

**Schriften zum Europäischen Recht**

---

**Band 104**

# **Diskriminierung und Beschränkung**

**Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik  
der wirtschaftlichen Grundfreiheiten  
des EG-Vertrages**

**Von**

**Axel Mühl**



**Duncker & Humblot · Berlin**

AXEL MÜHL

## Diskriminierung und Beschränkung

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

**Siegfried Magiera und Detlef Merten**

Band 104

# Diskriminierung und Beschränkung

Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik  
der wirtschaftlichen Grundfreiheiten  
des EG-Vertrages

Von

Axel Mühl



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Universität Bayreuth hat diese Arbeit  
im Jahre 2003 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 703

Alle Rechte vorbehalten

© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0937-6305

ISBN 3-428-11343-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2003 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis April 2003 berücksichtigt.

Zu Dank verpflichtet bin ich in erster Linie meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Rudolf Streinz. Er hat mir die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der reizvollen Thematik der grundfreiheitlichen Dogmatik ermöglicht und den Entstehungsprozess dieser Arbeit durch zahlreiche wertvolle Anregungen, Hinweise und Ratschläge gefördert. Seine stete Gesprächsbereitschaft, verbunden mit der Toleranz gegenüber individuellen Denkansätzen, hat wesentlich zum Gelingen der vorliegenden Schrift beigetragen.

Herrn Privatdozent Dr. Wolfgang Weiß danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei meinen Freunden Dr. Holger Pittroff LL.M., Dr. Stefan Plötscher LL.M., Dr. Isabel Schübel-Pfister, Hagen Christmann, Stefanie Klink, Tina Stengele und Anja Kotter. Sie alle haben mich bei meinem langen Lauf über den Campus begleitet und mich bei der Arbeit unterstützt; ohne sie wäre meine Zeit als Doktorand in Bayreuth bedeutend ärmer geblieben.

Schließlich habe ich Herrn Professor Dr. Siegfried Magiera und Herrn Professor Dr. Dr. Detlef Merten für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe zu danken.

Stuttgart, im Juli 2003

*Axel Mühl*



## Inhaltsübersicht

Einleitung .....	27
------------------	----

### *1. Teil*

#### **Abstrakte Strukturelemente der Grundfreiheiten**

<b>1. Kapitel: Vorfragen</b> .....	30
A. Die Entwicklung einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten als Ziel ...	30
B. Grundfreiheitliche Dogmatik zwischen Vertragstext und Judikatur.....	49
<b>2. Kapitel: Der Diskriminierungsbegriff als Kernelement einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten</b> .....	62
A. Grundfreiheiten und allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) .....	63
B. Die Struktur des grundfreiheitlichen Diskriminierungsbegriffs .....	77
C. Die verschiedenen Formen der Diskriminierung.....	101
<b>3. Kapitel: Diskriminierung und Beschränkung - Die Grundfreiheiten im teleologisch-systematischen Kontext des EG-Vertrages</b> .....	112
A. Systembildende Strukturen der Grundfreiheiten .....	113
B. Materielle Verbindungslinien zwischen den Grundfreiheiten und übergeordneten Prinzipien des EG-Vertrages.....	121
C. Diskriminierung und Beschränkung.....	198

### *2. Teil*

#### **Die grundfreiheitliche Prüfung in der Praxis**

<b>4. Kapitel: Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten</b> .....	248
A. Sachlicher Anwendungsbereich.....	249
B. Persönlicher Anwendungsbereich .....	267
C. Räumlicher Anwendungsbereich .....	289

<b>5. Kapitel: Die Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten .....</b>	<b>292</b>
A. Verpflichtete der Grundfreiheiten .....	293
B. Allgemeine Charakteristika beeinträchtigender Maßnahmen.....	320
C. Praktische Prüfung der verschiedenen Beeinträchtigungsformen .....	324
<b>6. Kapitel: Die Rechtfertigung beeinträchtigender Maßnahmen .....</b>	<b>345</b>
A. Grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeiten .....	346
B. Schranken-Schranken.....	370
C. Differenzierung zwischen den Rechtfertigungsstrukturen.....	379
<b>7. Kapitel: Zusammenfassung und Prüfungsschema .....</b>	<b>415</b>
A. Zusammenfassung in Thesen .....	415
B. Schema der grundfreiheitlichen Prüfung.....	420
<b>Schlussbetrachtung.....</b>	<b>422</b>
<b>Verzeichnis der zitierten EuGH-Entscheidungen .....</b>	<b>425</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>441</b>
<b>Sachwortverzeichnis.....</b>	<b>474</b>

