

## Kapitel 4 Zum Anwendungsbereich des Unionsrechts – Das Zusammenspiel von Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft, Drittwirkung und Unionsgrundrechten

### A. Einleitung

Als zentraler Unterschied zur zuvor untersuchten Rechtslage in Föderalstaaten als Föderalsystemen ist wie einleitend erörtert im Unionsrecht der Anwendungsbereich des Unionsrechts die notwendige Vorfrage zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte. Wie in *Fransson* vom Gerichtshof als Leitlinie festgelegt wurde, entspricht nämlich der Anwendungsbereich des Unionsrechts jenem der Unionsgrundrechte.<sup>1</sup> Stellt sich der Erste als unschärfer determiniert heraus als der Zweite, erlaubt dies bereits Schlüsse darauf, wo eine verstärkte Systematisierungsleistung sowohl durch die Lehre als auch durch die Rechtsprechung zu erbringen ist. Theoretisch stellt bereits jede Auslegung einer Richtlinien- oder Verordnungsbestimmung durch den EuGH eine Stellungnahme zum Anwendungsbereich des Unionsrechts dar. Im vorliegenden Kapitel wird daher nicht der Anwendungsbereich des Unionsrechts als solcher in all seinen Facetten untersucht. Hierfür wurde in mancherlei Hinsicht bereits umfassende Forschungsarbeit geleistet.<sup>2</sup> Vielmehr soll an dieser Stelle das Augenmerk auf die Interaktion der Grundrechte mit anderen Elementen des Unionsrechts in Bezug auf Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts gelegt werden. Ziel ist es, festzustellen, bis zu welchem Grad die folgende Untersuchung den Begriff des Anwendungsbereichs des Unionsrechts als gegeben voraussetzen darf. Davon kann nur dann ausgegangen werden, wenn geklärt ist, bis zu welchem Grad das untersuchte Phänomen – die Unionsgrundrechte – das vorausgesetzte Element – den Anwendungsbereich des Unionsrechts – selbst beeinflussen. Erst auf dieser Grundlage kann in der Folge die Schlüssigkeit der vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung entwickelten Verbindung zwischen Anwendungsbereich des Unionsrechts und Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte getrennt von Einflüssen der Unionsgrundrechte auf ebendiesen Anwendungsbereich des Unionsrechts untersucht werden.

1 EuGH, Rs. C-617/10 (*Fransson*), EU:C:2013:105, Rn. 21. Siehe noch ausführlich zur Entscheidung Kapitel 5 Abschnitt D und Kapitel 6 Abschnitt D.III.2.a.

2 Vgl. etwa die Beiträge zu den „Grenzen“ des Unionsrechts bei *Spaventa*, *Keck*, *Remoteness and Deliège*, in: *The Outer Limits of European Union Law*; *Odudu*, *Economic Activity*, in: *The Outer Limits of European Union Law*; *Tryfonidou*, *Purely Internal Situations*, in: *The Outer Limits of European Union Law*; *Nic Shuibhne*, *EU Citizenship*, in: *The Outer Limits of European Union Law*; aber auch Beiträge wie *Tryfonidou*, *European Public Law 2012*, 493 oder *Horsley*, *European Law Review 2012*, 737. Siehe auch zur Frage der Reichweite der Grundfreiheiten bzw. deren Kohärenz untereinander etwa *Nic Shuibhne*, *EU Free Movement Law*, <https://www.nomos-elibrary.de/agb>, 10.5771/9783845287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

Auf dieser Grundlage stechen bestimmte Problemkreise besonders hervor. Diese sollen hier untersucht werden, um ein brauchbares Bild der Abgrenzbarkeit des Anwendungsbereichs des Unionsrechts zu erhalten. Da die vorliegende Untersuchung sich mit dem Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte befasst, wird somit der Schwerpunkt auf die Interaktion ebendieser Rechte mit dem Anwendungsbereich des Unionsrechts in bestimmten Themenbereichen gelegt, nämlich auf die Interaktion zwischen Unionsgrundrechten und Unionsgrundfreiheiten, zwischen Unionsgrundrechten und der Unionsbürgerschaft und zuletzt auf die horizontale Dimension des Unionsrechts. Ziel ist ein Überblick als Einleitung zur eigentlichen Thematik der vorliegenden Untersuchung, nämlich der Reichweite der Unionsgrundrechtsbindung der Mitgliedstaaten, während eine möglichst umfassende Aufarbeitung der einzelnen Problemfelder den Rahmen sprengen würde. Eine solche wäre im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wohl auch kaum sinnvoll zu leisten bzw. wurde in der Literatur, jeweils auf den einzelnen Problembereich ausgerichtet, auch schon geleistet.<sup>3</sup> Es geht daher auch nicht darum, eine aktuelle oder gar umfassende Darstellung etwa des Binnenmarktrechtes oder des Rechts der Unionsbürgerschaft zu schaffen. Viel mehr soll auf der Grundlage bedeutender Entscheide und der Diskussion in der Lehre aufgezeigt werden, inwieweit gegenwärtig eine dogmatisch tragfähige Entwicklung der Rechtslage vorliegt und ob auf der Basis von Vorschlägen der Lehre eine solche Entwicklung hergestellt werden könnte; all dies vor der grundlegenden Frage, ob der Anwendungsbereich des Unionsrechts als Vorfrage für die Anwendung der Unionsgrundrechte sich als einigermaßen konsolidiert oder völlig unvorhersehbar darstellt. Zu diesem Zweck soll möglichst eindeutig zwischen der gegenwärtigen Rechtslage und weiterführender Diskussion durch die Generalanwältinnen und Generalanwälte oder die Lehre unterschieden werden.

## B. Zur Annäherung von Grundfreiheiten und Grundrechten

Einhergehend mit der intensivierten Beschäftigung mit Grundrechtsfragen in der Unionsrechtsordnung widmen sich Lehre und Rechtsprechung bereits seit einiger Zeit vermehrt der Problematik der Annäherung zwischen Unionsgrundfreiheiten und Unionsgrundrechten.<sup>4</sup> Obwohl diese auf den ersten Blick zwei unterschiedliche Kategorien von Rechten darstellen, sind bei näherer Betrachtung gewisse Parallelen nicht von der Hand zu weisen. Aus einer „Verschmelzung“<sup>5</sup> ergäben sich jedoch gerade für die hier zentrale Frage des Anwendungsbereiches des Unions-

3 Siehe die jeweils in den einzelnen Abschnitten zitierte Literatur.

4 Vgl. etwa bereits früh *Skouris*, DÖV 2006, 89. Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird im vorliegenden Abschnitt abgekürzt von „Grundfreiheiten“ und „Grundrechten“ gesprochen.

5 *Nettesheim*, Grundfreiheiten und Grundrechte, 51 (2015), 186, am 13.08.2024, 17:17:47

rechts durchaus problematische Konsequenzen, wäre doch so die Anwendbarkeit des Unionsrechts, d.h. einer Grundfreiheit, als logische Vorfrage nicht mehr von der nachgeordneten Anwendbarkeit eines Unionsgrundrechtes zu unterscheiden. In der Folge ist daher näher zu untersuchen, ob sich momentan Anhaltspunkte einer solchen Verschmelzung ergeben oder ob beim gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung eine dogmatisch eindeutige Abgrenzung aufrechterhalten wird. So ist zuerst jeweils auf die Argumentation für und gegen eine solche Verschmelzung einzugehen, bevor die Rechtsprechung des Gerichtshofs untersucht wird.

### I. Zur möglichen Begründung einer Verschmelzung von Grundfreiheiten und Grundrechten

Mehrere, teils konkretere und teils auf eher abstrakter Ebene angesiedelte Argumentationsansätze lassen sich an dieser Stelle unterscheiden. Primärrechtlich gibt es gewisse Elemente einer Verknüpfung von Grundfreiheiten und Grundrechten. Die Präambel der Grundrechtecharta sieht im zweiten Satz der dritten Erwägung ausdrücklich vor, dass die Union die Grundfreiheiten sicherstellt.<sup>6</sup> Der Grundsatz des *effet utile* wird hierbei teils zu Hilfe gezogen, da bei einer allzu strengen, kategorisch trennenden Betrachtungsweise Grundrechte und Grundfreiheiten als isolierte „Parallelgewährleistungen“ nebeneinander stünden.<sup>7</sup>

Wenn lediglich die Formulierung der jeweiligen Norm herangezogen wird, richten sich Grundfreiheiten auf das Schutzgut, während Grundrechte sich auf Personen richten. Dies schließt aber nicht aus, dass beide – grob betrachtet – auf die Gewährung eines Freiheitsbereichs des Einzelnen abzielen,<sup>8</sup> wie die entsprechende Entwicklung der Grundfreiheiten durch die Rechtsprechung des EuGH zeigt.<sup>9</sup>

Nicht von der Hand zu weisen ist überdies eine gewisse, oft aufgeführte „dogmatisch-strukturelle Verwandtschaft“ zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten, die beide in ihrer Funktion als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote als Ausprägungen von grundrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten und Freiheitsrechten angesehen werden können.<sup>10</sup> Ansätze, die Grundfreiheiten als

6 *Kabl/Schwind*, EuR 2014, 170 (188); weniger überzeugend scheint der Vorschlag der Autoren, auch Artikel 21 Abs. 1 Unterabs. 1 EUV über die Grundsätze des auswärtigen Handelns der Union heranzuziehen. Dieser spricht zwar von der „universellen Gültigkeit und Unteilbarkeit der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ (eigene Hervorhebung), dürfte sich dabei jedoch – insbesondere da von der universellen und nicht auf Unionsbürger bezogenen Geltung die Sprache ist – auf einen grundrechtlich geprägten Begriff der Grundfreiheiten beziehen, der nicht mit jenem der Binnenmarktsgrundfreiheiten zu verwechseln ist.

7 *Ibid.* (188).

8 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 47.

9 *Frenz*, NVwZ 2011, 961 (961).

10 *Kabl/Schwind*, EuR 2014, 170 (171); <https://www.nomos-elibrary.de/agb>, 1/9783845287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

Grundrechte verstehen wollen,<sup>11</sup> stützen sich somit typischerweise auf Eigenschaften, die die Grundfreiheiten mit Grundrechten teilen. So sind beide grundlegende Rechte verfassungsrechtlichen Charakters, die gerichtlich durchsetzbare Ansprüche für Individuen gegenüber der Union und den Mitgliedstaaten schaffen; ihre Anwendung in Form einer Prüfung des Vorliegens einer Beschränkung und einer möglichen Rechtfertigung der Beschränkung ähnelt sich;<sup>12</sup> und beide agieren sowohl gegenüber der Union als auch den Mitgliedstaaten als begrenzen- de Faktoren der jeweiligen Rechtsetzungsbefugnisse.<sup>13</sup> Auch kann ein gewisser sachlicher Zusammenhang zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten festgestellt werden, soweit z.B. das Grundrecht auf Eigentum als Basis der Warenverkehrs-freiheit dient oder die Berufsausübungsfreiheit als Grundlage der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.<sup>14</sup> Überdies kann eine Annäherung der Prüfungsmaßstäbe im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Eingriffen in Grundfreiheiten und Grundrechte festgestellt werden.<sup>15</sup>

Auch auf theoretischer Ebene angesiedelte Ansätze schlagen eine Annäherung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten vor. Insbesondere soll so Grundfreiheiten Grundrechtsnatur zukommen, da sie letztlich von universellen Werten und Menschenrechten abgeleitet werden können, etwa als Handelsfreiheit von einem unteilbaren, grundlegenden Freiheitsrecht. Als Stütze dieses Ansatzes sei auch die Grundrechtecharta mit ihrem Verweis auf die Grundfreiheiten in der Präambel und mit grundrechtsähnlichen Gewährleistungen wie Artikel 16 zur unternehmerischen Freiheit zu verstehen.<sup>16</sup> Etwas anders gelagert ist der Vorschlag, Grundfreiheiten als Grundrechte zu konzeptualisieren, soweit sie als Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit fungieren und somit eine Ausprägung des allgemeinen Gebots der Gleichheit vor dem Gesetz darstellen.<sup>17</sup>

Blickt man an dieser Stelle in die Rechtsprechung des EuGH, so wird die zentrale Kontroverse in der Tat nie völlig geklärt, ob nämlich die Grundfreiheiten eher auf den Abbau von regulatorischen Hindernissen zwischen den mitgliedstaatlichen Märkten ausgerichtet oder als allgemeines, eher in Richtung Grundrechte weisendes Liberalisierungsprogramm aufzufassen sind.<sup>18</sup> Durch ein eher dem zweiten Ansatz entsprechendes Vorgehen käme es zumindest oberflächlich

11 Siehe als bekanntester Ansatz *Maduro*, *We the Court*; *Maduro*, *European Law Journal* 1997, 55.

12 *Jarass*, *EuR* 2000, 705 (707 ff.); *Frenz*, *EuR* 2002, 603 (610 ff.). Vgl. auch für Parallelen im Bereich der Unionsbürgerschaft *Borgmann-Prebil*, *European Law Journal* 2008, 328.

13 *Kingreen*, *Fundamental Freedoms*, in: *Principles of European Constitutional Law*, 543; *Caro de Sousa*, *European Law Journal* 2014, 499 (501).

14 *Trstenjak/Beysen*, *European Law Review* 2013, 293 (309-310). Siehe auch *Frenz*, *NVwZ* 2011, 961 (963).

15 *Obwexer*, *ZöR* 2013, 487 (494 ff.); *Kahl/Schwind*, *EuR* 2014, 170 (184 ff.). Vgl. zu den früheren Unterschieden in der Prüfungsdichte *Frenz*, *NVwZ* 2011, 961 (962 f.).

16 *Petersmann*, *International Economic Law in the 21st Century*, 307.

17 Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl, *EuGH*, Rs. C-36/02 (*Omega*), *EU:C:2004:162*, Rn. 50.

18 *Kingreen*, *JZ* 2013, 801 (804).

zur Übernahme grundrechtsähnlicher Funktionen durch die Grundfreiheiten.<sup>19</sup> Jedoch gilt es vor voreiligen Schlussfolgerungen die entgegenstehenden Argumente zu prüfen.

## II. Zu den Argumenten gegen eine Verschmelzung von Grundfreiheiten und Grundrechten

Gerade bei den zuvor genannten theoretischen Ansätzen zeigen sich bei näherer Betrachtung Schwierigkeiten auf mehreren Ebenen. Problematisch erscheint bereits, dass teils auf einem derart hohen Abstraktionsniveau Verbindungen zwischen Normen hergestellt werden, dass bei näherem Herantreten nur schwer die Schlüssigkeit einer solchen Verbindung aufrechterhalten werden kann. Gerade die nähere Untersuchung einzelner Grundfreiheiten wie etwa der Warenverkehrsfreiheit zeigt rasch die Grenzen derartiger abstrakter Parallelen. Auch wenn die Gemeinsamkeiten von Grundrechten und Grundfreiheiten im Lichte des allgegenwärtigen Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auf ein allgemeines Gleichheitsgebot gestützt werden, ist zu erwidern, dass die Grundfreiheiten, wie allgemein anerkannt ist, nicht nur diskriminierende Maßnahmen untersagen. In der Folge ist nun im Detail auf einzelne Argumente, gerade im Bereich spezifischer Grundfreiheiten, einzugehen.

Bereits konzeptuell zeigen sich bei der Schutzfunktion von Grundfreiheiten und Grundrechten in der Unionsrechtsordnung durchaus Unterschiede. Richten sich die Grundfreiheiten auf die Einrichtung eines Binnenmarktes und wirken sie, wenn man sie als Bürgerrechte betrachten will, als Schutz für den „Marktbürger“ bzw. den „europäischen *Bourgeois*“, zielen die Grundrechte hingegen auf den Schutz des „Unionsbürgers“ bzw. des „*Citoyens*“ im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ab.<sup>20</sup> Auch geschichtlich betrachtet liegt den Grundfreiheiten nicht unbedingt ein rein eingriffsabwehrendes Anliegen gegenüber den Mitgliedstaaten zugrunde wie typischerweise Grundrechten, sondern generell ein „transnational *initiativer* makroökonomischer Systemsteuerungsgedanke mit gesellschaftlicher Dimension“,<sup>21</sup> was auch in der Diskussion um die Drittwirkung von Grundfreiheiten zur Sprache kommt.<sup>22</sup>

Dogmatisch sind wegen der Binnenmarktcompetenz der Union die Grundfreiheiten zentral für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und

19 Vgl. etwa die am Grundrecht auf Familienleben stark angelehnte Prüfung des EuGH in EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), EU:C:2002:434.

20 Siehe zur Interaktion zwischen Unionsbürgerschaft und Grundrechten detaillierter hingegen im entsprechenden Abschnitt C bzw. etwa *Tryfonidou*, Yearbook of European Law 2014, 385, *passim*. Zum Begriff des „Citoyen“ *Callies/Hartmann*, Demokratie in Europa, 37 f.

21 *Müller-Graff*, Gemeinschaftsgrundrechte, in: Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger, 1281 f. (Hervorhebung im Original).

