

# Funktionswandel von Grundfreiheiten und Grundrechten im Recht der Europäischen Union als Legitimationsproblem

Christian Calliess\*

## Inhalt

A. Einleitung	710
B. Dopplungen subjektiv-öffentlicher Rechte im Unionsrecht	712
C. Zum Funktionswandel von Grundfreiheiten und Grundrechten	714
I. Gemeinsamkeiten	716
II. Bleibende Unterschiede in den Funktionen	716
III. Auf dem Wege zu einer Konvergenz von Grundfreiheiten und Grundrechten?	718
1. Grundrechte als Schranke der Grundfreiheiten	719
2. Grundrechte als Schranken-Schranke der Grundfreiheiten	720
IV. Zwischenergebnis	720
V. Konfliktlinien mit Blick auf das Demokratieprinzip	722
D. Ausblick	724

## Abstract

Der Status des Unionsbürgers ist durch seine individuellen Rechte definiert. Die europäischen Grundfreiheiten schützen seit dem bahnbrechenden van Gend & Loos-Urteil des EuGH die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des „Marktbürgers“ gegenüber Beeinträchtigungen der Mitgliedstaaten und mobilisieren solchermaßen die Unionsbürger für die Verwirklichung des Binnenmarkts. Demgegenüber sind Anknüpfungspunkte der europäischen Grundrechte primär Freiheitsbeschränkungen seitens der Organe der Europäischen Union. Nicht zuletzt aufgrund der Kompetenzfragen, die insbesondere im Bereich der Grundfreiheiten auch eine demokratietheoretische Dimension haben, bedarf es in der EU einer klaren Abgrenzung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten, ebenso wie einer wohl austarierten

\* Prof. Dr. Christian Calliess, LL. M. Eur, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Freien Universität Berlin (Germany). Email: c.calliess@fu-berlin.de. Von 1995 – 2000 war ich Wissenschaftlicher Assistent am Europa-Institut. Unserer dortigen Mittagsrunde ist mein nachfolgender Beitrag zum 25-jährigen Geburtstag der ZEuS gewidmet. Er knüpft an einigen Stellen an Überlegungen an, die ich in meinem Beitrag „Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?“ in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2010, S. 231 ff. angestellt habe.

Bindung der Mitgliedstaaten an Unionsgrundrechte. Insoweit gilt es, eine in sich konsistente und schlüssige Dogmatik der europäischen Bürgerrechte zu entwickeln.

### Functional Change of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the European Union – A Problem of Legitimation?

The status of the Union citizenship is defined by individual rights. Since the groundbreaking *van Gend & Loos* ruling of the European Court of Justice, the European fundamental freedoms have protected the economic freedom of the “market citizen” against restrictions by the Member States and thus mobilize the citizens of the Union for the realization of the internal market. In contrast, European fundamental rights are primarily linked to restrictions of freedom on the part of the institutions of the European Union. Not least because of the questions of competence, which also have a democratic dimension, especially in the area of fundamental freedoms, the EU needs a clear demarcation between fundamental freedoms and fundamental rights, as well as a well-balanced commitment of the member states to the fundamental rights of the Union. In this respect, it is necessary to develop a consistent and coherent theory of European civil rights.

**Keywords:** van Gend & Loos Ruling, European Fundamental Freedoms, Internal Market, European Fundamental Rights, Coherent Theory of European Civil Rights

## A. Einleitung

Zentrale Grundlage der europäischen Wirtschaftsverfassung sind neben den Wettbewerbsregeln die Grundfreiheiten und die (Wirtschafts-) Grundrechte.<sup>1</sup> Gemeinsam ist diesen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Funktionsgarantien, dass sie als subjektive Rechtspositionen die Handlungsfreiheit des Individuums im europäischen Rechtsraum schaffen, erhalten und schützen.<sup>2</sup>

Die Grundfreiheiten sind neben den Wettbewerbsregeln der sichtbarste Ausdruck der marktwirtschaftlichen Verfassung der Europäischen Union.<sup>3</sup> Sie verhindern in ihrer ursprünglichen Funktion über den ihnen inhärenten Grundsatz der Inländergleichbehandlung (vgl. Art. 18 AEUV) die diskriminierende Schlechterstellung grenzüberschreitender Wirtschaftsaktivitäten. Im Laufe der Rechtsprechungsentwicklung ist der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten erweitert worden, sodass sie nun als Freiheitsrechte die Mobilität der wirtschaftlich Tätigen umfassend schützen, indem sie praktisch jede staatliche (oder teilweise sogar private) Behinderung wirtschaftlich relevanter Betätigungen verbieten, sofern dafür keine verhältnismäßi-

1 *Nowak*, EuR 2009/Beiheft 1, S. 150 ff.

2 Vgl. zum individualschützenden Charakter von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln aufgrund ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit EuGH, Rs. C-453/99, *Courage v. Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 19 ff.; EuGH, Rs. C-295/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 39; *Immenga/Mestmäcker* in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Einl. B Rn. 13.

3 *Mestmäcker/Schweitzer*, § 2 Rn. 34.

gen, rechtfertigenden Gründe vorliegen.<sup>4</sup> Im Zuge dessen hat die Rechtsprechung wesentlich dazu beigetragen, Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr abzubauen, der Entstehung neuer solcher Hindernisse entgegenzusteuern und einen grenzüberschreitenden Wettbewerb auf dem gesamten Binnenmarkt erst zu ermöglichen.<sup>5</sup>

Die europäischen Grundrechte sind im Bereich des Binnenmarktes vor allem als subjektiv-rechtliche Funktionsgarantien von Bedeutung, soweit sie wirtschaftliche Sachverhalte betreffen, also insbesondere in Form der Berufsfreiheit, der unternehmerischen Freiheit sowie des Schutzes des Eigentums. Sie sind aber auch darüber hinaus durch ihre Einbettung in den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eng mit dem Binnenmarkt verbunden und flankieren diesen praktisch durch eine weniger ökonomisch als vielmehr wertemäßig und rechtsstaatlich ausgerichtete Komponente.<sup>6</sup> Die Grundrechte der Unternehmen und anderen Wirtschaftsteilnehmer sind von den Organen der Union ebenso wie von den Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 GR-Charta) zu beachten. Dies steigert die Anforderungen an die Kohärenz des Grundrechtsschutzes auf den verschiedenen (verfassungs-)rechtlichen Ebenen in Europa.<sup>7</sup>

Was in diesem Kontext das Verhältnis zur EMRK anbetrifft, so kann seit längerem ein Bestreben des EuGH konstatiert werden, etwaige Widersprüche durch die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR aufzulösen bzw. schon im Ansatz zu verhindern.<sup>8</sup> Die Rechtsprechung des EGMR bestätigt den Erfolg dieses Ansatzes.<sup>9</sup> Die Erhebung der Grundrechtecharta auf die Stufe des Primärrechts durch den Vertrag von Lissabon und die damit verbundene Rechtsverbindlichkeit (Art. 6 Abs. 1 EUV) führt nicht nur zu einer größeren „Sichtbarkeit“ der Grundrechte der Europäischen Union und zu mehr Rechtssicherheit und Rechtseinheit,<sup>10</sup> sondern wertet insgesamt auch die Bedeutung von Grundrechten im Unionsrecht weiter auf – was sich bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte nachweislich niedergeschlagen hat.<sup>11</sup>

Schon in dieser einführenden Skizze zeigen sich allerdings auch erste Unterschiede: Während die Grundfreiheiten die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des „Markt-

4 Vgl. nur EuGH, Rs. C-8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, Rn. 5; *Hatje*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), S. 801, 816; instruktiv zur Entwicklung insgesamt *Gebauer*, S. 233 ff.; *Lippert*, S. 149 ff.

5 Vgl. *Hatje*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), S. 801, 815.

6 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 369 ff.; *Calliess*, JZ 2004/21, S. 1035 ff.

7 Dazu näher *Skouris*, in: FS Häberle, S. 262; *Calliess*, JURA 2021/11, S. 1302 ff.

8 Vgl. bspw. EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette Frères*, ECLI:EU:C:2002:603, Rn. 29; EuGH, Rs. C-238/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. v. Kommission*, ECLI:EU:C:2002:582, Rn. 274.

9 EGMR, 45036/98, *Bosphorus Airways*, 30.6.2005.

10 Vgl. *Skouris*, L 19, L 25; krit. bzgl. der besseren Sichtbarkeit *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 6 EUV, Rn. 2.