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	27
------------------	----

## 1. Teil

### Abstrakte Strukturelemente der Grundfreiheiten

<b>1. Kapitel: Vorfragen</b> .....	<b>30</b>
A. Die Entwicklung einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten als Ziel ...	30
I. Erfordernis einer einheitlichen Dogmatik .....	32
1. Vorteile der Entwicklung dogmatischer Strukturen .....	32
a) Förderung von Rechtssicherheit und -klarheit .....	32
b) Erleichterung der Rechtsanwendung .....	33
c) Akzeptanz .....	34
2. Defizite im Vertragstext und in der Rechtsprechung des EuGH .....	35
a) Normtext .....	35
aa) Tatbestandsebene .....	36
bb) Rechtfertigungsebene .....	37
b) Judikatur betreffend die Grundfreiheiten .....	37
aa) Der Diskriminierungsbegriff in der Judikatur des EuGH .....	38
bb) Differenzierung zwischen diskriminierenden und nichtdiskriminierenden Maßnahmen .....	39
cc) Die Übertragbarkeit der <i>Keck</i> -Rechtsprechung auf andere Grundfreiheiten .....	41
dd) Rechtsprechung zur sog. Drittwirkung der Grundfreiheiten .....	42
3. Grundprinzipien einer praktischen Dogmatik .....	43
a) Mögliche Nachteile dogmatischer Methodik .....	44
aa) Dogmatik im Allgemeinen .....	44
(1) Dogmatik vs. Case Law .....	44
(2) Grundsätzliche Ambivalenz .....	44
(3) Kein Bezug zu Durchschnittsfällen? .....	45
bb) Einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten .....	45
b) Folgerungen für eine praktische Dogmatik .....	46
aa) Simplifizierung und Komplexität .....	46
bb) Konsensfähigkeit .....	47
cc) Rechtsdogmatik und Praxis .....	47

II. Zielvorgaben .....	48
B. Grundfreiheitliche Dogmatik zwischen Vertragstext und Judikatur.....	49
I. Der EG-Vertrag als Ausgangspunkt und Begrenzung.....	49
1. Notwendigkeit einer Bindung an den Vertragstext.....	49
2. Der Zweck der Grundfreiheiten als maßgebliches Kriterium.....	51
a) Interpretation der grundfreiheitlichen Vorschriften des EG-Vertrages.....	51
b) Das Binnenmarktziel als Telos der Grundfreiheiten .....	52
3. Ergänzung durch übergeordnete Vertragsprinzipien .....	53
a) Der Begriff des Prinzips .....	54
b) Konsequenzen .....	55
II. Die Einbeziehung der Rechtsprechung des EuGH .....	55
1. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	56
a) Dogmatik vs. Case Law .....	57
b) Konsequenzen für eine Dogmatik der Grundfreiheiten .....	57
2. Die Rolle des EuGH im europäischen Rechtsfindungsprozess .....	58
a) Rechtsfortbildung durch europäisches Richterrecht.....	58
b) Folgerungen.....	60
<b>2. Kapitel: Der Diskriminierungsbegriff als Kernelement einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten .....</b>	<b>62</b>
A. Grundfreiheiten und allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) .....	63
I. Der Inhalt des allgemeinen Diskriminierungsverbotes.....	64
1. Diskriminierung .....	65
a) Geltung und Wirkung nationaler Maßnahmen.....	65
b) Diskriminierungsverbot und allgemeiner Gleichheitssatz .....	66
2. Die Staatsangehörigkeit als verbotenes Kriterium.....	68
a) Begünstigter Personenkreis.....	68
b) Diskriminierung „aus Gründen“ der Staatsangehörigkeit.....	69
3. Rechtfertigungsmöglichkeiten.....	71
II. Die Grundfreiheiten als „besondere Bestimmungen“ gemäß Art. 12 Abs. 1 EG.....	73
1. Vertragstext und -systematik.....	73
2. Rechtsprechung .....	74
3. Stellungnahme.....	74
III. Folgerungen für den grundfreiheitlichen Diskriminierungsbegriff .....	76
B. Die Struktur des grundfreiheitlichen Diskriminierungsbegriffs .....	77
I. Anforderungen an den Diskriminierungsbegriff .....	77
II. Der Diskriminierungsbegriff im Wortlaut des EG-Vertrages.....	78
1. Ausdrückliche Bezugnahme auf „Diskriminierungen“ .....	78