22 Zu dieser noch ausführlich Abschnitt D, 83845287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

den Mitgliedstaaten und ist ein grenzüberschreitender Bezug für ihre Anwendung erforderlich.<sup>23</sup> Die Grundfreiheiten schützen als Wert jenen der Marktintegration, während Grundrechte auf die Menschenwürde ausgerichtet sind.<sup>24</sup> Auch ist die Stoßrichtung unterschiedlich. Bei den Grundfreiheiten sollen Benachteiligungen als Folge von „Grenzen und Divergenzen“ zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt werden, während die Unionsgrundrechte allgemein Freiheitsräume schützen, sobald unionsrechtliche Regelungsfelder berührt sind.<sup>25</sup>

Konzeptuell ist gegen eine Verschmelzung von Grundfreiheiten und Grundrechten vorzubringen, dass eine solche vom Gedanken geleitet sein könnte, den Grundfreiheiten als selbständige Freiheiten käme mittlerweile eine reduzierte Rolle zu, da ein Bewusstsein um ihre deregulierende Wirkung entstanden sei und auch die wachsenden Gesetzgebungskompetenzen des Unionsgesetzgebers der positiven Integration Vorschub leisten könnten. Auch Stimmen, die dieser Ansicht folgen, zeigen sich jedoch letztlich überzeugt, dass die Grundfreiheiten neben den Grundrechten des Unionsrechts als eigene Kategorie bestehen bleiben und die Unterschiede zwischen beiden nicht leichtfertig verwischt werden sollten.<sup>26</sup>

Neben konzeptuellen sprechen auch strikt dogmatische Argumente gegen eine Verschmelzung von Grundfreiheiten und Grundrechten. Zwar kann so inhaltlich ein ähnlicher Schutzbereich bei Grundfreiheiten und Grundrechten vorliegen; jedoch ist nur Unionsrecht unmittelbar an beiden genannten Maßstäben zu messen.<sup>27</sup> Die Unionsorgane sind nämlich nach Ansicht des EuGH an die Grundfreiheiten gebunden. Zwar ist die Begründung dieser Bindung schwächer ausgeprägt als im Falle der Mitgliedstaaten, da der Unionsgesetzgeber typischerweise eben keine Zugangshindernisse zwischen den nationalen Märkten aufbaut oder gar grenzüberschreitende gegenüber innerstaatlichen Sachverhalten diskriminiert.<sup>28</sup> Jedoch bleibt, obwohl die Grundfreiheiten primär auf Gefährdungslagen ausgerichtet sind, die die Mitgliedstaaten verursachen, grundsätzlich auch eine Bindung des Unionsgesetzgebers bestehen, wenngleich diese weniger oft schlagend werden dürfte. Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte hingegen wird nur über die Anwendbarkeit des Unionsrechts etabliert.

Zusätzlich dazu bleibt bei einer vorgeschlagenen Verschmelzung unklar, wie damit umzugehen wäre, dass einige Grundfreiheiten näher bzw. auf andere Art

23 *Jarass*, EuR 1995, 202 (204 ff.). Zum grenzüberschreitenden Bezug *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, *passim*.

24 *Caro de Sousa*, European Law Journal 2014, 499 (501).

25 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 61.

26 *Calliess/Hartmann*, Demokratie in Europa, 130.

27 Siehe zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Unionsrecht etwa EuGH, Rs. 15/83 (Denkavit), EU:C:1984:183, Rn. 15; EuGH, Rs. 41/84 (Pinna), EU:C:1986:1, Rn. 24; EuGH, Rs. C-51/93 (Meyhui), EU:C:1994:312, Rn. 11.

28 Daher eine Bindung ablehnend *Kingreen*, Art. 34-36 AEUV, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 110.

mit den entsprechenden Grundrechten zusammenhängen als andere. So lässt sich anhand der Grundrechtecharta zeigen, dass Artikel 15 zur Berufsfreiheit und Artikel 16 zur unternehmerischen Freiheit die Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit abdecken, während Artikel 45 diese Funktion bezüglich der Freizügigkeit der Unionsbürger übernimmt. Hingegen werden Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit hier nicht derart detailliert wiedergegeben bzw. nur in „vernachlässigbarer“ Weise in der Präambel angesprochen.<sup>29</sup>

Zwar kann man an dieser Stelle anmerken, dass die unternehmerische Freiheit im breiten Sinne verstanden auch Warenverkehrsaspekte<sup>30</sup> bzw. das Eigentumsrecht des Artikel 17 Aspekte des Kapitalverkehrs abdeckt.<sup>31</sup> Jedoch wurde das in Artikel 16 Grundrechtecharta niedergelegte Grundrecht in der Rechtsprechung des EuGH in einer völlig eigenen Rechtsprechungslinie anerkannt und entwickelt und nicht etwa im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit.<sup>32</sup>

Der ursprünglich weite Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit gemäß Artikel 34 AEUV<sup>33</sup> veranlasste durchaus nicht ohne Grund Generalanwalt Tesauero, den Gerichtshof zu fragen, ob Artikel 34 AEUV eine Vorschrift zur Liberalisierung des Handels innerhalb der Union darstelle oder allgemein die „freie Ausübung der Handelstätigkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten“ fördern solle,<sup>34</sup> was die Warenverkehrsfreiheit näher an das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit heranrücken würde.<sup>35</sup> Als Absage kann aber dementsprechend die Antwort des Gerichtshofes in *Keck* verstanden werden, da der EUGH den Anwendungsbereich von Artikel 34 AEUV eben im Hinblick auf die Tendenz der Wirtschaftsteilnehmer einschränkte, sich „immer häufiger“ auf die Bestimmung zu berufen gegen jede, auch nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtete Regelung, die sich als „Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit“ auswirke.<sup>36</sup>

Darüber hinaus schützt das Recht auf Eigentum an einer Ware; Artikel 34 AEUV hingegen richtet seinen Schutzbereich auf Warenströme aus und nicht auf das Eigentum an einer Ware, was sich bereits daran zeigt, dass bestimmte durchaus eigentumsbeschränkende vertriebsbezogene Maßnahmen aus dem Schutzbereich des Artikel 34 herausfallen.<sup>37</sup> Auch bei Nutzungsbeschrän-

29 *De Cecco*, German Law Journal 2014, 383 (384 f.).

30 So etwa zu Vertriebsfragen *Jarass*, Charta, Artikel 16, Rn. 9; vgl. auch zum durch den Begriff der „unternehmerischen“ Freiheit weit gefassten sachlichen Anwendungsbereich *Bernsdorff*, Art. 16, in: Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Kommentar, Rn. 10a.

31 Vgl. zu Nutzungsregelungen und sonstigen Eigentumseingriffen *Jarass*, Charta, Artikel 17, Rn. 20 ff. Vgl. auch *Trstenjak/Beysen*, European Law Review 2013, 293 (311).

32 EuGH, Rs. 4/73 (Nold/Kommission), EU:C:1974:51, Rn. 14.

33 EuGH, Rs. 8/74 (Dassonville), EU:C:1974:82, Rn. 5.

34 Schlussanträge des Generalanwalts Tesauero, EuGH, Rs. C-292/92 (Hünernmund), EU:C:1993:863, Rn. 1.

35 Skeptisch hierzu *Calliess/Hartmann*, Demokratie in Europa, 127.

36 EuGH, Rs. C-267/91 and C-268/91 (Keck), EU:C:1993:905, Rn. 14.

37 *De Cecco*, German Law Journal 2014, 383 (394).

kungen, die der EuGH letztlich als unter Artikel 34 AEUV fallend einstuft, geht der Gerichtshof nicht davon aus, dass diese eine Einschränkung einer grundrechtsähnlichen Position des jeweiligen *Händlers* darstellen, sondern stellt auf die Behinderung des Marktzugangs der jeweiligen *Erzeugnisse* ab.<sup>38</sup> Vereinfachte Gleichsetzungen von Grundfreiheiten und Grundrechten vermögen so nicht zu überzeugen. Ein näherer Blick in die Rechtsprechung des EuGH bietet auch keine Grundlage für eine solche Verschmelzung.

### III. Zur Rechtsprechung des Gerichtshofs und deren Interpretation in der Lehre

An dieser Stelle sind mehrere Phänomäne zu untersuchen. In seiner Rechtsprechung scheint der EuGH immer wieder Grundfreiheiten als Grundrechte zu verstehen. Dies soll anhand ausgewählter Beispiele näher geprüft werden. Darüber hinaus soll auch nach ähnlichen Verschmelzungselementen in der Debatte um die Auslegung der Grundfreiheiten im Lichte der Grundrechte und bei der gegenseitigen Abwägung von kollidierenden Grundfreiheiten und Grundrechten gesucht werden.

#### 1. Grundrechtsähnliche Formulierungen in Bezug auf Grundfreiheiten

Grundrechtsähnliche Formulierungen des Gerichtshofs in Bezug auf Grundfreiheiten finden sich vor allem vor dem Hintergrund des Abrückens des Gerichtshofs von einer rein instrumentellen Betrachtungsweise gewisser Grundfreiheiten.<sup>39</sup> So rückten der Gerichtshof im Bereich der Gleichbehandlung von Männern und Frauen<sup>40</sup> und der Dienstleistungsfreiheit,<sup>41</sup> aber auch der Gerichtshof<sup>42</sup> und Generalanwalt<sup>43</sup> im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit von einer rein instrumentellen Betrachtung der im Unionsrecht verankerten Rechte von Unionsbürgern ab. Bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit sprach der Gerichtshof bereits früh von einem Grundrecht.<sup>44</sup> Personen sollten so nicht länger rein als Triebkräfte der Wirtschaftsintegration behandelt werden.<sup>45</sup>

38 EuGH, Rs. C-142/05 (Mickelsson), EU:C:2009:336, Rn. 26; EuGH, Rs. C-110/05 (Kommission/Italien), EU:C:2009:66, Rn. 56.

39 Siehe noch näher zum vergleichbaren Perspektivenwechsel aufgrund und im Bereich der Unionsbürgerschaft Abschnitt C.

40 EuGH, Rs. C-50/96 (Schröder), EU:C:2000:72, Rn. 56 f.

41 EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), EU:C:1989:47, Rn. 17, zum Schutz eines Touristen als Dienstleistungsempfänger.

42 EuGH, Rs. 152/82 (Forcheri), EU:C:1983:205, Rn. 11; EuGH, Rs. 222/86 (Heylens), EU:C:1987:442, Rn. 14.

43 Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs, EuGH, Rs. 344/87 (Bettray), EU:C:1989:113, Rn. 29.

44 EuGH, Rs. 152/82 (Forcheri), EU:C:1983:205, Rn. 11.

45 *De Cecco*, German Law Journal 2014, 383 (386 f.), 15-186, am 13.08.2024, 17:17:47



Hinzu trat, diese Tendenz verstärkend, die Unionsbürgerschaft als neuer Bereich, der von Anfang an eine grundrechtsgeprägte Lesart erfuhr. So wurde die Verankerung der entsprechenden Bestimmungen im Vertrag als von einer „am Menschen ausgerichteten Betrachtungsweise inspiriert“ begrüßt; die Wahrnehmung der entsprechenden Rechte müsse nicht mit der Förderung anderer Ziele der Union einhergehen.<sup>46</sup> Die Freizügigkeit konnte so von funktionalen bzw. instrumentellen Elementen zur Erreichung des Ziels der Schaffung eines Binnenmarkts getrennt als dem politischen Status eines Unionsbürgers inhärentes Recht betrachtet werden.<sup>47</sup> Der EuGH sprach dementsprechend vom „Grundrecht“ der Freizügigkeit.<sup>48</sup> Auch in Bezug auf potenziell die Freizügigkeit von Unionsbürgern behindernde mitgliedstaatliche Maßnahmen hielt er fest, dass diese nicht davon abhalten dürften, von den „im Vertrag gewährleisteten Grundrechten“ Gebrauch zu machen.<sup>49</sup> Trotz der ungenauen Formulierung kann noch nicht vorschnell auf eine unangemessene Verschmelzung von Grundfreiheiten und Grundrechten geschlossen werden.<sup>50</sup>

Der Gerichtshof hat aber auch in Bezug auf die nicht unmittelbar personenbezogenen Grundfreiheiten in einigen Entscheiden Formulierungen gebraucht, die in Richtung einer Auffassung der Grundfreiheit als zumindest grundrechtsähnlich weisen. In *Schmidberger* etwa bezeichnete er den Warenverkehr als „tragenden Grundsatz“ (im Englischen „fundamental principle“),<sup>51</sup> den freien Kapitalverkehr in einem anderen Fall als „Grundprinzip“.<sup>52</sup> Jedoch lässt sich dies noch nicht als Gleichsetzung mit Grundrechten verstehen. In *ADBHU* sprach der EuGH „die Grundsätze des freien Warenverkehrs und des freien Wettbewerbs sowie die grundrechtliche Handelsfreiheit“ als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts an.<sup>53</sup> Auch hier trennt der Gerichtshof also die Handelsfreiheit als Grundrecht von der Warenverkehrsfreiheit. Da Grundrechte nicht deckungsgleich mit allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts sind, bedeutet die Anerkennung der Warenverkehrsfreiheit als solcher Grundsatz ebensowenig, dass diese vom Gerichtshof grundrechtlich verstanden wird.

In *Dounias* bezeichnete der Gerichtshof die Warenverkehrsfreiheit als „vom Vertrag verliehenes Grundrecht“.<sup>54</sup> Jedoch entstehen bereits Zweifel bezüglich des

46 Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas, EuGH, Rs. C-378/97 (Wijsenbeek), EU:C:1999:144, Rn. 83 (Hervorhebungen entfernt).

47 So Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer, EuGH, Rs. C-386/02 (Baldinger), EU:C:2003:671, Rn. 25.

48 EuGH, Rs. C-416/96 (El-Yassini), EU:C:1999:107, Rn. 45.

49 EuGH, Rs. C-103/13 (Somova), EU:C:2014:2334, Rn. 39.

50 Vgl. auch in früherer Rechtsprechung EuGH, Rs. 222/86 (Heylens), EU:C:1987:442, Rn. 14; EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), EU:C:1995:463, Rn. 79.

51 EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), EU:C:2003:333, Rn. 51.

52 EuGH, Rs. C-387/11 (Kommission/Belgien), EU:C:2012:670, Rn. 43.

53 EuGH, Rs. 240/83 (ADBHU), EU:C:1985:59, Rn. 9 (eigene Hervorhebung).

54 EuGH, Rs. C-228/98 (Dounias), EU:C:2000:65, Rn. 64-66, am 13.08.2024, 17:17:47

Kontexts der Aussage, da der Gerichtshof sich in diesem Fall primär zum effektiven Rechtsschutz äußerte, der für – auch nicht grundrechtliche – unionsrechtliche Ansprüche gewährt werden muss, und nicht unmittelbar zum Status der Warenverkehrsfreiheit.<sup>55</sup> Darüber hinaus enthalten auch die verschiedenen Sprachversionen des Urteils unterschiedliche, teils nicht grundrechtliche Formulierungen.<sup>56</sup> Letztlich zeigt auch die spätere Abstützung des EuGH auf den Fall, dass hier eben nicht ein besonderer Status für die Warenverkehrsfreiheit begründet werden sollte, sondern eine eher gängige Aussage zum Rechtsschutz unionsrechtlicher Ansprüche getätigt wurde.<sup>57</sup>

Selbst wenn in begrenztem Ausmaß eine Grundrechtsannäherung durch den EuGH anerkannt wird, folgen auch für diese Grundfreiheiten die zuvor genannten problematischen Konsequenzen aus einer Verschmelzung mit Grundrechten. Eine solche Verschmelzung ist daher aus dogmatischen Gründen abzulehnen. Zumindest bisher erfolgten aus den unklaren Formulierungen des EuGH jedoch noch keine problematischen Konsequenzen.

## 2. Auslegung der Grundfreiheiten im Lichte der Grundrechte

Insgesamt wird in der Lehre zu Recht davon ausgegangen, dass trotz gelegentlich inkohärenter Rechtsprechung die Grundfreiheiten in ihren groben Linien festgelegt scheinen und die relevante Rechtsprechung des EuGH in Zahlen abnimmt.<sup>58</sup> Dennoch ist an dieser Stelle zu untersuchen, ob die Auslegung der Grundfreiheiten im Lichte der Grundrechte Anlass zu Bedenken gibt. Teils wird in diesem Zusammenhang befürchtet, dass in Zukunft im Hinblick auf die als weit aufgefasste Auslegung des Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta dieselben Sachverhalte statt im Rahmen der Grundfreiheiten vom EuGH am Maßstab der Unionsgrundrechte geprüft werden könnten.<sup>59</sup> Dies hingegen ist entsprechend anhand der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta zu prüfen.<sup>60</sup>

Ein Vorschlag aus der Lehre lautet in diesem Zusammenhang, dass sich aus dem parallelen Schutz eines Verhaltens durch Grundfreiheiten und Grundrechte eine Schutzverstärkung in Form einer besonders strengen Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme im Hinblick auf ihre Stringenz er-

55 *De Cecco*, German Law Journal 2014, 383 (391).

56 Während in der englischen und französischen Sprachfassung so von einem Grundrecht gesprochen wird, ist dies etwa in der spanischen Version nicht der Fall.

57 *De Cecco*, German Law Journal 2014, 383 (391).

