

DAS RECHT DES EUROPÄISCHEN BINNENMARKTES

zu § 4 V Schutzbereich, Beeinträchtigung und Schranken der Grundfreiheiten

Schema 2 Verletzung einer Grundfreiheit (allgemeiner Prüfungsaufbau)

I. Schutzbereich

- = Betroffenheit der Grundfreiheit (= GF)

1) *Räumlicher und zeitlicher Schutzbereich*

- Maßnahme mit Wirkung innerhalb des Geltungsbereiches des AEUV (vgl. Art. 52 EUV, Art. 355 AEUV¹)
- Keine temporäre Unanwendbarkeit der GF aufgrund von Übergangsfrist im Beitrittsvertrag
(→ betrifft neue Mitgliedstaaten)

2) *Persönlicher Schutzbereich*

- Grundfreiheitsträger als Betroffener
 - Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates
 - Juristische Person ("Gesellschaft") mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat
 - vgl. Art. 54 UA 1 (auch in Verbindung mit Art. 62) AEUV² (allgemeiner Rechtsgedanke)
 - weiter Begriff der "Gesellschaft" (Art. 54 UA 2 AEUV): auch Personengesellschaften, auch Personen des öffentlichen Rechts
 - In einigen Fällen: geschützte natürliche oder juristische Person aus Drittstaat (Nicht-Mitgliedstaat)
 - Einbeziehung in den Schutzbereich nach der Konzeption der GF
 - *alle Personen* bei Warenverkehrsfreiheit (vgl. nur Art. 28 II, 29 AEUV³) und Kapital- und Zahlungsfreiheit (vgl. Art. 63 I, II AEUV⁴)
 - Familienangehörige von Arbeitnehmern und Niedergelassenen werden lediglich indirekt geschützt (durch Sekundärrecht zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit)
 - Einbeziehung in den Schutzbereich aufgrund völkerrechtlichen Vertrages
 - z.B. mit der Schweiz und der Türkei
- Gegebenenfalls Erfüllung besonderer personenbezogener Voraussetzungen
 - z.B. Ansässigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates [=MS] nach Art. 49 UA 1 S. 2 AEUV⁵

3) *Sachlicher Schutzbereich*

- Grenzüberschreitender Sachverhalt (→ Bezug zur Europäischen Union)
 - in den Schutzbereich der GF fällt nur die *grenzüberschreitende wirtschaftliche Mobilität*
- Geschützte Verhaltensweise des Betroffenen
 - siehe dazu *Schema 1*
 - hier Abgrenzung von den anderen GF und dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV⁶) durch Schwerpunkt Betrachtung
 - beachte: jede GF umfasst auch das Recht zu dem erforderlichen Aufenthalt in anderen MS
- Kein ausgenommener spezieller Bereich (keine Bereichsausnahme)
 - nach Art. 45 IV, 51 UA 1 (auch in Verbindung mit Art. 62) AEUV⁷ oder auf der Grundlage von nach Art. 51 UA 2 (auch i.V.m. Art. 62) AEUV zu erlassendem Sekundärrecht

¹ Früher (bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon) Art. 299 EGV.

² Früher Art. 48 UA 1 (auch in Verbindung mit Art. 55) EGV.

³ Früher Art. 23 II, 24 EGV.

⁴ Früher Art. 56 I, II EGV.

⁵ Früher Art. 43 UA 1 S. 2 EGV.

⁶ Früher Art. 18 EGV.

⁷ Früher Art. 39 IV, 45 UA 1 (auch in Verbindung mit Art. 55) EGV.