2. Gleichbehandlungsgebote im weiteren Sinne.....	80
III. Der (unbestimmte) Diskriminierungsbegriff des EuGH.....	81
1. Terminologische Differenzierungen.....	81
2. Erweiterung des Diskriminierungsbegriffs durch den EuGH.....	82
3. Rechtfertigungsdogmatik .....	84
IV. Die Ansicht <i>Kingreens</i> et al. - der sog. „materielle“ Diskriminierungs- begriff.....	86
V. Diskriminierung aufgrund formaler Kriterien .....	90
1. Ungleichbehandlung .....	91
a) Einseitige Wirkrichtung.....	91
b) Differenzierung .....	92
2. Begründungsverbote oder Anknüpfungsverbote? .....	93
3. Verbotene Differenzierungskriterien.....	95
a) Staatsangehörigkeit.....	95
b) Produktherkunft bzw. -destination.....	96
c) Sonstige Kriterien (insb. der Grenzübertritt) .....	97
4. Vergleichsrichtung .....	98
5. Konvergenz der Grundfreiheiten .....	99
VI. Zwischenergebnis.....	101
C. Die verschiedenen Formen der Diskriminierung.....	101
I. Offene und versteckte Diskriminierung .....	102
1. Offene Diskriminierung .....	102
2. Versteckte Diskriminierung .....	103
a) Begriff und Begründung .....	103
b) Differenzierung anhand „neutraler“ Merkmale .....	104
aa) Typisierende Betrachtungsweise.....	105
bb) Statistische Betrachtungsweise? .....	106
II. Sonderfall: Inländerdiskriminierung .....	107
1. Begriff und Entstehungsvoraussetzungen .....	107
2. Lösung der Problematik .....	109
<b>3. Kapitel: Diskriminierung und Beschränkung - Die Grundfreiheiten im teleologisch-systematischen Kontext des EG-Vertrages .....</b>	<b>112</b>
A. Systembildende Strukturen der Grundfreiheiten .....	113
I. Das äußere System des EG-Vertrages.....	113
1. Einteilung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten im Vertragstext.....	113
a) Art. 3 Abs. 1 lit. c EG als Ausgangspunkt .....	114
b) Die Systematik innerhalb der grundfreiheitlichen Vorschriften des Dritten Teils des EG-Vertrages .....	115
aa) Titel I des Dritten Teils des EG-Vertrages .....	115

bb) Titel III des Dritten Teils des EG-Vertrages.....	115
2. Kritik.....	117
II. Die innere Ordnung der Grundfreiheiten.....	119
1. Auffassungen im Schrifttum .....	119
2. Eigene Ansicht .....	120
B. Materielle Verbindungslinien zwischen den Grundfreiheiten und übergeordneten Prinzipien des EG-Vertrages.....	121
I. Die Binnenmarktkonzeption als Interpretationsansatz .....	122
1. Die Wechselwirkung von Binnenmarkt und Grundfreiheiten .....	122
2. Entwicklung des Binnenmarktziels .....	123
a) Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt .....	123
b) Gemeinsamer Markt vs. Binnenmarkt .....	124
aa) Regelungsgegenstand.....	125
bb) Regelungsziel .....	126
cc) Zusammenfassung.....	128
c) Folgerungen für eine Dogmatik der Grundfreiheiten.....	128
3. Inhalt der Binnenmarktkonzeption .....	129
a) Marktfreiheit und Marktgleichheit.....	129
aa) Marktfreiheit .....	130
(1) Ökonomisch indizierte Hemmnisse .....	132
(2) Die föderale Komponente des Binnenmarktes .....	133
(3) Restriktion durch grenzüberschreitenden Bezug.....	135
(4) Zwischenergebnis .....	136
bb) Marktgleichheit .....	137
b) System unverfälschten Wettbewerbs.....	139
c) Zusammenfassung .....	142
4. Zwischenergebnis.....	142
II. Kompetenzfragen .....	143
1. Die Anforderungen des Art. 5 EG.....	145
a) Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung.....	145
aa) Art. 5 Abs. 1 EG als Ausgangspunkt .....	145
bb) Ergänzungen.....	146
(1) Art. 308 EG.....	146
(2) Lehre der „implied powers“.....	147
cc) Konsequenzen für eine Dogmatik der Grundfreiheiten.....	148
(1) Die föderale Struktur der Gemeinschaft.....	148
(2) Rückwirkung der Grundfreiheiten auf die Kompetenzverteilungsordnung.....	150
(3) Wechselwirkungen.....	152
(4) Konvergente Strukturen .....	152
b) Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	153
aa) Art. 5 Abs. 2 EG .....	154

