

LARS KLENK

Die Grenzen der Grundfreiheiten

*Studien zum europäischen und deutschen
Öffentlichen Recht*

Mohr Siebeck

Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht

herausgegeben von
Christian Calliess und Matthias Ruffert

28



Lars Klenk

Die Grenzen der Grundfreiheiten

Mohr Siebeck

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

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

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

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

ISSN 2192-2470 / eISSN 2569-443X

(Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht)

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

Vorwort

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

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

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

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

Berlin, im November 2019

Lars Klenk

Inhaltsübersicht

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

Kapitel 3: Die Grenzen der Rechtfertigungsprüfung und ihr Scheitern210

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

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

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

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

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

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

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

Einleitung

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

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

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

¹ S. 235 ff.

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

³ *White*, CMLR 1989, 235 (243).

⁴ Ebd., S. 248.

⁵ Ebd., S. 253 f.

⁶ Ebd., S. 246, 248 ff., 279 f.

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

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

Bei dem Inhalt und den Grenzen des Beschränkungs-begriffs handelt es sich um das wohl beliebteste Thema im gesamten grundfreiheitlichen Diskurs. Allein zu *Keck* findet sich ein schier unendliches Meer an Stellungnahmen. Betrachtet man zusätzlich die Analysen zum neuen Marktzugangstest des EuGH, muss man endgültig den Überblick verlieren.⁹ Das hiesige Anliegen, sich diesem Thema zu widmen, ist demnach alles andere als ein neues Unterfangen. Wieso sollte man sich trotzdem mit ihm auseinandersetzen? Das grundlegende Problem des Beschränkungs-begriffs liegt darin, dass auf die Frage nach seinen Grenzen bis heute keine überzeugende Antwort gefunden wurde. Literatur und Generalanwälte erkennen zwar, dass viele Ansätze des EuGH, nähme man sie beim Wort, zur vollkommen Entgrenzung der Grundfreiheiten führen und jede kostenverursachende Regelung erfassen¹⁰; so auch *White* mit seiner Kritik an der aus seiner Sicht zu weiten *Dassonville*-Formel. Wenn man aber näher hinschaue, so die allermeisten Stimmen im Schrifttum, ergebe sich, dass der

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

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

⁹ Siehe im Einzelnen unten Kap. 2, S. 25 ff., Fn. 1 ff.

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

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

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

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

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

¹² Siehe die in Fn. 11 Genannten.

¹³ *White*, CMLR 1989, 235 (246).

dass in der Rechtsprechung dogmatische Instrumente fehlen, die dieses Verfahren methodisch erklären können. Von engen Ausnahmen abgesehen – man denke an das Beispiel des Mordverbots als Beschränkung¹⁴ – ist es ihm bislang nicht gelungen, verallgemeinerungsfähige Grundsätze zu entwickeln, auf deren Grundlage man einzelne Regelungen sicher aus dem Beschränkungsbegriff ausklammern könnte. Aus diesem Mangel folgt die hier postulierte Grenzenlosigkeit, da der EuGH es sich damit offenhält, letztlich jede kostenverursachende Vorschrift als beschränkend zu behandeln.

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

¹⁴ Siehe oben S. 1, sowie ausführlich unten S. 72 ff.

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

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

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

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

Kapitel 1

Gegenstand und Aufgabe der Grenzen der Grundfreiheiten

A. Gegenstand der Arbeit

I. Grundfreiheiten

Gegenstand der nachfolgenden Analyse sind die Grundfreiheiten. Damit gemeint ist der freie Verkehr von Waren, Arbeitnehmern, Niederlassungen, Dienstleistungen, Zahlungen und Kapital (Art. 34 ff., 45 ff., 49 ff., 56 ff., 63 ff. AEUV). Lange Zeit war das eine selbstverständliche Aussage. Mit dem Vertrag von Maastricht ist der Begriff der Grundfreiheiten indes mehrdeutig geworden. Während er sich zuvor eindeutig allein auf die benannten Grundfreiheiten des Binnenmarkts bezog, kann man ihn nunmehr auch auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV, das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV und u. U. sogar auf die Unionsbürgerschaft nach Art. 20 AEUV erstrecken. Jene Grundfreiheiten ohne Markt¹ sind nicht der Fokus der nachfolgenden Abhandlung. Das deswegen nicht, weil sie anders als die Marktfreiheiten nicht auf den unionalen Binnenmarkt ausgerichtet und folglich auch nicht von einer wirtschaftlichen Betätigung abhängig sind. Diese unterschiedlichen Wertungsgrundlagen führen dazu, dass die Grenzprobleme der Marktfreiheiten – die unendliche Reichweite des Beschränkungsbegriffs und der Übermaßkontrolle – sich für die Grundfreiheiten ohne Markt nicht in der gleichen Schärfe stellen. Ihre neuralgischen Punkte, die sie für eine extensive Auslegung anfällig machen, liegen an anderer Stelle. Wieso dem so ist, wird sich im Laufe dieser Arbeit zeigen.²

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

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

² Siehe unten S. 190 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Grenzen

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

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

⁶ Liessmann, Brandeins 03/2013, S. 101.

⁷ Kleinschmidt, APuZ 4-5/2014, 3 (5).

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

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

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

Im Hinblick auf die von der vorliegenden Arbeit untersuchten Verhaltensweisen im Binnenmarkt ergibt sich der Fokus aus ihren zentralen Thesen. Sie möchte begründen, dass ausgehend von der Judikatur des EuGH jede nationale kostenverursachende Regelung eine Beschränkung begründet und einer uneingeschränkten Übermaßkontrolle ausgesetzt werden kann. Sie konzentriert sich dementsprechend auf alle mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die Kosten verursachen.⁸ Ausgeklammert werden damit zum einen kostenverursachende Regelungen, die nicht von den Mitgliedstaaten, sondern von der Union erlassen wurden. Formal gelten die Grundfreiheiten nach Ansicht des EuGH zwar auch für Maßnahmen der Unionsorgane⁹, bedeutende materielle Pflichten hat er aus

⁸ Zur Frage, wann sie Kosten verursachen, siehe sogleich unten S. 12 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

hier zwar gesehen.¹⁴ Ausgehend hiervon könnte man – entgegen den bisherigen Ausführungen – auch in abwählbaren Vorschriften des Zivilrechts, ebenso wie allgemein in privatem Handeln eine Beschränkung der Grundfreiheiten durch staatliches Handeln erblicken. Da eine Lösung dieses Problems in der vorliegenden Arbeit nicht geleistet wird, ist es aber angezeigt, diese Normen und Handlungen insgesamt auszuschließen.

B. Die Grenzen des Beschränkungsbegriffs

Wenn sich die vorliegende Abhandlung mit den Grenzen des Beschränkungs-begriffs auseinandersetzt, so begibt sie sich in vielerlei Hinsicht auf bekanntes Terrain: einem Verständnis der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte, als Diskriminierungsverbote und als Prinzipien gegenseitiger Anerkennung. Anders als sonst üblich findet sich hier allerdings kein Bekenntnis zu einer dieser Theorien. Die Arbeit wird vielmehr die These entwickeln, dass auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH keine der herrschenden Theorien in der Lage ist, dem Beschränkungs-begriff hinreichend Grenzen zu setzen. Um den Rahmen für diesen Ansatz zu bilden, gilt es nachfolgend zu erörtern, wieso es überhaupt notwendig ist, in Bezug auf den Beschränkungs-begriff eine Grenzdiskussion zu führen (dazu I). Weiter gilt es darzulegen, welche – namentlich drei – Grenzen diesem Begriff zuzuordnen sind (dazu II). Schließlich wird skizziert, wie vorliegend untersucht wird, ob der EuGH diese Grenzen beachtet (dazu III).

I. Notwendigkeit der Begrenzung

Nach Art. 26 Abs. 2 AEUV umfasst der Binnenmarkt „einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“ Gemeint ist dabei nicht der freie Verkehr an und für sich, sondern – wie sich aus dem Bezug zum *Binnenmarkt* ergibt – der Verkehr über die nationalen Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg. Die Verträge wollen gewährleisten, dass die Produkte und Produktionsfaktoren die nationalen Grenzen so überschreiten können, als ob sie sich in einem „Raum ohne Binnengrenzen“ befinden, als ob diese Grenzen also gar nicht existieren. Dieses Ziel wäre erreicht, wenn die

¹⁴ Vgl. dazu Horowitz, S. Cal. L. Rev. 30 (1957), 208; Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte (1971), S. 16 f.; Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (1992), S. 40 f.; Sunstein, Chi J. Int'l L. 3 (2002), 465 Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 67 ff.; Singer, No Freedom Without Regulation (2015).