58 Vgl. zur Etablierung der Kapitalverkehrsfreiheit als letzter Freiheit durch die Rechtsprechung *Flynn*, Common Market Law Review 2002, 773 (773).

59 *Kingreen*, JZ 2013, 801 (805).

60 Siehe Kapitel 5 Abschnitt C, <https://doi.org/10.5771/9783845287515-186>, am 13.08.2024, 17:17:47

geben solle.<sup>61</sup> Jedoch bedeutet eine Auslegung der Grundfreiheiten im Lichte der Grundrechte nicht unbedingt eine Verstärkung; es lässt sich auch kein entsprechender Hinweis in der Grundrechtecharta finden, der den einzelnen dadurch angesprochenen Grundrechten eine besonders privilegierte Stellung zukommen liesse. Artikel 52 Abs. 2 Grundrechtecharta spricht vielmehr sogar gegen eine solche Verstärkung, legt er doch fest, dass die Ausübung der in der Charta „anerkannten“ Rechte, die „in den Verträgen geregelt“ seien, „im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen“ zu erfolgen habe. Dementsprechend ändert die Verankerung eines inhaltlich ähnlich ausgerichteten Grundrechts in der Charta nicht den Inhalt einer Grundfreiheit im Vertrag.

In diesem Sinne überzeugt auch das Vorgehen des EuGH, der diesen Vorschlag soweit ersichtlich nicht aufgegriffen hat. In *Sokoll-Seebacher* sah sich der EuGH beispielsweise mit einem Fall konfrontiert, in dem eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 49 AEUV und der unternehmerischen Freiheit nach Artikel 16 Grundrechtecharta zugleich vorzuliegen schien. Den Verweis des Artikel 16 auf das Unionsrecht verstand der EuGH als Verweis unter anderem auf Artikel 49 AEUV.<sup>62</sup> Da sich die Vorlagefragen jedoch nur auf die Dienstleistungsfreiheit bezogen, seien diese somit allein auf der Grundlage des Artikel 49 AEUV zu beantworten.<sup>63</sup>

Andere theoretische Ansätze schlagen eine Zusammenführung von Grundfreiheiten und Grundrechten über die Schiene der Unionsbürgerschaft vor, da nunmehr Individuen im Zentrum des gesamten Freizügigkeitsrechts stünden. So soll in dieser auf Individuen bezogenen Lesart die Warenverkehrsfreiheit als Quelle eines politischen Rechts des Unionsbürgers verstanden werden, der dadurch, obwohl er in einem politischen System eines Mitgliedstaates keine direkten politischen Rechte besitzt, seine Stimme über den Weg der Ausübung des Rechts aus Artikel 34 AEUV etwa bei diskriminierenden Maßnahmen einbringen kann.<sup>64</sup> In ähnlicher Weise wird vorgeschlagen, dass eine Wendung in der Rechtsprechung hin zu einem auf Unionsbürger bezogenen Vorgehen feststellbar sei.<sup>65</sup> In *A-Punkt* stützte sich der EuGH so in der Tat auf grenzüberschreitende Aspekte in Bezug auf den Händler und nicht die Ware, um den Anwendungsbereich der Warenver-

61 *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 82 f.

62 EuGH, Rs. C-367/12 (*Sokoll-Seebacher*), EU:C:2014:68, Rn. 21-22.

63 Rn. 23. Vgl. auch EuGH, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), EU:C:2016:972 im Kontrast zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Wahl, EuGH, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), EU:C:2016:429, Rn. 49.

64 *Maduro*, *We the Court*, *passim*, bzw. *Maduro*, *European Law Journal* 1997, 55(55 ff.). Zugleich soll dieser Vorschlag auch für die anderen Grundfreiheiten gelten, siehe Schlussanträge des Generalanwalts Poireres *Maduro*, EuGH, Verb. Rs. C-158/04 und C-159/04 (Alfa Vita), EU:C:2006:212, Rn. 40. Diese Idee geht bereits auf ähnliche Vorschläge im US-amerikanischen Verfassungsrecht zurück, vgl. *Ely*, *Democracy and Distrust*, *passim*. Siehe auch zur Übertragung dieser Gedanken auf das Unions- und das Wirtschaftsvölkerrecht *Pirker*, *Democracy and Distrust*, in: *Deference in International Courts and Tribunals - Standard of Review and Margin of Appreciation*, 58 ff.

65 *Tryfonidou*, *European Law Review* 2010, 36 (43):15-186, am 13.08.2024, 17:17:47

kehrsfreiheit als eröffnet zu betrachten.<sup>66</sup> Dementsprechend sei denkbar, in Zukunft Grundfreiheitsbestimmungen wie Artikel 34 AEUV in Verbindung mit Artikel 21 AEUV und im Lichte von Artikel 20 Abs. 2 AEUV auszulegen und somit zu einer weitgehenden Konvergenz des persönlichen Anwendungsbereichs der personenbezogenen und der anderen Grundfreiheiten zu gelangen.<sup>67</sup>

Während dies rein dogmatisch ungeachtet der auch nicht in diese Richtung weisenden Folgerechtsprechung<sup>68</sup> theoretisch denkbar scheint, würde ein solches Vorgehen massive Verschiebungen im jeweiligen Anwendungsbereich der Waren- und der Kapitalverkehrsfreiheit mit sich bringen. Waren aus Drittstaaten etwa genießen nach dem Import in die Union den vollen Schutz der Warenverkehrsfreiheit; die Kapitalverkehrsfreiheit kann ebenfalls von Drittstaatsangehörigen angerufen werden und ist auf Bewegungen von außerhalb der Union in die Union anwendbar. In beiden Fällen würde daher eine Behandlung als „Grundrechte“ von Unionsbürgern zu der schwer begründbaren Situation führen, dass diese Grundfreiheiten einen solchen besonderen Status jeweils dann verlören, wenn Drittstaatsangehörige sich darauf berufen. Eine solche Unterscheidung zwischen zwei Fallgruppen scheint jedoch nur schwer vorstellbar.<sup>69</sup> Als weiteres Problem sind die Kapital- und Warenverkehrsfreiheit als instrumentelle Freiheiten zur Errichtung des Binnenmarktes zugleich auch eher auf einen Prozess ausgelegt als auf ein Ereignis;<sup>70</sup> sie wurden daher, wie das Beispiel der Kapitalverkehrsfreiheit zeigt, schrittweise und mit Einschränkungen realisiert.<sup>71</sup>

Etwas anders gelagert ist die in der Lehre geäußerte Erwägung, der EuGH strebe vermehrt eine Auslegung des Unionsrechts und somit auch der Grundfreiheiten „im Licht“ der Grundrechte an, was neben der Schranken-Schranken-Ebene auch auf den Schutzbereich letzterer ausstrahle.<sup>72</sup> Es geht hier typischerweise um nicht unbedingt parallele Gewährleistungen in Grundrecht und Grundfreiheit. Eine solche Auslegung könnte durchaus für den Bereich der Grundfreiheiten Bedenken über eine Verschmelzung von Grundfreiheiten und Grundrechten verursachen. Aus der Rechtsprechung des EuGH werden hier typischerweise zwei Entscheide ins Treffen geführt.

66 EuGH, Rs. C-441/04 (A-Punkt), EU:C:2006:141, Rn. 9.

67 Tryfonidou, *European Law Review* 2010, 36 (47).

68 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-205/07 (Gysbrechts), EU:C:2008:730, Rn. 47, wo der EuGH die Entscheidung zitiert, um den Verbraucherschutz als berechtigtes Ziel des Allgemeininteresses einzustufen. In EuGH, Rs. C-244/06 (Dynamic Medien), EU:C:2008:85, Rn. 30, nimmt der Gerichtshof lediglich auf die Entscheidung Bezug, um den Begriff der Verkaufsmodalitäten zu erläutern.

69 *De Cecco*, *German Law Journal* 2014, 383 (397). Vgl. etwa auch skeptisch bezüglich einer leichtfertigen Gleichsetzung im Kontext grundfreiheitsähnlicher Bestimmungen von Assoziierungsabkommen Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi, EuGH, Rs. C-561/14 (Genc), EU:C:2016:28, Rn. 36 f.

70 *De Cecco*, *German Law Journal* 2014, 383 (400).

71 Vgl. EuGH, Rs. 203/80 (Casati), EU:C:1981:261, Rn. 9; der EuGH wies hier darauf hin, dass gerade um des ordnungsgemäßen Funktionierens des Binnenmarktes willen zu einem bestimmten Zeitpunkt die volle Kapitalverkehrsfreiheit *nicht* gewährleistet werden konnte.

72 *Kahl/Schwind*, *EuR* 2014, 170 (184), <https://www.nomos-elibrary.de/agb>, 1/9783845287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

In *Carpenter* wurde für ein Aufenthaltsrecht der drittstaatsangehörigen Ehefrau eines Unionsbürgers plädiert, da ansonsten letzterer in seiner Grundfreiheit, Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten zu erbringen, eingeschränkt werde. Der Gerichtshof betonte die Bedeutung des Grundrechts des Schutzes des Familienlebens für die Beseitigung von Hindernissen für die Grundfreiheiten und hielt fest, dass die Trennung der Eheleute sich nachteilig auf deren Familienleben und die Bedingungen der Wahrnehmung der Grundfreiheit durch den Unionsbürger auswirken würde.<sup>73</sup> Durch diese weite Auslegung der Dienstleistungsfreiheit gelangte der EuGH zur Prüfung der Ausweisung der Ehefrau im Lichte der Unionsgrundrechte. Hingegen wurde dies in der Lehre teils als besonders konstruiert wirkende Begründung kritisiert.<sup>74</sup>

In *Alfa Vita* war der Gerichtshof im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit mit der Frage konfrontiert, ob hohe Auflagen für Verkaufsstellen von „Bake-off“-Erzeugnissen, die denen von Bäckereien gleichkamen, als Beschränkung einzustufen seien. Der EuGH fasste die Auflagen nicht als vom Schutzbereich des Artikel 34 AEUV ausgeschlossene Verkaufsmodalität, sondern als erfasste Beschränkung auf und prüfte sie dementsprechend.<sup>75</sup> Kritisiert wurde dies, da eine solche Regelung ebensogut im Lichte des Grundrechts der Berufsfreiheit geprüft werden hätte können.<sup>76</sup>

Beide Entscheide können durchaus aus guten Gründen kritisiert werden und weisen in die Richtung einer exzessiven Auslegung des Schutzbereiches der Grundfreiheiten durch den EuGH. Hingegen ist die grundsätzliche Abstützung auf die Unionsgrundrechte bei der Auslegung dogmatisch überzeugend begründbar,<sup>77</sup> solange gewisse Grenzen gewahrt bleiben.

Als erstes Argument wird vorgebracht, das gesamte Unionsrecht sei im Lichte der Unionsgrundrechte auszulegen, was auch die Grundfreiheiten umfasse. Der Gerichtshof hat häufig darauf hingewiesen, dass zumindest er das Unionsrecht im Licht der Unionsgrundrechte auszulegen habe.<sup>78</sup> Dies bedeutet zwar nicht ausdrücklich, dass dieser Auslegungsgrundsatz generell auch für andere Auslegende gilt, jedoch kann aufgrund der Auslegungshoheit des EuGH davon ausgegangen werden. Somit ist diesem Argument grundsätzlich zuzustimmen, wenngleich zugleich auf die im Primärrecht niedergelegten Angstklauseln<sup>79</sup> zu verweisen ist. Ar-

73 EuGH, Rs. C-60/00 (*Carpenter*), EU:C:2002:434, Rn. 38 f.

74 So etwa *Mager*, JZ 2003, 204 (207).

75 EuGH, Verb. Rs. C-158/04 und C-159/04 (*Alfa Vita*), EU:C:2006:562, Rn. 19.

76 *Kingreen*, EuR 2010, 338 (355 f.); *Sauer*, Grundrechtskollisionsrecht, in: Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem - Konkurrenzen und Interferenzen, 29 f.

77 *Kabl/Schwind*, EuR 2014, 170 (184) mit Verweis auf die Entscheidung in EuGH, Rs. C-256/11 (*Dereci*), EU:C:2011:734, Rn. 72.

78 Siehe z.B. EuGH, Rs. C-400/10 PPU (*McB*), EU:C:2010:582, Rn. 51; EuGH, Rs. C-256/11 (*Dereci*), EU:C:2011:734, Rn. 71; EuGH, Rs. C-483/09 und C-1/10 (*Gueye*), EU:C:2011:583, Rn. 69.

79 Vgl. zu diesen auch noch im Zusammenhang mit Artikel 51 Grundrechtecharta Kapitel 5 Abschnitt C.III.2.

tikel 6 Absatz 1 zweiter Satz EUV legt hier beispielsweise fest, dass durch die Bestimmungen der Charta die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten „in keiner Weise“ erweitert werden. Eine praktisch grenzenlose Auslegung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten im Licht der Unionsgrundrechte wäre somit nicht mehr gedeckt.

Da ein Gutteil der Rechtsprechung des EuGH über die Auslegung des Unionsrechts im Licht der Unionsgrundrechte im Bereich der Freizügigkeit der Unionsbürger ergangen ist,<sup>80</sup> stellt sich zugleich die Frage, ob diese Rechtsprechung daher überhaupt auf die Grundfreiheiten übertragbar ist. Auch diesbezüglich ergeben sich aber kaum Zweifel, nicht nur da der EuGH ausdrücklich und ohne Einschränkungen vom „Unionsrecht“ spricht,<sup>81</sup> sondern auch aufgrund der strukturellen Ähnlichkeit zwischen Freizügigkeitsrecht und Grundfreiheiten.<sup>82</sup>

In dieser Hinsicht überzeugt zumindest grundsätzlich das Vorgehen des EuGH. In *S und G* hat der EuGH ansatzweise die *Carpenter*-Rechtsprechung auch für die Arbeitnehmerfreizügigkeit bestätigt. Das Vorgehen, die Dienstleistungsfreiheit "im Licht" des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens auszulegen, könne auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit übertragen werden, da es aus Gründen der praktischen Wirksamkeit letzterer auch notwendig sein könne, einem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers im Heimatstaat des letzteren ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu gewähren, um eine Beeinträchtigung der Grundfreiheit zu verhindern.<sup>83</sup> Jedoch zog der EuGH hier in überzeugender Weise zugleich Grenzen für dieses Vorgehen. Die Verweigerung eines solchen Aufenthaltsrechts müsse eine „abschreckende Wirkung“ in Bezug auf die tatsächliche Ausübung der Rechte des betreffenden Unionsbürgers entfalten, während es nicht genüge, wenn ein Aufenthaltsrecht für eine in aufsteigender Linie mit dem Unionsbürger verwandte drittstaatsangehörige Person nur „wünschenswert“ sei, weil diese Person so für das Kind des Unionsbürgers sorgen könne.<sup>84</sup> Wenngleich die Abgrenzung, was eine abschreckende Wirkung ist, nicht immer einfach sein dürfte, zeigt sich zumindest ein grundsätzliches Bemühen des EuGH, trotz Auslegung der Grundfreiheit im Licht der Unionsgrundrechte gewisse Grenzen für den Anwendungsbereich der Grundfreiheit aufzuzeigen.

80 Zu dieser Rechtsprechung noch umfassender Abschnitt C.

81 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), EU:C:2011:734, Rn. 71.

82 *Kahl/Schwind*, EuR 2014, 170 (184).

83 EuGH, Rs. C-457/12 (*S und G*), EU:C:2014:136, Rn. 40 f.

84 Rn. 43.

### 3. Abwägung von Grundfreiheiten und Grundrechten und Anwendung der Grundrechte im Bereich der Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeschränkungen

Das tatsächliche Aufeinandertreffen von Grundrechten und Grundfreiheiten lässt sich in gleichläufige und gegenläufige Verhältnisse einteilen.<sup>85</sup> Im einen Fall stehen sich die Grundfreiheit, die eingeschränkt wurde, und das Grundrecht als Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung gegenüber. Im anderen wird die Rechtfertigung einer Grundrechtseinschränkung am Maßstab des Grundrechts erneut geprüft, wodurch sich beide verstärken.

Im ersten Fall ist eine Verschmelzung von Grundfreiheiten und Grundrechten als solche kaum zu erwarten bzw. die Relevanz einer Auffassung, die Abwägung führe zur Verschmelzung, fraglich. Allenfalls ist zu fragen, ob eine wie auch immer geartete Verschmelzung zu einer hierarchischen Unterscheidung zwischen beiden Kategorien führt und sich eine solche rechtfertigen lässt. Ein solcher Schluss lässt sich aufgrund des primärrechtlichen Status sowohl der Grundfreiheiten als auch der Grundrechte nicht ziehen.<sup>86</sup> Dies spiegelt auch trotz einiger inkonsistenter Entscheidungen grundsätzlich die Rechtsprechung des Gerichtshofes wieder.<sup>87</sup> Trotz unterschiedlicher, in der Rechtsprechung hierbei verfolgter Ansätze<sup>88</sup> strebt der EuGH generell nach praktischer Konkordanz zwischen grundfreiheitlichen und grundrechtlichen Problemstellungen, indem er den Grundrechtsschutz als berechtigtes Interesse einstuft, das geeignet ist, Grundfreiheitsbeschränkungen zu rechtfertigen.<sup>89</sup> Auch umgekehrt kann eine Grundrechtseinschränkung durch die Erfordernisse, die sich aus den Grundfreiheiten ergeben, gerechtfertigt werden.<sup>90</sup> Zugleich gelten weder Grundfreiheiten noch Grundrechte für den Gerichtshof als absolut,<sup>91</sup> sodass eine Abwägung zwischen beiden Interessen möglich ist und ein „rechtes Gleichgewicht“ zu finden ist.<sup>92</sup> Zwar wählte der EuGH teils auch andere Wege, etwa den restriktiveren Ansatz, allein den

85 *Jarass*, Europarecht 2013, 29 (31).