(1) Formale Bindung des EuGH an Art. 5 Abs. 2 EG?.....	154
(2) Materielle Ausstrahlungswirkung des Subsidiaritätsprinzips auf die Grundfreiheiten .....	156
(3) Präzisierungen im Hinblick auf eine grundfreiheitliche Dogmatik.....	157
bb) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	159
(1) Art. 5 Abs. 3 EG als Kompetenzausübungsregel .....	159
(2) Folgerungen .....	160
2. Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nach Art. 10 EG .....	161
3. Grundfreiheiten und Rechtsangleichung .....	164
4. Zwischenergebnis.....	167
III. Grundfreiheiten und Umweltschutz .....	168
1. Die Entwicklung des Umweltprinzips als Prozess .....	169
a) Primärrecht .....	170
aa) Implementierung des Umweltschutzgedankens durch die EEA..	170
(1) Handlungsprinzipien, Querschnittsklausel und Berücksich- tigungsgebote .....	171
(2) Aufgabenverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitglied- staaten.....	176
bb) Neuorientierung nach Maastricht.....	179
(1) Grundsatzbestimmungen.....	179
(2) Hohes Schutzniveau mit regionalem Bezug.....	180
(3) Handlungsprinzipien, Querschnittsklausel und Berücksich- tigungsgebote .....	180
(4) Aufgabenverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitglied- staaten.....	182
cc) Primärrechtliche Verankerung des Umweltprinzips nach Amster- terdam.....	183
(1) Art. 2 EG.....	183
(2) Schutzniveaunklausel.....	184
(3) Art. 6 EG.....	184
(4) Nationale Schutzverstärkung nach Art. 95 Abs. 4 und 5 EG	185
b) Rechtsprechung des Gerichtshofs.....	187
aa) <i>ADBHU</i> .....	187
bb) <i>Dänische Pfandflaschen</i> .....	188
cc) <i>Titandioxid et al.</i> .....	189
dd) <i>Wallonien</i> .....	191
ee) <i>PreussenElektra</i> .....	192
c) Ergebnis.....	194
2. Konsequenzen für eine grundfreiheitliche Dogmatik.....	194
a) Tatbestandsebene .....	195
b) Rechtfertigungsebene .....	195

IV. Zwischenbilanz .....	197
C. Diskriminierung und Beschränkung.....	198
I. Vertragstext.....	200
1. Primärrechtliche Anknüpfungspunkte für ein Diskriminierungsverbot..	201
a) Personenverkehrsfreiheiten.....	201
b) Produktverkehrsfreiheiten .....	202
2. Primärrechtliche Anknüpfungspunkte für ein weitergehendes Beschränkungsverbot .....	203
a) Personenverkehrsfreiheiten.....	204
b) Produktverkehrsfreiheiten .....	205
3. Folgerungen .....	205
II. Rechtsprechung.....	206
1. Produktverkehrsfreiheiten .....	207
a) Grundfreiheitsliches Diskriminierungsverbot .....	207
b) <i>Dassonville</i> .....	208
c) Die <i>Cassis</i> -Rechtsprechung .....	209
d) <i>Oebel et al.</i> .....	210
e) <i>Keck</i> .....	213
f) <i>Post-Keck</i> .....	216
g) Zusammenfassung .....	219
2. Personenverkehrsfreiheiten .....	220
a) Klassisches Verständnis der Personenverkehrsfreiheiten .....	220
b) Anerkennungsfälle.....	222
c) Maßnahmen mit mobilitätsbeschränkender Wirkung .....	224
3. Ergebnis .....	227
III. Literatur.....	228
1. Gleichheitsrechtliche Ansätze .....	229
2. Freiheitsrechtliche Ansätze .....	232
3. Weitergehende Ansätze.....	234
a) Die Ansicht <i>Hoffmanns</i> .....	234
b) Grundfreiheiten als Grundrechte?.....	236
IV. Eigener Ansatz .....	238
1. Der gleichheitsrechtliche Gehalt der Grundfreiheiten (Diskriminierungsverbot).....	239
2. Der freiheitsrechtliche Gehalt der Grundfreiheiten (Beschränkungsverbot).....	241
3. Der Zusammenhang zwischen Diskriminierung und Beschränkung .....	244
a) Dogmatische Verklammerung .....	245
b) Das grundfreiheitsliche Stufenmodell .....	245
aa) Offene Diskriminierung .....	245
bb) Versteckte Diskriminierung.....	246
cc) Bloße Beschränkung .....	246

dd) Sonstige Maßnahmen .....	246
4. Ergebnis .....	247

*2. Teil*

**Die grundfreiheitliche Prüfung in der Praxis**

<b>4. Kapitel: Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten .....</b>	<b>248</b>
A. Sachlicher Anwendungsbereich .....	249
I. Die Abgrenzung der einzelnen Grundfreiheiten untereinander .....	250
1. Bedeutung und Besonderheiten .....	250
2. Abgrenzungen im Einzelnen .....	252
a) Freier Warenverkehr .....	252
b) Arbeitnehmerfreizügigkeit .....	253
c) Niederlassungsfreiheit .....	255
d) Dienstleistungsfreiheit .....	256
e) Freiheiten des Kapital- und Zahlungsverkehrs .....	258
II. Der grenzüberschreitende Bezug als gemeinsames Merkmal .....	259
1. Dogmatische Verortung .....	259
2. Praktische Prüfung .....	261
3. Rückkehrerfälle und andere Inländerbelastungen .....	263
III. Bereichsausnahmen .....	265
B. Persönlicher Anwendungsbereich .....	267
I. Vorbemerkung: Die Grundfreiheiten als subjektive Rechte .....	268
1. Exkurs: Die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten .....	269
2. Anhaltspunkte für ein subjektiv-rechtliches Verständnis der Grundfreiheiten .....	270
a) Vertragstext .....	270
b) Rechtsprechung .....	272
II. Natürliche Personen .....	273
1. Grundsatz .....	274
2. Restriktionen .....	276
a) Staatsangehörigkeit .....	276
b) Ansässigkeit .....	278
3. Erbringer und Empfänger wirtschaftlicher Leistungen .....	279
4. Konvergenz der Grundfreiheiten? .....	280
III. Juristische Personen und Personenmehrheiten .....	282
1. Keine Einschränkung auf natürliche Personen .....	282
2. Konkretisierungen .....	283
a) Waren-, Kapital- und Zahlungsverkehr .....	284