Transaktionen in der Union gänzlich unbeeinflusst von nationalen Grenzen ablaufen könnten.¹⁵ Hindernisse, die den Grenzübergang beeinflussen und diesem Anliegen daher im Wege stehen, treten in unterschiedlichster Form auf.¹⁶ Nicht alle sind ein Problem der Grundfreiheiten; man denke allein an die kulturellen und sprachlichen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten, welche die Grundfreiheiten weder beseitigen können noch beseitigen wollen. Aus dem großen Kreis der Hindernisse fokussieren sich das Binnenmarktziel und die Grundfreiheiten vielmehr primär auf jene, die von den nationalen Rechtsordnungen ausgehen.¹⁷ Sie müssen beseitigt werden, um einen Raum ohne Binnengrenzen in rechtlicher Hinsicht zu verwirklichen.¹⁸

Betritt ein Marktakteur einen neuen nationalen Markt, so verursachen die dort geltenden Rechtsvorschriften für ihn in mehrfacher Hinsicht Kosten. So muss er sich erstens über den Inhalt der dort geltenden Rechtsvorschriften informieren. Zweitens entstehen Kosten durch all jene nationalen Vorschriften, die ihm Pflichten auferlegen. Zu Kosten können schließlich drittens auch Regelungen führen, die einen Marktakteur zwar nicht unmittelbar verpflichten, ihn aber dennoch faktisch in seiner wirtschaftlichen Freiheit behindern. Paradebeispiel im Kontext der Grundfreiheiten sind Regelungen, welche die Nutzung eines Gegenstands einschränken, so z. B. die Nutzung von Jet-Skis in *Mickelsson*.¹⁹

Soweit nationales Recht für die Marktakteure Kosten verursacht, begründet es Hindernisse für den Grenzübergang und bewirkt so eine Fragmentierung des Binnenmarkts. Um den Raum ohne Binnengrenzen zu verwirklichen, so wie es den Grundfreiheiten aufgetragen ist, müssen derartige Anpassungskosten nach Möglichkeit beseitigt werden. Es wäre aus diesem Blickwinkel folgerichtig, in all diesen kostenverursachenden Normen eine Beschränkung der Grundfreiheiten zu erblicken. Lässt sich keine hinreichende Rechtfertigung finden, müsste der betroffene Mitgliedstaat im grenzüberschreitenden Verkehr auf ihre Anwendung verzichten. Auf diese Weise ließe sich das kostenverursachende nationale Recht so weit wie möglich abbauen und die hinderliche Wirkung der Binnengrenzen beseitigen. Vollständig verwirklicht wäre der Binnenmarkt in

¹⁵ *Head/Mayer*, Weltwirtsch. Arch. 136 (2000), 284; *Pelkmans*, BEER Paper No. 13 (2008), S. 13.

¹⁶ Vgl. für eine Kategorisierung *Anderson/van Wincoop*, J. Econ. Lit. 42 (2004), 691 (691 f.).

¹⁷ Zur daneben bestehenden Privatwirkung der Grundfreiheiten siehe oben S. 10 f.

¹⁸ EuGH v. 5.5.1982, 15/81, Slg. 1982, 1409 – *Gaston Schul*, Rn. 33: „Der Begriff Gemeinsamer Markt [...] stellt ab auf die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziele der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahekommen.“

¹⁹ EuGH v. 4.6.2009, C-142/05, Slg. 2009, I-4273 – *Mickelsson*.

dem idealen Fall, dass keinerlei kostenverursachendes Recht mehr auf nationaler Ebene existiert, sondern ausschließlich im harmonisierten Unionsrecht. An dieser Stelle lässt sich allerdings mit relativer Sicherheit sagen: Auf einen derartigen Binnenmarkt ist die Union nicht ausgerichtet.

Die Verträge setzen es als selbstverständlich voraus, dass die Mitgliedstaaten trotz Grundfreiheiten über die Kompetenz verfügen, eigenständig Wirtschaftsrecht zu setzen. Diese Kompetenz fordert nicht nur die Möglichkeit, Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen zu können, sondern auch Bereiche, in denen nationale Vorschriften erst gar keine Beschränkung begründen, selbst wenn sie Kosten verursachen.²⁰ Für viele Stimmen ist diese Ansicht derart evident, dass man sich zu ihrer Begründung zuweilen damit begnügt, pauschal auf das Subsidiaritätsprinzip²¹, den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung²² oder den Unterschied zwischen positiver und negativer Integration hinzuweisen.²³ Worauf diese Äußerungen im Kern zu Recht abzielen, sind die Auswirkungen einer derart weiten Auslegung der Grundfreiheiten auf das Kompetenzverhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Union. Namentlich hätten sie eine übermäßig große Zentralisierung von Kompetenzen beim EuGH zur Folge, zugunsten der Union und zu Lasten der Mitgliedstaaten. Dass dieser Kompetenzzuwachs nicht nur groß, sondern unzulässig groß wäre, soll anhand dreier Argumentationsstränge illustriert werden:

Zunächst anzuführen ist der aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung folgende Schutz der mitgliedstaatlichen Kompetenzen. Nach diesem

²⁰ Schlussanträge *GA Maduro v.* 30.3.2006, C-158/04, Slg. 2006, I-8135 – *Alfa Vita*, Rn. 41; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1999), S. 82; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 133 ff.; *Straßburger*, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten (2012), S. 33 ff.; *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt (2013), S. 116; *Dietz/T. Streinz*, EuR 2015, 50 (59); im Ergebnis ebenso zu deuten sind Äußerungen, wonach den Grundfreiheiten gerade kein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit bzw. ein Recht auf allgemeine Liberalisierung des Handels zu entnehmen sei, i. d. S. u. a. Schlussanträge *GA Tesouro v.* 27.10.1993, C-292/92, Slg. 1993, I-6787 – *Hünermund*, Rn. 1, 28; Schlussanträge *GA Jacobs v.* 24.11.1994, C-412/93, Slg. 1995, I-179 – *Leclerc-Siplec*, Rn. 42; *Roth*, ZHR 159 (1995), 78 (91); *Eilmansberger*, JBl. 1999, 434 (452); *Jarass*, EuR 2000, 705 (711); *Classen*, EuR 2004, 416.

²¹ *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht (2014), S. 200; sehr viel differenzierter hingegen *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1999), S. 108 ff. Siehe allerdings zu Recht gegen eine Anwendung des Subsidiaritätsprinzips auf die Tätigkeit des EuGH *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte (2000), S. 53; *Kadelbach* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (7. Aufl. 2015), Art. 5 EUV, Rn. 32; *Bast* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (62. EL 2017), Art. 5 EUV, Rn. 53; *Grimm* in: Chalmers/Jachtenfuchs/Joerges (Hrsg.), The End of the Eurocrats' Dream (2016), S. 241 (260).

²² *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt (2013), S. 116.

²³ *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt (2013), S. 116; *Dietz/T. Streinz*, EuR 2015, 50 (59).

verbleiben alle Zuständigkeiten, die nicht in den Verträgen an die Union übertragen wurden, bei den Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV). Es gilt demnach eine Vermutung für die Zuständigkeit der nationalen Ebene.²⁴ Dieser Schutz legt nahe, dass es trotz fortschreitender Integration nach wie vor Sachbereiche gibt, in denen die Europäische Union über keinerlei Kompetenzen verfügt, die also vollständig bei den Mitgliedstaaten liegen. Würden die Grundfreiheiten auf alle kostenverursachenden Regelungen der Mitgliedstaaten ausgedehnt, wäre diese Prämisse in Frage gestellt. Denn es lässt sich so gut wie von keiner nationalen Regelung ausschließen, dass sie für Marktakteure Kosten verursacht. Es könnte daher keine Norm und auch kein Rechtsbereich benannt werden, in dem die Union via Grundfreiheiten nicht über die Kompetenz verfügt, die dortigen Regelungen mittels des Übermaßverbots einer umfassenden inhaltlichen Kontrolle zu unterziehen. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung soll jedoch genau einem solchen Zustand vorbeugen.