86 Hingegen gibt es zumindest in der Lehre Ansätze, die vorschlagen, die Abwägung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten anders zu gestalten, nämlich in der Form dass Grundrechte vorgehen; dies für jene Fälle, in denen sich nicht Unionsbürger auf die Grundfreiheit berufen und daher ein rein instrumentelles, nicht grundrechtsgleiches Verständnis der Grundfreiheit gerechtfertigt sei, so *Tryfonidou*, *Union Citizenship*, 226. Ein solches Vorgehen scheint aber zumindest in der gegenwärtigen Rechtsprechung nicht ersichtlich und weckt auch Zweifel, ob eine solche unterschiedliche Anwendung der Grundfreiheiten je nach sich auf sie berufender Person in der Praxis einfach umzusetzen wäre bzw. rechtlich überzeugende Lösungen hervorbrächte. Vgl. auch zur Gleichrangigkeit *Klein*, *Nationale Identität*, in: *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, 63.

87 Siehe hierzu auch näher Kapitel 6 Abschnitt D.II.2.

88 Siehe auch *Trstenjak/Beysen*, *European Law Review* 2013, 293 (312).

89 EuGH, Rs. C-112/00 (*Schmidberger*), EU:C:2003:333, Rn. 74.

90 EuGH, Rs. C-271/08 (*Kommission/Deutschland*), EU:C:2010:426, Rn. 44.

91 EuGH, Rs. C-156/12 (*GREP*), EU:C:2012:342, Rn. 39; EuGH, Rs. C-112/00 (*Schmidberger*), EU:C:2003:333, Rn. 79.

92 EuGH, Rs. C-112/00 (*Schmidberger*), EU:C:2003:333, Rn. 81. 13.08.2024, 17:17:47

Kerngehalt von Grundrechten als zwingenden Grund des Allgemeininteresses heranzuziehen.<sup>93</sup> Dennoch ist der Gerichtshof in späterer Rechtsprechung zur Formel des „rechten Gleichgewichts“ zurückgekehrt.<sup>94</sup>

Anders gelagert ist der Fall der Grundrechte als Schranken-Schranken für Beschränkungen von Grundfreiheiten. In dieser typischerweise als ERT-Konstellation<sup>95</sup> bezeichneten Situation, die noch genereller im Rahmen von vom Unionsrecht gewährten Ermessensspielräumen zu untersuchen ist,<sup>96</sup> wird im Rahmen der Untersuchung der Rechtfertigung eines Eingriffs in eine Grundfreiheit neben der Verhältnismäßigkeit vom EuGH auch die Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit den Unionsgrundrechten untersucht. In der Lehre hat dieses Vorgehen, auf unterschiedliche Argumente gestützt, zu skeptischen Stellungnahmen geführt.<sup>97</sup> Vorgebracht wird so oft der weitgehende Ausbau der Grundfreiheiten zu Freiheitsrechten durch den Gerichtshof, was dazu führt, dass sehr weitgehend mitgliedstaatliche Maßnahmen mit potenziell grenzüberschreitenden Wirkungen<sup>98</sup> von den Grundfreiheiten erfasst werden und somit am Maßstab der Grundrechte geprüft werden können, wenn die Mitgliedstaaten sich auf Rechtfertigungsgründe stützen.<sup>99</sup> Darin lässt sich zumindest grundsätzlich eine Annäherung der Anwendungsbereiche von Grundfreiheiten und Grundrechten erkennen.<sup>100</sup> Oft ins Treffen geführt wird in diesem Zusammenhang die Entscheidung in *Karner*. Der EuGH stufte zwar eine mitgliedstaatliche Regelung, die bei Bekanntmachungen unter bestimmten Bedingungen die Bezugnahme darauf untersagte, dass Waren aus einer Konkursmasse stammten, gar nicht als Grundfreiheitsbeschränkung ein, sondern nahm eine Verkaufsmodalität im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung<sup>101</sup> an. Dennoch schritt er in der Folge zur Prüfung der Konformität der

93 EuGH, Rs. C-438/05 (*Viking*), EU:C:2007:772, Rn. 77; EuGH, Rs. C-341/05 (*Laval*), EU:C:2007:809, Rn. 103.

94 Vgl. die Entscheidung der Großen Kammer in EuGH, Rs. C-271/08 (*Kommission/Deutschland*), EU:C:2010:426, Rn. 52. Vgl. auch die Formulierung des „angemessenen Gleichgewichts“, die der EuGH für die Abwägung von Grundrechten und „berechtigten Zielen von allgemeinem Interesse“ innerhalb der Grundrechtecharta zur Anwendung bringt, etwa beim Schutz der menschlichen Gesundheit aus Artikel 35 Satz 2 Grundrechtecharta und der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit aus Artikel 11 Grundrechtecharta, EuGH, Rs. C-547/14 (*Philipp Morris Brands u.a.*), EU:C:2016:325, Rn. 154. Vgl. auch EuGH, Rs. C-157/14 (*Neptune Distribution*), EU:C:2015:823, Rn. 75.

95 EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT*), EU:C:1991:254.

96 Siehe Kapitel 6 Abschnitt D.II.1.

97 Siehe etwa *Ruffert*, EuGRZ 1995, 518 (528); *Cremer*, NVwZ 2003, 1452 (1454 f.); *Schaller*, JZ 2005, 193 (193 ff.); *Huber*, EuR 2008, 190 (194). Die Gefahr einer „grundrechtlichen Umformung“ der Grundfreiheiten orten hier *Calliess/Hartmann*, Demokratie in Europa, 127.

98 Vgl. zu jüngeren Entwicklungen in diesem Bereich *Wollenschläger*, Binnenmarktrelevanz, in: *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht - Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration*, 443 ff.

99 *Kingreen*, Art. 51 GRCh, in: *EUV/AEUV Kommentar*, Rn. 16.

100 *Frenz*, NVwZ 2011, 961 (961).

101 EuGH, Rs. C-267/91 and C-268/91 (*Keck*), EU:C:1993:905, Rn. 160-24, 17:17:47



Maßnahme mit den Unionsgrundrechten.<sup>102</sup> Dies ist nur schwer zu erklären, viele die Maßnahme doch so nicht in den Anwendungsbereich des Artikel 34 AEUV. Hingegen ist in der Folgerechtsprechung nicht festzustellen, dass wie teils befürchtet eine eigene, entgrenzte Konstellation mitgliedstaatlicher Bindung an die Unionsgrundrechte entstanden wäre.<sup>103</sup> Somit ist *Karner* letztlich als wenig überzeugende Einzelfallentscheidung einzustufen.

Grundsätzlicher ist auf der Grundlage dieser Argumentation allenfalls eine weiterhin konsistente Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich der Grundfreiheiten zu fordern. Ein dogmatisch schlagkräftiges Argument gegen die Unionsgrundrechtsbindung der Mitgliedstaaten im Bereich der Rechtfertigung von Grundfreiheitseingriffen ergibt sich daraus noch nicht.

Als stärkeres Argument wird darüber hinaus vorgebracht, dass gerade bei derartigen mitgliedstaatlichen Maßnahmen das Unionsrecht ein uneinheitliches Vorgehen hinnehme und dementsprechend die Anwendung der Unionsgrundrechte nicht erforderlich sei, da es sich nicht mehr um einen vom Unionsrecht determinierten Bereich handle.<sup>104</sup> Allerdings darf hier nicht die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte notwendigerweise mit einer Vereinheitlichung gleichgesetzt werden. In den Fällen der Anwendung der Unionsgrundrechte als Schranken-Schranken liegt typischerweise keine vollständige unionsrechtliche Determinierung vor. Daher bleibt – wie in der Rechtsprechung des EuGH festgestellt<sup>105</sup> – Raum für die Entfaltung der nationalen Grundrechte, die weiterhin parallel zu den Unionsgrundrechten Anwendung finden. Hingegen ist die grundsätzlich bestehende Überwachungsfunktion des EuGH, die sich aus der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte ergibt, gerechtfertigt. Schließlich obliegt es dem EuGH hier wie in anderen Situationen, wo das Unionsrecht Ermessensspielräume einräumt,<sup>106</sup> letzten Endes, den Umfang eines Rechtfertigungsgrundes festzulegen.

Letztlich ergibt sich somit kein schlagendes Argument, das der Anwendung der Unionsgrundrechte als Schranken-Schranken im Bereich der Rechtfertigung von Eingriffen der Mitgliedstaaten in die Grundfreiheiten widerspricht.<sup>107</sup> Somit ist auch in dieser Hinsicht keine ungerechtfertigte „Verschmelzung“ von Grundfreiheiten und Grundrechten zu befürchten.

102 EuGH, Rs. C-71/02 (*Karner*), EU:C:2004:181, Rn. 43 und 48 ff.

103 Siehe die umfassende Aufarbeitung der Rechtsprechung in Kapitel 6.

104 So etwa *Kingreen*, Art. 51 GRCh, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 17.

105 Siehe Kapitel 5 Abschnitt E.

106 Siehe Kapitel 6 Abschnitt D.II.

107 Für die Einordnung der Konstellation in die generelle Rechtsprechung des EuGH zur Unionsgrundrechtsbindung der Mitgliedstaaten siehe Kapitel 6 Abschnitt II.13.2024, 17:17:47

#### IV. Zwischenergebnis

Der Überblick über die Interaktion zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten zeigt keine Anhaltspunkte einer unangemessenen Verschmelzung, wenngleich eine solche auf theoretischer Ebene mehrfach in der Lehre konstruiert wurde. Derartige abstrakte Begründungsabsätze vermögen jedoch bei näherer Betrachtung, insbesondere im Lichte der einzelnen Grundfreiheiten, nicht zu verfangen. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs zeigt sich trotz einzelner missverständlicher Formulierungen und der wenig überzeugenden Entscheidung in *Karner* ein grundsätzlich weiterhin differenzierendes Vorgehen, das Grundfreiheiten nicht mit Grundrechten vermischt und insbesondere den jeweiligen Anwendungsbereich trennt und im Einzelfall die Anwendbarkeit von Grundfreiheiten und Grundrechten plausibel begründet. Dies überzeugt, da es dogmatisch zwingend bleibt, streng zwischen der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten und jener des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte, die nur die Folge der Anwendbarkeit einer Grundfreiheit darstellen kann, zu unterscheiden.

#### C. Unionsbürgerschaft und Grundrechte

Sowohl die Unionsgrundrechte als auch der Status der Unionsbürgerschaft sind miteinander konzeptuell verbundene Phänomene, da ihnen das gemeinsame Ziel innewohnt, die Rechtsposition des Individuums im europäischen Integrationsprozess verfassungsrechtlich näher zu bestimmen.<sup>108</sup> Im vorliegenden Abschnitt soll nunmehr aus der Perspektive des Anwendungsbereichs des Unionsrechts untersucht werden, inwieweit die Unionsbürgerschaft für sich genommen sich auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts auswirkt, aber zugleich auch inwieweit dabei eine Interaktion mit den Unionsgrundrechten entsteht und wie diese umschrieben werden kann. Ziel ist, festzustellen, ob durch den Gerichtshof eine konzeptuelle Trennung zwischen der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts und der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte aufrechterhalten wird, da letztere erst durch erstere bedingt werden kann.

Dabei kann und soll nicht generell auf die äußerst umfassende Literatur zur Unionsbürgerschaft in all ihren Facetten eingegangen werden. Wenig relevant sind somit vorliegend auch Aspekte wie die aus der Unionsbürgerschaft abgelei-

108 O'Leary, *Common Market Law Review* 1995, 519 (519). Jedoch unterscheiden sie sich auch in ihren Zielsetzungen, da die Unionsbürgerschaft zur Schaffung eines europäischen *espace politique* beitragen soll, was nicht primär ein Ziel der Unionsgrundrechte darstellt, *Blumann*, *Citoyenneté européenne*, in: *Libertés, justice, tolérance*; 269:83845287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

teten Rechte, da der Schwerpunkt auf dem Anwendungsbereich des Unionsrecht und dessen Verhältnis zur Unionsbürgerschaft gelegt wird.<sup>109</sup>

Zugleich ist gerade im Bereich der Unionsbürgerschaft, die in der Literatur teils große politische bzw. gar philosophische Erwartungen geweckt hat<sup>110</sup> und oft mit geradezu poetischer Rhetorik beschrieben wird,<sup>111</sup> eine Trennung zwischen einer rechtspolitischen und einer rechtsdogmatischen Perspektive von zentraler Bedeutung. So vermag rechtspolitisch betrachtet eine Ausdehnung der Anwendbarkeit des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auf der Grundlage der Unionsbürgerschaft wünschenswert erscheinen, während aus rechtsdogmatischer Perspektive primär nach der methodischen Vertretbarkeit einer Rechtsprechungsentwicklung zu fragen ist.<sup>112</sup>

Mehrere Aspekte sind somit relevant. Aufgrund der Entwicklung der Unionsbürgerschaft und deren rechtlicher Grundlagen in den Verträgen und im Sekundärrecht lässt sich der Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft als solcher näher erkunden. Darüber hinaus wird in der Lehre als verbreitete Ansicht vorgebracht, die Unionsbürgerschaft habe sich auch auf den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten massiv ausgewirkt. Vor diesem Hintergrund zeigt sich, wie die Unionsbürgerschaft mit den Unionsgrundrechten in Bezug auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts interagiert.

## I. Zur Entwicklung und zum Rechtsrahmen der Unionsbürgerschaft und deren Verhältnis zu den Unionsgrundrechten

Bei näherer Betrachtung der Verankerung der Unionsbürgerschaft im Primärrecht zeigen sich zwar gewisse Überschneidungen zwischen Unionsbürgerschaft und Unionsgrundrechten, aber dennoch eine konzeptionell weitgehend aufrechterhaltene Trennung.

Im Rahmen der Verhandlungen des Vertrags von Maastricht trat die Idee einer Unionsbürgerschaft spät auf den Plan, um das Reformwerk des Vertrages auch für die Bürger akzeptabler zu machen und eine Verbindung zwischen der Union und den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu schaffen.<sup>113</sup> Bereits von Beginn

109 So wird etwa auf eine umfassende Erörterung der Problematik des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger verzichtet, siehe hierzu zentrale Entscheide wie EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), EU:C:2001:458 und EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), EU:C:2004:639.

110 Siehe für einen der vielen Versuche, in der Rechtsprechung des EuGH eine zugrundeliegende philosophische bzw. politische Auffassung zu identifizieren, in jüngerer Literatur *Hoogenboom*, Oxford Journal of Legal Studies 2015, 301.

111 Siehe m.w.N. *O'Brien*, Common Market Law Review 2013, 1643 (1648).

112 *Griller*, Diskriminierungsverbot, in: Staat und Recht in europäischer Perspektive: Festschrift für Heinz Schäffer, 223 ff.

113 Eine unmittelbare Beziehung zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten und der Union schuf die Unionsbürgerschaft streng genommen erst ab dem Zeitpunkt, als die Union im Vertrag von Lissabon auch eine eigene Rechtspersönlichkeit erhielt und in alle Rechte und Pflichten der Europäischen Gemeinschaft eintrat, *Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit, 135 ff. 17:47

an wurde die Unionsbürgerschaft dabei als dynamisches Konzept verstanden.<sup>114</sup> Die Mitgliedstaaten stellten jedoch ungeachtet entsprechender Vorschläge im Verhandlungsprozess<sup>115</sup> sicher, dass zugleich kein ausdrücklicher Grundrechtsbezug Teil des neuen Status der Unionsbürgerschaft wurde und die Beziehung zwischen Unionsbürgerschaft und Unionsgrundrechten nicht ausdrücklich geregelt wurde.<sup>116</sup>

Im Vertrag über eine Verfassung für Europa wurde die Verbindung zwischen Unionsbürgerschaft und Unionsgrundrechten im Vergleich klarer dargestellt, indem im Vertragstext Titel II von Teil I unter der Überschrift „Grundrechte und Unionsbürgerschaft“ die wichtigsten Bestimmungen zu beiden zusammengefasst hätte.<sup>117</sup>

Grundlage der Rechtsprechung sind mittlerweile hingegen die Vertragsbestimmungen, wie sie im Rahmen des Vertrags von Lissabon zuletzt abgeändert wurden.<sup>118</sup> Zentral hält Artikel 20 Abs. 1 AEUV fest, dass eine Unionsbürgerschaft eingeführt wird. Artikel 20 Abs. 2 AEUV listet die mit diesem Status verbundenen Rechte auf. Vorliegend soll das in Artikel 21 AEUV weiter ausgeführte Recht auf Freizügigkeit näher untersucht werden, auf das sich auch schwerpunktmäßig die Rechtsprechung stützt.<sup>119</sup> Ebenso relevant ist an dieser Stelle Richtlinie 2004/38/EG,<sup>120</sup> die Präzisierungen und Definitionen zum Recht auf Freizügigkeit enthält und früheres Sekundärrecht konsolidiert, teils auf den neuesten Stand bringt und auch ersetzt.