b) Grundfreiheiten mit notwendigem Personenbezug.....	285
IV. Zusammenfassung.....	288
C. Räumlicher Anwendungsbereich .....	289
<b>5. Kapitel: Die Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten .....</b>	<b>292</b>
A. Verpflichtete der Grundfreiheiten.....	293
I. Die Mitgliedstaaten als primäre Adressaten .....	294
II. Die Drittwirkungsproblematik .....	296
1. Private Rechtssubjekte als Verpflichtete der Grundfreiheiten.....	297
a) Vertragstext .....	297
b) Rechtsprechung des EuGH.....	299
aa) Personenverkehrsfreiheiten .....	300
(1) <i>Walrave und Koch</i> .....	300
(2) <i>Donà</i> .....	301
(3) <i>van Ameyde</i> .....	302
(4) <i>Haug-Adrion</i> .....	302
(5) <i>Bosman</i> .....	303
(6) <i>Angonese</i> .....	305
bb) Warenverkehrsfreiheit .....	305
(1) <i>Tonträger</i> .....	306
(2) <i>Dansk Supermarked</i> .....	306
(3) <i>van de Haar</i> .....	307
(4) <i>Vlaamse Reisbureaus</i> .....	308
(5) <i>Bayer</i> .....	309
cc) Zwischenergebnis .....	310
2. Konkretisierung.....	311
a) Unmittelbare Drittwirkung?.....	312
b) Mittelbare Drittwirkung.....	314
3. Konvergenz der Grundfreiheiten .....	317
III. Die Gemeinschaft und ihre Organe .....	319
B. Allgemeine Charakteristika beeinträchtigender Maßnahmen.....	320
I. Begriff der Maßnahme .....	321
II. Tun und Unterlassen .....	321
III. De minimis non curat praetor? .....	322
C. Praktische Prüfung der verschiedenen Beeinträchtigungsformen .....	324
I. Diskriminierung .....	324
1. Offene Diskriminierung .....	325
2. Versteckte Diskriminierung .....	325
3. Inländerdiskriminierung .....	327
II. Beschränkung.....	328

1. Bedeutung der <i>Keck</i> -Rechtsprechung.....	328
a) Grundsätzliche Anwendung.....	329
b) Sonderfall: Werbung .....	331
aa) Produktbezogenes Marketing-Mix .....	331
bb) Euro-Marketing .....	333
2. Übertragbarkeit der <i>Keck</i> -Rechtsprechung auf andere Grundfreiheiten.....	336
a) Anhaltspunkte in der grundfreiheitlichen Judikatur.....	336
aa) <i>Alpine Investments, Deliège</i> .....	336
bb) <i>Bosman</i> .....	338
cc) <i>Semeraro</i> .....	338
b) Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte.....	339
3. Einfuhrfreiheiten und Ausfuhrfreiheiten .....	342

**6. Kapitel: Die Rechtfertigung beeinträchtigender Maßnahmen .....** 345

A. Grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeiten .....	346
I. Anknüpfungspunkte im EG-Vertrag .....	346
1. Klassische grundfreiheitliche Rechtfertigungsgründe.....	347
a) Die Regelungen im Einzelnen .....	347
b) Konvergenzen und verbleibende Differenzierungen .....	348
2. Weitere positivierte Rechtfertigungsmöglichkeiten .....	352
a) Art. 86 Abs. 2 EG .....	352
b) Gemeinschaftsrechtliches Umweltprinzip .....	354
aa) Wortlaut der Vertragsvorschriften .....	354
(1) Grundfreiheitliche Rechtfertigungsvorschriften.....	355
(2) Sonstige vertragliche Bestimmungen.....	355
bb) Rechtsprechung .....	357
cc) Folgerungen .....	359
c) Konvergenz der Grundfreiheiten .....	360
II. Die Erweiterung der Rechtfertigungsgründe durch den EuGH .....	361
1. „Immanente Schranken“ im Sinne der <i>Cassis</i> -Rechtsprechung .....	361
a) Entwicklung der Rechtsprechung .....	362
aa) Warenverkehrsfreiheit.....	362
(1) „Zwingende Erfordernisse“.....	362
(2) Dissonanzen .....	363
bb) Dienstleistungsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit .....	364
cc) Freier Kapital- und Zahlungsverkehr .....	365
dd) Konvergenz der Grundfreiheiten .....	366
b) Dogmatische Einordnung der <i>Cassis</i> -Kriterien .....	367
2. Alternativlösung: Extensive Auslegung der Schrankenbestimmungen? .....	368