11 Vgl. aus der Sicht der langjährigen Entwicklung des europäischen Kartellrechts *Weitbrecht/Mühle*, EuZW 2012/8, S. 291, insbes. zur Frage der Bußgeldverhängung durch die Kommission; ebenso *Soltész*, WuW 2012/2, S. 142.

bürgers“ schützen, ist der Anknüpfungspunkt der Grundrechte nicht ausschließlich wirtschaftlicher Natur. Die freiheitssichernde Zielausrichtung im Rahmen des Binnenmarktes darf über die dogmatischen Unterschiede der beiden Normkomplexe im Detail nicht hinwegtäuschen, zumal ihr Funktionswandel zugleich ein Legitimations- und Demokratietheorieproblem im europäischen Staaten-, Verfassungs- und Gemeinwohlverbund sichtbar macht.<sup>12</sup>

## B. Dopplungen subjektiv-öffentlicher Rechte im Unionsrecht

Die für einen völkerrechtlichen Vertrag ungewöhnliche und zumindest im ursprünglichen Vertragstext auch nicht explizit zum Ausdruck kommende Garantie subjektiver Rechte unterscheidet die EU von den klassischen internationalen Organisationen des Völkerrechts. Ausgangspunkt ist das bahnbrechende Urteil des EuGH in der Rechtssache *Van Gend & Loos* aus dem Jahre 1963. In diesem eher unspektakulären Fall im Bereich des freien Warenverkehrs führte der Gerichtshof aus, dass die Union

eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts (darstelle), zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind.<sup>13</sup>

Mit der so begründeten Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit hinreichend klarer und bestimmter sowie unbedingter Normen des primären und (später auch) sekundären Unionsrechts und der Klärung der Vorrangfrage in der nachfolgenden *Costa/ENEL*-Entscheidung<sup>14</sup> tritt der Unionsbürger über das Verhältnis zum eigenen Mitgliedstaat hinaus in eine direkte Rechtsbeziehung zur EU und damit zugleich in Rechtsbeziehungen zu anderen Mitgliedstaaten. Diese wird durch transnationale subjektiv-öffentliche Rechte ausgestaltet. Das Urteil *Van Gend & Loos* ist damit die Magna Charta des subjektiv-öffentlichen Rechts im europäischen Unionsrecht.<sup>15</sup>

Der Erfolg dieser Mobilisierung des Marktbürgers für die europäische Integration führte dazu, dass die subjektiv-öffentliche Ausgestaltung von Rechten, insbesondere durch die Rechtsprechung, aber auch durch den Unionsgesetz- und -verfassungsgeber, zunahm – bis zu einem Punkt, an dem heute eine Dopplung subjektiver Rechte im Unionsrecht konstatiert werden muss, die zum Teil mehr Fragen aufwirft als Antworten gibt.

12 Früh schon *Scharpf*, in: Marks/Scharpf/Schmitter/Storck (Hrsg.), S. 15 ff.; aus rechtlicher Sicht *Calliess*, in: Festschrift Röss, S. 399; vertiefend *Calliess/Hartmann*, S. 125 ff.; *Lippert*, S. 289 ff.; als „Entpolitisierung“ beschreibt diese Entwicklung sehr kritisch *Grimm*, S. 108 ff.

13 EuGH, Rs. C-26/62, *van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

14 EuGH, Rs. C-6/64, *Costa/E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66.

15 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 359 f.

Besonders deutlich wird dies bei den aus der Unionsbürgerschaft fließenden Rechten. So hat die Rechtsprechung durch Verschränkung des Diskriminierungsverbots aus Art. 18 AEUV und des allgemeinen Freizügigkeitsrechts aus Art. 21 AEUV ein soziales Teilhaberecht entwickelt, das (unabhängig von jeder grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeit) grundsätzlich jede Schlechterstellung eines Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat – auch in sozialer Hinsicht – verbietet;<sup>16</sup> er bekommt praktisch einen Anspruch auf Vollintegration, dh Zugang zu allen Leistungen des Aufnahmestaats, die auch Inländern zugutekommen.<sup>17</sup> In der Fortentwicklung durch den EuGH hat sich daraus – zB in der Rs. *Trojani*<sup>18</sup> – eine dogmatisch kaum mehr nachvollziehbare und deshalb fragwürdige Gleichsetzung ergeben: Hier setzt der EuGH den „Anwendungsbereich des Vertrages“ als Voraussetzung des Art. 18 AEUV mit dem Bestehen der Unionsbürgerschaft gem. Art. 20 AEUV gleich. Übrig bleibt so ein unbegrenztes allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit – Unionsbürgerschaft genannt.<sup>19</sup> Überzeugender ist es, das Diskriminierungsverbot als „funktionelle Verlängerung der Freizügigkeitsvorschriften“<sup>20</sup> zu verstehen. Auf diese Weise ergänzt Art. 18 AEUV das in Art. 21 AEUV enthaltene Recht *auf* Aufenthalt durch ein Recht *im* Aufenthalt.<sup>21</sup>

Diese Verschränkung verschiedener subjektiver Rechte setzt sich darüber hinaus in primärrechtlicher Hinsicht fort. Dies zeigt sich erneut beim Freizügigkeitsrecht. Dieses findet sich zunächst in Art. 21 AEUV im Rahmen der Unionsbürgerschaft und dann, ein zweites Mal, in Art. 45 GRCh, der ebenfalls das Recht der Unionsbürger beinhaltet, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Damit wird dieselbe Freizügigkeit einmal als Grundrecht und einmal als Grundfreiheit ausgestaltet.<sup>22</sup> Dies wirft nicht nur schwierige Fragen der Rechtfertigung der jeweiligen Rechtsgewährleistungen auf.<sup>23</sup> Es stellt sich auch die Frage, ob es sich hierbei nun um eine Grundfreiheit oder ein Grundrecht handelt und wer dann Adressat dieses Rechts ist. Dass beide Verbürgungen unverbunden nebeneinander bestehen, führt zu der widersprüchlichen Situation, dass diese Normen die Mitgliedstaaten als Grundfreiheiten umfassend binden, als Grundrechte gemäß Art. 51 Abs. 1 GRCh jedoch ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.<sup>24</sup> Im Ergebnis würde insoweit zwar die Kollisionsregel des Art. 52 Abs. 2

16 Vgl. dazu ausf. *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 361; *Lippert*, S. 149 ff.

17 *Lippert*, S. 155; *Kubicki*, EuR 2006/4, S. 500; *Scheuing*, EuR 2003/5, S. 785; Wollenschläger, S. 228 f. mwN, S. 231 ff.; *Pechstein/Bunk*, EuGRZ 1997/21–22, S. 547; *Sander*, DVBl 2005/16, S. 1018.

18 EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, ECLI:EU:C:2004:488, Rn. 31.

19 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 362 f.; *Lippert*, S. 149 ff.

20 GA *Poiães Maduro*, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-72/03, *Carbonati Apuani*, ECLI:EU:C:2004:296, Rn. 67.

21 *Kingreen*, EuR 2007/Beiheft 1, S. 43 ff.; *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 362.

22 Vgl. *Kingreen*, EuGRZ 2004/19, S. 572.

23 *Kingreen*, EuGRZ 2004/19, S. 572.

24 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 380.

GRCh zur Anwendung kommen, der zufolge die außerhalb der Grundrechtecharta geregelten Bedingungen und Grenzen gelten sollen,<sup>25</sup> jedoch bleibt der Eindruck, dass auch die Grundrechtecharta jene in der Rechtsprechung des EuGH mitunter angelegte und von Teilen des Schrifttums begrüßte Entwicklung aufnimmt, die Unterschiede zwischen europäischen Grundfreiheiten und Grundrechten einzuebnen. Dies hat zur Folge, dass diese beiden Ausprägungen subjektiv-öffentlicher Rechte nur noch als sich ergänzende, letztlich aber beliebig austauschbare Freiheitsrechte wahrgenommen werden.<sup>26</sup>

Ähnliches gilt auch für das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV. Auch diese Norm – ursprünglich als Grundnorm der grundfreiheitlichen Nichtdiskriminierung verstanden<sup>27</sup> – findet sich wortgleich in Art. 21 Abs. 2 GRCh. Dies gilt ebenso für die spezielleren, personenbezogenen Grundfreiheiten (Art. 45, 49 und 56 AEUV), die mit Art. 15 Abs. 2 GRCh korrespondieren. Letzterer garantiert allen Unionsbürgern die Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Dies stellt eine Verbindung zu den Grundfreiheiten her; die Erläuterungen zur Charta, die gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV bei der Auslegung gebührend zu berücksichtigen sind, weisen darauf hin, dass in Art. 15 Abs. 2 GRCh die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und der freie Dienstleistungsverkehr aufgenommen wurden.<sup>28</sup> Dies stellt eine weitere fragwürdige Dopplung zu den Grundfreiheiten dar, so dass Art. 15 Abs. 2 GRCh die Frage aufgeworfen ist, ob diese Gewährleistung rein deklaratorisch, dh ohne rechtliche Auswirkungen nur diejenigen Grundfreiheiten herausgestellt werden sollten, die einen besonderen Bezug zur Berufsfreiheit haben.<sup>29</sup>

### C. Zum Funktionswandel von Grundfreiheiten und Grundrechten

Dies wirft bereits die wohl meist umstrittenste und auch in systematisch-dogmatischer Hinsicht wichtigste Frage auf – die Frage nach dem Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten. Sie ist nicht nur von akademischem Interesse. Denn im Binnenmarkt wirken verschiedene subjektiv-öffentliche Rechtspositionen aufeinander ein und müssen im Einzelfall zu einem sinnvollen Ausgleich gebracht werden. Dies setzt aber ein grundlegendes Verständnis der jeweiligen Wirkung dieser Rechtspositionen voraus. Gerade hinsichtlich der Grundfreiheiten und der Grund-

25 Dazu ausf. *Kingreen*, EuGRZ 2004/19, S. 571 ff.

26 So explizit *Szczekalla*, in: Bruha/Nowak/Petzgold, S. 79 ff. mwN.

27 *Kingreen/Störmer*, EuR 1998, S. 265 f.

28 Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABl. 2004 C 310, 424 (435); dazu *Bernsdorff*, in: Meyer/Höhlscheidt (Hrsg.), GRCh Art. 15 Rn. 20.

29 *Jarass/Kment*, § 20 Rn. 21; vgl. in diese Richtung auch *Bernsdorff*, in: Meyer/Höhlscheidt (Hrsg.), GRCh Art. 15 Rn. 20a.

rechte ist deren Wahrnehmung als – wie beschrieben – im Prinzip austauschbarer Freiheitsrechte<sup>30</sup> auf den ersten Blick nicht einmal verwunderlich.