Die Grundrechtecharta greift den Konnex zwischen Unionsbürgerschaft und Unionsgrundrechten zumindest ansatzweise auf, wenn sie in ihrer Präambel festhält, dass die Union „den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns“ stellt, indem sie neben dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Unionsbürgerschaft begründet.<sup>121</sup> Jedoch stellt sie keine radikale Änderung dar, etwa indem die Funktion der Union grundlegend modifiziert und die Union mit der Zielsetzung des Grundrechtsschutzes versehen würde, wie teils im Rahmen der Schaffung der Unionsbürgerschaft angedacht bzw. im politischen Prozess vorgebracht wurde.<sup>122</sup>

Gerade die Unionsbürgerschaft weckte in dieser Hinsicht zweifelsohne Erwartungen. Kritiker verweisen auf die erhöhte öffentliche Aufmerksamkeit für das

114 *Hilpold*, EuR 2015, 133 (133 f.).

115 Etwa von Seiten des Parlaments und der Kommission, siehe bei *O’Leary*, *Common Market Law Review* 1995, 519 (519).

116 Skeptisch hierzu *Alston/Weiler*, *European Journal of International Law* 1998, 658 (716).

117 ABl. 2004 C 310, 13.

118 Vgl. hierzu *Nic Shuibhne*, *Citizenship after Lisbon*, in: *The European Union after the Treaty of Lisbon*, 138 ff.

119 Zur Bedeutung der anderen Rechte vgl. *Shaw*, *Transformation of Citizenship*, *passim*.

120 ABl. 2004 L 158, 77 ff.

121 Dritte Erwägung der Präambel, Grundrechtecharta.

122 *Kadelbach*, *Citizenship*, in: *Principles of European Constitutional Law*, 465:7-47

grundrechtsschützende Potenzial der Europäischen Union, die durch die Unionsbürgerschaft und die bessere Sichtbarkeit der Unionsgrundrechte durch die Grundrechtecharta bewirkt wurde. Zwar seien z.B. ablehnende Antworten auf Bürgeranfragen durch die Kommission oder der Befund der Nichtanwendbarkeit der Charta durch den Gerichtshof in entsprechenden Vorabentscheidungsverfahren<sup>123</sup> rechtlich begründet, erschienen jedoch auf konzeptueller Ebene paradox im Hinblick auf die Bemühungen, bei jeder Vertragsreform erneut das Vertrauen der Unionsbürgerinnen und -bürger gewinnen zu wollen.<sup>124</sup>

Dennoch besteht keine unmittelbare Verbindung zwischen den beiden Rechtsinstituten. Dies bestätigt auch ein Blick in die einschlägigen Bestimmungen der Grundrechtecharta. Inhaltlich paraphrasieren diese im Titel V zu den Bürgerrechten weitgehend die Vertragsbestimmungen zur Unionsbürgerschaft.<sup>125</sup> Es erfolgen aber auch Ergänzungen in der Form der Rechte auf eine gute Verwaltung, auf Dokumentenzugang, auf Anrufung des Bürgerbeauftragten sowie durch das Petitionsrecht.<sup>126</sup> Hieraus lassen sich wohl noch keine eindeutigen Hinweise entnehmen, dass der Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft zwingend mit jenem der Unionsgrundrechte zusammenhängt bzw. durch letztere erweitert wird. Erst die Rechtsprechung des EuGH erlaubt weitere Erkenntnisse.

## II. Zur Entwicklung des Anwendungsbereichs der Unionsbürgerschaft

Das Bestehen der Unionsbürgerschaft wirkt sich als solches auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts aus. Dieser Einfluss lässt sich in zwei Aspekte teilen, nämlich das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger und den selbständigen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft auf der Grundlage von Artikel 20 AEUV.

Beim Anwendungsbereich, den die Unionsbürgerschaft eröffnet, besteht eine potenzielle Grundspannung zwischen dem Konzept der Unionsbürgerschaft und dem System der Unionskompetenzen. Letzteres beruht auf dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, auf dem auch der begrenzte Schutz aufbaut, den im Sinne des Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta die Unionsgrundrechte für Individuen gegenüber den Mitgliedstaaten bieten.<sup>127</sup> Diese begrenzte Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte ist hingegen für manche nur schwer vereinbar mit dem potenziell weitreichenden Unionsbürgerstatus, birgt dieser doch implizit das Potenzial, Lücken im Grundrechtsschutz *ratione personae* und *ratio-*

123 Siehe die Beispiele in Kapitel 6 Abschnitt D.V.

124 Iglesias Sanchez, European Law Journal 2014, 464 (468).

125 Kadelbach, Citizenship, in: Principles of European Constitutional Law, 465.

126 Griller, EuR Beiheft I 2015, 7 (7 f.).

127 Hierzu bereits früh Eckhout, Common Market Law Review 2002, 945 (945); 7

*ne materiae* zu füllen.<sup>128</sup> Spricht man hingegen einem ausufernden Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft das Wort, im Rahmen dessen es genügt, Unionsbürger zu sein, um das Unionsrecht und somit die Unionsgrundrechte zur Anwendung zu bringen, stellt man zugleich ohne gute Begründung die Beziehungen zwischen verschiedenen Institutionen des Grundrechtsschutzes auf nationaler, Unions- und internationaler Ebene in Frage.<sup>129</sup> In der Folge ist daher zu untersuchen, ob der Gerichtshof in Bezug auf das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger und auf den eigenen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft dogmatisch tragfähige Lösungen entwickelt hat.

### 1. Zum Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger

Das Recht der Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten „frei zu bewegen und aufzuhalten“, ist im Primärrecht in Artikel 21 Abs. 1 AEUV festgehalten, gilt jedoch nur vorbehaltlich der im Primärrecht und in den dazu ergangenen Durchführungsvorschriften vorgesehenen „Beschränkungen und Bedingungen“.<sup>130</sup> In Artikel 45 Grundrechtecharta, der ebenso das Freizügigkeitsrecht regelt, sind hingegen keine solchen Beschränkungen und Bedingungen festgehalten; jedoch stimmt das Recht wohl mit jenem aus dem AEUV überein, da nach Artikel 52 Abs. 3 Grundrechtecharta die Ausübung der Rechte der Charta im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen zu erfolgen hat.<sup>131</sup> Auch der EuGH sieht in Artikel 45 Grundrechtecharta lediglich eine Bekräftigung des Freizügigkeitsrechts.<sup>132</sup>

Materiell lässt sich das Freizügigkeitsrecht in ein Recht auf Bewegungsfreiheit<sup>133</sup> und ein Recht auf Aufenthalt<sup>134</sup> unterteilen. Dazu kommen Annexgewährleistungen, insbesondere Maßnahmen, die die Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtern oder betreffen.<sup>135</sup> In seiner Rechtsprechung hat der EuGH den Inhalt des Freizügigkeitsrechts weiter ausgestaltet.<sup>136</sup> Verschiedene Kategorisierungen der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes wurden in der Lehre entwickelt.<sup>137</sup> Für den vorliegenden Abschnitt hingegen ist primär auf jene Entschei-

128 *Iglesias Sanchez*, European Law Journal 2014, 464 (466).

129 *Caro de Sousa*, European Law Journal 2014, 499 (518).

130 Hierzu etwa EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), EU:C:2004:488, Rn. 31 f.

131 *Obwexer*, EuR Beiheft I 2015, 51 (54).

132 EuGH, Rs. C-162/09 (Lassal), EU:C:2010:592, Rn. 29.

133 Etwa EuGH, Rs. C-378/97 (Wijsenbeek), EU:C:1999:439.

134 Etwa EuGH, Rs. C-40/11 (Iida), EU:C:2012:691.

135 Z.B. die Ausbildungsförderung von Studierenden, siehe EuGH, Verb. Rs. C-523/11 und C-585/11 (Prinz und Seeberger), EU:C:2013:524.

136 Vgl. z.B. zur unmittelbaren Anwendbarkeit EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), EU:C:2002:493, Rn. 86.

137 Siehe *Tryfonidou*, Union Citizenship, 27 ff., die ab dem Jahr 1993 vier Phasen der Rechtsprechung unterscheidet. <https://doi.org/10.5771/9783845287515-186>, am 13.08.2024, 17:17:47

de einzugehen, die den Anwendungsbereich des Unionsrechts maßgeblich prägen, ohne dass ein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden kann oder soll.

Mehrere Entwicklungen können beobachtet werden. So änderte sich beispielsweise die Relevanz eines ökonomischen Bezugs bei potenziell grundfreiheits- oder freizügigkeitsbeschränkenden Maßnahmen. Zwar zeigte sich der Gerichtshof gerade in Fällen, die sowohl eine Grundfreiheit als auch das Freizügigkeitsrecht betrafen, zurückhaltend<sup>138</sup> und stützte sich im Zweifelsfall bevorzugt auf die als spezieller erachtete, im jeweiligen Fall einschlägige Grundfreiheiten, um eine Entscheidung zu erreichen.<sup>139</sup> Bei anderen Gelegenheiten<sup>140</sup> berücksichtigte der EuGH wirtschaftliche Bezüge des Status eines Unionsbürgers in seiner Entscheidung darüber, ob das Unionsrecht und insbesondere das Diskriminierungsverbot Anwendung fand. In *Bickel und Franz* zog er so neben den Bestimmungen zur Freizügigkeit der Unionsbürger auch die Dienstleistungsfreiheit heran, um den Anwendungsbereich des Unionsrechts und des Diskriminierungsverbotes in Bezug auf einen im nationalen Recht geschaffenen Anspruch darauf, dass unter gewissen Voraussetzungen ein Strafverfahren in einer anderen als der Hauptsprache des betreffenden Staates durchgeführt wird, zu eröffnen.<sup>141</sup>

Grundsätzlich jedoch stützte sich der EuGH in einer ersten Reihe von Fällen auf die Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft, um einen Sachverhalt auch ohne ökonomische Bezüge wie die Arbeitnehmereigenschaft der Betroffenen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts zu bringen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anzuwenden.<sup>142</sup> Dabei war auch keine spezielle Verbindung zwischen einer Ungleichbehandlung und einer Beschränkung der Freizügigkeit vonnöten. Es genügte, wenn etwa ein Erziehungsgeld als Leistung im Sinne einer unionsrechtlichen Verordnung eingestuft werden konnte und somit in den Bereich des Unionsrechts fiel.<sup>143</sup> In ähnlicher Weise befand der Gerichtshof das Diskriminierungsverbot auch auf Förderungen für den Lebensunterhalt und die Ausbildung bei Studierenden für anwendbar und formulierte prägend, der Unionsbürgerstatus sei dazu bestimmt, der „grundlegende Status“ der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu sein.<sup>144</sup> Es ergibt sich so ein potenziell sehr weiter Anwendungsbereich für das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.<sup>145</sup>

138 Hierzu skeptisch *Jessurun d'Oliveira*, Citizenship, in: A Citizens' Europe : In Search of a New Order, 58 ff.; m.w.N. *Hilpold*, EuR 2015, 133 (134).

139 So EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), EU:C:1999:6, Rn. 15. Siehe hierzu auch *Toner*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2000, 158 (174 f.), die auf die wesentlich weiter gehenden Schlussanträge mehrere Generalanwälte zur selben Zeit verweist.

140 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-103/08 (Gottwald), EU:C:2009:597, Rn. 23 f.

141 EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), EU:C:1998:563, Rn. 15 f.

142 EuGH, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), EU:C:1989:47.

143 EuGH, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 26 f. und 61 f.

144 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), EU:C:2001:458, Rn. 31.

145 *Epiney*, European Law Journal 2007, 611 (622); 515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

In der Lehre wurde dies als Dammbbruch gesehen, da somit keine Rede mehr von der Unionsbürgerschaft als primärrechtliche Sammlung anderswo verbürgter Rechte sein konnte, sondern ihr nach Ansicht des EuGH klar ein eigenständiger Status zukam.<sup>146</sup> Dieser Status umfasst neben einem Diskriminierungsverbot im Vergleich zu Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates auch eigene Bereiche<sup>147</sup> oder einen Ungleichbehandlungsanspruch im Bereich des Namensrechts.<sup>148</sup> Dadurch trennt der Gerichtshof letztlich den persönlichen vom materiellen Anwendungsbereich des Unionsrechts und begnügt sich damit, dass Unionsbürger sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, um das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit auf bestimmte, vom Unionsrecht erfasste Leistungen anzuwenden, obwohl derartige Leistungen eigentlich aufgrund des wirtschaftlichen Status als Arbeitnehmer oder Familienangehöriger eines Arbeitnehmers gewährt würden.<sup>149</sup> Ein Unionsbürger, der sich rechtmäßig in einen anderen Mitgliedstaat begeben hat, konnte sich somit beispielsweise ebenso auf das Diskriminierungsverbot berufen, als es um seine mögliche Auslieferung ging, da er im Gegensatz zu einem Bürger dieses Mitgliedstaats potenziell ausgeliefert werden konnte und dies durch den Gerichtshof als mögliche Freizügigkeitsbeschränkung eingestuft wurde.<sup>150</sup>

Das Verhältnis zwischen Freizügigkeitsrecht und Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist somit komplex. Zum einen eröffnet Artikel 21 Abs. 1 AEUV den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages, womit das Diskriminierungsverbot des Artikel 18 Abs. 1 AEUV zur Anwendung kommt; jedoch ist Artikel 21 Abs. 1 AEUV zugleich *lex specialis* zu Artikel 18 Abs. 1 AEUV als spezielleres Verbot.<sup>151</sup> Nach gegenwärtigem Stand der Rechtsprechung kann somit davon ausgegangen werden, dass jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat bewegt oder aufhält, in allen Bereichen, die geeignet sind, das Recht auf Bewegungsfreiheit oder Aufenthalt zu erleichtern, gleich zu behandeln ist wie ein Inländer.<sup>152</sup> Beim persönlichen Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts wird sogar angedacht, dass sich womöglich Dritte etwa als Familienangehörige auf Rechte eines Unionsbürgers berufen können.<sup>153</sup>

146 Griller, EuR Beiheft I 2015, 7 (12).

147 Etwa im Bereich des Aufenthaltsrechts für drittstaatsangehörige Familienangehörige EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), EU:C:2008:449.

148 In dem Sinne, dass Ungleiches ungleich zu behandeln ist, siehe EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), EU:C:2003:539.

149 O'Leary, Yearbook of European Law 2008, 167 (180). Vgl. auch etwa Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Rs. C-182/15 (Petruhhin), EU:C:2016:330, Rn. 37 ff.

150 EuGH, Rs. C-182/15 (Petruhhin), EU:C:2016:630, Rn. 31 und 33.

151 So *Obwexer*, EuR Beiheft I 2015, 51 (60). Siehe in der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-25/10 (Missionswerk Werner Heukelbach), EU:C:2011:65, Rn. 18.

152 *Obwexer*, EuR Beiheft I 2015, 51 (69), spricht vom „Recht im Aufenthalt“.

153 *Ibid.* (56). <https://doi.org/10.5771/9783845287515-186>, am 13.08.2024, 17:17:47



Neben dem Bedeutungsverlust eines ökonomischen Bezugs für die Anwendung des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger rückte die Rechtsprechung auch vom Kriterium eines eindeutigen grenzüberschreitenden Bezugs in der Form einer Beschränkung oder Behinderung bei der tatsächlichen Ausübung grenzüberschreitender Freizügigkeit ab. So konnten sich in *Garcia Avello* Doppelstaatsbürger, die wegen unterschiedlicher anwendbarer Gesetze aufgrund ihrer beiden Staatsangehörigkeiten verschiedene Familiennamen hatten, wegen spezieller Schwierigkeiten, die nicht für Staatsangehörige des betroffenen Mitgliedstaates auftraten, auf Artikel 20 AEUV berufen.<sup>154</sup> In der Folge kam erneut das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit auf sie zur Anwendung.

