erkennen und die vermeintlich bekannten Begrifflichkeiten wie „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ autonom, d. h. vor dem europäischen Hintergrund einheitlich für alle Mitgliedstaaten, auszulegen.[26] Anderenfalls stünde es im Belieben der Mitgliedstaaten, was unter die jeweiligen Rechtfertigungsgründe subsumiert werden kann! Anwendbar ist Art. 36 AEUV sowohl auf mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen als auch auf Maßnahmen gleicher Wirkung.[27]

b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Aufgrund des weiten Beschränkungstatbestandes infolge der Dassonville-Entscheidung sah sich der EuGH gezwungen, auch die Möglichkeiten der Rechtfertigung zu erweitern.[28] Anstelle einer großzügigen Auslegung der Rechtfertigungstatbestände des Art. 36 AEUV entschied er sich für die Entwicklung ungeschriebener Gründe.[29]

aa) Cassis

Gerechtfertigt sind nach der Cassis-Entscheidung mitgliedstaatliche Regelungen, die notwendig sind, um *zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses*, wie dem Umwelt- oder Verbraucherschutz, gerecht zu werden.[30] Hoch umstritten ist die Anwendbarkeit der Cassis-Entscheidung auf diskriminierende Maßnahmen. Während der EuGH ursprünglich die unterschiedslose Geltung der fraglichen Regelung voraussetzte,[31] scheint er nunmehr Ausnahmen zu machen und rechtfertigt auf diesem Wege gelegentlich auch Diskriminierungen.[32]

bb) Unionsgrundrechte

Nicht als zwingendes Erfordernis anerkannt hat der EuGH den nationalen Grundrechtsschutz. Hingegen können die Unionsgrundrechte als weitere Kategorie ungeschriebener Rechtfertigungsgründe ins Feld geführt werden.[33] Sie können zudem als eine Art „Schranken-Schranke“, also Grenze der geschriebenen wie ungeschriebenen Rechtfertigungsmöglichkeiten greifen.[34]

c. Verhältnismäßigkeit

Die bedeutsamste Begrenzung der Rechtfertigungsgründe ist auch auf europäischer Ebene der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[35] Als deutscher Exportschlager[36] entspricht seine Prüfung grundsätzlich der deutschen Dogmatik. Der EuGH ist jedoch etwas zurückhaltender als die deutschen Gerichte und belässt den Mitgliedstaaten weitreichende Spielräume.[37] Er setzt zudem andere Schwerpunkte: So legt er i. R. d. Geeignetheit besonderen Wert auf die Kohärenz, also die Widerspruchfreiheit der fraglichen Maßnahme im mitgliedstaatlichen Regelungssystem.[38] Auch geht er von der Mündigkeit des Verbrauchers aus und verneint daher regelmäßig die Erforderlichkeit von Produktverboten mit dem Verweis auf die Möglichkeit zur Produktinformation auf der entsprechenden Verpackung als ein milderes Mittel.[39]

allein auf das Kriterium des Marktzugangs abstellend EuGH, 10.02.2009, Rs. C-110/05 – *Kommission/Italien*, Rn. 56. Systematisierung der EuGH-Rechtsprechung mithilfe von Fallgruppen bei *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 4), Sep. 2011, Art. 34 AEUV Rn. 85 ff.

25 Nichtsdestotrotz empfiehlt sich eine Differenzierung, da mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen in jedem Fall rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen darstellen.

26 Vgl. zum Inhalt der Rechtfertigungsgründe *Meinhard Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV (Kommentar), 2. Aufl. 2012, Art. 36 AEUV Rn. 9 ff. Das Erfordernis der autonomen Auslegung gilt für jeden europäischen Begriff.

27 Vgl. *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Art. 36 AEUV Rn. 11.

28 Ganz ähnlich das BVerfG in seiner Elfes-Entscheidung zu Art. 2 Abs. 1 GG: Mit dem weiten Verständnis des Eingriffstatbestands ist eine weite Auslegung der Rechtfertigungsgründe erforderlich gewesen – BVerfGE 6, 32 (36 ff.).

29 Der EuGH legt Ausnahmetatbestände wie die geschriebenen Rechtfertigungsgründe grundsätzlich eng aus, vgl. EuGH, 19.12.1968, Rs. 13/68 – *Salgoil*, Slg. 1968, 680 (694). Gleiches gilt für die Bereichsausnahmen i. R. d. Personenverkehrsfreiheiten, vgl. EuGH, 24.05.2011, Rs. C-54/08 – *Kommission/Deutschland*, Rn. 85; dazu unten C.I.