II. Beeinträchtigung⁸

- 1) *Handeln eines Grundfreiheitsadressaten* (eines an die Grundfreiheit gebundenen Subjekts)
 - kann auch in einem Unterlassen liegen (→ grundfreiheitsrechtliche Schutzpflichten)
 - a) Handeln eines Mitgliedstaates
 - auch innerstaatlicher Hoheitsträger (Länder, Regionen, Autonome Gemeinschaften, Landkreise, Gemeinden etc.)
 - auch privatrechtlich organisierter aber von Hoheitsträgern beherrschter Einrichtungen
 - b) Handeln eines Organes oder einer Einrichtung der Gemeinschaft/Union
 - c) Nur in Ausnahmefällen: Handeln eines Privaten mit besonderer wirtschaftlicher Machtstellung⁹
 - aa) Allgemeine Regelungen privater Verbände, welche die Ausübung der GF behindern
 - insbes. Regelungen der Sportverbände zum Profi-Sport (→ EuGH, *Walrave und Koch*; EuGH, *Bosman*)
 - bb) Tarifverträge und Arbeitsk Kampfmaßnahmen von Gewerkschaften
 - EuGH, *Laval* (ohne Unterscheidung zwischen Tarifverträgen und Arbeitsk Kampfmaßnahmen)
 - cc) Allgemeine Regelungen von Arbeitgebern, welche die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit behindern
 - EuGH, *Angonese*; SKEPSIS IN DER LITERATUR
- 2) *Qualifizierbarkeit des Handelns als Diskriminierung oder Beschränkung*
 - a) Diskriminierung
 - aa) Offene (direkte) Diskriminierung
 - formal unterschiedliche Behandlung inländischer und ausländischer Waren/Dienstleistungen/Personen etc.
 - bb) Versteckte (indirekte) Diskriminierung
 - formal gleiche (= unterschiedslose) Behandlung, die aber ausländische Waren/Dienstleistungen/Personen etc. typischerweise stärker betrifft (weiter Diskriminierungsbegriff des EuGH)
 - schwierig von der Beschränkung abzugrenzen
 - b) Beschränkung
 - aa) Regelung, die geeignet ist, den Warenaustausch innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern
 - ursprünglicher, sehr weiter Beschränkungs begriff des EuGH (seit → *Dassonville*)
 - maßgeblich ist danach nur die (eventuell nur potentielle!) Wirkung, nicht die Zielrichtung der Maßnahme
 - bb) Produktbezogene, nicht allgemeine vertriebsbezogene Regelung
 - korrigierende Einschränkung des Beschränkungs begriffs durch EuGH (seit → *Keck*); für die Warenverkehrs-freiheit entwickelt aber für die anderen GF übernehmbar
 - cc) Minimale Nähebeziehung zwischen Maßnahme und beeinträchtigender Wirkung (Rule of remoteness)
 - weitere korrigierende Einschränkung des Beschränkungs begriffs durch den EuGH: keine Beeinträchtigung, wenn die Auswirkungen zu unbestimmt oder zu mittelbar sind
 - im Einzelnen noch ungeklärt, eigenständige Bedeutung dieser Eingrenzung UMSTRITTEN

III. Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung (keine Rechtfertigung durch die Schranken der Grundfreiheit)

- 1) *Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch ausdrückliche Schranke*
 - Art. 36 AEUV (Warenverkehrsfreiheit), 45 III AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit), 52 I AEUV (Niederlassungsfreiheit), 52 I in Verbindung mit 62 AEUV (Dienstleistungsfreiheit), 64 ff. AEUV (Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit)¹⁰
 - a) Erfüllung der Voraussetzungen der Schranken-Regelung
 - unbestimmte Rechtsbegriffe (wie "öffentliche Ordnung" und "öffentliche Sicherheit") sind hier eng auszulegen; sie können eine andere Bedeutung haben als im mitgliedstaatlichen Recht
 - die wichtigsten Rechtfertigungsgründe: Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit
 - b) Beachtung der *Schranken-Schranken*
 - aa) Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung
 - α) Zulässiger Zweck
 - hier: der einschlägige Rechtfertigungsgrund
 - β) Geeignetheit
 - Maßnahme muss zur Verfolgung des Zweckes förderlich sein
 - beachte: eine Maßnahme kann streng aber dennoch geeignet sein!

⁸ Alternativ wird auch der Begriff "Eingriff" verwendet. Beachte: "Beeinträchtigung" bzw. "Eingriff" bedeutet nicht notwendigerweise "Verletzung". Nur eine Beeinträchtigung, die nicht durch die Schranken der Grundfreiheit gerechtfertigt ist, stellt eine Verletzung der Freiheit dar.

⁹ Nachtrag 2010: Siehe zu diesem Problemkreis jetzt *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten. Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht, 2010.

¹⁰ Früher Art. 30 EGV (Warenverkehrsfreiheit), 39 III EGV (Arbeitnehmerfreizügigkeit), 46 I EGV (Niederlassungsfreiheit), 46 I in Verbindung mit 55 EGV (Dienstleistungsfreiheit), 57 ff. EGV (Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit).