Mit einer solch weiten Auslegung weiter zweifelhaft würde zudem der von den Verträgen – und den nationalen Verfassungsgerichten²⁵ – unterstellte Unterschied zwischen der Union als supranationaler Institution und einem ausgewachsenen Bundesstaat. Eine allgemeine Befugnis des Verfassungsgerichts der Zentralebene, lückenlos die materielle Substanz jedweder Vorschrift der Gliedstaaten zu überprüfen, ist ein klassisches Merkmal von Bundesstaaten, wie z. B. im Rahmen der BRD die umfassenden materiellen Bindungen, die das Grundgesetz den Bundesländern auferlegt oder in den USA die *Incorporation*-Doktrin.²⁶ Da die EU aber kein Bundesstaat ist, können die Grundfreiheiten die Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten nicht derart beschneiden, dass ihre Rolle derjenigen der Gliedstaaten in einem eben solchem Staat weitgehend entspräche.

Mit der Erfassung jeder kostenverursachenden Norm würde schließlich der Unterschied zwischen positiver und negativer Integration nivelliert. Wie die zahlreichen Artikel über die Gesetzgebungskompetenzen der Union in- und außerhalb des Binnenmarkts zeigen, ist es nach den Verträgen Aufgabe des Unionsgesetzgebers, für eine positive Harmonisierung auf Unionsebene zu sorgen. Jene Kompetenz würde potentiell unterlaufen, wenn der EuGH im Rahmen seiner grundfreiheitlichen Abwägungen die Möglichkeit hätte, für jedwede kostenverursachende Regelung über die Verhältnismäßigkeitsprüfung positiv eigene Maßstäbe zu setzen, die faktisch-legislative Wirkung entfalten.²⁷

²⁴ Allg. M., siehe statt aller *Pache* in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUG, GRC und AEUV (2017), Art. 5 EUV, Rn. 17.

²⁵ BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u. a. – BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*; siehe zu den Verfassungsgerichten anderer Mitgliedstaaten *Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht (2011), S. 93 ff.

²⁶ Vgl. statt aller U.S. Supreme Court v. 28.6.2010, s.Ct. 130, 3020 (3031 ff.) – *McDonald v. City of Chicago*.

²⁷ Zu diesem Gedanken ausführlich noch sogleich bei S. 20 ff.

Was aus jenen Aspekten folgt, ist die angeführte These: Den Grundfreiheiten kann es nicht darum gehen, jedwede kostenverursachende Maßnahme der Mitgliedstaaten unter Rechtfertigungszwang zu setzen. Wenn dem so ist, dann kann der Binnenmarkt, von dem die Verträge sprechen, nicht erst dann verwirklicht sein, wenn nationales Recht jeglichen Einfluss auf transnationales Wirtschaften verloren hat. Er muss Raum lassen für mitgliedstaatliche Regulierung, selbst wenn dem Grenzübertritt deswegen Kosten anhaften. Der Binnenmarkt der Union ist daher, selbst im vollends verwirklichten Zustand, notwendig „unvollkommen“ (*Steindorff*²⁸). In diesem Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel eines möglichst freien Binnenmarkts und den fortbestehenden Regelungsbefugnissen der Mitgliedstaaten liegt das zentrale Problem jeder Auslegung der Grundfreiheiten.²⁹

II. Inhalt der Grenzen

Wenn die Grundfreiheiten helfen sollen, den Binnenmarkt zu verwirklichen, sie aber nicht jede kostenverursachende Vorschrift unter Rechtfertigungszwang setzen, ergeben sich hieraus Grenzen für den Beschränkungsbegriff. In ihrer allgemeinsten Form bestehen die Grenzen darin, dass eine nationale Regelung nicht bereits deswegen eine Beschränkung begründet, weil sie Kosten verursacht. Jene finanziellen Lasten können sich wie gesehen aus unterschiedlichen Umständen ergeben. Am weitesten ginge es, wollte man eine Beschränkung bereits aus den Kosten ableiten, die durch die Notwendigkeit entstehen, sich über den Inhalt des nationalen Rechts zu informieren. Mit diesem Informationsaufwand ließe sich letztlich jede nationale Vorschrift als kostenverursachend einordnen. Der EuGH hat bislang noch in keinem Fall allein mit diesen Kosten eine Beschränkung begründet. Ebenso ist in der Literatur allgemein anerkannt, dass die Notwendigkeit, sich über den Inhalt nationalen Rechts zu informieren, nicht zu einer Beschränkung führt.³⁰ Jene Informationskosten werden aus der nachfolgenden Untersuchung daher ausgeklammert. Sie konzentriert sich auf die anderen beiden Formen, in denen nationale Regelungen Kosten verursachen: durch die Auferlegung von Pflichten und durch sonstige Hindernisse für die Ausübung wirtschaftlicher Freiheit. Die Grenze, die sich hieraus für den Beschränkungsbegriff ergibt, lässt sich wie folgt umschreiben:

²⁸ ZHR 158 (1994), 149 (160 f.).

²⁹ *Weatherill*, ICLQ 61 (2012), 541 (542): „central conundrum“.

³⁰ Siehe statt aller *Berner*, Interdependenz von Primär- und Kollisionsrecht im europäischen Gesellschaftsrecht (2015), S. 31.

1. Eine nationale Regelung begründet nicht bereits deswegen eine Beschränkung, weil sie für Marktakteure Kosten verursacht, indem sie ihnen Pflichten auferlegt oder ihre wirtschaftliche Freiheit in sonstiger Form behindert.³¹

Der Grund für die Existenz der Grenze ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen: Wenn das Binnenmarktziel nicht auf einen Zustand gerichtet sein kann, in dem jegliches kostenverursachendes Recht unter Rechtfertigungszwang steht, können auch nicht jegliche dieser Normen eine Beschränkung begründen. Aus dieser Grenze lassen sich darüber hinaus zwei weitere Grenzen ableiten:

2. Eine nationale Regelung beschränkt nicht bereits deswegen die Grundfreiheiten, weil sie einen Marktakteur zu seinen Lasten gegenüber einem anderen ungleich behandelt und hierdurch für ihn Kosten verursacht.³²
3. Eine nationale Regelung beschränkt nicht bereits deswegen die Grundfreiheiten, weil sie zu Lasten eines Marktakteurs vom Recht eines anderen Mitgliedstaats inhaltlich abweicht und hierdurch für ihn Kosten verursacht.³³

Diese beiden Grenzen sind letztlich nur Varianten der ersten Grenze. Da jede Rechtsnorm notwendig differenziert, wird sich bei jeder kostenverursachenden Vorschrift eine Person finden lassen, für die diese Norm nicht gilt und welche

³¹ Vgl. EuGH v. 8.9.2005, C-544/03 u. a., Slg. 2005, I-7723 – *Mobistar und Belgacom Mobile*, Rn. 31; EuGH v. 11.6.2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 – *Berlington Hungary*, Rn. 36; Schlussanträge *GA Maduro* v. 30.3.2006, C-158/04, Slg. 2006, I-8135 – *Alfa Vita*, Rn. 44; Schlussanträge *GA Tesauero* v. 27.10.1993, C-292/93, Slg. 1993, I-6787 – *Hünnermund*, Rn. 27 f.; aus der Literatur siehe u. a. *Roth*, CMLR 1994, 845 (853); *ders.*, ZHR 159 (1995), 78 (91); *ders.* in: FS Großfeld (1999), 929 (944); *Bernard*, ICLQ 45 (1996), 82 (105); *Eilmansberger*, JBl. 1999, 434 (452); *Jarass*, EuR 2000, 705 (711); *Classen*, EuR 2004, 416 (417); *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht (2014), S. 200; *Dietz/T. Streinz*, EuR 2015, 50 (59).

³² *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte (2000), S. 91; *Wollenschläger*, NVwZ 2007, 388 (393 f.).

³³ EuGH v. 10.5.1995, C-384/93, Slg. 1995, I-1141 – *Alpine Investments*, Rn. 27; EuGH v. 29.3.2011, C-565/08, Slg. 2011, I-2101 – *Kommission / Italien*, Rn. 49; EuGH v. 7.3.2013, C-577/11, ECLI:EU:C:2013:146 – *DKV Belgium*, Rn. 32; Schlussanträge *GA Maduro* v. 30.3.2006, C-158/04, Slg. 2006, I-8135 – *Alfa Vita*, Rn. 44; *Ebenroth* in: FS Piper (1996), S. 133 (145); *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1999), S. 122; *ders.* in Calliess/Ruffert (5. Aufl. 2016), Art. 36 AEUV, Rn. 185; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band I (2. Aufl. 2012), Rn. 145 f.; *Straßburger*, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten (2012), S. 34 f.; *Nic Shuibhne*, The Coherence of EU Free Movement Law (2013), S. 242 f.

daher gegenüber einer anderen Person ungleich behandelt wird, auf den die Norm Anwendung findet. Wendet sich der betroffene Marktakteur gegen die ihn belastende Ungleichbehandlung, kann er daraus folglich keine weitergehenden Rechte ableiten, als wenn er die Norm direkt aufgrund der verursachten Kosten angreift. Ebenso steht es, wenn der Marktakteur in Bezug auf die dritte Grenze mit den Unterschieden zwischen dem Recht anderer Mitgliedstaaten argumentiert. Die Untergliederung in drei verschiedene Grenzen erfolgt trotz dieser inhaltlichen Übereinstimmung, da sich ihnen jeweils eine der drei verschiedenen Ansichten über den Inhalt des Beschränkungsbegriffs zuordnen lässt, die den grundfreiheitlichen Diskurs beherrschen und welche die vorliegende Arbeit untersuchen wird.