Die Grundfreiheiten haben eine mehrstufige Entwicklungsgeschichte zurückgelegt, die sich wie folgt zusammenfassen lässt: Nachdem sie zunächst nur Kontrollrechte der Kommission gegenüber den Mitgliedstaaten waren, wurden sie in einem ersten Schritt mit dem Urteil *van Gend & Loos* zu transnationalen Marktrechten der Bürger auf Inländergleichbehandlung. In einem zweiten Schritt wurden sie dann im Zuge der *Dassonville*-Rechtsprechung zu transnationalen Freiheitsrechten der Marktbürger ausgebaut, am Maßstab derer jede mitgliedstaatliche Marktregulierung auf ihre Binnenmarktkonformität überprüft werden kann. Diese Tendenz wurde dadurch verstärkt, dass der grenzüberschreitende Sachverhalt durch den EuGH eine Bedeutungsänderung erfahren hat, wonach allein jeder ökonomisch für den Binnenmarkt relevante Sachverhalt zur Bejahung ausreicht.<sup>31</sup> Die Grundfreiheiten wurden also praktisch zu einem Grundrecht auf wirtschaftliche Freiheit fortentwickelt.<sup>32</sup> Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, dass sich die klare Unterscheidung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten zunehmend nicht nur in der Wortwahl auflöste;<sup>33</sup> auch prüft der EuGH immer wieder grundrechtliche Fragestellungen im Gewand der Grundfreiheiten.<sup>34</sup> Besonders anschaulich wurde dies im viel diskutierten Urteil in der Rs. *Carpenter*.<sup>35</sup> In diesem wurde die Vorenthaltung von Grundrechten als Hindernis für die Wahrnehmung der Grundfreiheiten angesehen. Deshalb sollte die Ausweisung der philippinischen Ehefrau des Herrn Carpenter aus England nicht nur sein Grundrecht auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK iVm Art. 6 Abs. 2 EUV) beeinträchtigen, sondern auch die Wahrnehmung seiner Dienstleistungsfreiheit.<sup>36</sup> Hier dient die Grundfreiheit nur noch als Anknüpfungspunkt für eine materielle Grundrechtsprüfung;<sup>37</sup> der Grundfreiheit wird im „Huckepackverfahren“ ein Grundrecht aufgesattelt. Auch mit einem noch so weiten Verständnis der Grundfreiheiten lässt sich der spezifische Zusammenhang zwischen der Ehe und der Dienstleistungsfreiheit jedoch nicht überzeugend begründen. Letztlich stellt der Fall *Carpenter* einen klassischen Grundrechtsfall dar; er macht deutlich, dass der EuGH mitunter gewillt ist, den Grundfreiheiten ein menschenrechtliches Verständnis zu implantieren, die Grundfreiheiten werden solchermaßen

30 Vgl. an befürwortenden Stellungnahmen aus der Literatur nur *Pünder*, in: Ehlers (Hrsg.), § 17 Rn. 3; *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 755 ff.; *Oliver/Roth*, CMLRev. 2004/2, S. 408 f.; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Rn. 1119; vgl. auch *Gebauer*, dessen Dissertation den Titel „Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte“ trägt; ähnlich *Bleckmann*, in: Bieber/Bleckmann/Capotorti (Hrsg.), S. 665; so wohl auch *Gersdorf*, AöR 1994, S. 404; wohl letztlich auch *Skouris*, DÖV 2006/3, S. 89 ff.

31 *Lippert*, S. 78.

32 *Schubert*, S. 213 ff.

33 Vgl. nur GA *Lenz*, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:293, Rn. 203.

34 *Kingreen*, EuGRZ 2004/19, S. 572 f.; *Gebauer*, S. 233 ff.

35 Vgl. auch *Spaventa*, CMLRev. 2004/3, S. 764 ff.

36 EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*, ECLI:EU:C:2002:434.

37 *Kanitz/Steinberg*, EuR 2003/6, S. 1022 f.; *Kingreen*, EuGRZ 2004/19, S. 573.

zu Grundrechten umformuliert und konkurrieren mit diesen bei der Gewährleistung der Freiheit der Unionsbürger.<sup>38</sup>

Diese Vermischung beider Normkomplexe erscheint freilich auf den ersten Blick aufgrund tatsächlich bestehender Gemeinsamkeiten erklärbar.

## I. Gemeinsamkeiten

Ganz ähnlich den Grundrechten haben auch die Grundfreiheiten jeweils einen Schutzbereich, den der EuGH seit jeher weit auslegt. Die möglichen Beschränkungen von Grundfreiheiten werden sodann in ganz ähnlicher Weise wie im Rahmen von Grundrechtsprüfungen als Eingriff auf ihre Rechtfertigung hin untersucht. Eine nationale Maßnahme, die eine Grundfreiheit beschränkt bzw. ihre Ausübung erschwert, darf nicht angewendet werden, es sei denn sie kann durch vom Unionsrecht anerkannte Gemeinwohlbelange gerechtfertigt werden.<sup>39</sup> In Ermangelung europäischer, harmonisierter Vorschriften bleibt es zwar grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, zu entscheiden, auf welchem Niveau sie den Schutz der öffentlichen Interessen sicherstellen wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll<sup>40</sup>, gleichwohl haben sie den unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, der vermittelt über den EuGH eine maßstabssetzende Rolle gegenüber den ins Felde geführten nationalen Gemeinwohlbelangen entfaltet. Auf das darin liegende demokratische Legitimationsproblem wird noch zurückzukommen sein.

## II. Bleibende Unterschiede in den Funktionen

Aus diesen Gemeinsamkeiten eine beliebige Austauschbarkeit von gleichwertigen Freiheitsrechten ableiten zu wollen, ist dogmatisch nicht überzeugend. Denn ausschlaggebend sind letztlich die Funktionsunterschiede zwischen beiden Normgruppen.

Das Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten ist methodisch nach wie vor als Normkonkurrenz zu begreifen, was bedeutet, dass Grundfreiheiten und Grundrechte bezogen auf einen bestimmten freiheitsbeschränkenden Sachverhalt als subjektiv-öffentliche Rechte nebeneinander anwendbar sind. Aufgrund ihrer funktionellen Unterschiede kann eine gemeinsame Schnittmenge, die eine Wahl zwischen den einen oder den anderen möglich oder notwendig machen würde, gar nicht vorkommen.<sup>41</sup>

38 Ausführlich *Gebauer*, S. 233 ff.; *Lippert*, S. 149 ff.; *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 377; *Kingreen*, EuGRZ 2004/19, S. 573; ausf. *Nettesheim*, S. 21 ff., der von einer „Deontologisierung der Grundfreiheiten“ spricht.

39 S. bspw. EuGH Rs. C-58/98, *Corsten*, ECLI:EU:C:2000:527EuGH, Rn. 39.

40 EuGH, Rs. C-1/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivia*, ECLI:EU:C:1991:327, Rn. 16.

41 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 382 f.; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUUV, Art. 34–36 AEUV, Rn. 27; insofern trifft auch die Qualifizierung des Verhältnisses als Spezialität – die Grundfreiheiten sollen gegenüber

Als gegen mitgliedstaatlichen Protektionismus und Diskriminierung gerichtete transnationale Integrationsnormen sollen die Grundfreiheiten dort, wo es an einer europäischen Harmonisierung fehlt, die Integration bestehender Teilordnungen durch Etablierung einer neuen Gesamtordnung bewirken – also die national organisierten Märkte zu einem einheitlichen Binnenmarkt verschmelzen.<sup>42</sup> In ihnen drückt sich damit der Grundgedanke der europäischen Integration aus.<sup>43</sup> Transnationale Integrationsnormen sind typisch für Mehrebenensysteme: Sie überwinden die Unterschiede, die sich durch den Fortbestand unterschiedlicher Rechtsordnungen ergeben.<sup>44</sup> Dementsprechend sollen auch die Grundfreiheiten den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr trotz der bestehenden rechtlichen Unterschiede erleichtern, nicht aber Schutz bieten *gegenüber* jedweder Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen.<sup>45</sup> Die Grundfreiheiten haben eine grundsätzlich funktionale Natur, sie stehen im Dienste der Realisierung des Binnenmarktes.

Grundrechte hingegen legitimieren Hoheitsgewalt. Im europäischen Kontext dienen sie der Legitimation supranationaler, durch die Unionorgane ausgeübter Hoheitsgewalt.<sup>46</sup> Die europäischen Grundrechte sind im Vergleich zu den europäischen Grundfreiheiten die jüngeren Normen. Sie entwickelten sich, nachdem der EU im Zuge verschiedener Vertragsänderungen von den Mitgliedstaaten zunehmend Gesetzgebungskompetenzen übertragen wurden, über deren Ausübung mit Mehrheit entschieden werden konnte, und die Rechtssetzungstätigkeit auf europäischer Ebene zunahm. Da nationale Grundrechte angesichts des Vorrangs des Unionsrechts insoweit nicht anwendbar sind, entstand ein Bedürfnis nach rechtsstaatlicher Begrenzung. Diesem Bedürfnis begegnete der EuGH, indem er ein System europäischen Grundrechtsschutzes entwickelte;<sup>47</sup> die Grundrechte wurden zu supranationalen Legitimationsnormen.<sup>48</sup> Sie korrespondieren zugleich der Politisierung der EU, wie sie sich insbesondere im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts samt korrespondierendem Status des Unionsbürgers gem. Art. 20 AEUV Ausdruck verschafft.<sup>49</sup> Man kann insoweit formulieren: Die Grundfreiheiten des Marktbürgers waren die Voraussetzung für die Etablierung des Binnenmarktes, die Grundrechte des Unionsbürgers sind deren Folge in Hinwendung der europäischen Integration zum Politischen.<sup>50</sup>

An diese Erkenntnis anknüpfend ergibt sich eine sinnvolle dogmatische Struktur für das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten: Die Grundfreiheiten

den Grundrechten spezieller sein – nicht zu, vgl. nur *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), § 14 Rn. 22.