- γ) Erforderlichkeit
 - Maßnahme muss das mildeste Mittel unter allen gleich geeigneten Mitteln darstellen
 - häufig liegt hier das Hauptproblem des Falles
 - erwägen Sie mögliche Alternativen (→ Phantasie!)
 - δ) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)
 - vom EuGH häufig nur oberflächlich geprüft
 - die dem Bürger auferlegte Last darf im Hinblick auf den verfolgten Zweck nicht unverhältnismäßig sein
 - insbes. keine Verletzung des Wesensgehalts der GF
 - bb) Kein Verstoß gegen Grundrechte
 - siehe u.a. die Aufsehen erregende Entscheidung ECJ, *Carpenter*
 - cc) Kein Verstoß gegen sonstiges Primär- oder Sekundärrecht der Union
 - insbes. keine willkürliche Diskriminierung (vgl. den Rechtsgedanken des Art. 36 S. 2 AEUV)¹¹
- 2) *Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch immanente Schranken*
- anerkannt seit EuGH, *Cassis de Dijon*
 - a) Anwendbarkeit der immanenten Schranken
 - aa) Beeinträchtigung in Form einer Beschränkung
 - bb) Beeinträchtigung in Form einer versteckten Diskriminierung (GANZ HERRSCHENDE MEINUNG)
 - nach MINDERMEINUNG IN DER LITERATUR auch bei offener Diskriminierung
 - b) Voraussetzungen der immanenten Schranken: Verfolgung *zwingender öffentlicher Interessen*
 - Terminologie des EuGH: "exigences impératives"/"zwingende Erfordernisse"/"mandatory requirements" (→ *Cassis de Dijon*), "raisons impérieuses d'intérêt général"/"zwingende Gründe des Allgemeininteresses"/"overriding reasons relating to the general interest" (→ *Gouda*)
 - nur nicht-wirtschaftliche Interessen
 - anerkannte Fallgruppen: zum Beispiel Umweltschutz, Gesundheitsschutz, Verbraucherschutz, Erhalt des nationalen kulturellen Erbes, wirksame Kontrolle im Steuerwesen, Lauterkeit des Handelsverkehrs; freie Ausübung der Grundrechte (EuGH, *Schmidberger*)
 - c) Beachtung der Schranken-Schranken (siehe oben)

Anmerkung: Dieses Schema gibt lediglich die *Grundstrukturen* wieder, die aufgrund der weitgehenden *Konvergenz* der Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des EuGH allen Grundfreiheiten gemeinsam sind. Es muss bei der Anwendung auf den konkreten Fall an die Besonderheiten der jeweiligen Grundfreiheit angepasst werden.

Dieses Schema und die folgenden Schemata folgen einem verbreiteten wissenschaftlichen Ansatz, der die Konvergenz der Grundfreiheiten und die *starken Parallelen zwischen den Grundfreiheiten und den Grundrechten* besonders berücksichtigt. Da es sich in beiden Fällen um subjektive Rechte handelt, die in erster Linie Abwehrrechte darstellen, lassen sich die meisten Elemente der Grundrechtstheorie und -dogmatik übertragen. Insbesondere ist es auch bei den wirtschaftlichen Grundfreiheiten wesentlich, klar zwischen dem Schutzbereich, der Beeinträchtigung und der Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch die Schranken der Grundfreiheit zu unterscheiden. So handelt es sich beispielsweise bei Art. 45 IV und Art. 51 UA 1 AEUV¹² um Bereichsausnahmen, welche ganze Bereiche von Aktivitäten aus dem Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit ausschließen; sie dürfen nicht mit Schranken Klauseln verwechselt werden. Hingegen regeln der Einschub in Art. 45 III und Art. 52 I AEUV¹³ Schranken, die nicht als "Ausnahmen" oder "exceptions" missverstanden werden dürfen.

Vertiefungshinweis: Siehe zum allgemeinen Prüfungsaufbau und den dogmatischen Hintergründen *Ehlers*, in: derselbe (Herausgeber), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3. Auflage 2009 [2. Auflage 2005 = Ehlers (Herausgeber), *European Fundamental Rights and Freedoms*, 2007], § 7; *Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Band 1, 2004, Randnummern 42 ff., 346 ff.; *Bieber/ Epi-ney/Haag*, *Die Europäische Union*, 8. Auflage 2009, § 10 Randnummern 9 ff.; *Jarass*, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, *Europarecht* 1995, S. 202 ff. und *Europarecht* 2000, S. 705 ff.; *Jarass*, *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, in: *Andenas/Roth* (Herausgeber), *Services and Free Movement in EU Law*, 2002, S. 141 ff.; *Kingreen*, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999; *Kingreen*, *Fundamental Freedoms*, in: von Bogdandy/ Bast (Herausgeber), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, S. 549 ff. - Siehe insbesondere die *Schemata* von *Ehlers*, § 7 Randnummer 113 (in der englischen Ausgabe Randnummer 98); *Frenz*, Randnummern 463, 541 und *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, 6. Auflage 2009, Randnummer 705.

(Datei: Schema 2 (EU-BMR))

¹¹ Früher Art. 30 S. 2 EGV.

¹² Früher Art. 39 IV und Art. 45 UA 1 EGV.

¹³ Früher der Einschub in Art. 39 III und 46 I EGV.