III. Gang der Untersuchung

Die Rechtsprechung des EuGH wird im grundfreiheitlichen Diskurs gemeinhin anhand dreier Zweckdeutungen analysiert: einem Verständnis der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte, als Diskriminierungsverbote und als Prinzipien gegenseitiger Anerkennung. Im zweiten Kapitel dieser Arbeit wird anhand dieser drei Ansätze untersucht, ob die Judikatur des Gerichtshofs mit den drei beschriebenen Grenzen in Einklang zu bringen ist.

Begonnen wird die Analyse mit der Marktzugangsdoktrin (dazu Kap. 2, A), bei der es sich in Anbetracht der jüngeren Rechtsprechung des EuGH um den wohl populärsten Auslegungsansatz handelt. Die Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht bloß diskriminierende, sondern auch unterschiedslose Maßnahmen erfassen, soweit sie den Marktzugang behindern. Erstreckt man den Schutz der Grundfreiheiten derart von der Marktgleichheit auf die Marktfreiheit, muss man allerdings zugleich sicherstellen, dass sie nicht jedwede Regelung erfassen, die aufgrund der mit ihr verbundenen Kosten als belastend empfunden wird. Andernfalls würden die Grundfreiheiten zu einem allgemeinen Recht auf Berufs- und Gewerbefreiheit, womit ihre erste Grenze überschritten wäre.

An zweiter Stelle wird untersucht, wie sich die Grundfreiheiten bei einer Auslegung als Diskriminierungsverbote darstellen (dazu Kap. 2, B). Vielerorts wird behauptet, der EuGH könnte sich jedweder Grenzprobleme entledigen, würde er sich auf diesen gleichheitsrechtlichen Gehalt der Grundfreiheiten konzentrieren und sich von seiner freiheitlichen Deutung verabschieden.³⁴ Wie

³⁴ Schlussanträge *GA Maduro v.* 30.3.2006, C-158/04, Slg. 2006, I-8135 – *Alfa Vita*, Rn. 36 ff.; im Ansatz bereits *ders.*, *We, the Court* (1998), S. 173 ff.; *Kingreen*, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts* (1999), S. 84 ff.; *ders.*, *EWS* 2006, 488 (491 ff.); *ders.* in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (2. Aufl. 2009), S. 705 (726 ff.); *ders.* in: Calliess/Ruffert, *Art. 36 AEUV* (5. Aufl. 2016), Rn. 66 ff.; *Englisch*, *Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel* (2008), S. 234 ff.; *Straßburger*, *Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten* (2012), S. 32 ff.

die vorliegende Abhandlung zeigen wird, ist das indes alles andere als gesichert. Betrachtet man die Judikatur des Gerichtshofs, so könnte man nämlich auf die Idee kommen, die Diskriminierungsverbote erfassen nicht nur bestimmte Benachteiligungen grenzüberschreitender Sachverhalte, sondern jedwede Form der Ungleichbehandlung zwischen beliebigen Marktakteuren, ganz gleich, ob Inländer oder transnationale Akteure. Damit würden sie zu allgemeinen Gleichheitssätzen in wirtschaftlichen Angelegenheiten, was ihrer zweiten Grenze zuwiderliefe.

An letzter Stelle betrachtet werden soll die Deutung der Grundfreiheiten als Prinzipien gegenseitiger Anerkennung (dazu Kap. 2, C). Nach ihr sei es im bewussten Gegensatz zur Marktzugangsdoktrin nicht Zweck der Grundfreiheiten, allgemeine Freiheitsrechte zu liefern. Sie richteten sich vielmehr neben Diskriminierungen allein gegen regulative Doppelbelastungen, die dadurch entstehen, dass transnationale Marktakteure den inhaltlich abweichenden Regelungen mehrerer Mitgliedstaaten gehorchen müssen. Aufgabe der Grundfreiheiten sei es, derartige Doppelbelastungen zu beseitigen, indem das Regelungsrecht für einen Sachverhalt jeweils nur einem einzigen Mitgliedstaat zugewiesen wird. Nun ist es allerdings so, dass grenzüberschreitende Unternehmen sich qua Definition zwischen verschiedenen Rechtsordnungen bewegen und daher weite Teile ihres Handelns von Doppelbelastungen durch mehrere Mitgliedstaaten bedroht sind. Sollen die Grundfreiheiten diese Beeinträchtigungen verhindern, könnte das daher dazu führen, dass letztlich jeder belastende Unterschied zwischen nationalen Rechtsordnungen unter Rechtfertigungszwang geriete. Diese Folge muss vermieden werden, um nicht gegen die dritte Grenze der Grundfreiheiten zu verstoßen.

Dass die nachfolgende Analyse die drei herrschenden Zweckdeutungen darauf untersuchen will, ob sie mit den Grenzen der Grundfreiheiten im Einklang stehen, mag zunächst verwundern. Jene Grenzen sind in Rechtsprechung und Literatur doch wie gesehen überwiegend anerkannt. Der EuGH äußert in diesem Sinne in einem relativ neuen Textbaustein ausdrücklich, dass eine Maßnahme, „deren einzige Wirkung es ist, zusätzliche Kosten für die betreffende Leistung zu verursachen“, nicht bereits deswegen die Grundfreiheiten beschränkt.³⁵ Die vorliegende Arbeit wird jedoch exakt diese Prämisse in Zweifel ziehen. Sie wird versuchen zu begründen, dass der EuGH nationale Regelungen sehr wohl allein deswegen als beschränkend behandelt, weil sie Kosten verursachen. Dies geht soweit, dass der Gerichtshof auf Grundlage seiner Judikatur in der Lage ist, in jeder beliebigen kostenverursachenden Vorschrift eine Beschränkung zu erblicken, ohne dass dem nennenswerte Grenzen gesetzt wären. Versteht er die Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte, kann er allein

³⁵ EuGH v. 8.9.2005, C-544/03 u. a., Slg. 2005, I-7723 – *Mobistar und Belgacom Mobile*, Rn. 31; EuGH v. 11.6.2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 – *Berlington Hungary*, Rn. 36.

aufgrund der Kosten zu dem Schluss gelangen, dass eine Norm den Marktzugang behindert. Deutet er sie als Diskriminierungsverbote, so kann ihn jedwede Form von monetären Aufwendungen dazu veranlassen, eine tatbestandliche Diskriminierung zu unterstellen. Ob der Gerichtshof auf Grundlage der Prinzipien gegenseitiger Anerkennung zu einem hinreichend begrenzten Verständnis gelangen kann, kann hingegen offenbleiben. Denn wie sich zeigen wird, deutet der EuGH den Beschränkungs-begriff mit Ausnahme einzelner Rechtsbereiche nicht im Sinne dieser Prinzipien.

Aus der dem EuGH somit anzulastenden Entgrenzung der Grundfreiheiten folgt nicht, dass er tatsächlich jede nationale Regelung, die Kosten verursacht, als beschränkend behandelt, sobald er die Chance hierzu bekommt. Das wäre eine kaum vertretbare These. Es finden sich tatsächlich – man denke allein an die sonntäglichen Verkaufsverbote – zahlreiche Vorschriften, bei denen es der EuGH abgelehnt hat, in ihnen eine Beschränkung zu erblicken, obwohl sie Kosten verursachen. Das wird hier nicht in Frage gestellt. Was bezweifelt wird ist, dass der Gerichtshof bei seinem Handeln verallgemeinerungsfähigen Kriterien folgt. Die Grenzenlosigkeit besteht mithin in der Abwesenheit dogmatischer Instrumente, von denen man sicher sagen könnte, dass der EuGH sie zur Eingrenzung des Beschränkungs-begriffs in zukünftigen Fällen anwenden wird. Angesichts dieses Mangels muss man bei jeder kostenverursachenden Vorschrift damit rechnen, dass der Gerichtshof von einer Beschränkung der Grundfreiheiten ausgeht. Das ist die Grenzenlosigkeit, die vorliegend gemeint ist.