42 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 383.

43 Vgl. *Nicolaysen*, EuR 2003, S. 721.

44 *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 27.

45 Weitergehend *Lippert*, S. 225; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 16.

46 *Nicolaysen*, EuR 2003, S. 719.

47 Ausf. *Kingreen*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), S. 705, 726 ff.

48 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34–36 AEUV, Rn. 7.

49 Ausführlich *Calliess/Hartmann*, S. 19 ff.

50 *Kingreen*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), S. 705, 726; *Kingreen*, EuR 2010/3, S. 350 ff.

sind in erster Linie gegen die Mitgliedstaaten gerichtete, auf Marktintegration angelegte Diskriminierungsverbote, die in grenzüberschreitenden Situationen für Inländergleichbehandlung sorgen sollen. Der Grundsatz der Inländergleichbehandlung kann jedoch erst zu wirken beginnen, wenn der EU-Ausländer sich auf dem inländischen Markt befindet. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, die Grundfreiheiten im Hinblick auf den Marktzugang als Beschränkungsverbote und damit als Freiheitsrechte zu interpretieren, die – wenn es um das „Ob“ der Ausübung einer Grundfreiheit geht – auch diskriminierungsfreie, unterschiedslos anwendbare mitgliedstaatliche Regelungen auf den unionsrechtlichen Prüfstand bringen. Hat der Marktbürger jedoch Zugang zum inländischen Markt gefunden, geht es also um das „Wie“ der Ausübung der Grundfreiheit, dann ist es – nicht zuletzt zur Vermeidung des Problems der Inländerdiskriminierung – allein überzeugend, die jeweilige Grundfreiheit als Diskriminierungsverbot zu interpretieren.<sup>51</sup>

Wesentliches Unterscheidungskriterium zu den Grundrechten ist damit – abgesehen von den jeweils verpflichteten Adressaten – der grenzüberschreitende Sachverhalt: Nur die Grundfreiheiten setzen ihn als transnationale Integrationsnormen schon logisch voraus. Die Legitimation hoheitlicher Unionsgewalt durch die Grundrechte hingegen hat mit grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit nicht notwendig etwas zu tun, sie bedarf in dogmatischer Hinsicht keines grenzüberschreitenden Elements.<sup>52</sup> Diese Einsicht korrespondiert ihrem unterschiedlichen Adressatenkreis: Grundfreiheiten richten sich gegen Maßnahmen der Mitgliedstaaten; sie sind Kontrollmaßstab für nationale Beschränkungen grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit.<sup>53</sup> Grundrechte hingegen richten sich grundsätzlich gegen ein freiheitsbeschränkendes Handeln der Unionorgane – und nur ausnahmsweise gegen die Mitgliedstaaten, wenn diese quasi als verlängerten Arm der Union Unionsrecht durchführen (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRCh).<sup>54</sup>

### III. Auf dem Wege zu einer Konvergenz von Grundfreiheiten und Grundrechten?

Über die in Art. 51 Abs. 1 GRCh restriktiv formulierte Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ hinaus hat der EuGH aber auch festgestellt, dass die Mitgliedstaaten zur Beachtung der europäischen Grundrechte verpflichtet seien, wenn sie im Rahmen der Ausnahmeregelungen zu den Grundfreiheiten handeln,<sup>55</sup> mithin „im Anwen-

51 Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 384.

52 Lippert, S. 225; Ehlers, in: Ehlers (Hrsg.), § 14 Rn. 22.

53 Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, Kap. 1 § 2 Rn. 73; Schindler, S. 148.

54 Kingreen, EuR 2010/3, S. 357.

55 EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254; EuGH, Rs. C-368/95, *Familiapress*, ECLI:EU:C:1997:325; *Cirkele*, S. 78 f., 98 f.; *Chwolik-Lanfermann*, S. 78; *Kokott*, AöR 1996, S. 604; zu möglichen Konflikten *Cremer*, NVwZ 2003/12, S. 1452; *Calliess*, JURA 2021/11, S. 1302 ff.

dungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ tätig werden.<sup>56</sup> Damit werden die Unionsgrundrechte im Rahmen von Ausnahmen zu den Grundfreiheiten für die Mitgliedstaaten bindend. Dies hat insbesondere Bedeutung für die Schranken und für die Schranken-Schranken der Grundfreiheiten.

## 1. Grundrechte als Schranke der Grundfreiheiten

Wie bereits erwähnt können Unionsgrundrechte als Schranke bei der Rechtfertigung grundfreiheitlicher Beschränkungen eine Rolle spielen.<sup>57</sup> In dieser Konstellation besteht auf den ersten Blick ein Kollisionsverhältnis: Die Grundrechte rechtfertigen eine mitgliedstaatliche Beschränkung der Grundfreiheit. Dies hat bislang insbesondere in Unterlassungsfällen eine Rolle gespielt, wenn die unterlassene Durchsetzung der Grundfreiheit durch einen Mitgliedstaat gerechtfertigt werden kann, da dieses Unterlassen grundrechtlich veranlasst war.<sup>58</sup> Wichtigstes Beispiel aus der Rechtsprechung ist hier das Urteil in der Rs. *Schmidberger*.<sup>59</sup> In diesem wurde im Rahmen einer genehmigten Demonstration die Brenner-Autobahn für mehrere Stunden blockiert, worin ein Lkw-Unternehmer einen Verstoß gegen die Grundfreiheit des Warenverkehrs sah. Mit seinem Urteil erkannte der EuGH an, dass es – zumindest in mehrpoligen Rechtsverhältnissen – zu einer Kollision zwischen europäischen Grundfreiheiten und Grundrechten kommen kann, das Grundrecht der Demonstrationsfreiheit aber auf der Rechtfertigungsebene zu prüfen ist. Dies bedeutet, dass der EuGH bei genauer Betrachtung nationale Grundrechte, die die Beeinträchtigung der Grundfreiheit legitimieren, auf die europäische Ebene überträgt und dann in eine Abwägung zwischen europäischer Grundfreiheit und europäischem Grundrecht eintritt.<sup>60</sup>

Noch brisanter ist insoweit der Fall *Omega*.<sup>61</sup> Im Zentrum des Falls stand ein sog Laserdrome, in dem ein gezieltes Beschießen von Mitspielern mittels Laserstrahl und damit ein spielerisches Töten ermöglicht wurde. Der deutsche Betreiber hatte Ausrüstung und Spielkonzept aus Großbritannien bezogen, wo solche Spiele erlaubt sind. Demgegenüber sahen die deutschen Behörden in den simulierten Tötungshandlungen einen Verstoß gegen die in Art. 1 GG geschützte Menschenwürde

56 EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254, Rn. 42; ähnlich EuGH, Rs. C-12/86, *Demriél*, ECLI:EU:C:1987:400, Rn. 28; EuGH, Rs. C-159/90, *Grogan*, ECLI:EU:C:1991:378, Rn. 31; *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 354 ff.

57 Vgl. dazu *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34–36 AEUV, Rn. 79; *Ehlers*, in: *Ehlers* (Hrsg.), § 14 Rn. 23.

58 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, Kap. 1 § 2 Rn. 75; *Gebauer*, S. 259 ff.; ausf. *Schindler*, insbes. S. 31 ff.; vgl. dazu auch *Skouris*, DÖV 2006/3, S. 94; vgl. über die im Folgenden genannten Rs. hinaus: EuGH, Rs. C-438/05, *Viking Line*, ECLI:EU:C:2007:772, Rn. 45.

59 EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 73 ff.

60 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 378.

61 EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614; *Bröhmer*, EuZW 2004/24, S. 755; *Frenz*, NVwZ 2005/1, S. 48; *Semmelmann*, European Law Reporter 2004, S. 414; *Toggenburg*, European Law Reporter 2005, S. 2.

und untersagten das Spielkonzept. Mit der Frage, ob dieses Verbot gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoße, legte das BVerwG den Fall dem EuGH vor, der den Schutz der Menschenwürde als zulässige Konkretisierung der die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden nationalen Regelungen zur Sicherung der öffentlichen Ordnung ansah.