30 EuGH, 20.02.1979, Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*, Rn. 8; teilweise auch als immanentes Tatbestandsmerkmal geprüft, vgl. zur dogmatischen Einordnung der Cassis-Formel *Schröder*, in: Streinz (Fn. 26), Art. 34 AEUV Rn. 74.

31 Vgl. EuGH, 10.11.1982, Rs. 261/81 – *Rau/De Smedt*, Rn. 12.

32 Zur insoweit uneinheitlichen Rechtsprechung des EuGH vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 3), Art. 34-36 AEUV Rn. 82 ff.

33 Vgl. EuGH, 12.06.2003, Rs. C-112/00 – *Schmidberger*, Rn. 65 ff.

34 Vgl. EuGH, 18.06.1991, Rs. C-260/89 – *ERT*, Rn. 43.

35 Vgl. EuGH, 14.07.1983, Rs. 174/82 – *Sandoz*, Rn. 18; EuGH, 20.02.1979, Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*, Rn. 8.

36 Zur deutschen Kritik bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den EuGH vgl. *Uwe Kischel*, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, 380-402.

37 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EuR (Fn. 6), S. 377 ff.

38 Vgl. EuGH, 19.05.2009, verb. Rs. C-171/07 u. C.-172/07 – *Doc-Morris*, Rn. 42; siehe dazu auch die Fallbearbeitung von *Claus Dieter Classen* in diesem Heft. Zur Folgerichtigkeit im deutschen Recht vgl. BVerfGE 121, 317 (362 f.).

39 Vgl. EuGH, 12.03.1987, Rs. 178/84 – *Reinheitsgebot für Bier*, Rn. 35.

III. Übertragbarkeit der Ergebnisse auf die Personenverkehrsfreiheiten

1. Die sog. Konvergenz der Grundfreiheiten

Trotz der unterschiedlichen Anwendungsbereiche lassen sich die Grundsätze zur Struktur der Warenverkehrsfreiheit auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) übertragen.[40] Und auch umgekehrt sowie zwischen den Personenverkehrsfreiheiten findet eine Befruchtung statt. Nach und nach hat sich eine „allgemeine Lehre" entwickelt.[41] Die Struktur der Personenverkehrsfreiheiten ist folglich bereits bekannt:

I. R. d. *Anwendungsbereichs* wird geprüft, ob vorrangig eine Harmonisierung greift; es wird anstelle der Ware nach einem Arbeitnehmer, einer Niederlassung oder einer Dienstleistung gefragt;[42] und der grenzüberschreitende Bezug innerhalb der Union untersucht. Als Besonderheit zu beachten ist der personelle Anwendungsbereich. Anders als bei Art. 34 AEUV ist für die Anwendbarkeit der Personenverkehrsfreiheiten die mitgliedstaatliche Zugehörigkeit der betroffenen natürlichen oder juristischen Personen Voraussetzung.[43] Daneben sind die sog. Bereichsausnahmen nach Art. 45 Abs. 4 AEUV für die Arbeitnehmerfreizügigkeit und Art. 51 AEUV für die Niederlassungsfreiheit, welcher gem. Art. 62 AEUV auch für die Dienstleistungsfreiheit gilt, zu beachten. Hiernach werden Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung und Tätigkeiten, die typischerweise mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verknüpft sind, aus dem Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten ausgenommen.

Der Anwendungsbereich kann unzulässig verkürzt werden mittels einer *Diskriminierung oder Beschränkung*. Letztere ist entsprechend der Gebhard-Entscheidung dann gegeben, wenn Maßnahmen die Ausübung der entsprechenden Grundfreiheit „behindern oder weniger attraktiv machen".[44] Da es auch bei den Personenverkehrsfreiheiten nur um den Marktzugang geht, kann hier mithilfe dieses Kriteriums die ebenfalls zu weite Gebhard-Formel bei unterschiedslosen Regelungen korrigierend eingeschränkt werden.[45]

Schließlich sind in Art. 45 Abs. 3 AEUV für die Arbeitnehmerfreizügigkeit und in Art. 52 AEUV für die Niederlassungsfreiheit die *geschriebenen Rechtfertigungsgründe* normiert; Art. 52 AEUV gilt gem. Art. 62 AEUV auch für die Dienstleistungsfreiheit. Als *ungeschriebene Rechtfertigungsgründe* können, entsprechend der Grundsätze der Cassis-

40 Wegen geringerer Ausbildungsrelevanz von der Betrachtung ausgenommen wurde die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV; zu den Besonderheiten vgl. *Rudolf Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, S. 357 ff.

41 Vgl. *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Sep. 2010, Art. 34 AEUV Rn. 15.

42 Zum *europäischen* Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsbegriff vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EuR (Fn. 6), S. 413 ff., 436 ff., 464 ff.