C. Die Grenze der Rechtfertigungsprüfung

I. Inhalt der Grenze

Die Grenzen der Rechtfertigungsprüfung, die den zweiten Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit bilden, sind eng mit denen des Beschränkungs-begriffs verbunden. Je weiter der Begriff der Beschränkung, umso eher besteht Bedarf für Grenzen auf Ebene der Rechtfertigung. Wie soeben dargelegt, soll vorliegend die These entwickelt werden, dass der EuGH in jedweder kostenverursachenden Regelung eine Beschränkung erblicken kann. Da er damit den Beschränkungs-begriff in seiner weitestmöglichen Form zugrunde legt, besteht erheblicher Bedarf, die damit drohende Grenzenlosigkeit der Grundfreiheiten auf Ebene der Rechtfertigung abzuwenden. Die Frage ist: Kann das gelingen?

Die Ansicht, wonach ein gänzlich konturenloser Beschränkungs-begriff gegen die Grenzen der Grundfreiheiten verstößt, wurde damit begründet, dass er die Kompetenz der Mitgliedstaaten in Frage stellt, eigenständig Recht zu erlassen. Der EuGH erhalte dadurch die Möglichkeit, die materielle Substanz

kostenverursachender Normen umfassend zu überprüfen.³⁶ Auf Ebene des Beschränkungsbegriffs wurde demgemäß stillschweigend unterstellt, dass der Gerichtshof, sobald eine Beschränkung vorliegt, die streitige Regelung einer lückenlosen inhaltlichen Kontrolle unterziehen kann. Ihm wäre es im Rahmen der Rechtfertigung also möglich, die Einschätzung der Mitgliedstaaten, wie sie sich in ihren Regelungen ausdrücken, unter jedem denkbaren Blickwinkel in Frage zu stellen und durch seine eigenen Einschätzungen zu ersetzen. Die Grenzenlosigkeit der Grundfreiheiten, die sich auf Ebene des Beschränkungsbegriffs ergibt, ließe sich daher potentiell beseitigen, könnte man diese Berechtigung zu einer umfassenden Kontrolle in Frage stellen. Man müsste hierfür darlegen, dass der EuGH, selbst wenn eine Beschränkung besteht, dadurch nicht berechtigt wird, die streitige Norm einer in jeder Hinsicht erschöpfenden inhaltlichen Prüfung zu unterziehen. Es müsste sich vielmehr zeigen, dass der Gerichtshof im Rahmen der Rechtfertigung höchstens zu einer inhaltlich beschränkten Kontrolle befugt ist. In dem Umfang, in dem die Kontrolle beschränkt würde, wäre das Interesse der Mitgliedstaat am eigenständigen Erlass nationaler Vorschrift nach wie vor gewahrt. Deutlich würde das bspw., würde sich die Rechtfertigungsprüfung auf eine Willkürkontrolle beschränken. Solange eine Regelung nicht willkürlich ist – eine äußerst niedrige Schwelle – stünde ihre Ausgestaltung im Ermessen der Mitgliedstaaten und wäre so Ausdruck ihrer nationalen Autonomie. Bei einer derart zurückhaltenden Kontrolle drohte weder eine faktische Ausweitung der Union zum Bundestaat, noch würde der Unterschied zwischen positiver und negativer Integration in Frage gestellt; und das obwohl jede kostenverursachende Regelung nach wie vor eine Beschränkung begründet. Sollte sich hingegen ergeben, dass der EuGH tatsächlich stets zu einer inhaltlich vollständigen Prüfung berechtigt ist, wären die Grenzen der Grundfreiheiten endgültig überschritten. Die Grenze der Rechtfertigungsprüfung und somit die vierte Grenze der Grundfreiheiten lässt sich damit wie folgt umschreiben:

4. Die Prüfung der Rechtfertigung ermächtigt den EuGH nicht, jede kostenverursachende nationale Regelung einer lückenlosen inhaltlichen Kontrolle zu unterziehen.

II. Notwendigkeit der Begrenzung und Gang der Untersuchung

Ob der EuGH die vierte Grenze der Grundfreiheiten beachtet, ist Gegenstand des dritten Kapitels dieser Arbeit. Betrachtet man den Inhalt seiner Rechtfertigungsprüfung, erscheint das zweifelhaft. Beschränkende Regelungen der Mit-

³⁶ Siehe oben S. 11 ff.

gliedstaaten sind nach ständiger Rechtsprechung gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig sind.³⁷ Das sind sie dann, wenn sie einen legitimen Zweck verfolgen und zu dessen Förderung geeignet, erforderlich und angemessen sind. Jener vierstufige Test gibt dem EuGH die Möglichkeit, mitgliedstaatliche Vorschriften in jedweder Hinsicht zu überprüfen. Er erhält eben jene vollständige Ersetzungsbefugnis, die man zum Schutz der nationalen Kompetenzinteressen vermeiden sollte.

Diese These speist sich insbesondere aus der letzten Stufe der Prüfung, der Angemessenheit oder Abwägung. Bei einer oberflächlichen Betrachtung der EuGH-Judikatur könnte man zwar meinen, dass er diesen Prüfungsschritt kaum durchführt, da er seine Kontrolle der Verhältnismäßigkeit zumeist nach der Stufe der Erforderlichkeit beendet. Das wäre jedoch ein Trugschluss, da er jene Abwägungen in systematischer Form im Rahmen der Erforderlichkeit durchführt. Der Gerichtshof ist deswegen – wie viele andere Verfassungsgerichte auch – ein Abwägungsgericht (dazu Kap. 3, A, I). Die Abwägung verlangt, dass die Belastung des unionalen Verkehrs und sonstiger primärrechtlicher Rechtspositionen „in einem angemessenen Verhältnis“ stehen zu der erstrebten Förderung zwingender Belange des Allgemeinwohls.³⁸ Die rechtlich relevanten Nachteile dürfen – auf eine Kurzformel gebracht – die Vorteile nicht überwiegen. So umschrieben scheint die gerichtliche Abwägung starke Ähnlichkeiten mit der gesetzgeberischen Tätigkeit aufzuweisen. Gesetzgeber werden sich schließlich ebenfalls bemühen, nur solche Regelungen zu erlassen, bei denen sie davon ausgehen, dass die mit ihnen einhergehenden Vorteile die Nachteile überwiegen. Man könnte natürlich einwenden, dass es für den EuGH anders als für den Gesetzgeber nicht um frei bestimmbare Vor- und Nachteile einer Vorschrift geht, sondern nur um solche, die auch rechtlich relevant sind. Dieser Zusatz macht bei näherem Hinsehen aber keinen signifikanten Unterschied. Denn das Primärrecht enthält kaum Regeln, mit denen sich einzelne Aspekte sicher als rechtlich irrelevant ausschließen ließen. Es ist vielmehr gefüllt mit einer ganzen Reihe vager Zielklauseln, unter deren Begriffe – die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Art. 36 AEUV), wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, sozialer Fortschritt (Art. 3 Abs. 3 EUV) – sich nahezu jedes denkbare Argument subsumieren lässt. Noch offensichtlicher wird das Fehlen normativer Anhaltspunkte, wenn es darum geht, das Gewicht der relevanten Vor- und Nachteile zu bestimmen und diese gegeneinander abzuwägen. Welche Norm des Primärrechts befragt man bspw., um herauszufinden, welches Gewicht der Zweck der Suchtbekämpfung bei einem Glücksspielmonopol hat? Und wie verhält es sich zum Ziel der Verwirklichung des Binnenmarkts? Muss

³⁷ Siehe statt aller EuGH v. 30.11.1995, C-55/94, Slg. 1995, I-4165 – *Gebhard*, Rn. 37.