Mit den Grundrechten als Schranke einer grundfreiheitlichen Beschränkung ist eine dynamische Schnittstelle zwischen europäischen Grundfreiheiten und nationalen Grundrechten aufgezeigt, die maßgeblich zu einer umfassenden Europäisierung des Freiheitsschutzes beiträgt: Mit dem geschilderten Ausbau von Diskriminierungsverboten zu freiheitsschützenden Beschränkungsverboten verwandeln sich die Grundfreiheiten zu Grundrechten auf Abwehr gegen alle mitgliedstaatlichen Freiheitsbeschränkungen, während gleichzeitig die den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehenden Rechtfertigungsgründe an die europäischen Grundrechte zurückgebunden werden.<sup>62</sup>

## 2. Grundrechte als Schranken-Schranke der Grundfreiheiten

Die Unionsgrundrechte können darüber hinaus auch eine sog. Schranken-Schranke der Rechtfertigung einer grundfreiheitlichen Beschränkung darstellen.<sup>63</sup> In diesem Fall werden die Rechtfertigungsgründe der Mitgliedstaaten an den europäischen Grundrechten geprüft und damit weiter eingeschränkt. Grundrechte und Grundfreiheiten verstärken sich in dieser Konstellation gegenseitig und wirken in die gleiche Richtung zulasten der Mitgliedstaaten:<sup>64</sup> Diese Maßgabe hat der EuGH erstmals prominent in der Rs. *Familiapress* formuliert. In diesem Fall ging es um den Vertrieb von Zeitschriften eines deutschen Verlags in Österreich, wo die in diesen Zeitschriften enthaltenen Gewinnspiele rechtlich untersagt waren. Der EuGH erkannte an, dass die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt, die Österreich zur Verteidigung vorgebracht hatte, ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls darstellen könne. Sie trage zur Wahrung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung bei.<sup>65</sup> Die mitgliedstaatlichen Rechtfertigungsgründe sind seither „im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen“.<sup>66</sup>

## IV. Zwischenergebnis

Die erwähnten Fälle begründen nach alledem vielleicht weniger eine echte Konvergenz von europäischen Grundfreiheiten und Grundrechten als eine funktionale Verkopplung. Diese macht deutlich, dass die europäischen Grundrechte über die

62 Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 378.

63 Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34–36 AEUV, Rn. 99.

64 Vgl. Kingreen, EuGRZ 2004/19, S. 576; Kingreen/Störmer, EuR 1998/3, S. 282 f.

65 EuGH, Rs. C-368/95, *Familiapress*, ECLI:EU:C:1997:325, Rn. 18; vgl. über diese Rs. hinaus auch EuGH, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 103.

66 EuGH, Rs. C-368/95, *Familiapress*, ECLI:EU:C:1997:325, Rn. 24; EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254, Rn. 43.

Grundfreiheiten in weitreichendem Umfang (über Art. 51 Abs. 1 GRCh hinaus) in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eingebunden werden. Die Folgen einer solchen Bindung der nationalen Gesetze an nationale und europäische Grundrechte sowie an europäische Grundfreiheiten sind unverkennbar: Die europäischen Grundrechte entfalten eine Ausstrahlungswirkung auf die Grundfreiheiten, die wiederum nationales Recht begrenzen. Durch die entstandene materielle Gemengelage können die europäischen Grundrechte im Verbund mit den Grundfreiheiten weit in den Hoheitsbereich der Mitgliedstaaten hineinwirken.<sup>67</sup> Bildlich wird hier von einer zweiten Grundrechtsschicht gesprochen, die sich über die Ebene der Mitgliedstaaten schiebt.<sup>68</sup>

Durch die verschiedenen Grundrechtsschichten besteht freilich die Gefahr, dass die sorgfältig austarierte Verzahnung von unionalem und nationalem Grundrechtsschutz, die in Art. 51 GR-Charta ihren Ausdruck gefunden hat, unterlaufen wird.<sup>69</sup> Je mehr die Grundfreiheiten durch ein expansives Verständnis ausgebaut werden, je mehr sie mit grundrechtlichen Inhalten angereichert und verbunden werden, desto stärker wird die Stellung des EuGH im Gesamtsystem des Grundrechtsschutzes.<sup>70</sup> Diese Tendenz verstärkt sich, wenn (wie im erwähnten Fall Schmidberger) staatliche Pflichten zum Schutz von Grundfreiheiten mit Grundrechtsmodifizierungen kombiniert werden. Da die Mitgliedstaaten in diesen Fällen verpflichtet sind, Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten zu unterbinden,<sup>71</sup> müssten sie selbst dann handeln, wenn nationale Grundrechtsverbürgungen ein Einschreiten verbieten.<sup>72</sup> Explizit bestünde hier die Gefahr einer Modifikation der mitgliedstaatlichen Verfassungen durch den Einfluss europäischer Grundrechte.<sup>73</sup> Ob diese Entwicklungslinie mit der Bestimmung des Art. 51 Abs. 2 GRCh vereinbar ist, der bestimmt, dass durch die GRCh keine neuen Kompetenzen und Zuständigkeiten erwachsen, erscheint fraglich.

Dies gilt umso mehr, wenn man die beschriebene Konvergenz bzw. funktionale Verkoppelung von Grundrechten und Grundfreiheiten mitberücksichtigt. Denn wenn die Grundfreiheiten inhaltlich zu Grundrechten umgeformt werden und überdies die Bindung der Mitgliedstaaten an die europäischen Grundrechte immer weiter ausgedehnt wird, dann werden nicht nur die Unterschiede zweier in funktionaler Hinsicht zu differenzierender Normkomplexe verwischt, sondern auch die

67 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 356.

68 *Kingreen*, EuGRZ 2004/19, S. 572.

69 *Kanitz/Steinberg*, EuR 2003/6, S. 1025 ff.; *Kingreen*, EuGRZ 2004/19, S. 573; *Cremer*, NVwZ 2003/12, S. 1454; *Cremer*, NVwZ 2004/6, S. 669; *Schorkopf*, ZaöRV 2004/1, S. 138.

70 Bspw. EuGH, Rs. C-124/97, *Läärä u.a.*, ECLI:EU:C:1999:435, Rn. 31, 35 und 36; EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, ECLI:EU:C:1999:514, Rn. 29, 33, 34; zu entsprechenden Tendenzen in der Lit. *Ruffert*, EuGRZ 2004/16–18, S. 468; *Mager*, JZ 2003/4, S. 207; *Schorkopf*, ZaöRV 2004/1, S. 131 f.

71 EuGH, Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1997:595, Rn. 29; EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333.

72 *Mager*, EuR 2004/Beiheft 3, S. 46.

73 *Schorkopf*, ZaöRV 2004/1, S. 138; zu den Konsequenzen im Verhältnis EuGH und BVerfG aktuell *Calliess*, JURA 2021/11, S. 1302 ff.

derzeit noch stabile, sorgfältig austarierte Balance zwischen unionalem und mitgliedstaatlichem Freiheitsschutz aufs Spiel gesetzt.<sup>74</sup>

## V. Konfliktlinien mit Blick auf das Demokratieprinzip

Hinzu kommt mit Blick auf das Demokratieprinzip im Verhältnis EU-Mitgliedstaaten ein weiterer Aspekt: Die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes erfolgt bis heute anhand zweier – im Idealfall komplementärer – Strategien: Durch Harmonisierung des europäischen Gesetzgebers einerseits, sowie durch das den erwähnten Grundfreiheiten inhärente Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, eng verwandt mit dem Herkunftslandprinzip,<sup>75</sup> andererseits. Insoweit wird von positiver und negativer Integration gesprochen.<sup>76</sup>

Voraussetzung der sog. positiven Integration durch gesetzgeberische Harmonisierung ist, dass der EU für die jeweilige Maßnahme eine Kompetenz zusteht (Art. 5 Abs. 2 EUV) und sich in EP und Rat die erforderlichen Mehrheiten finden. Weil in den Anfangsjahren die Kompetenzen der damaligen EWG bescheiden und das teilweise vorgesehene Mehrheitsprinzip im Zuge des sog. Luxemburger Kompromisses de facto einem Einstimmigkeitsprinzip gewichen war, kam die positive Integration nur schleppend voran.

Umso bedeutsamer wurde die über die seit dem Urteil *van Gend & Loos* über die unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten vermittelte sog. negative Integration. Insbesondere in Kombination mit dem vom EuGH betriebenen Ausbau der Grundfreiheiten von reinen Diskriminierungsverboten, die im Falle grenzüberschreitender Tätigkeit eine Inländergleichbehandlung gewährleisten sollen, zu mehr oder weniger umfassenden freiheitsschützenden Beschränkungsverboten,<sup>77</sup> entwickelten die Grundfreiheiten eine ungeahnte Deregulierungskraft. Bahnbrechend war insoweit das berühmte *Dassonville*-Urteil<sup>78</sup> des EuGH, im Zuge dessen jede unmittelbare oder auch nur mittelbare, tatsächliche oder auch nur potenzielle Behinderung des Handels durch nationale Regelungen gleich welcher Art schon eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung des Warenverkehrs gem. Art. 28 EGV darstellt. Seither werden auch nichtdiskriminierende und damit unterschiedslos anwendbare nationale Gesundheits-, Umwelt-, Sozial- oder Verbraucherschutzstandards einer Marktkonformitätskontrolle seitens der Kommission bzw. seitens des EuGH als Hüter der Verträge unterworfen.

Jedwede vom nationalen Gesetzgeber demokratisch beschlossene Regelung steht damit tendenziell erst einmal unter einer Art grundfreiheitlichen „Generalverdacht“. Dem Mitgliedstaat bleibt nur die Möglichkeit, seine jeweilige Maßnahme am Maßstab der europäischen Rechtfertigungsgründe zu rechtfertigen. Angesichts der

74 Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 356.