43 Anders als bei Art. 45 und 49 AEUV ist bei Art. 56 AEUV neben der Staatsangehörigkeit die Ansässigkeit in einem EU-Mitgliedstaat erforderlich. Zur Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf den Arbeitgeber und damit u. U. juristische Personen vgl. EuGH, 07.05.1998, Rs. C-350/96 – *Clean Car Autoservice*, Rn. 19.

44 EuGH, 30.11.1995, Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Rn. 37.; zum Begriff der Diskriminierung vgl. oben B.II.3.a.

45 Zum Problem der Übertragbarkeit der Keck-Entscheidung auf die Personenverkehrsfreiheiten vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, EuR (Fn. 6), S. 427 f., 452 f., 482 f.

Schema 1

Warenverkehrsfreiheit	Personenverkehrsfreiheit
I. Anwendungsbereich	**I. Anwendungsbereich**
1. Unionsware	1. AN oder NL oder DL (ms Zugehörigkeit)
2. Grenzüberschreitender Bezug	2. Grenzüberschreitender Bezug
3. Kein Zoll → Art. 30 AEUV	3. Keine Bereichsausnahme
II. Beschränkung	**II. Beschränkung**
1. Staatliche Maßnahme	1. (Staatliche) Maßnahme (**P!:** unm. Drittwirkung)
2. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung	2. Diskriminierung
oder 3. Maßnahme gleicher Wirkung	oder 3. Beschränkung
a) Dassonville	a) Gebhard
b) Keck, Marktzugang	b) Marktzugang
III. Rechtfertigung	**III. Rechtfertigung**
1. Geschriebene Gründe (Art. 36 AEUV)	1. Geschriebene Gründe (Art. 45 Abs. 3, 52 AEUV)
2. Ungeschriebene Gründe (Cassis, EU-GR)	2. Ungeschriebene Gründe (Gebhard, EU-GR)
3. Verhältnismäßigkeit; EU-GR	3. Verhältnismäßigkeit; EU-GR

Formel, zwingende Gründe des Allgemeininteresses,[46] aber auch Unionsgrundrechte herangezogen werden. Jeweils stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit.

2. Besonderheit: Unmittelbare Drittwirkung

Eine Besonderheit der Personenverkehrsfreiheiten gegenüber der Warenverkehrsfreiheit ist das Problem der unmittelbaren Drittwirkung, also der Ausdehnung des Adressatenkreises auch auf Private. I. R. d. deutschen Grundrechtsdogmatik abgelehnt,[47] stellt sich die Frage im Bereich der Grundfreiheiten mit Blick auf ihre abweichende Stoßrichtung neu: Genügen die staatlichen Schutzpflichten zur Durchsetzung der Grundfreiheiten[48] oder ist für die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes auch die Bindung zumindest sog. intermediärer Gewalten[49] oder gar schlichtweg aller Privater[50] erforderlich? Für Letzteres hat sich jedenfalls der EuGH im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit Diskriminierungen betreffend entschieden.[51] Es schließt sich das Folgeproblem an, inwiefern die geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe trotz ihrer Ausrichtung auf das öffentliche Wohl auch zur Rechtfertigung privater Beschränkungen herangezogen werden können oder ob letztlich eine eigenständige Kategorie von Rechtfertigungsgründen erforderlich ist.[52]

IV. Fazit

So wie die Prüfung der deutschen Grundrechte im Detail äußerst anspruchsvoll sein kann, so ist und bleibt auch im Bereich der Grundfreiheiten die Anwendung der dargestellten Grundsätze auf den Einzelfall eine juristische Herausforderung. Immerhin: Für das absolut Wichtigste ist der Platz einer Karteikarte ausreichend (vgl. Schema 1).

46 Vgl. EuGH, 30.11.1995, Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Rn. 37.

47 Zur Grundsrechtsbindung Privater vgl. *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, S. 46 ff.

48 So im Bereich der Warenverkehrsfreiheit; vgl. oben B.II.3.1.

49 Gemeint sind private Verbände, z. B. Sportverbände, die aufgrund ihrer Satzungsautonomie kollektive Regelungen erlassen und so die Gewährleistung der Grundfreiheiten beeinträchtigen, vgl. EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Bosman*, Rn. 82 ff.

50 Vgl. EuGH, 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Rn. 30 ff.

51 So noch mal deutlich EuGH, 17.07.2008, Rs. C-94/07 – *Raccanelli*, Rn. 42 ff.

52 Für eine Vertiefung des Problems vgl. *Claas Birkemeyer*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2010, 662-678.