III. Zusammenfassung.....	370
B. Schranken-Schranken.....	370
I. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	371
1. Dogmatische Herleitung.....	372
2. Elemente der Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	372
3. Unterschiedliche Kontrolldichte.....	375
a) Unterschiede zwischen den einzelnen Grundfreiheiten .....	375
b) Diskriminierung und Beschränkung .....	376
II. Gemeinschaftsgrundrechte .....	377
III. Sekundärrecht.....	378
C. Differenzierung zwischen den Rechtfertigungsstrukturen .....	379
I. Normtext .....	380
II. Judikatur.....	381
1. Produktverkehr .....	381
a) <i>Wallonien</i> .....	383
b) <i>De Agostini</i> .....	384
c) <i>Decker</i> .....	385
d) <i>Dusseldorp</i> .....	386
e) <i>Aher-Waggon</i> .....	388
f) <i>TK-Heimdienst Sass</i> .....	388
g) <i>PreussenElektra</i> .....	389
h) Zwischenergebnis.....	390
2. Personenverkehr .....	391
a) <i>Versicherungsurteil</i> .....	392
b) <i>Groener</i> .....	393
c) <i>Bachmann</i> .....	394
d) <i>Ramrath</i> .....	395
e) <i>Svensson</i> .....	395
f) <i>Bosman</i> .....	396
g) <i>Futura Participations</i> .....	397
h) <i>Kohll</i> .....	398
i) <i>Safir</i> .....	399
j) <i>Clean Car Autoservice</i> .....	400
k) <i>Imperial Chemical Industries</i> .....	401
l) <i>Terhoeve</i> .....	402
m) <i>Ciola</i> .....	403
n) <i>Vestergaard</i> .....	404
o) <i>Angonese</i> .....	405
3. Stellungnahme.....	406
III. Eigener Lösungsansatz .....	407
1. Einheitslösung? .....	407
2. Festhalten an der Differenzierung .....	410

a) Lösung 1: Offene und versteckte Diskriminierungen unterliegen allein den geschriebenen Rechtfertigungsgründen des EG-Vertrages ..	411
b) Lösung 2: Ausdehnung des Anwendungsbereichs der <i>Cassis</i> -Kriterien auf versteckte Diskriminierungen.....	412
3. Fazit .....	413
<b>7. Kapitel: Zusammenfassung und Prüfungsschema .....</b>	<b>415</b>
A. Zusammenfassung in Thesen.....	415
B. Schema der grundfreiheitlichen Prüfung.....	420
I. Tatbestandsebene .....	420
II. Rechtfertigungsebene.....	421
<b>Schlussbetrachtung.....</b>	<b>422</b>
<b>Verzeichnis der zitierten EuGH-Entscheidungen .....</b>	<b>425</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>441</b>
<b>Sachwortverzeichnis.....</b>	<b>474</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AgrarR	Agrarrecht (Zeitschrift)
allg.	allgemein(e)
amtl.	amtlich(e/er)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
arg.	argumentum
Art., Artt.	Artikel
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BBPS	<i>Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil</i> (vgl. Literaturverzeichnis)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BierStG	Biersteuergesetz
BK	Bonner Kommentar (vgl. Literaturverzeichnis: <i>Dolzer/Vogel</i> )
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Bull.BReg	Bulletin der Bundesregierung
BV	Besloten Vennootschap (niederländische Gesellschaftsform)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CDE	Cahiers de Droit Européen
CEE	- Communauté Economique Européenne - Comunità Europea Economica
c.i.c.	culpa in contrahendo

CMLRev.	Common Market Law Review
d.	der, des
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCSI	Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
diff.	differenzierend
Dok. KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Die Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EA	Europaarchiv (Zeitschrift), Europaabkommen
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
ebd.	ebenda
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEC	European Economic Community
EG	Europäische Gemeinschaft, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der revidierten Fassung nach dem Amsterdamer Vertrag)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der Fassung nach dem Vertrag von Maastricht)
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
endg.	endgültig
EP	Europäisches Parlament
et al.	et alii
EU	Europäische Union, Vertrag über die Europäische Union (in der Fassung nach dem Amsterdamer Vertrag)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f., ff.	folgende
frz.	französisch(e/es)
FS	Festschrift
Fußn.	Fußnote(n)
GA	Generalanwalt
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GHP	Gemeinsame Handelspolitik
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
GTE	<i>von der Groeben/Thiesing/Ehlermann</i> (vgl. Literaturverzeichnis)
HdSW	Handbuch der Sozialwissenschaften (vgl. Literaturverzeichnis: <i>von Beckerath</i> )
Hervorh.	Hervorhebung
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (vgl. Literaturverzeichnis: <i>Isensee/Kirchhof</i> )
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (Zeitschrift)
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est
i.E.	im Einzelnen, im Ergebnis
insb.	insbesondere
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.e.	im Sinne einer/eines
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)