³⁸ Vgl. z. B. EuGH v. 12.3.1987, 178/84, Slg. 1987, 1262 – *Reinheitsgebot für Bier*, Rn. 28; EuGH v. 25.7.1991, C-176/90, Slg. 1991, I-4151 – *Aragonese de Publicidad Exterior*, Rn. 18; EuGH v. 12.6.2003, C-112/00, Slg. 2003, I-5659 – *Schmidberger*, Rn. 79.

ein Glücksspielmonopol die Gefahr der Spielsucht nahezu vollständig beseitigen, um die Nachteile für den Binnenmarkt aufzuwiegen? Oder genügt es, wenn es mehr zur Suchtbekämpfung beitragen kann als private Veranstalter? Fehlen rechtliche Regeln, um die rechtlich relevanten Vor- und Nachteile zu ermitteln und zu gewichten, so ist der EuGH natürlich dennoch zu einer Entscheidung ermächtigt. Er kann – ganz wie die nationalen Gesetzgeber – nach eigenem Ermessen entscheiden, welche Aspekte einer Regelung er im Rahmen der Abwägung für relevant erachtet und welches Gewicht er ihnen beimisst.³⁹ Solange es ihm möglich ist, die rechtliche Maßgeblichkeit seiner Argumente zu begründen – in Anbetracht des Mangels von Abwägungsregeln kaum eine Hürde⁴⁰ –, ist es ihm daher möglich, jeden Aspekt einer nationalen Norm in Frage zu stellen. Auf die Grenzenlosigkeit des Beschränkungsbegriffs folgt demnach die Grenzenlosigkeit der Rechtfertigungsprüfung (hierzu eingehend Kap. 3, A, II).

Wie geht man mit dieser Grenzenlosigkeit um? Aus ihr darf man jedenfalls nicht schließen, dass Abwägungen gänzlich aus der Rechtsanwendung verbannt werden sollten. Abwägungen sind im Recht unausweichlich (dazu Kap. 3, A, III). Sobald man den Bereich der bloßen Subsumtion verlässt und Zweifelsfällen gegenübersteht, beginnt für den Juristen das Reich der Wertung. Die Methode, auf die man in- und außerhalb der Rechtswissenschaft intuitiv zurückgreift, um diese Wertungen zu treffen, ist die der Abwägung. Sie ist daher untrennbar mit dem Recht verbunden. Selbst wenn für Abwägungen häufig juristische Standards fehlen, sind sie darüber hinaus dennoch mit Vorteilen verbunden (dazu Kap. 3, A, IV). Sie fördern einen transparenten Modus der Entscheidungsfindung, in dem Richter die von ihnen so oder so zu treffenden Wertungen offenlegen können. Ihre Flexibilität gewährleistet zudem Einzelfallgerechtigkeit. Ferner erscheint es in bestimmten Konstellationen nicht nur unausweichlich, sondern durchaus sinnvoll, dem EuGH und nicht den Mitgliedstaaten bestimmte Wertentscheidungen zu übertragen, selbst wenn sie sich wie Güterabwägungen an der Grenze zur Politik bewegen. So verhält es sich namentlich, wenn es um die Kontrolle von nationalen Regelungen geht, die eine unstreitige Form von Diskriminierung gegenüber EU-Ausländern beinhalten.

Außerhalb unstrittiger Fälle von Diskriminierungen besteht trotz der möglichen Vorteile jedoch keine Einigkeit darüber, ob eine umfassende Kontrolle nationaler Regelungen am Maßstab einer Güterabwägung sinnvoll ist. Angesichts der zahlreichen Einwände, die man gegen judikative Abwägungen vorbringen kann, besteht in diesen Fällen daher potentiell Bedarf, die Reichweite

³⁹ Als spezifische Kritik am EuGH *Maduro*, ELJ 3 (1997), 55 (60); *ders.*, We, the Court (1998), S. 107; *Snell*, EBLR 11 (2000), 50; als allgemeine Kritik an der gerichtlichen Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots *Aleinikoff*, Yale L. J. 96 (1987), 943 (984); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), S. 83; *Tsakyarakis*, ICON 7 (2009), 468 (472).

⁴⁰ Vgl. *Hain*, Die Grundsätze des Grundgesetzes (1999), S. 152; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), S. 81; *Urbina*, Am. J. Juris. 57 (2012), 49 (77).

von Güterabwägungen zurückzudrängen. Nur: Wie kann das gelingen? In der vorliegenden Arbeit werden zwei Ansätze untersucht:

Der erste Ansatz geht dahin, im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung keine Verhältnismäßigkeits-, sondern eine Motivkontrolle durchzuführen (dazu Kap. 3, B). Bei einer solchen ist für die Rechtfertigung lediglich erforderlich, dass der Mitgliedstaat mit einer Regelung allein legitime und keinerlei verbotene Ziele verfolgt hat. Auf Güterabwägungen muss man im Rahmen dieser Prüfung scheinbar nicht zurückgreifen. Maßgeblich sind vielmehr andere Aspekte, die auf die Ziele einer Regelung hindeuten, wie bspw. Äußerungen von Abgeordneten im Gesetzgebungsverfahren oder die mangelnde Kohärenz und Transparenz der streitigen Norm.

Die zweite Möglichkeit, um die Reichweite von Güterabwägungen zu beschränken, besteht in der Gewährung von Beurteilungsspielräumen für die Mitgliedstaaten (dazu Kap. 3, C). Anders als der Gedanke einer Motivkontrolle möchte man mit jenem dogmatischen Instrument Güterabwägungen nicht gänzlich aus der Rechtfertigungsprüfung verbannen. Umfassende Abwägungen sollen lediglich nicht mehr in allen Fällen notwendig sein. Mit der Gewährung von Beurteilungsspielräumen hat der EuGH vielmehr die Möglichkeit, auf einzelne Teile der Übermaßkontrolle und damit auch auf Abwägungen in Einzelfällen zu verzichten. So kann er seine Prüfung bspw. auf die Frage beschränken, ob eine nationale Regelung geeignet oder erforderlich ist, ohne darüber hinaus eine Güterabwägung durchzuführen. Die Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten wird so gesteigert und die Prävalenz von Abwägungen zurückgedrängt.

Im Verlauf der vorliegenden Arbeit wird sich indes zeigen, dass der EuGH keinem dieser beiden Ansätze in einem solchen Maß folgt, als dass sich hieraus eine ausreichende Begrenzung der umfassenden Übermaßkontrolle ergibt. Im Rahmen seiner Rechtfertigungskontrolle ist nicht erkennbar, dass er sich auf die Frage beschränkt, ob ein Mitgliedstaat mit seinen Normen legitime oder illegitime Ziele verfolgt. Ganz im Gegenteil: Seine Prüfungen gehen weit darüber hinaus. Ebenso wenig deutlich wird, dass er den Mitgliedstaaten systematisch Spielräume gewährt.

D. Die Gründe des Scheiterns und ihre Überwindung

Nach den vorstehenden Ausführungen möchte die vorliegende Arbeit begründen, dass die Rechtsprechung des EuGH den Grundfreiheiten keine ausreichenden Grenzen setzt. Ist dem so, schließt sich naturgemäß die Frage an, wie mit diesem Befund umzugehen ist. Juristen neigen gemeinhin dazu, die Ursache für das praktische Scheitern dogmatischer Instrumente im Inhalt der Dogmatik zu suchen. Gelingt es dem EuGH bspw. nicht, mit der Marktzugangsdoktrin hinreichende Grenzen zu etablieren, muss ausgehend hiervon das Defizit im

Inhalt der Marktzugangsdoktrin liegen. Jenen Inhalt müsste man entweder ändern oder aber einen gänzlich neuen Vorschlag zur Auslegung des Beschränkungsbegriffs entwickeln.

Der Inhalt der gegenwärtigen Grenzdogmatik ist bei näherem Hinsehen aber nicht das Problem. Wie die vorliegende Arbeit an vielen Stellen zeigen wird, gibt es durchaus eine ganze Reihe plausibler Vorschläge, um den Grundfreiheiten Grenzen zu setzen: Das Defizit liegt nicht in der bestehenden Dogmatik, als vielmehr in dem Organ, das sie umsetzen muss: dem EuGH. Er hat es bislang versäumt, die möglichen Grenzen in seine Rechtsprechung zu integrieren und die Grundfreiheiten so in den Bereich der Entgrenzung bewegt. Dieses Defizit wird sich nicht lösen, indem man den bereits zahlreichen Vorschlägen zur Begrenzung einen weiteren hinzufügt. Um ihm zu begegnen, muss man vielmehr analysieren, worin die Gründe für den vermuteten Widerwillen des Gerichtshofs liegen. Das ist Gegenstand des vierten Kapitels.

Kapitel 2

Die Grenzen des Beschränkungsbegriffs und ihr Scheitern

Das vorliegende Kapitel untersucht die Grenzen des Beschränkungsbegriffs anhand der Rechtsprechung des EuGH. Hierfür wird es diese Rechtsprechung am Maßstab der drei herrschenden Zweckdeutungen der Grundfreiheiten betrachten: ihrem Verständnis als Marktzugangsrechte (A), als Diskriminierungsverbote (B), sowie als Prinzipien gegenseitiger Anerkennung (C).