Auch in *Zhu und Chen* konnte Artikel 21 AEUV zur Anwendung kommen, da eine Unionsbürgerin in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Staatsangehörigkeit ein Aufenthaltsrecht begehrte, wenngleich kein Grenzübertritt erfolgt war, sondern lediglich eine Bewegung innerhalb des Gebietes eines Mitgliedstaates.<sup>155</sup> Hingegen genügt bei Staatsbürgern des betreffenden Mitgliedstaates ein rein regionaler Bezug nicht, um von einem grenzüberschreitenden Sachverhalt auszugehen, sodass das Unionsrecht anwendbar wäre.<sup>156</sup> Aus diesem Grund beantwortete der Gerichtshof auch – trotz des Vorbringens der Generalanwältin<sup>157</sup> – nicht die Frage, ob umgekehrte Diskriminierungen nach gegenwärtigem Stand des Unionsrechts noch zulässig sind. Somit gilt wohl nach wie vor grundsätzlich das Kriterium des grenzüberschreitenden Bezugs, auch wenn es zuvor in mehreren Fällen wie *Carpenter*<sup>158</sup> und *Metock*<sup>159</sup> gelockert worden sein dürfte.<sup>160</sup>

Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Unionsbürgerschaft erfolgte ebenfalls dadurch, dass der EuGH reine Beschränkungen der Freizügigkeit von Unionsbürgern zwischen den Mitgliedstaaten als potenziell im Widerspruch zu Artikel 21 AEUV auffasste, obwohl sie keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit schufen.<sup>161</sup> Blickt man in den Wortlaut des Vertrages, garantiert das Freizügigkeitsrecht des Artikel 21 Abs. 1 AEUV den Unionsbürgern, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten „frei“ zu bewegen und aufzuhalten. Somit ist tatsächlich dem Wortlaut primär ein Beschränkungsverbot und kein Diskrimi-

154 EuGH, Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), EU:C:2003:539, Rn. 37. Vgl. auch die Entscheidung in EuGH, Rs. C-403/03 (*Schempp*), EU:C:2005:446, in der lediglich die Ehefrau des betroffenen Unionsbürgers mit anderer Staatsangehörigkeit ihr Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hatte.

155 EuGH, Rs. C-200/02 (*Zhu und Chen*), EU:C:2004:639, Rn. 19. Vgl. auch EuGH, Rs. C-165/14 (*Rendón Marín*), EU:C:2016:675, Rn. 42.

156 EuGH, Rs. C-212/06 (*Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon*), EU:C:2008:178, Rn. 33 ff.

157 Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston, EuGH, Rs. C-212/06 (*Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon*), EU:C:2007:398, Rn. 156 f.

158 EuGH, Rs. C-60/00 (*Carpenter*), EU:C:2002:434.

159 EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), EU:C:2008:449.

160 *Tryfonidou*, *Union Citizenship*, 47 f.

161 EuGH, Rs. C-378/97 (*Wijzenbeek*), EU:C:1999:439; deutlich in EuGH, Rs. C-224/98 (*D'Hoop*), EU:C:2002:432; Rn. 30; EuGH, Rs. C-224/02 (*Pusa*), EU:C:2004:273; Rn. 18 f.

nierungsverbot zu entnehmen;<sup>162</sup> der EuGH geht in seiner Rechtsprechung nunmehr regelmäßig vom Vorliegen beider Verbote aus.<sup>163</sup> Dabei kann ein Unionsbürger auch seine Rechte gegen den eigenen Mitgliedstaat durchsetzen, wenn er mit einer seine Rückkehr behindernden Regelung konfrontiert ist.<sup>164</sup> Längerfristig könnte dies, wenn der EuGH hierbei bleibt, im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts gar zur weitgehenden Obsoleszenz von Artikel 18 Abs. 1 AEUV führen.<sup>165</sup>

Nicht ganz eindeutig geht aus der Rechtsprechung hervor, ob ein Spürbarkeitskriterium beim Beschränkungsverbot der Freizügigkeit zur Anwendung kommt.<sup>166</sup> Dem Beschränkungsverbot nach Artikel 21 Abs. 1 AEUV unterfallen aber jedenfalls auch rein die Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichternde bzw. damit in Zusammenhang stehende Regelungen, was zu einem weiteren Anwendungsbereich als jenem der personenbezogenen Grundfreiheiten mit ihrem reinen Beschränkungsverbot führt.<sup>167</sup>

Allerdings sind in der Rechtsprechung nicht nur „erweiternde“ Tendenzen in Bezug auf den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts festzustellen. Bei Fällen von Inländerdiskriminierung durch einen Mitgliedstaat befand der EuGH schon früh recht deutlich, dass die Unionsbürgerschaft hier zu keiner Ausweitung des materiellen Anwendungsbereichs der Verträge führe und dieses Problem somit weiterhin als interner Sachverhalt dem nationalen Recht eines Mitgliedstaates unterliege.<sup>168</sup> Beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts sind Inländerdiskriminierungen weiterhin nicht verboten in den Fällen, in denen kein grenzüberschreitender Bezug in Hinblick auf das Freizügigkeitsrecht vorliegt.<sup>169</sup> Zugleich werden aber nicht zu große Ansprüche an den grenzüberschreitenden Bezug gestellt. In jüngerer Rechtsprechung wird sogar dann nicht von einem internen Sachverhalt ausgegangen, wenn Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten Interesse hatten oder haben, im betroffenen Mitgliedstaat tätig zu werden, etwa

162 *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 197.

163 Siehe zur typischen Formulierung des Beschränkungsverbots etwa EuGH, Rs. C-192/05 (*Tas-Hagen und Tas*), EU:C:2006:676, Rn. 27. In Bezug auf das Diskriminierungsverbot EuGH, Rs. C-391/09 (*Runevič-Vardyn und Wardyn*), EU:C:2011:291, Rn. 65.

164 EuGH, Rs. C-378/97 (*Wijzenbeek*), EU:C:1999:439, Rn. 22.

165 *Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit, 367 f.

166 So EuGH, Verb. Rs. C-11/06 und C-12/06 (*Morgan und Bucher*), EU:C:2007:626, Rn. 32; EuGH, Rs. C-275/12 (*Elrick*), EU:C:2013:684, Rn. 29. In Bezug auf namensrechtliche Vorschriften, die zur Verweigerung der Anerkennung von Vor- und Nachnamen führen können, befand der EuGH, diese stellten nur dann eine Beschränkung dar, wenn dem Betroffenen „schwerwiegende Nachteile“ administrativer, beruflicher und privater Art entstünden, EuGH, Rs. C-438/14 (*Bogendorff von Wolffendorff*), EU:C:2016:401, Rn. 38; EuGH, Rs. C-391/09 (*Runevič-Vardyn und Wardyn*), EU:C:2011:291, Rn. 76. Vgl. hingegen EuGH, Rs. C-514/12 (*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH*), EU:C:2013:799, Rn. 34; der EuGH erklärt hier „jede Beeinträchtigung dieser Freiheit, mag sie auch unbedeutend sein“, für verboten.

167 *Obwexer*, EuR Beiheft I 2015, 51 (63 f.).

168 EuGH, Verb. Rs. C-64/96 und C-65/96 (*Uecker and Jacquet*), EU:C:1997:285, Rn. 23.

169 Nach wie vor gültig *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 223-24, 17:17-77

beim Kauf von Liegenschaften.<sup>170</sup> Bereits das Entfalten von Wirkungen, die nicht auf einen Mitgliedstaat beschränkt sind, kann so eine Regelung in den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts fallen lassen.<sup>171</sup>

Als weitere in Bezug auf den Anwendungsbereich relevante, potenziell restriktive Entwicklung schafft der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung ein besonderes Verhältnis zwischen dem sekundärrechtlich und primärrechtlich geprägten Inhalt der Unionsbürgerrechte. In Fällen wie *Trojani*<sup>172</sup> oder *Grzelczyk*<sup>173</sup> löste der EuGH den Gleichbehandlungsanspruch von im Vertrag oder im Sekundärrecht gewährleisteten Ansprüchen und stützte ihn direkt auf die Unionsbürgerschaft, ohne die Grundlage dieses Vorgehens zu erläutern.<sup>174</sup> In späterer Rechtsprechung wird hingegen vermehrt der sekundärrechtlich geprägte Inhalt der Unionsbürgerrechte vom Gerichtshof restriktiv ausgelegt.<sup>175</sup> Als problematisch wird hier in der Literatur aufgezeigt, dass der primärrechtliche Charakter gewisser Rechte, die von der Judikatur auf das Primärrecht gestützt entwickelt wurden, auf sekundärrechtlichem Weg beschränkt wird, ohne dass der Gerichtshof abgesehen von vagen Verweisen auf die in den Artikeln 20 und 21 AEUV vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeiten näher erläutert, wie mit dem ursprünglich primärrechtlichen Charakter solcher Rechte umzugehen sei.<sup>176</sup>

Zwar wird das frühere, rein primärrechtliche Vorgehen des Gerichtshofs, das das Sekundärrecht kaum berücksichtigte, teils aufgrund des Wortlauts von Artikel 21 Abs. 1 AEUV verteidigt. So werden in der Bestimmung die einschlägigen „Bedingungen“ erst nach den „Beschränkungen“ genannt; somit seien sie nicht als Vorbehalt zur Ausgestaltung zu verstehen und könnten deswegen den Schutzbereich der Norm nicht einschränken.<sup>177</sup> Hingegen überzeugt nicht ganz, warum eine solche Ungleichbehandlung zwischen Bedingungen und Beschränkungen erfolgen sollte; überdies wird so bereits insgesamt ein Anspruch bzw. das Bestehen eines Anspruchs vorausgesetzt, der erst nachzuweisen wäre.<sup>178</sup>

170 EuGH, Verb. Rs. C-197/11 und C-203/11 (Libert u.a.), EU:C:2013:288, Rn. 34. Vgl. hingegen für eine Entscheidung, dass kein grenzüberschreitender Bezug vorliege, EuGH, Rs. C-268/15 (Ullens de Schooten), EU:C:2016:874, Rn. 47; EuGH, Rs. C-282/15 (Queisser Pharma), EU:C:2017:26, Rn. 39.

171 *Obwexer*, EuR Beiheft I 2015, 51 (59f.). Siehe in der Rechtsprechung EuGH, Verb. Rs. C-197/11 und C-203/11 (Libert u.a.), EU:C:2013:288, Rn. 35; vgl. auch im Bereich der Grundfreiheiten mit ähnlicher Formulierung EuGH, Verb. Rs. C-159/12 bis C-161/12 (Venturini), EU:C:2013:791, Rn. 25; EuGH, Rs. C-367/12 (Sokoll-Seebacher), EU:C:2014:68, Rn. 10.

172 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), EU:C:2004:488.

173 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), EU:C:2001:458.

174 *Griller*, EuR Beiheft I 2015, 7 (19), der auch das Etikett des „grundlegenden Status“ somit als dogmatisch wenig gehaltvoll beiseite schiebt.

175 EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), EU:C:2014:2358; EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), EU:C:2015:597. Siehe m.w.N. aus der Rechtsprechung O'Brien, *Common Market Law Review* 2017, 209 (232ff.).

176 *Nic Shuibhne*, *Common Market Law Review* 2015, 889 (909); *Iliopoulou-Penot*, *Common Market Law Review* 2016, 1007 (1016).

177 *Kluth*, Art. 21 AEUV, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 10.

178 *Griller*, EuR Beiheft I 2015, 7 (17f.). 9783845287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

Problematisch erscheint hier jedoch überdies vor dem Hintergrund der verstärkten Berücksichtigung des Sekundärrechts in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass dieser somit seiner Prüfungsbefugnis auf primärrechtlicher Ebene nicht gerecht wird, indem er lediglich aufgrund des Sekundärrechts, nicht jedoch der Vorgaben des Primärrechts vorgeht, die Vorrang gegenüber dem Sekundärrecht genießen.<sup>179</sup> Der Zusammenhang zwischen Primär- und Sekundärrecht darf aber nicht vernachlässigt werden; eine primärrechtswidrige Sekundärrechtsnorm, die zentrale Anspruchselemente der Unionsbürgerschaft aushöhlte, wäre zu prüfen und für nichtig zu erklären; wenig zufriedenstellend ist es hingegen, wenn der EuGH den Ausschluss von Ansprüchen im Sekundärrecht zur Kenntnis nimmt und direkt aus der Unionsbürgerschaft und dem Diskriminierungsverbot konkurrierend sozialrechtliche Ansprüche ableitet.<sup>180</sup>

Als Zusammenfassung befreit für manche der EuGH die Anspruchsberechtigten von gewissen Anforderungen der ökonomisch motivierten Arbeitnehmerfreizügigkeit, werde jedoch dann bei der Entfesselung der Unionsbürgerschaft vom Mut verlassen und führe über die Hintertür erneut Einschränkungen ein; dies vor dem Hintergrund, dass in solchen Fällen der Familienzusammenführung keine ökonomische Grundlage für den betroffenen Mitgliedstaat bestehe wie bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit.<sup>181</sup>

## 2. Zum eigenständigen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft

Als separate Entwicklung ist die Ausprägung des eigenständigen Anwendungsbereichs der Unionsbürgerschaft nach Artikel 20 AEUV zu betrachten, wie sie durch den EuGH vorgenommen wurde. In späterer Rechtsprechung stützte sich der EuGH nämlich allein auf Artikel 20 AEUV, d.h. den Unionsbürgerstatus und nicht das Freizügigkeitsrecht, wie es in Artikel 21 AEUV niedergelegt ist, um in gewissen Situationen den Anwendungsbereich des Unionsrechts zu bestimmen. Zwar hatte der Gerichtshof zuvor noch eine selbständige Anwendung dieser Bestimmung zurückgewiesen.<sup>182</sup> Jedoch wich er hiervon in der Folge ab. Dadurch fällt nicht nur das Erfordernis eines ökonomischen Bezuges wie bei den Grundfreiheiten, sondern auch jenes eines grenzüberschreitenden Bezuges weg, wie es bei den Freizügigkeitsfällen vom EuGH gefordert worden war.<sup>183</sup> Der Gerichtshof

179 *Nic Shuibhne*, Common Market Law Review 2015, 889 (910). Vgl. hierzu auch *Davies*, Common Market Law Review 2014, 1579 (1586).

180 *Griller*, EuR Beiheft I 2015, 7 (17 f.).

181 *Ibid.* (24).

182 EuGH, Rs. C-293/03 (My), EU:C:2004:821, Rn. 32. In späterer Rechtsprechung deutete der EuGH hingegen an, in diesem Entscheid lediglich die Subsidiarität von Artikel 20 AEUV gegenüber anderen Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Unionsbürger hervorgehoben zu haben, siehe EuGH, Rs. C-420/15 (U), EU:C:2017:408, Rn. 17.

183 Vgl. so etwa noch in EuGH, Verb. Rs. C-64/96 und C-65/96 (Uecker and Jacquet), EU:C:1997:285, Rn. 23.

erweiterte den Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft somit auf Fälle, in denen eine mitgliedstaatliche Maßnahme Unionsbürger ihren Status bzw. die damit verbundenen Rechte verlieren lässt oder die tatsächliche Ausübung solcher Rechte verwehrt.

Als erste Entscheidung lag es in *Rottmann* für den Gerichtshof „auf der Hand“,<sup>184</sup> dass eine Situation „ihrem Wesen und ihren Folgen nach“ unter das Unionsrecht falle, in der ein Unionsbürger durch den Entzug der Staatsbürgerschaft durch einen Mitgliedstaat nach dem vorherigen Verlust der Staatsbürgerschaft eines anderen Mitgliedstaates staatenlos und somit auch die Unionsbürgerschaft verlieren würde, was zum Verlust des durch Artikel 20 AEUV verliehenen Status und der damit verbundenen Rechte führe.<sup>185</sup>

In *Zambrano* ging der EuGH weiter und befand, dass seine Prüfungsbefugnis durch Artikel 20 AEUV ausgelöst werden könne, wenn einer drittstaatsangehörigen Person Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis verweigert wurden und deswegen die minderjährigen Kinder, die nicht von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatten, trotz ihres Unionsbürgerstatus gezwungen gewesen wären, das Unionsgebiet zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten.<sup>186</sup> In solchen Fällen werde nämlich den Unionsbürgern der „tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt“.<sup>187</sup>

Ein Blick in den Vertragswortlaut zeigt, dass in *Zambrano* der Gerichtshof sich, obwohl das Recht, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten [...] aufzuhalten“, grundsätzlich in Artikel 20 Abs. 2 und Artikel 21 Abs. 1 AEUV aufscheint, auf Artikel 20 AEUV stützte. Dies lässt sich dahingehend erklären, dass der Kernbereich der Unionsbürgerschaft von der Logik des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger abgegrenzt werden sollte, da für letzteres immer noch der grenzüberschreitende Bezug maßgeblich bleibt.<sup>188</sup>

Somit war für manche *Zambrano* der endgültige Hinweis, dass der „grundlegende Status“ der Unionsbürger, von dem der Gerichtshof in *Grzelczyk* sprach, nicht nur ein rhetorisches Stilmittel war.<sup>189</sup> Der Grundstein für die Anwendbarkeit des Unionsrechts auch auf zumindest gewisse Fälle von Unionsbürgern, die nicht von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatten, war gelegt. Konzeptuell betrachtet schützte der EuGH somit in der *Zambrano*-Rechtsprechung Unionsbürger um ihrer selbst willen ohne Bezug zur grenzüberschreitenden Frei-

184 Skeptisch zu dieser Qualifizierung *Iglesias Sanchez*, *European Law Journal* 2014, 464 (474).

185 EuGH, Rs. C-135/08 (*Rottmann*), EU:C:2010:104, Rn. 42. Vgl. auch näher zur Entscheidung *Burri/Pirker*, *Revue du droit de l'Union européenne* 2010, 651.

186 EuGH, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), EU:C:2011:124, Rn. 42 ff. Vgl. zur Entscheidung statt vieler *Van Elswege*, *Legal Issues of Economic Integration* 2011, 263.

187 EuGH, Rs. C-34/09 (*Zambrano*), EU:C:2011:124, Rn. 42.

188 *Cede*, *EuR Beiheft I* 2015, 79 (87).