JBl.	Juristische Blätter (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
krit.	kritisch
lit.	litera
LS	Leitsatz
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
ÖZöR N.F.	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Neue Folge
ÖZöRV	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, Seite
SA	Société Anonyme, Società Anonima
SEW	Sociaal-economische Wetgeving (Zeitschrift)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
s.o.	siehe oben
sog.	so genannte(n/r/s)
SpuRt	Sport und Recht (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch
StrEinspG	Stromeinspeisungsgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
u.	und
u.a.	unter anderem, und andere
UAbs.	Unterabsatz

UCI	Ufficio Centrale Italiano di Assistenza Assicurativa Automobilisti in Circolazione Internazionale
UEFA	Union des associations européennes de football
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift)
URBSFA	Union royale belge des sociétés de football association ASBL
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
v.	von
Verb. Rs.	Verbundene Rechtssachen
Verf.	Verfasser, Verfassers
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
vs.	versus
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
z.T.	zum Teil

## Einleitung

„[...] atque ex his debere concludi ea omnia, quae clare et distincte concipiuntur, ut substantiae diversae, sicuti concipiuntur mens et corpus, esse revera substantias realiter a se mutuo distinctas.“

*René Descartes,*  
Meditationes de prima philosophia,  
Synopsis, 3

„Haec mentis idea eodem modo unita est menti, ac ipsa mens unita est corpori.“

*Baruch de Spinoza,*  
Ethica,  
Pars Secunda, Propositio XXI

Europa besitzt eine lange Tradition. Seine kulturgeschichtlichen Wurzeln reichen bis in die Antike zurück.<sup>1</sup> Das Europarecht im engeren Sinne, i.e. das Recht der Europäischen Gemeinschaften, lässt sich demgegenüber als ein junges Rechtsgebiet bezeichnen;<sup>2</sup> die Gründungsverträge datieren aus der Mitte des 20. Jahrhunderts.<sup>3</sup>

Zugleich ist die europäische Rechtsordnung von einer besonderen Dynamik geprägt. Dies zeigt sich zunächst in der Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs der Verträge.<sup>4</sup> Von ursprünglich sechs unterzeichnenden Nationen ist die Zahl der Mitgliedstaaten binnen kurzer Zeit auf nunmehr 15 angewachsen.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Näher hierzu *Oppermann*, Rn. 4; *Streinz*, Rn. 7.

<sup>2</sup> Zum Begriff „Europarecht“ vgl. nur *Herdegen*, Rn. 2 ff.; *Streinz*, Rn. 1 ff.

<sup>3</sup> Der EGKSV wurde am 18.4.1951 unterzeichnet, die Unterzeichnung von EAGV u. EWGV erfolgte am 25.3.1957. Am 23.7.2002 trat der EGKSV durch Ablauf seiner zeitlichen Geltungsdauer außer Kraft; vgl. hierzu *Obwexer*, EuZW 2002, 517 ff.

<sup>4</sup> Zum räumlichen Geltungsbereich z.B. des EG-Vertrages vgl. Artt. 188 u. 299 EG.

<sup>5</sup> Die sechs ursprünglichen Unterzeichnerstaaten sind Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg u. die Niederlande. 1973 erfolgte der Beitritt Dänemarks, Irlands sowie des Vereinigten Königreichs. Griechenland trat 1981 den Gemeinschaften bei. 1986 folgten Portugal u. Spanien. Den vorläufigen Endpunkt der Erweiterung bildet der Beitritt Finnlands, Österreichs und Schwedens im Jahr 1995.

Nicht weniger bedeutsam sind die materiellrechtlichen Integrationsbestrebungen, welche auf einen „immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker“ zielen.<sup>6</sup> Die Entwicklung von reinen Wirtschaftsgemeinschaften hin zu einer politischen Union ist hier unverkennbar,<sup>7</sup> auch wenn diesbezüglich Phasen stärkerer und schwächerer Integration alternieren.<sup>8</sup>

Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages sind seit der Gründung der Gemeinschaften tragende Bausteine des Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes.<sup>9</sup> Sie beeinflussen somit maßgeblich jene ökonomische Komponente staatlicher Zusammenschlüsse, welche nach wie vor im Mittelpunkt des europäischen Integrationsprozesses steht. Zum Teil wird daher von den Grundfreiheiten als den „bedeutsamsten subjektiv-öffentlichen Rechte[n] des primären Gemeinschaftsrechts“ gesprochen.<sup>10</sup> Die Interpretation grundfreiheitlicher Vorschriften entscheidet so über die Reichweite der transnationalen wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des Einzelnen. Spätestens seit dem Urteil in der Rechtssache *Bosman*<sup>11</sup> dürfte diese Wirkrichtung der Grundfreiheiten dabei auch einer breiteren Öffentlichkeit bewusst geworden sein.<sup>12</sup>

Mit den Grundlagen jener Interpretation grundfreiheitlicher Vorschriften beschäftigt sich die vorliegende Arbeit. Ziel ist es, wesentliche dogmatische Strukturen der Grundfreiheiten aufzuzeigen, um dadurch ein Hilfsmittel zur richtigen Rechtsanwendung bereitzustellen.<sup>13</sup> Dabei sollen zum einen wichtige abstrakte Problemfelder angesprochen werden, welche im Schrifttum jüngst (wieder) Bedeutung erlangt haben. Hierin liegt der Schwerpunkt der Arbeit, wobei insbesondere auf bestehende Konvergenzen der Grundfreiheiten zu achten ist. Zum anderen soll die konkrete grundfreiheitliche Prüfung in die folgenden Ausführungen integriert werden. Damit wird die notwendige Verbindung von Theorie und Praxis betont, wodurch sich zugleich erhellt, dass eine dogmatische Methodik niemals Selbstzweck sein kann.

---

<sup>6</sup> So der Wortlaut des ersten Erwägungsgrundes der Präambel des EG-Vertrages.

<sup>7</sup> Vgl. aus früherer Zeit nur *Hallstein*, 383 ff., aus der aktuellen Lehrbuchliteratur z.B. *Herdegen*, Rn. 12.

<sup>8</sup> Eingehend zur europäischen Integration „zwischen Dynamik und Konsolidierung“ *Huber*, § 6, Rn. 4 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Oppermann*, Rn. 1267.

<sup>10</sup> So *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, 15.

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921.

<sup>12</sup> Vgl. dazu auch *Streinz*, SpuRt 2000, 221 ff. (221 f.).

<sup>13</sup> Zur Dogmatik als Hilfsmittel richtiger Rechtsanwendung vgl. *Müller*, Juristische Methodik, 1995, 229.

Die vorliegende Arbeit gliedert sich insgesamt in sieben Kapitel. Die ersten drei Kapitel, welche übergeordnet in einen ersten Teil zusammengefasst werden, setzen rechtstheoretische Grundlagen einer Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Sie bleiben abstrakt, um der übergeordneten Zielsetzung der Thematik gerecht zu werden. Zunächst sind allgemeine Vorgaben an eine Dogmatik zu diskutieren (1. Kapitel). Im Anschluss wird der grundfreiheitliche Diskriminierungsbegriff als wesentliches Element einer Dogmatik der Grundfreiheiten definiert; zugleich werden dessen differenzierte Ausprägungen dargestellt (2. Kapitel). Schließlich wird im Kernkapitel des ersten Teils (3. Kapitel) auf die Einbettung der Grundfreiheiten in das normative Prinzipiengefüge des EG-Vertrages eingegangen, wobei am Ende die Frage diskutiert wird, inwieweit die Grundfreiheiten auf einem gleichheitsrechtlichen oder freiheitsrechtlichen Verständnis basieren. Diese Linie führt unmittelbar zur Betrachtung der begrifflichen Kategorien „Diskriminierung“ und „Beschränkung“, welche pars pro toto für grundsätzlich verschiedene dogmatische Auffassungen hinsichtlich der Grundfreiheiten stehen.

Die sich anschließenden drei Kapitel des zweiten Teils der Arbeit enthalten Deduktionen aus den in den vorangegangenen Abschnitten gewonnenen Erkenntnissen. Hier sollen konkrete Folgerungen für eine rechtliche Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten des EG-Vertrages aufgezeigt werden, ohne jedoch die Zielsetzung einer die einzelnen Grundfreiheiten übergreifenden Perspektive aus den Augen zu verlieren. Dabei ist entsprechend dem zu entwickelnden Prüfungsschema zunächst auf den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einzugehen (4. Kapitel). Hieran schließt sich die Betrachtung möglicher Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten an (5. Kapitel). Letztlich wird die Möglichkeit der Rechtfertigung beeinträchtigender Maßnahmen untersucht (6. Kapitel), wobei insbesondere auf die Problematik eines differenzierten Rechtfertigungsmaßstabs eingegangen wird.

Abschließend findet sich eine thesenartige Zusammenfassung der vorangegangenen Überlegungen sowie der Vorschlag eines Prüfungsschemas für die konkrete Anwendung der Grundfreiheiten in der Praxis (7. Kapitel).