A. Die Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte

Die Auslegung der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte erfreut sich gegenwärtig großer Beliebtheit. Nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur versteht der EuGH mittlerweile alle Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte. Für die Grenzen der Grundfreiheiten ist es daher von größtmöglicher Bedeutung, wo das Recht auf Marktzugang anfängt und wo es endet.

Die Marktzugangsdoktrin basiert auf zwei Grundannahmen: Erstens geht sie davon aus, dass die Grundfreiheiten sich nicht auf den Schutz von Marktgleichheit beschränken, wie dies die Vertreter der diskriminierungsrechtlichen Deutung behaupten. Vielmehr schützen die Grundfreiheiten ausweislich des Binnenmarktziels allgemein den „freie[n] Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital“ (Art. 26 Abs. 2 AEUV). Weil dem so sei, gewährleisteten die Grundfreiheiten nicht nur Marktgleichheit, sondern auch Marktfreiheit. Dementsprechend müssten sich auch unterschiedslose Regelungen vor ihnen rechtfertigen.¹ Maßgeblich ist dann nicht mehr, ob transnationale Marktakteure durch eine Maßnahme stärker belastet werden als Inländer. Entscheidend ist allein die absolute Belastungswirkung. Zweitens unterstellt die Marktzugangsdoktrin, dass die Grundfreiheiten trotz der Erweiterung auf Marktfreiheit kein entgrenztes Mandat beinhalten. Geschützt werde allein die Freiheit des Marktzugangs und nicht die wirtschaftliche Freiheit als solche. Normen,

¹ Schlussanträge *GA Jacobs* v. 24.11.1994, C-412/93, Slg. 1995, I-179 – *Leclerc-Siplec*, Rn. 39 f.; *Grabitz* in: FS Ipsen (1977), S. 645; *Steindorff*, ZHR 158 (1994), 149 (163); *Epi-ney*, Umgekehrte Diskriminierungen (1995), S. 45; *Jarass*, EuR 2000, 705 (710 f.); *Dietz/T. Streinz*, EuR 2015, 50 (59).

die sich auf den Marktzugang nicht auswirken, blieben daher von grundfreiheitlicher Kontrolle verschont.² Ob man ausgehend von diesem Verständnis der Marktzugangsdoktrin zu einem hinreichend begrenzten Verständnis der Rechtsprechung gelangt, ist Gegenstand der nachfolgenden Analyse.

I. Prävalenz des Marktzugangstests

1. Von Dassonville bis zum Drei-Stufen-Test

Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten hat eine lebhafte Entwicklung hinter sich. Deren Ausgangspunkt bildet *Dassonville*. Der Gerichtshof äußerte sich dort erstmals zur Definition der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ innerhalb der Wareneinfuhrfreiheit und subsumierte darunter jede Handelsregelung, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.“³ Die Weite dieser Formel, welche dem Gerichtshof zusehends Probleme bereitete, führte ihn über *Cassis* zu *Keck*.⁴ Dort versuchte er sich an einer mehr oder minder offenen Kurskorrektur. Nach *Keck* seien „entgegen der bisherigen Rechtsprechung [...] bestimmte Verkaufsmodalitäten“ aus dem Tatbestand der Wareneinfuhrfreiheit auszuschneiden. Dies dann, wenn sie „für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“⁵ In diesem Fall seien nationale Regelungen nämlich „nicht geeignet, den Marktzugang für die Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse“ tun.⁶ Da die Voraussetzungen der *Keck*-Rechtsprechung – vorsichtig formuliert – vage gehalten sind, waren die nachfolgenden Analysen der Literatur primär um Präzisierung bemüht. Ansatzpunkt hierfür war einmal die vom EuGH kreierte Unterscheidung zwischen „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ und Produktvorschriften.⁷ Zum anderen entwickelte sich ein teleologisch

² Schlussanträge *GA Jacobs* v. 24.11.1994, C-412/93, Slg. 1995, I-179 – *Leclerc-Siplec*, Rn. 41; Schlussanträge *GA Fennelly* v. 16.9.1999, C-190/98, Slg. 2000, I-493 – *Graf*, Rn. 32; *Becker*, EuR 1994, 162 (172); *Roth*, CMLR 1994, 845 (851, 853); *ders.*, ZHR 159 (1995), 78 (91); *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung (2004), S. 135; *Classen*, EuR 2009, 555 (559).

³ EuGH v. 11.7.1974, 8/74, Slg. 1974, 837 – *Dassonville*, Rn. 5; zur Übertragung der *Dassonville*-Formel auf die übrigen Grundfreiheiten siehe EuGH v. 30.11.1995, C-55/94, Slg. 1995, I-4165 – *Gebhard*, Rn. 37.

⁴ EuGH v. 24.11.1993, C-267/91, C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck und Mithouard*.

⁵ EuGH v. 24.11.1993, C-267/91, C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck und Mithouard*, Rn. 16.

⁶ EuGH v. 24.11.1993, C-267/91, C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck und Mithouard*, Rn. 17.

⁷ Als Verkaufsmodalitäten lassen sich grob gefasst Regelungen verstehen, die festlegen, von wem, wann, wie und zu welchem Preis Waren verkauft werden dürfen, so *GA Tesau*

orientierter Ansatz, der sich weniger darauf konzentrierte, welche Maßnahmen unter diese relativ starren Begrifflichkeiten fallen, als vielmehr auf den Zusammenhang zwischen *Keck* und dem Marktzugang.

Jedenfalls für die Grundfreiheiten außerhalb der Warenverkehrsfreiheit⁸ hat sich schon relativ bald nach *Keck* der letztgenannte Ansatz durchgesetzt. Jene Grundfreiheiten sind heute Marktzugangsrechte, ohne dass es darauf ankäme, ob eine Regelung Verkaufsmodalitäten oder Produktvorschriften beinhaltet. Für diese Erkenntnis genügt der Blick auf die Folge-Rechtsprechung. Sie blieb überraschend unbeeinflusst von der Differenzierung zwischen Verkaufs- und Produktvorschriften. Stattdessen hat der EuGH die Ratio von *Keck* auf die übrigen Grundfreiheiten, wenn überhaupt⁹, dann ohne diese Unterscheidung übertragen.¹⁰ Er stellt stattdessen allein darauf ab, wie die streitigen Maßnahmen sich auf den Marktzugang auswirken.¹¹

Auch für die Wareneinfuhrfreiheit bestanden nach *Keck* bereits deutliche Anzeichen dafür, dass es dem EuGH weniger um die Trennung zwischen Produkt und Verkauf geht, als vielmehr um den Marktzugang.¹² Mit Anspruch auf

in Schlussanträge v. 27.10.1993, C-292/92, Slg. 1993, I-6787 – *Hünernmund*, Rn. 20; sowie *Leible*, WRP 1997, 517 (520); *Heermann*, WRP 1999, 381 (383); *Streinz*, EuZW 2003, 37 (41); *Sack*, EWS 2011, 265 (266); umfassende Übersicht zu den verschiedenen Definitionsversuchen bei *Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr (1998), S. 131 ff. Produktvorschriften sind hingegen solche, welche die Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung betreffen, EuGH v. 24.11.1993, C-267/91, C-268/91 – *Keck und Mithouard*, Rn. 15; EuGH v. 9.8.1994, C-51/93, Slg. 1994, I-3879 – *Meyhui*, Rn. 10; EuGH v. 3.6.1999, C-33/97, Slg. 1999, I-3175 – *Colim*, Rn. 38.

⁸ Zur hier ausgeklammerten, möglichen (im Ergebnis aber abzulehnenden) Sonderrolle der Warenausfuhrfreiheit des Art. 35 AEUV siehe unten S. 157 ff.

⁹ Vgl. exemplarisch für einen Fall, in dem der EuGH eine Übertragung der *Keck*-Doktrin auf die Dienstleistungsfreiheit unterließ, obgleich er die Voraussetzungen von *Keck* unmittelbar zuvor im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit geprüft hatte: EuGH v. 28.10.1999, C-6/98, Slg. 1999, I-7599 – *ARD/Pro Sieben*, Rn. 45 ff.

¹⁰ Siehe für die Dienstleistungsfreiheit EuGH v. 10.5.1995, C-384/93, Slg. 1995, I-1141 – *Alpine Investments*, Rn. 37 f.; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH v. 15.12.1995, C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – *Bosman*, Rn. 102 f.; EuGH v. 27.1.2000, C-190/98, Slg. 2000, I-493 – *Graf*, Rn. 23.