75 Dazu Calliess, DVBl. 2007/6, S. 336 ff.

76 Vgl. Scharpf, S. 15 ff.; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 28–30 EGV, Rn. 2 ff.

77 Dazu krit. Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 115 ff.

78 EuGH, Rs. C-8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82.

limitierten und vom EuGH eng ausgelegten vertraglichen Rechtfertigungsgründe wurden zu undifferenziert Lücken in die gemeinwohlverträgliche Flankierung des Marktes durch die Mitgliedstaaten gerissen. Zwar reagierte der EuGH mit seinem Urteil im Fall *Cassis de Dijon*<sup>79</sup> hierauf, indem er die ausdrücklichen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV um so genannte zwingende Erfordernisse, die als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe wirken, erweiterte. Jedoch blieb die dahinter liegende Problematik bis heute bestehen. Diese resultiert aus dem latenten Konflikt zwischen europäischen Marktbürgerrechten und nationalem Demokratieprinzip, dem zugleich ein Problem der Gewaltenteilung innewohnt: Wenn die Grundfreiheiten in ihrer Wirkung ein umfassendes (nicht auf Diskriminierungen) beschränktes Herkunftslandprinzip etablieren, dann bedeutet dies, dass ein „EU-Ausländer“ grundsätzlich sein jeweiliges Heimatrecht mitbringen darf. In der Folge kommt es zu einem Wettbewerb der Rechtsordnungen. Im Kollisionsfalle mit dem Recht des Bestimmungslandes gilt, wie der EuGH in seinem Urteil *Cassis de Dijon*<sup>80</sup> deutlich machte, grundsätzlich das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Dieses begründet eine Vermutung dergestalt, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Ware auch im Bestimmungsland frei verkehrsfähig sein können muss. Kurzum: Was also z.B. der französische Staat seinen Bürgern an Zusatzstoffen in Lebensmitteln zumutet, erscheint auch den Verbrauchern in Deutschland zumutbar. Im Kollisionsfalle, also wenn z.B. in Deutschland strengere Standards gelten, muss sich das Bestimmungsland, um im Beispiel zu bleiben also Deutschland, am Maßstab des Grundsatzes des freien Warenverkehrs gem. Art. 34 AEUV für seine Gesetzgebung im Hinblick auf einen Gemeinwohlbelang wie den Gesundheits-, Verbraucher- oder Umweltschutz (und seine diesbezüglichen Präferenzen) rechtfertigen. Im Zuge dessen sind die rechtlichen und technischen Regelungen der Mitgliedstaaten grundsätzlich als gleichwertig anzusehen, es sei denn, dass europäisch anerkannte und definierte Schutzinteressen des nationalen Rechts in Form von Rechtfertigungsgründen dagegen sprechen. Diese müssen von den Mitgliedstaaten (im Sinne einer Schranken-Schranke) aber wiederum nicht-diskriminierend, verhältnismäßig und – nach der sog. ERT-Rechtsprechung<sup>81</sup> – im Einklang mit den europäischen Grundrechten angewandt bzw. ausgelegt werden. Ob dies der Fall ist, entscheidet der EuGH.

Im Kontext der solchermaßen über die Grundfreiheiten bewirkten negativen Integration entscheidet also die europäische Judikative darüber, ob eine von nationalen Parlamenten beschlossene Marktregulierung im Interesse des Gemeinwohls binnenmarktkonform ist. Wenn also der EuGH eine durch die nationalen Parlamente

79 EuGH, Rs. C-120/78, *Rewe*, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 649 ff.

80 EuGH, Rs. C-120/78, *Rewe*, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 662.

81 Leitentscheidung: EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254; weitere Entscheidungen: EuGH, Rs. C-159/90, *Grogan*, ECLI:EU:C:1991:378; Rs. C-62/90, *Arzneimittelzufuhr*, ECLI:EU:C:1992:169; verb. Rs. C-92/92 u. C-326/92, *Collins*, ECLI:EU:C:1993:847; Rs. C-23/93, *TV 10*, ECLI:EU:C:1994:362; Rs. C-299/95, *Kremzow*, ECLI:EU:C:1997:254; Rs. C-368/95, *Familiapress*, ECLI:EU:C:1997:325; Rs. C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333; Rs. C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614.

demokratisch beschlossene Maßnahme am Maßstab der Grundfreiheiten im Einzelfall auf ihre Verhältnismäßigkeit kontrolliert und im Zweifel korrigiert, dann kommt ihm eine erhebliche Machtfülle zu, die nicht zuletzt unter Aspekten einer – im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund auch vertikal zu verstehenden – Gewaltenteilung zu problematisieren ist. So gesehen stehen die Grundfreiheiten als Marktbürgerrechte in einem spezifischen, aus dem staatlichen Verfassungsrecht so nicht bekannten Spannungsverhältnis zum nationalen Gesetzgeber und damit zum Demokratieprinzip.

Die so skizzierten Kompetenzprobleme im Bereich des Freiheitsschutzes, die solchermaßen eine demokratiethoretische Dimension haben,<sup>82</sup> verlangen im Staaten- und Verfassungsverbund der EU nach einer klaren Abgrenzung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten.<sup>83</sup> Es gilt daher, eine in sich konsistente und schlüssige Dogmatik der europäischen subjektiv-öffentlichen Rechte zu beherzigen.<sup>84</sup>

#### D. Ausblick

Die Tatsache, dass die Vision eines europäischen Binnenmarktes mehr und mehr an Antriebskraft für eine vertiefte Integration verlor (Stichwort: „Markt ohne Staat“), war Anlass für vielfältige Versuche, die EU unter den Prämissen von Transparenz, Effizienz und Legitimation auf ein institutionell gefestigteres, demokratischeres und bürgernäheres Fundament zu stellen. Was in Maastricht begann und sich in den Verträgen von Amsterdam und Nizza bis hin zum Vertrag von Lissabon fortsetzte, ist ein Prozess, der auf der Suche nach dem „Politischen“ der europäischen Integration die Union aus ihrer funktionalen und marktökonomischen Zweckrationalität befreien wollte.<sup>85</sup>

Zwar stand schon die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft spätestens seit den grundlegenden Urteilen des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit (*van Gend & Loos*) und zum Vorrang des damaligen Gemeinschaftsrechts (*Costa/ENEL*) in einer direkten Beziehung zu den Bürgern der Mitgliedstaaten. Sie waren damit nicht mehr nur – wie im Völkerrecht üblich – durch ihre jeweiligen Heimatstaaten mediatisiert. Der Fokus der Urteile war indes durch funktionelle Erwägungen – konkret die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts im Rahmen einer Art dezentralen Vollzugskontrolle – geprägt. Indem der Bürger durch die unmittelbare Anwendbarkeit der marktbezogenen Grundfreiheiten für die Verwirk-

82 Die demokratiethoretischen Unterschiede zwischen der positiven Integration durch den Unionsgesetzgeber auf der einen und der negativen Integration anhand von Kontrollkompetenzen durch den EuGH auf der anderen Seite können hier nur angedeutet werden; grundlegend *Scharpf*, S. 15 ff.; aus rechtlicher Sicht *Calliess*, in: Festschrift Ress, S. 399; vertiefend *Calliess/Hartmann*, S. 125 ff.; im Überblick *Ingree*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), AEUV, Art. 34–36, Rn. 2 ff.; ausf. *Lippert*, S. 289 ff.; als „Entpolitisierung“ beschreibt diese Entwicklung sehr kritisch *Grimm*, S. 108 ff.

83 Eingehend *Lippert*, S. 223 ff.

84 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 382.

85 *Nettesheim*, S. 6; ausführlich *Haltern*, S. 546 ff.

lichung des Gemeinsamen Marktes respektive Binnenmarktes mobilisiert wurde, wies die EU den Bürgern die Rolle eines Marktbürgers, eines „Bourgeois“, zu.<sup>86</sup>

Seit der Einführung der Unionsbürgerschaft mit dem Vertrag von Maastricht zeichnet sich jedoch ein Prozess ab, der neben den Mitgliedstaaten verstärkt deren Bürger in ihrer politischen Rolle in den Blick nimmt. Mehr als jemals zuvor ist heute auch in allen europäischen Institutionen der politische Wille zu erkennen, sich auf den Bürger zu besinnen und die weiteren Geschicke der Integration stärker an ihn zu binden. Wie am Beispiel des mit Vorrang und Durchgriffswirkung auf die Bürger ausgestatteten Unionsrechts, aber auch mit Blick auf die vielfältigen der EU übertragenen Zuständigkeiten in sämtlichen Lebensbereichen, deutlich wird, haben die Mitgliedstaaten den ursprünglichen geplanten Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) zunehmend zu einem politischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 AEUV) ausgebaut. Dem korrespondiert der mit dem Vertrag von Maastricht eingeführte Status des Unionsbürgers, der zentral um sein allgemeines Recht auf Freizügigkeit kreist (Art. 21 AEUV), an den aber auch weitere subjektive Rechte anknüpfen (vgl. Art. 20 Abs. 2 AEUV: „... unter anderem ...“). Dies sind über die in den Grundfreiheiten zum Ausdruck kommenden ökonomischen Marktbürgerrechte hinaus die zunächst in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten europäischen Grundrechte, die in der Charta der Grundrechte der EU kodifiziert wurden, sowie die an den Unionsbürgerstatus systematisch unmittelbar anknüpfenden Unionsbürgerrechte. Sie formulieren zugunsten der Bürger „politische“ Rechte und konkretisieren die verfassungsstaatliche Ergänzung des europäischen *Bourgeois* durch den *Citoyen*.<sup>87</sup>

Bürgerrechte, verstanden als subjektiv-öffentliche Rechte, sind traditionell mit der Emanzipierung des Individuums gegenüber dem obrigkeitlichen Staat, dessen Machtausübung sie im Interesse bürgerlicher Freiheit zu begrenzen trachten, verbunden. Im Europarecht hatten subjektiv-öffentliche Rechte aus der historischen Perspektive des Marktbürgers demgegenüber zwar zunächst eine andere, geradezu entgegengesetzte Funktion, indem sie der Stärkung einer relativ schwachen Exekutive, der Kommission, und damit als Mittel zur Etablierung einer über den nationalen Rechtsordnungen stehenden neuen, supranationalen Rechtsordnung dienen.<sup>88</sup> Im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund jedoch bedeutet die einheitliche Verwendung des Begriffs der „subjektiv-öffentlichen Rechte“, dass es heute eine sowohl die Freiheit des Individuums als Selbstzweck achtende nationale Gewalt als auch eine etablierte europäische Hoheitsgewalt gibt, die im Interesse der Freiheit des Unionsbürgers begrenzt bzw. mit dieser zum Ausgleich gebracht werden muss. Die nationale Hoheitsgewalt sieht sich im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund an nationale Grundrechte, an europäische Grundfreiheiten und in zunehmenden Umfang auch an europäische Grundrechte gebunden.