189 *Ibid.* (81). <https://doi.org/10.5771/9783845287515-186>, am 13.08.2024, 17:17:47

zügigkeit bzw. ohne transnationalen Bezug.<sup>190</sup> Sowohl in *Rottmann* als auch in *Zambrano* fehlte nämlich der sonst häufig durch den EuGH gebrauchte Hinweis, dass die Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft nicht auf rein interne Sachverhalte anwendbar seien. In späterer Rechtsprechung, insbesondere in *Dereci*, tauchte dieses Argument wieder auf.<sup>191</sup>

Jedoch legte der Gerichtshof in der Folge den Anwendungsbereich der *Zambrano*-Rechtsprechung restriktiv aus.<sup>192</sup> Zwar verwarf er nicht den eigenen Grundsatz, dass Artikel 20 AEUV selbständig den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnen kann in Fällen, in denen der Verlust des Unionsbürgerstatus bzw. eine Verwehrung des tatsächlichen Genusses des Kernbestands der daraus resultierenden Rechte vorliegen.<sup>193</sup> Dennoch wurde der „Rückzieher“ des Gerichtshofs in der Folgerechtsprechung in der Lehre so aufgenommen, dass er sich wohl am ehesten dadurch erklären lasse, dass dem Unionsbürgerschaftskonzept letztlich nach wie vor unterschiedliche Auffassungen zugrunde lägen.<sup>194</sup> Der vollständige Inhalt des Konzepts der Unionsbürgerschaft bleibt somit schwierig zu erfassen.<sup>195</sup>

In einer Gesamtbetrachtung der Unionsbürgerschaft wird kritisiert, dass der EuGH weiter auf einen grenzüberschreitenden Bezug abstellt, diesen aber in der Folge mit Entscheidungen wie *Ruiz Zambrano* „durchlöchert“, nur um diese Konstellation dann erneut stark einzuschränken.<sup>196</sup> Letztlich ist somit eine qualifizierte Zwangslage zu Lasten eines Unionsbürgers vonnöten, um den Kernbestand der Unionsbürgerschaft zu berühren.<sup>197</sup> Dieses Erfordernis ändert sich nicht durch die Berücksichtigung der Unionsgrundrechte.<sup>198</sup> Hingegen sind diese nicht irrelevant, fließen doch grundrechtliche Wertungen in die Ausprägung des Kernbestandsschutzes ein, etwa um den Begriff des Angewiesenseins z.B. bei erwachsenen Unionsbürgern näher zu definieren.<sup>199</sup>

190 *Thym*, EuR Beiheft I 2015, 135 (143).

191 EuGH, Rs. C-256/11 (*Dereci*), EU:C:2011:734, Rn. 60. Skeptisch hierzu *Kochenov/Plender*, *European Law Review* 2012, 369 (389).

192 Siehe hierzu etwa *Stanislas/Van Elsuwege*, *European Law Review* 2012, 176; *Tryfonidou*, *European Public Law* 2012, 493; *Van den Brink*, *Legal Issues of Economic Integration* 2012, 273.

193 EuGH, Rs. C-434/09 (*McCarthy*), Slg. 2011, I-3375; EuGH, Rs. C-256/11 (*Dereci*), EU:C:2011:734; EuGH, Verb. Rs. C-356/11 und C-357/11 (O und S), EU:C:2012:776; EuGH, Rs. C-87/12 (*Ymeraga*), EU:C:2013:291. Siehe auch in späterer Rechtsprechung EuGH, Rs. C-304/14 (CS), EU:C:2016:674, Rn. 30 ff.; zur Möglichkeit für eine minderjährige Unionsbürger betreuende Person, in einen anderen Mitgliedstaat zu gehen, anstatt das Unionsgebiet insgesamt zu verlassen, näher EuGH, Rs. C-165/14 (*Rendón Marín*), EU:C:2016:675, Rn. 77 ff.; vgl. auch EuGH, Rs. C-133/15 (*Chavez-Vilchez* u.a.), EU:C:2017:354, Rn. 70.

194 *Thym*, EuR Beiheft I 2015, 135 (143).

195 *Nic Shuibhne*, *Common Market Law Review* 2012, 349 (379).

196 *Griller*, EuR Beiheft I 2015, 7 (22).

197 *Cede*, EuR Beiheft I 2015, 79 (85). Vgl. auch die näheren Erläuterungen zu den Konturen dieser Zwangslage in EuGH, Verb. Rs. C-356/11 und C-357/11 (O und S), EU:C:2012:776, Rn. 56.

198 EuGH, Rs. C-256/11 (*Dereci*), EU:C:2011:734, Rn. 71.

199 *Cede*, EuR Beiheft I 2015, 79 (92):1/9783845287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

Unklar war nach früherem Stand der Rechtsprechung, ob der Kernbereich absolut geschützt ist oder ob Eingriffe möglich sind bzw. einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen werden können. In *Zambrano* finden sich hierzu keine Anhaltspunkte, die Entscheidung in *Rottmann* hingegen scheint dies zumindest anzudeuten.<sup>200</sup> Hingegen erlaubt der EuGH in späterer Rechtsprechung ausdrücklich Einschränkungen, bei denen Mitgliedstaaten sich auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit berufen; allerdings sind die Unionsgrundrechte, insbesondere das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 27 Grundrechtecharta, zu beachten, da der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist.<sup>201</sup>

Somit lässt sich letztlich feststellen, dass das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger sowie der eigenständige Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft den Anwendungsbereich des Unionsrechts maßgeblich prägen. Gewisse Entwicklungen sind dabei durchaus als dogmatisch problematisch einzustufen, wenngleich auch begrenzende Tendenzen in der Rechtsprechung unverkennbar vorhanden sind. Vor diesem Hintergrund lässt sich nun der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf die Grundfreiheiten klären.

### III. Zum Einfluss der Unionsbürgerschaft auf den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten

Intensiv wurde in der Lehre debattiert, inwieweit die Unionsbürgerschaft sich auf den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auswirkt. Die Debatte konzentriert sich mehr auf die personenbezogenen Grundfreiheiten als auf die Warenverkehrsfreiheit.<sup>202</sup> Darüber hinaus wurde auch gefragt, ob sich gerade durch den Einfluss der Unionsbürgerschaft eine Konvergenz der Grundfreiheiten in Form eines allgemeineren Freizügigkeitsrechts mit möglichen Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts entwickeln könnte.

#### 1. Personenbezogene Grundfreiheiten

Zu untersuchen ist an dieser Stelle der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf die Auslegung und den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit, wie sie insbesondere jeweils in den Artikeln 45, 49 und 56 AEUV niedergelegt sind. Auch die Bestim-

200 Ibid. (93 f.).

201 EuGH, Rs. C-304/14 (CS), EU:C:2016:674, Rn. 36; EuGH, Rs. C-165/14 (Rendón Marín), EU:C:2016:675, Rn. 81.

202 In Bezug auf diese bleiben Einflüsse der Unionsbürgerschaft schwer nachweisbar, siehe *Tryfonidou*, *Union Citizenship*, 151 f. <https://doi.org/10.5771/9783845287515-186>, am 13.08.2024, 17:17:47



mungen des einschlägigen Sekundärrechts, insbesondere der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG<sup>203</sup> sind gegebenenfalls zu berücksichtigen.

Nicht vergessen werden darf, dass anfangs die personenbezogenen Grundfreiheiten eher als Anweisungen an die Mitgliedstaaten verstanden wurden und deren unmittelbare Wirkung für Private nicht unbedingt vorhersehbar war.<sup>204</sup> Erst die spätere Rechtsprechung des Gerichtshofs in den späten 1960er und frühen 1970er Jahren führte zu einem mehr auf individuelle Rechte ausgerichteten Verständnis dieser Freiheiten, sodass in der Literatur erstmals von einem europäischen Bürgerstatus die Rede war.<sup>205</sup> Erst etwas später gestand der Gerichtshof den personenbezogenen Grundfreiheiten unmittelbare Wirkung zu<sup>206</sup> und las auch die sekundärrechtlichen Ergänzungen zur Verwirklichung der Grundfreiheiten im Lichte von Menschenrechten, wodurch er den personenbezogenen Charakter hervorhob.<sup>207</sup> Immerhin noch vor dem Vertrag von Maastricht tauchte in der Rechtsprechung der Begriff des Gemeinschaftsbürgers auf.<sup>208</sup>

Als allgemeine Beobachtung fasste der Gerichtshof bereits vor der Einführung der Unionsbürgerschaft im Vertrag von Maastricht etwa die Arbeitnehmerfreizügigkeit als Quelle von Rechten Einzelner auf und insistierte nicht streng auf einem Marktbezug.<sup>209</sup> Als allgemein anerkannt kann als Folgeentwicklung betrachtet werden, dass diese Grundfreiheiten sich auf dieser Grundlage in grundrechtsähnliche Rechte verwandelt haben.<sup>210</sup> Für manche ist die Unionsbürgerschaft dabei ein Faktor, ohne den diese Entwicklung nicht stattgefunden hätte.<sup>211</sup> In einer Zwischenphase sehen aufgrund der Wortwahl des EuGH manche Kommentatoren bereits vor Einführung der Unionsbürgerschaft eine Verwandlung von personenbezogenen Grundfreiheiten in grundrechtsartige Rechte.<sup>212</sup> Für andere soll aus heutiger Sicht vor allem die Unionsbürgerschaft die Umwandlung der Personenfreizügigkeitsrechte der Grundfreiheiten von reinen Diskriminierungs- in umfassende Beschränkungsverbote bewirkt haben<sup>213</sup> oder *de lege ferenda* die Ausdehnung der Grundfreiheiten auf rein interne Sachverhalte mit der damit verbundenen Eliminierung von umgekehrten Diskriminierungen<sup>214</sup> rechtfertigen.

203 ABl. 2004 L 158, 77 ff.

204 *Skouris*, European Business Law Review 2006, 225 (227).

205 So etwa *Plender*, Incipient Form, in: European Law and the Individual, 39.

206 EuGH, Rs. 2/74 (*Reyners*), EU:C:1974:68; EuGH, Rs. 33/74 (*Van Binsbergen*), EU:C:1974:131; EuGH, Rs. 167/73 (*Kommission/Frankreich*), EU:C:1974:35.

207 EuGH, Rs. 36/75 (*Rutili*), EU:C:1975:137, Rn. 32.

208 EuGH, Rs. 143/87 (*Stanton*), ECLI:EU:C:1988:378, Rn. 13; EuGH, Rs. C-370/90 (*Singh*), ECLI:EU:C:1992:296, Rn. 16.

209 *Maas*, European Citizens, 6.

210 *Tryfonidou*, Union Citizenship, 65.

211 *Oliver/Roth*, Common Market Law Review 2004, 407 (439).

212 *Maas*, European Citizens, 21.

213 *Spaventa*, Free Movement, 143 ff.

214 *Van den Brink*, Legal Issues of Economic Integration 2012, 273 (280 f.), 17:17:47



Letztlich zeigt die Literatur eine gewisse Uneinigkeit über das Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Unionsbürgerschaft. Einerseits wird vertreten, dass bis zur Einführung der Unionsbürgerschaft bereits durch Unionsgesetzgebung und die Rechtsprechung des EuGH eine Vorform der Unionsbürgerschaft geschaffen worden war, die jedoch immer noch stark an den ökonomischen Zielen der Verträge ausgerichtet war und somit als „Marktbürgerschaft“ verstanden werden sollte.<sup>215</sup> Andere befinden, dass sich an diesem grundsätzlich mit dem Markt verbundenen Status der Unionsbürgerschaft nichts geändert habe.<sup>216</sup> Wieder andere sehen erst in der jüngsten Rechtsprechung des EuGH die Schaffung eines tatsächlich effektiven Status der Unionsbürgerschaft.<sup>217</sup>

Gewisse typische Beispiele aus der Rechtsprechung werden häufig herangezogen, um den Einfluss der Unionsbürgerschaft zu zeigen. So können jene Fälle, in denen Konsumenten außerhalb eines streng kommerziell verstandenen Kontexts sich als Dienstleistungsempfänger in einen anderen Mitgliedstaat begeben oder grenzüberschreitend Dienstleistungen empfangen, als weite Auslegung der Dienstleistungsfreiheit verstanden werden.<sup>218</sup> Jedoch stellte der EuGH nicht fest, dass eine Grundfreiheitsverletzung vorlag, sofern kein ausreichend unmittelbarer Bezug zum sachlichen Anwendungsbereich einer Grundfreiheit vorlag. In *Cowan* etwa stützte sich der Gerichtshof auf das allgemeine Diskriminierungsverbot, während kaum argumentierbar scheint, dass das im Fall verwehrte Recht – auf eine Entschädigungsleistung als Opfer einer Straftat – die Ausübung des Rechts behindert, sich zum Empfang von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben.<sup>219</sup>

Teils wird auch das viel diskutierte Urteil in *Carpenter*<sup>220</sup> so gelesen, dass der Gerichtshof im Lichte der Unionsbürgerschaft möglichst versuchte, Unionsbürger in den Anwendungsbereich des Unionsrechts zu bringen, ohne dass die beschränkende Wirkung einer mitgliedstaatlichen Maßnahme auf grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeiten klar etabliert worden wäre.<sup>221</sup> Auch Grundrechtsargumente werden zu diesem Zweck herangezogen.<sup>222</sup>

Letztlich bleibt jedoch schwer nachzuweisen, dass tatsächlich eine grundlegend neue Konzeption der Grundfreiheiten mit der Einführung der Unionsbür-

215 *Everson*, Market Citizen, in: *New Legal Dynamics of European Union*, 73; *O'Leary*, Community Citizenship, 81.

216 *Nic Shuibhne*, *Common Market Law Review* 2010, 1597; *O'Brien*, *Common Market Law Review* 2013, 1643.

217 *Kochenov/Plender*, *European Law Review* 2012, 369.

218 EuGH, Rs. 186/87 (*Cowan*), EU:C:1989:47; EuGH, Rs. 286/82 und 26/83 (*Luisi und Carbone*), EU:C:1984:35.

219 EuGH, Rs. 186/87 (*Cowan*), EU:C:1989:47, Rn. 17. Zur fortgeltenden Bedeutung eines wirtschaftlichen Bezugs *O'Leary*, *Community Citizenship*, 70.

220 EuGH, Rs. C-60/00 (*Carpenter*), EU:C:2002:434.

221 *Tryfonidou*, *Union Citizenship*, 42.

222 *Shaw*, *Citizenship*, in: *The Evolution of EU Law*, 582. Vgl. ebenso bereits Abschnitt B.III.2.

gerschaft ihren Anfang nahm. Zugleich erlaubt dies aber auch den Schluss, dass keine dogmatisch völlig unangemessene Ausweitung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten mit dieser Entwicklung einherging.

## 2. Zur Frage der Konvergenz der Grundfreiheiten und des Freizügigkeitsrechts im Lichte der Unionsbürgerschaft

Nimmt man einen Einfluss der Unionsbürgerschaft auf die Grundfreiheiten an, beeinflusst über diese Schiene die Unionsbürgerschaft auch den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Relevant könnte dies auch werden, wenn eine Konvergenz der Grundfreiheiten angenommen wird, die typischerweise in einen weiten Anwendungsbereich aller Grundfreiheiten münden dürfte. In der Folge ist zu untersuchen, welche Argumente für und gegen eine solche Konvergenz vorliegen und ob sich somit auf dieser Ebene problematische Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts aus der Unionsbürgerschaft ergeben.

Eine Reihe von Argumenten für eine Konvergenz der Grundfreiheiten wurde über die Jahre ins Treffen geführt. Generell beweist die Entwicklung des Binnenmarktrechts, woher die Idee einer Konvergenz der Grundfreiheiten kommen könnte. In der Literatur gut aufgearbeitet ist die Entwicklung der Grundfreiheiten durch den EuGH. So bedarf es kaum näherer Erläuterung, wie der Gerichtshof im Bereich der Warenverkehrsfreiheit über Entscheide wie *Dassonville*<sup>223</sup> und *Cassis de Dijon*<sup>224</sup> einen weiten Anwendungsbereich der Grundfreiheit sowohl für diskriminierende als auch lediglich beschränkende mitgliedstaatliche Maßnahmen schuf, diesen jedoch dann erneut begrenzte durch die Entscheidung in *Keck*<sup>225</sup> bzw. über in der Rechtsprechung entwickelte Fallkonstellationen, in denen Auswirkungen einer Maßnahme auf die Warenverkehrsfreiheit als zu indirekt oder entfernt angesehen wurden.<sup>226</sup> In der Folge löste sich der Gerichtshof auch in seiner Rechtsprechung zu anderen Grundfreiheiten davon, rein auf diskriminierende Aspekte mitgliedstaatlicher Maßnahmen abzustellen, und beurteilte auch lediglich beschränkende Maßnahmen als unter die Grundfreiheiten fallend.<sup>227</sup> Dies wurde allgemein als Entwicklung in Richtung eines reiferen Binnenmarktes gesehen.<sup>228</sup>

223 EuGH, Rs. 8/74 (*Dassonville*), EU:C:1974:82.

224 EuGH, Rs. 120/78 (*Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*), EU:C:1979:42.

225 EuGH, Rs. C-267/91 and C-268/91 (*Keck*), EU:C:1993:905.

226 Etwa *Spaventa, Keck, Remoteness and Deliège*, in: *The Outer Limits of European Union Law, passim*.

227 EuGH, Rs. C-275/92 (*Schindler*), EU:C:1994:119; EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), EU:C:1995:463; EuGH, Rs. C-55/94 (*Gebhard*), EU:C:1995:411; EuGH, Rs. C-384/93 (*Alpine Investments*), EU:C:1995:126; EuGH, Rs. C-76/90 (*Säger*), EU:C:1991:331.