¹¹ Siehe exemplarisch zu Entscheidungen aus jüngerer Zeit für die Dienstleistungsfreiheit EuGH v. 12.7.2012, C-602/10, ECLI:EU:C:2012:443 – *Volksbank România*, Rn. 75; für die Niederlassungsfreiheit EuGH v. 28.4.2009, C-518/06, Slg. 2009, I-3491 – *Kommission / Italien*, Rn. 64; EuGH v. 7.3.2013, C-577/11, ECLI:EU:C:2013:146 – *DKV Belgium*, Rn. 33; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH v. 16.3.2010, C-325/08, Slg. 2010, I-2177 – *Olympique Lyonnais*, Rn. 34 ff.; für die Kapitalverkehrsfreiheit EuGH v. 8.7.2010, C-171/08, Slg. 2010, I-6817 – *Kommission / Portugal*, Rn. 67.

¹² Siehe z. B. EuGH v. 4.11.1997, C-337/95, Slg. 1997, I-6013 – *Dior*, Rn. 51; EuGH v. 11.12.2003, C-322/01, Slg. 2003, I-14887 – *DocMorris I*, Rn. 74; EuGH v. 8.3.2001, C-

Allgemeingültigkeit ausgesprochen hat der Gerichtshof diese Einsicht im Jahre 2009 mit seinem Anhänger-Urteil.¹³ Die zur Entscheidung berufene Große Kammer nutzte jene Rechtssache, um grundsätzlich zur Reichweite des Beschränkungsbegriffs Stellung zu nehmen. Im Rahmen umfassender „Vorüberlegungen“ äußerte sie, dass als Beschränkung der Wareneinfuhrfreiheit allgemein drei verschiedene Arten von Maßnahmen anzusehen seien. Erstens Regelungen eines Mitgliedstaats, „mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln“¹⁴, sprich Diskriminierungen. Zweitens Sachverhalte, in denen „Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen“, selbst wenn diese auch für inländische Erzeugnisse gelten.¹⁵ Das sind die Produktvorschriften nach *Keck*.¹⁶ Und schließlich drittens „jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert.“¹⁷ Da man unter diese letzte Stufe jedwede zugangsbehindernde Maßnahme subsumieren kann, ganz gleich ob sie Produktvorschrift oder Verkaufsmodalität ist, ergibt sich aus ihr der endgültige Durchbruch der Marktzugangsdoktrin. Der sich so insgesamt ergebende Drei-Stufen-Test¹⁸ entspricht seit der Anhänger-Entscheidung der ständigen Rechtsprechung.¹⁹

2. Drei-Stufen-Test und *Keck*

Ob sich der EuGH mit dem Drei-Stufen-Test vollständig von seiner *Keck*-Rechtsprechung verabschiedet hat, kann bislang nicht abschließend beurteilt werden.²⁰ Das wesentliche Novum von *Keck* lag darin, dass unterschiedslose Verkaufsmodalitäten auch dann nicht die Wareneinfuhrfreiheit beschränken,

405/98, Slg. 2001, I-1795 – *Gourmet International Products*, Rn. 19 ff.; EuGH v. 14.9.2006, C-158/04 u. a., Slg. 2006, I-8135 – *Alfa Vita*, Rn. 17 ff.

¹³ EuGH v. 10.2.2009, C-110/05, Slg. 2009, I-519 – *Kommission / Italien*.

¹⁴ EuGH v. 10.2.2009, C-110/05, Slg. 2009, I-519 – *Kommission / Italien*, Rn. 37.

¹⁵ EuGH v. 10.2.2009, C-110/05, Slg. 2009, I-519 – *Kommission / Italien*, Rn. 35, 37.

¹⁶ *Sack*, EWS 2011, 265 (276); *Purnhagen*, JZ 2012, 742 (744).

¹⁷ EuGH v. 10.2.2009, C-110/05, Slg. 2009, I-519 – *Kommission / Italien*, Rn. 37.

¹⁸ *Sack*, EWS 2011, 265 (276); *Brigola*, EuZW 2012, 248 (252); *Cremer/Bothe*, EuZW 2015, 413 (415).

¹⁹ Siehe zu den Nachweisen die nachfolgenden Fn.

²⁰ Für eine Auslegung i. S. e. vollständigen Abschieds von *Keck* Schlussanträge *GA Bot* v. 3.9.2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:527 – *Scotch Whisky Association*, Rn. 57 f.; *Pecho*, LIEI 2009, 257 (262); *Classen*, EuR 2009, 555 (558); *Sack*, EWS 2011, 265 (277); *Kröger*, EuR 2012, 468 (477); *Dietz/T. Streinz*, EuR 2015, 50 (69); *Cremer/Bothe*, EuZW 2015, 413 (417 f.); in diese Richtung auch *Spaventa*, ELRev 34 (2009), 914 (928 f.); *Kingreen* in: *Calliess/Ruffert*, Art. 36 AEUV (5. Aufl. 2016), Rn. 54; die weitere Entwicklung abwartend *Brigola*, EuZW 2012, 248 (252); für eine weitere Relevanz von *Keck* *Epiney*, NVwZ 2016, 503 (506).

wenn sie das transnationale Handelsvolumen und somit den unionalen Handel beeinträchtigen können.²¹ *Dassonville* kennt keine derartige Regel, es genügt vielmehr jedwede Beeinträchtigung des transnationalen Handels. Um die Unterscheidung tatsächlich als bedeutungslos zu begraben, müsste daher erkennbar sein, dass der Gerichtshof streitige Regelungen nicht mehr anhand dieser Begrifflichkeiten beurteilt – ob sie Verkaufsmodalitäten sind oder nicht –, sondern allein daran misst, ob sie den Marktzugang behindern. Der EuGH sendet diesbezüglich gemischte Signale.

So finden sich Judikate, in denen er in vermeintlichen Verkaufsmodalitäten eine Beschränkung der Wareneinfuhrfreiheit erblickte, ohne den Begriff der Verkaufsmodalität oder *Keck* auch nur zu erwähnen. Diese Beschreibung passt bspw. auf die Rs. *Scotch Whisky Association*.²² Die dort maßgebliche Regelung begründete einen Mindestpreis für alkoholische Getränke²³, kurzum eine klassische Verkaufsmodalität, da sie nicht die Eigenschaften der Produkte betrifft, sondern nur die Einzelheiten ihres Verkaufs. Der Gerichtshof würdigte seine *Keck*-Rechtsprechung dennoch mit keiner Silbe und stellte allein darauf ab, dass die Regelung geeignet sei, den Marktzugang zu behindern, „weil sie verhindert, dass sich niedrigere Gestehungskosten eingeführter Erzeugnisse im Endverkaufspreis niederschlagen können“.²⁴ Er beurteilte die streitige Maßnahme also ohne Umwege anhand des neuen Marktzugangstests. Dieses Urteil schien sich damit den Schlussanträgen von Generalanwalt *Bot* anzuschließen, welcher offen aussprach, dass die Kategorie der Verkaufsmodalitäten mit dem neuen Drei-Stufen-Test für ihn keine Rolle mehr spielt.²⁵

In anderen Entscheidungen findet die Kategorie der Verkaufsmodalität hingegen nach wie vor Berücksichtigung. In den meisten von ihnen ordnete der Gerichtshof die streitige Regelung zunächst als Verkaufsmodalität ein, um sodann aber festzustellen, dass in jener dennoch eine Beschränkung liege, da sie

²¹ Vgl. EuGH v. 24.11.1993, C-267/91, C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck und Mithouard*, Rn. 13.

²² EuGH v. 23.12.2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 – *Scotch Whisky Association*. Ebenso EuGH v. 6.10.2011, C-443/10, Slg. 2011, I-9327 – *Bonnarde*: Anspruch auf Umweltbonus für bestimmte Kfz hing davon ab, dass in der Zulassungsbescheinigung der Vermerk „Vorführwagen“ enthalten war; EuGH v. 26.4.2012, C-456/10, ECLI:EU:C:2012:241 – *ANETT*: Verbot für Einzelhändler, Tabakerzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten einzuführen, was die faktische Pflicht begründete, jene eingeführten Erzeugnisse von Großhändlern zu beziehen.

²³ EuGH v. 23.12.2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 – *Scotch Whisky Association*, Rn. 5 ff.

²⁴ EuGH v. 23.12.2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 – *Scotch Whisky Association*, Rn. 32.

²⁵ Schlussanträge *GA Bot* v. 3.9.2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:527 – *Scotch Whisky Association*, Rn. 57 f.