86 Vertiefend *Calliess/Hartmann*, S. 19 ff.

87 Ausführlich *Calliess/Hartmann*, S. 19 ff. und 109 ff.

88 Dazu *Kingreen/Störmer*, EuR 1998/3, S. 263 ff.; *Masing*, S. 175 ff.

Diese Häufung von Bürgerrechten im europäischen Mehrebenensystem kann mit ihren Doppelungen wie vorstehend gezeigt wurde zu dogmatischen Unklarheiten im System der historisch gewachsenen subjektiv-öffentlichen Rechte des Unionsrechts und damit zu einem Verlust an Rechtssicherheit führen. Denn wenn die Grundfreiheiten inhaltlich zu Grundrechten umgeformt werden und überdies die Bindung der Mitgliedstaaten an die europäischen Grundrechte immer weiter ausgedehnt wird, dann werden nicht nur die Unterschiede zweier in funktionaler Hinsicht zu differenzierender Normenkomplexe verwischt, sondern auch die derzeit noch stabile, sorgfältig austarierte Balance zwischen unionalem und mitgliedstaatlichem Freiheitsschutz aufs Spiel gesetzt. Nicht zuletzt aufgrund der vorstehend skizzierten Kompetenzprobleme im Bereich des Freiheitsschutzes, die insbesondere im Bereich der Grundfreiheiten eine demokratietheoretische Dimension haben, bedarf es im Staaten- und Verfassungsverbund der EU einer klaren Abgrenzung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten, ebenso wie einer angemessenen, aber nicht überzogenen Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte. Es gilt daher, in sich konsistente und schlüssige Leitlinien für die systematische Ordnung der europäischen Bürgerrechte zu entwickeln.

Im Ausgangspunkt ist das Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten methodisch zunächst als Normkonkurrenz zu begreifen. Grundfreiheiten und Grundrechte sind bezogen auf einen bestimmten Sachverhalt als subjektiv-öffentliches Recht nebeneinander anwendbar. Zur Auflösung der Konkurrenz lassen sich drei Lösungsmodelle denken:<sup>89</sup>

- Die Grundfreiheiten verdrängen als speziellere Freiheitsrechte die europäischen Grundrechte. Gegen diese Lösung lässt sich einwenden, dass sie der vorstehend geschilderten Bedeutung der Grundrechte als Ausdruck eines Wandels vom Marktbürger zum Unionsbürger nicht gerecht wird.
- Die Grundfreiheiten werden im Lichte der immer weiter reichenden Bindung der Mitgliedstaaten an die europäischen Grundrechte, die nach der Grundrechtecharta ja nunmehr auch ökonomische Sachverhalte erfassen, obsolet. Diese Lösung steht freilich im Widerspruch zum geltenden Unionsrecht, das den Grundfreiheiten nach wie vor eine eigenständige Rolle neben den Grundrechten zuweist. Freilich würde der EuGH eine Entwicklung in diesem Sinne fördern, wenn er die mitgliedstaatliche Bindung an die europäischen Grundrechte so weit ausbaut, dass die Mitgliedstaaten umfassend, mithin im gesamten „Geltungsbereich“ des Unionsrechts, an die europäischen Grundrechte gebunden werden.
- Überzeugender erscheint es im Hinblick auf die geltende Rechtslage jedoch, Grundfreiheiten und Grundrechte als gleichwertig anzusehen, ihre historisch erklärbaren funktionalen Unterschiede dabei aber nicht zu verwischen. Als gegen mitgliedstaatlichen Protektionismus und Diskriminierung gerichtete transnationale Integrationsnormen sollen die Grundfreiheiten dort, wo es an einer europäischen Harmonisierung fehlt, die Integration bestehender Teilordnungen durch

89 Vgl. dazu schon *Kingreen*, EuGRZ 2004/19, S. 574 f.

Etablierung einer neuen Gesamtordnung bewirken. Dafür stehen die Begriffe Binnenmarkt, Marktbürger und Bourgeois.

- Nachdem der EU im Zuge verschiedener Vertragsänderungen von den Mitgliedstaaten zunehmend Gesetzgebungskompetenzen übertragen wurden, über deren Ausübung vom europäischen Gesetzgeber mit Mehrheit entschieden werden konnte, nahm die Rechtssetzungstätigkeit auf europäischer Ebene zu. Es entstand in der Folge ein Bedürfnis nach Legitimation durch rechtsstaatliche Kontrolle. Diesem Bedürfnis begegnete der EuGH, indem er ein System europäischen Grundrechtsschutzes entwickelte<sup>90</sup>, das heute im Rahmen der der Charta der Grundrechte kodifiziert ist. Dafür stehen der Begriff des den Binnenmarkt politisch überformenden „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ sowie die Begriffe des Unionsbürgers und des *Citoyen*.

Zusammenfassend kann nach alledem festgehalten werden: Auf Grundlage der unterschiedlichen Funktionen, die Grundfreiheiten und Grundrechte haben, muss eine Dogmatik der subjektiv-öffentlichen Rechte im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund die funktionalen Unterschiede zwischen den in Konkurrenz stehenden Freiheitsrechten wahren. Die Grundfreiheiten sind in erster Linie gegen die Mitgliedstaaten gerichtete, auf Marktintegration angelegte Diskriminierungsverbote, die in grenzüberschreitenden Sachverhalten für Inländergleichbehandlung sorgen sollen. Der Grundsatz der Inländergleichbehandlung kann jedoch erst zu wirken beginnen, wenn der EU-Ausländer sich auf dem inländischen Markt befindet. Im Zuge dessen ist es gerechtfertigt, die Grundfreiheiten im Hinblick auf den Marktzugang (wenn es um das „Ob“ der Ausübung einer Grundfreiheit geht) als Beschränkungsverbote und damit Freiheitsrechte zu interpretieren. Hat dieser jedoch Zugang zum inländischen Markt gefunden (geht es also nur noch um das „Wie“ der Ausübung der Grundfreiheit), dann ist die jeweilige Grundfreiheit als Diskriminierungsverbot zu interpretieren.

Die europäischen Grundrechte verpflichten die Unionsorgane, in ihrem Handeln die rechtsstaatlich garantierten Freiheiten der Bürger zu achten. Im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in dem alle Mitgliedstaaten gleichermaßen auf rechtsstaatliche und damit weitgehend grundrechtlich verbürgte Freiheitsstandards verpflichtet sind (vgl. Art. 2 EUV)<sup>91</sup>, können die Mitgliedstaaten nicht umfassend an die europäischen Grundrechte gebunden werden. Mit Blick auf die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts ist es insoweit aber überzeugend, wenn die Mitgliedstaaten – wie dies Art. 51 Abs. 1 GRCh festlegt – bei der Durchführung des Unionsrechts, also bei dessen administrativen und legislativen Vollzug, an die europäischen Grundrechte gebunden sind. Dort wo ihnen Umsetzungs- und Handlungsspielräume vom Unionsrechts eingeräumt werden, sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich nur an die nationalen Grundrechte gebunden.<sup>92</sup>

90 Ausführlich *Kingreen*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), S. 726 ff.

91 von *Bogdandy*, S. 154 ff.

92 Dazu *Calliess*, JURA 2021/11, S. 1307 ff.; vertiefend *Wendel*, EuR 2022/3, S. 327 ff.

Im Kontext der Grundfreiheiten sind die Mitgliedstaaten nicht an die europäischen Grundrechte gebunden, allerdings sind diese im Rahmen grundrechtskonformer Auslegung derjenigen Rechtfertigungsgründe, auf die sich ein Mitgliedsstaat im konkreten Fall beruft, im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts zu berücksichtigen. Insoweit kommt es darauf an, dass nationale Spielräume erhalten bleiben. Hier weist die EuGH-Entscheidung im Fall Omega insofern den richtigen Weg, als sie im Hinblick auf die Menschenwürde, einem Schutzgut, das im Kontext europaweit unterschiedlicher sittlicher, religiöser und kultureller Erwägungen zu sehen sei, die deutsche Wertung im Spiegel der europäischen Menschenwürde für verhältnismäßig erklärt, obwohl das Tötungsspiel in anderen Mitgliedstaaten nicht als Verstoß gegen die Menschenwürde angesehen wird.

Das Freizügigkeitsrecht des Art. 20 Abs. 2 lit. c), 21 AEUV hat sich in diesen dogmatischen Kontext einzufügen. Da es sich an die Mitgliedstaaten richtet, handelt es sich um eine Grundfreiheit. Nur wenn es sich um mitgliedstaatliche Freizügigkeitshindernisse handelt, die den Marktzugang beeinträchtigen, kann Art. 20 Abs. 2 lit. c), 21 AEUV als Beschränkungsverbot wirken. Handelt es sich um nicht zugangsrelevante Beeinträchtigungen, so bleibt Art. 20 Abs. 2 lit. c), 21 AEUV ein Diskriminierungsverbot, das lediglich Inländergleichbehandlung, aber keine Besserstellung gebietet.

## Bibliographie

- BLECKMANN, ALBERT, *Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte*, in: Bieber, Roland; Bleckmann, Albert; Capotorti, Francesco (Hrsg.), *Das Europa der zweiten Generation: Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, Bd. II, Baden-Baden, 1982, S. 665 ff.
- BOGDANDY, ARMIN VON, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Berlin, 2022
- BLECKMANN, ALBERT, *Europarecht*, 6. Auflage, Köln, 1997
- BRÖHMER JÜRGEN, *Zulässige Untersagung eines Tötungsspiels, Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 14.10. 2004 – Rs. C-36/02*, *EuZW*, 2004, Heft 24, S. 753 ff.
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, Tübingen, 2010
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?*, in: Franzius, Claudio; Mayer, Franz C.; Neyer, Jürgen (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2010, S. 231–259
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts*, *NJW*, 2005, Heft 14, S. 929–933
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht*, *JZ*, 2004, Heft 21, S. 1033–1045

- CALLIESS, CHRISTIAN, *Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund: Eine Analyse mit Blick auf den Konventsentwurf für einen Europäischen Verfassungsvertrag*, in: Bröhmer, Jürgen; Bieber, Roland; Calliess, Christian; Langenfeld, Christine; Weber, Stefan; Wolf, Joachim (Hrsg.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, Köln u.a., 2005, S. 399–421
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Gemeinwohl in der Europäischen Union – über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund*, in: Brugger, Winfried; Kirste, Stephan; Anderheiden, Michael (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden, 2002, S. 173 ff.
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Europäischer Binnenmarkt und europäische Demokratie: Von der Dienstleistungsfreiheit zur Dienstleistungsrichtlinie – und wieder Retour?*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2007, S. 336 ff.
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Einheit und Vielfalt im Grundrechtsschutz der Europäischen Union – Überlegungen im Lichte der Beschlüsse des BVerfG zum Recht auf Vergessen I und II*, *Juristische Ausbildung*, 2021, S. 1302–1315
- CALLIESS, CHRISTIAN; HARTMANN, MORITZ, *Zur Demokratie in Europa: Unionsbürgerschaft und europäische Öffentlichkeit*, Tübingen, 2014
- CALLIESS, CHRISTIAN; RUFFERT, MATTHIAS (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Auflage, München, 2022
- CHWOLIK-LANFERMANN, ELLEN, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Union*, Frankfurt a.M., 1994
- CIRKEL, JOHANNES, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte*, Baden-Baden, 2000
- CREMER, WOLFRAM, *Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedsstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2003, Heft 12, S. 1452–1457
- CREMER, WOLFRAM, *Rechtfertigung legislativer Eingriffe in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, Heft 6, S. 668 ff.
- EHLERS, DIRK (HRSG.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4. Auflage, Berlin/Boston, 2014
- FRENZ, WALTER, *Menschenwürde und Dienstleistungsfreiheit*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2005, Heft 1, S. 48
- FRENZ, WALTER, *Handbuch Europarecht, Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg, 2012
- GEBAUER, JOCHEN, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin, 2004

- GERSDORF, HUBERTUS, *Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts*, Archiv des öffentlichen Rechts, 1994, Jg. 119, S. 400
- GRIMM, DIETER, *Europa ja – aber welches?*, München, 2016
- HALTERN, ULRICH, *Europarecht Band 2*, 3. Auflage, Tübingen, 2017
- HATJE, ARMIN, *Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt*, in: v. Bogdandy, Armin; Bast, Jürgen (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg, 2009, S. 801 ff.
- IMMENGA, ULRICH; MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM (Begr.), *Wettbewerbsrecht*, Bd. I, 6. Auflage, München, 2019
- KANITZ, RALF/STEINBERG, PHILIPP, *Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem*, Europarecht, 2003, Heft 6, S. 1013–35
- KINGREEN, THORSTEN, *Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Europarecht, 2007, Beiheft 1, S. 43–74
- KINGREEN, THORSTEN, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlin, 1999
- KINGREEN, THORSTEN, *Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?*, EuR, 2010, Heft 3, S. 338–363
- KINGREEN, THORSTEN, *Grundfreiheiten*, in: v. Bogdandy, Armin; Bast, Jürgen (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg, 2009, S. 705
- KINGREEN, THORSTEN, *Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht*, Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2004, Heft 19, S. 570–576
- KINGREEN, THORSTEN; STÖRMER, RAINER, *Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts*, Europarecht, 1998, Heft 3, S. 263 ff.
- KOKOTT, JULIANE, *Die Grundrechte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Archiv des öffentlichen Rechts, 1996, Jg. 121, Heft 4, S. 599–638
- KUBICKI, PHILIPP, *Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft*, Europarecht, 2006, Jg. 41, Heft 4, S. 489–511
- LIPPERT, ANDRÉ, *Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht*, Tübingen, 2013
- MAGER, UTE, *Die Bedeutung der Grundrechte für das Binnenmarktziel – der zweite Verfassungsabschnitt auf dem Prüfstand des Binnenmarktkonzepts*, Europarecht, 2004, Beiheft 3, S. 41–55
- MAGER, UTE, *Dienstleistungsfreiheit und Schutz des Familienlebens, Anmerkung zu der Entscheidung EuGH, Rs. 60/00 – Mary Carpenter*, Juristenzeitung, 2003, Jg. 58, Heft 4, S. 204–207

- MASING, JOHANNES, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Berlin, 1997
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM; SCHWEITZER, HEIKE, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, München, 2014
- MEYER, JÜRGEN; HÖHLSCHIEDT, SVEN (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Auflage, Baden-Baden, 2019
- NETTESHEIM, MARTIN, *Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Weg zur Verschmelzung?*, Bonn, 2006
- NICOLAYSEN, GERT, *Die gemeinschaftliche Begründung von Grundrechten*, Europarecht, 2003, Heft 5, S. 719 ff.
- NOWAK, CARSTEN, *Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon*, Europarecht, 2009, Beiheft 1, S. 128–193
- OLIVER, PETER; ROTH, WULF-HENNING, *The internal market and the four freedoms*, Common Market Law Review, 2004, Jg. 41, Heft 4, S. 407 ff.
- PECHSTEIN, MATTHIAS; BUNK, ARTUR, *Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht*, Europäische Grundrechte Zeitschrift, 1997, Heft 1–4, S. 547 ff.
- RUFFERT, MATTHIAS, *Die künftige Rolle des EuGH im europäischen Grundrechtsschutzsystem*, Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2004, Jg. 31, Heft 16, S. 466–471
- SANDER, FLORIAN, *Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zu mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen?*, Deutsches Verwaltungsblatt, 2005, Jg. 16, S. 1014 ff.
- SCHARPF, FRITZ, *Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States*, in: Marks, Gary; Scharpf, Fritz; Schmitter, Philippe; Streeck, Wolfgang (Hrsg.), *Governance in the European Union*, 1996, S. 15 ff.
- SCHEUING, DIETER, *Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht*, Europarecht, 2003, Heft 5, S. 744 ff.
- SCHINDLER, DIERK, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten*, Berlin, 2001
- SCHORKOPF, FRANK, *Nationale Grundrechte in der Dogmatik der Grundfreiheiten*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2004, Jg. 64, S. 125–141
- SCHUBERT, THURE, *Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff – Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrages*, München, 1999
- SCHWEITZER, MICHAEL; HUMMER, WALDEMAR; OBWEXER, Walter, *Europarecht*, Wien, 2007
- SEMMELMANN, CONSTANZE, *Die Menschenwürde als „Spielverderberin“?*, European Law Reporter, 2004, S. 414 ff.

- SKOURIS, VASSILIOS, *Introducing a binding Bill of Rights for the European Union. Can three parallel systems of protection of fundamental rights coexist harmoniously?*, in: FS Häberle, *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen, 2004, S. 262 ff.
- SKOURIS, VASSILIOS, *Gedanken zum Projekt einer Verfassung für die Europäische Union in Verhandlungen des Fünfundsechzigsten Deutschen Juristentages*, München, Bd. II/1, 2005, L 19
- SKOURIS, VASSILIOS, *Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Die Öffentliche Verwaltung, 2006, Jg. 59, Heft 3, S. 89 ff.
- SOLTÉSZ, ULRICH, *Due Process, Gesetzesvorbehalt und richterliche Kontrolle im Europäischen Kartellbußgeldverfahren – eine Zwischenbilanz zur jüngeren Rechtsprechung*, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2012, Heft 2, S. 141–149
- SPAVENTA, ELEANOR, *From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European Constitution*, *Common Market Law Review*, 2004, Jg. 41, S. 743–773
- SZCZEKALLA, PETER, *Wirtschaftliche Grundrechte und EG-Grundfreiheiten – Grundrechte und –freiheiten ernst genommen*, in: Bruha, Thomas; Nowak, Carsten; Petzold, Hans Arno (Hrsg.), *Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, 2004, S. 79–94
- TOGGENBURG, GABRIEL, *Grundrechte, Grundfreiheiten, Grund zum Nachfragen anlässlich der Rechtssache Omega*, *European Law Reporter*, 2005, S. 2 ff.
- WEITBRECHT, ANDREAS; MÜHLE, JAN, *Die Entwicklung des Europäischen Kartellrechts im Jahr 2011*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, Heft 8, S. 290 ff.
- WENDEL, MATTHIAS, *Europäischer Grundrechtsschutz und nationale Spielräume: Grundlagen und Grundzüge eines Spielraumtests im europäischen Grundrechtspluralismus*, *Europarecht (EuR)*, 2022, Jg. 57, Heft 3, S. 327–366
- WOLLENSCHLÄGER, FERDINAND, *Grundfreiheit ohne Markt*, Tübingen, 2007