228 So Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs, EuGH, Rs. C-384/93 (*Alpine Investments*), EU:C:1995:15, Rn. 47.

Aufgrund einer zeitlichen Betrachtung wird oft festgestellt, dass diese Entwicklung gerade in Bezug auf die personenbezogenen Grundfreiheiten als Folge aus der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofes, die implizit den Status einer Unionsbürgerschaft vorweggenommen hatte, und deren letzlicher Kodifikation in den Verträgen im Rahmen der Vertragsrevision von Maastricht zu verstehen sei.<sup>229</sup> Durch die Unionsbürgerschaft verstärkte sich die Auffassung, die personenbezogenen Grundfreiheiten seien als Rechte der Unionsbürger zu verstehen, weswegen eine rein auf Diskriminierungen bezogene Betrachtungsweise nicht mehr zu überzeugen vermochte.<sup>230</sup>

Hingegen stellt sich im Lichte der Unionsbürgerschaft verstärkt die Frage, ob es zu einer Konvergenz von Grundfreiheiten und Unionsbürgerschaft kommt und ob dies normativ als wünschenswerte Entwicklung einzustufen ist. Als Meinung wird in der Lehre durchaus vertreten, dass die einzelnen wirtschaftlichen Grundfreiheiten als komplementäre Teile eines allgemeinen Freizügigkeitsrechts natürlicher und juristischer Personen in der Union verstanden werden könnten.<sup>231</sup> In der Rechtsprechung des Gerichtshofs lassen sich in dieser Hinsicht Entscheidungen im Binnenmarktsrecht finden, in denen die einschlägige Grundfreiheit gar nicht oder nicht eindeutig festgestellt wird.<sup>232</sup>

Gewisse dogmatische Ähnlichkeiten sind in der Tat schwer von der Hand zu weisen. Grundsätzlich können sowohl die Grundfreiheiten als auch das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht als subjektiv-öffentliche Rechte eingestuft werden, die öffentliche und private Interessen schützen, indem schwerpunktmäßig<sup>233</sup> der öffentlichen Gewalt Pflichten auferlegt werden, die durch Private gerichtlich durchgesetzt werden können.<sup>234</sup>

Zusätzlich dazu wurde wiederholt gerade das Vorbringen, Freizügigkeitsbestimmungen im Unionsrecht spiegelten Grundrechte wider,<sup>235</sup> mit dem Konzept der Unionsbürgerschaft verbunden, insbesondere im Licht der vergleichbaren Behandlung von Grundfreiheiten und Unionsbürgerschaft in der Rechtsprechung des EuGH.<sup>236</sup> Gelegentlich ließ der Gerichtshof so auch offen, ob ein Fall im Lichte der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder der Unionsbürgerfreizügigkeit zu entscheiden wäre,<sup>237</sup> oder legte gleich beide aus.<sup>238</sup> Als zentrales Argument für eine Konvergenz der Grundfreiheiten wird in diesem Zusammenhang vorgebracht,

229 So etwa *Kochenov/Plender*, *European Law Review* 2012, 369 (370).

230 *Tryfonidou*, *Yearbook of European Law* 2014, 385 (409 ff.).

231 *Scheuing*, *EuR* 2003, 744 (753); *Snell*, *Goods and Services*, 9.

232 *EuGH*, *Rs. C-363/89 (Roux)*, *EU:C:1991:41*; *EuGH*, *Rs. C-19/92 (Kraus)*, *EU:C:1993:125*; *EuGH*, *Rs. 36/74 (Walrave)*, *EU:C:1974:140*.

233 Siehe noch zu Drittwirkungsfragen Abschnitt D.

234 Siehe näher hierzu etwa *Kingreen/Störmer*, *EuR* 1998, 263 (266).

235 Siehe hierzu bereits Abschnitt B.

236 So etwa *EuGH*, *Rs. C-224/98 (D'Hoop)*, *EU:C:2002:432*.

237 *EuGH*, *Rs. C-135/99 (Elsen)*, *EU:C:2000:647*, *Rn. 33 ff.*

238 *EuGH*, *Rs. C-300/15 (Kohl) und Kohl-Schlesser*, *EU:C:2016:361*, *Rn. 33*; *17:47*

dass die grundrechtsnähere Auslegung bestimmter Grundfreiheiten, teils auch als „Unionsbürgergrundrechte“ (*fundamental citizenship rights*) bezeichnet, zu einer Weiterentwicklung der Begriffe von Diskriminierung und Beschränkung geführt habe, die diese auch unabhängig voneinander wirken lasse.<sup>239</sup>

Während in der Rechtsprechung letztlich immer noch wirtschaftlich aktive Personen durch die Grundfreiheiten bevorzugt behandelt werden und der Unionsbürgerschaftsstatus eher als Auffangnetz dient, lässt sich dennoch nicht verneinen, dass durch Artikel 21 AEUV und den Unionsbürgerstatus eine Art *lex generalis* als definitorischer Kern der Freizügigkeit entstanden ist, der durch die Grundfreiheiten als *leges speciales* spezifischeren Ausdruck erhält.<sup>240</sup> Dennoch muss gefragt werden, was eine vereinfachende Konvergenzperspektive zum Verständnis der Rechtslage beizutragen vermag.

Bei näherer Betrachtung stehen diesen Argumenten nämlich die besseren Gründe entgegen, warum die Annahme einer Konvergenz eher als verkürzte und nicht unbedingt hilfreiche Perspektive zu erachten ist. Unterschiede ergeben sich als erster Anhaltspunkt im Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen im Vertragstext. Artikel 34 AEUV zur Warenverkehrsfreiheit, Artikel 49 AEUV zur Niederlassungsfreiheit, Artikel 56 AEUV zur Dienstleistungsfreiheit und Artikel 63 zur Kapitalverkehrsfreiheit untersagen Beschränkungen der jeweiligen Grundfreiheit, während Artikel 45 Abs. 2 AEUV sich eher auf Diskriminierungen zu richten scheint, da er die Abschaffung „unterschiedlicher Behandlung“ anordnet. Aber auch weitere Bestimmungen der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit weisen zumindest in die Richtung unterschiedlicher Behandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit.<sup>241</sup> Im Vergleich dazu sticht überdies ins Auge, dass Artikel 21 Abs. 1 AEUV ausdrücklich von einem „Recht“ der Unionsbürger auf Freizügigkeit spricht.

Problematisch an der Annahme einer Konvergenz erscheint überdies, dass diese gewisse bereits bestehende Probleme in der Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten zusätzlich zu akzentuieren droht. Bei den Begriffen der Diskriminierung und Beschränkung im Bereich der personenbezogenen Grundfreiheiten wird festgestellt, dass der Gerichtshof durchaus die Grundfreiheiten nur dazu benützt, bestimmte potenziell diskriminierende Maßnahmen in den Anwendungsbereich von Grundfreiheiten zu bringen, um sie dann auf der Grundlage anderer Bestimmungen zu beurteilen und nicht, weil sie zugleich eine Beschränkung der einschlägigen Grundfreiheit darstellen.<sup>242</sup> In *Cowan* urteilte der Gerichtshof, dass ein Unionsbürger sich als Dienstleistungsempfänger in einem anderen Mitgliedstaat wegen der Dienstleistungsfreiheit im

239 So *Tryfonidou*, *Yearbook of European Law* 2014, 385 (387).

240 So *Scheuing*, *EuR* 2003, 744 (764).

241 Vgl. so Artikel 49 und 57 AEUV.

242 *Tryfonidou*, *Yearbook of European Law* 2014, 385 (402), am 13.08.2024, 17:17:47

Anwendungsbereich des Unionsrechts befand, entschied letztlich jedoch, dass die vorliegende Diskriminierung durch Verweigerung einer Entschädigungsleistung als Verbrechenopfer nicht als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, sondern als Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nach Artikel 18 AEUV einzustufen sei.<sup>243</sup> Dieses Vorgehen dehnte der Gerichtshof später auf das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger des Artikel 21 AEUV aus, indem er in *Bickel und Franz* Unionsbürger auf Grundlage dieses Rechts und der Dienstleistungsfreiheit im Anwendungsbereich des Unionsrechts verortete, ohne dass eine Beschränkung der Freizügigkeit festgestellt wurde; die Entscheidung im Fall wurde letztlich auf der Grundlage von Artikel 18 AEUV getroffen.<sup>244</sup> Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Gerichtshof durchaus auch einen eigenen Anwendungsbereich für Artikel 18 AEUV sieht, d.h. Fallkonstellationen, in denen kein Bezug zu einer Grundfreiheit vorliegt und dennoch eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Lichte des Unionsrechts zu prüfen ist.<sup>245</sup>

Somit wird die Ausübung eines Freizügigkeitsrechts zu einem rein zuständigkeitsbegründenden Faktor, um die Anwendbarkeit des Unionsrechts durch die Grundfreiheitsbestimmungen auszulösen. Dadurch wird Artikel 18 AEUV anwendbar gemacht und Mitgliedstaaten müssen jeweils Unionsbürgern gleiche Behandlung zuteil werden lassen wie den eigenen Staatsangehörigen, ohne dass der Nachweis einer Beschränkung der Freizügigkeit als Ergebnis einer möglichen Diskriminierung zu erbringen ist.<sup>246</sup> Dem ist zwar nicht grundsätzlich zu widersprechen; jedoch macht dieses Vorgehen eine eindeutige Einstufung unter das Freizügigkeitsrecht oder eine spezifische Grundfreiheit umso notwendiger. Wenig Abhilfe ist hingegen von einer vereinfachenden Konvergenzthese der Grundfreiheiten auf der Basis der Unionsbürgerschaft zu erwarten.

Die Rechtsprechung des EuGH sah überdies den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auch als eröffnet an, wenn Individuen nur in einen anderen Mitgliedstaat zogen und im eigenen Mitgliedstaat weiter einer Beschäftigung nachgingen,<sup>247</sup> oder in Familienzusammenführungsfällen wie *Carpenter*. Bei einer weiten Lesart derartiger Entscheide könnte der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten geradezu allumfassend werden.<sup>248</sup> Zu vermeiden sind in diesem Zusammenhang jedoch unangemessene Versuche, ohne genaue dogmatische Einstufung

243 EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), EU:C:1989:47, Rn. 20. *Shaw*, Citizenship, in: The Evolution of EU Law, 584, spricht in Bezug auf diese und andere ältere Rechtsprechung auch von Vorläuferrechtsprechung zur Unionsbürgerschaft („proto-citizenship case law“).

244 EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), EU:C:1998:563, Rn. 26. Vgl. auch hierzu *Griller*, EuR Beihft I 2015, 7 (16).

245 Etwa EuGH, Verb. Rs. C-92/92 und C-326/92 (Phil Collins), EU:C:1993:847, Rn. 27; EuGH, Rts. C-43/95 (Data Delecta), EU:C:1996:357, Rn. 14; EuGH, Rs. C-411/98 (Ferlini), EU:C:2000:530, Rn. 39.

246 *Tryfonidou*, Yearbook of European Law 2014, 385 (406).

247 So z.B. EuGH, Rs. C-152/03 (Ritter-Coulais), EU:C:2006:123.

248 Siehe etwa *Aciermo*, *European Law Review* 2003, (403 f.), am 13.08.2024, 17:17:47

den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auf wenig überzeugende Art zu eröffnen. So scheint der Gerichtshof in *Carpenter* trotz allem zu versuchen, eine Beschränkung der Grundfreiheit festzustellen, wie überzeugend dies im Einzelfall auch ausfallen mag, und stellt somit immer noch auf die Beschränkung der einschlägigen Freizügigkeitsnorm ab.<sup>249</sup> Eine solche Ausdehnung wäre weder dogmatisch angemessen abgestützt noch wünschenswert, löste sie doch auch die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte aus.

Dieses zurückhaltende Vorgehen des EuGH findet auch direkten Niederschlag im Anwendungsbereich der Unionsgrundrechtecharta. Auch in Fällen nach Inkrafttreten der Grundrechtecharta bleibt der EuGH bei einem vergleichbaren Vorgehen, indem er stets noch das Vorliegen einer eindeutigen Beschränkung des Freizügigkeitsrechts von Unionsbürgern aus Artikel 21 AEUV prüft, bevor er von der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte ausgeht bzw. seine Argumentation auf diese stützt.<sup>250</sup>

Gegen die Aufgabe einer solchen Rückkoppelung an überzeugend begründete Beschränkungen der Freizügigkeit und eine somit ausgeweitete Anwendung der Unionsgrundrechte spricht unter anderem, dass so das Problem der Diskriminierung von Unionsbürgern, die nicht von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, verschärft werden könnte bzw. sich geradezu zufallsartige Ergebnisse in Bezug auf die Anwendbarkeit des Unionsrechts und der Unionsgrundrechte ergeben könnten.<sup>251</sup>

Daraus kann sich ein schwer erklärbarer Gegensatz zum umfassenden persönlichen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft ergeben; Unionsgrundrechte kämen trotzdem nur zur Anwendung, soweit ein Gebrauch des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden könne.<sup>252</sup> Um eine Inländerdiskriminierung auszuschließen, müsste dann nach Vorschlägen mancher Artikel 18 AEUV so verstanden werden, dass er eine solche Diskriminierung dann untersage, wenn durch die Interaktion zwischen der Nichtanwendbarkeit von Artikel 21 AEUV und der Anwendung des nationalen Rechts eine Grundrechtsverletzung entstünde und kein gleichwertiger Schutz im nationalen Recht gewährleistet würde.<sup>253</sup> Hingegen würde dies nicht nur die Anwendbarkeit von Artikel 18 AEUV völlig abändern, son-

249 *Iglesias Sanchez*, European Law Journal 2014, 464 (469); *Tryfonidou*, Yearbook of European Law 2014, 385 (407).

250 EuGH, Rs. C-391/09 (Runevič-Vardyn und Wardyn), EU:C:2011:291, Rn. 78 und 89.

251 So bereits früh Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs, EuGH, Rs. C-168/91 (Konstantinidis), EU:C:1992:504, Rn. 49. Siehe auch *Eeckhout*, Common Market Law Review 2002, 945 (971). Die Literatur hat sich umfassend mit dem Problem der Inländerdiskriminierung bzw. der Diskriminierung von Unionsbürgern, die nicht von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, beschäftigt, siehe etwa *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, *passim*; *Kochenov*, Columbia Journal of European Law 2009, 169; *Tryfonidou*, Reverse Discrimination; *Spaventa*, Common Market Law Review 2008, 13.

252 *Iglesias Sanchez*, European Law Journal 2014, 464 (471).

253 Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston, EuGH, Rs. C-34/09 (Zambrano), EU:C:2010:560, Rn. 144.

dern auch durch die damit verbundene quasi universelle Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte die momentane Struktur des Unionsgrundrechtssystems aushebeln bzw. den Gerichtshof in seinen Funktionen überlasten.<sup>254</sup>

Nachteile bzw. Sackgassen ergeben sich somit sowohl bei einer Ausweitung der Anwendbarkeit der Unionsbürgerschaft über die Schiene der Nutzung der Freizügigkeit als auch beim Versuch, die Anwendbarkeit des Unionsrechts auf Inländerdiskriminierung auszudehnen.<sup>255</sup> Teils kann als Grund der nicht immer kohärenten Rechtsprechung gelten, dass aus Gerechtigkeitserwägungen umgekehrte Diskriminierungen vermieden werden sollen; dieser Grund mag teils Priorität gegenüber den Kohärenzansprüchen einer überzeugenden Rechtsprechung erlangen.<sup>256</sup>

Gerade die Freizügigkeitsrechte von Individuen werden in einer solchen Perspektive als wichtiger angesehen als andere Grundfreiheiten und sollen einen höheren Schutz im Sinne eines weiteren Anwendungsbereichs *ratione personae* verdienen, da sie grundrechtliche Rechtspositionen widerspiegeln.<sup>257</sup> Hingegen ergibt sich ein solches höheres Gewicht weder aus der Rechtsprechung noch aus den Verträgen, ob eine grundrechtsartige Lesart verfolgt wird oder nicht.<sup>258</sup> Eine besondere Behandlung der personenbezogenen Grundfreiheiten wegen der Unionsbürgerschaft trägt auch das Risiko, zufällige Ergebnisse zu erzielen; bereits bei der Dienstleistungsfreiheit müsste dann das Handeln natürlicher Personen von jenem juristischer Personen unterschieden werden.<sup>259</sup>

Kein eindeutiges Argument spricht somit gegen eine getrennte Behandlung von Grundfreiheiten und Unionsbürgerschaft, während eine Verschmelzung durchaus Problempotenzial birgt. Eine klare Trennung der Rechtsprechung zwischen Unionsbürgerschaft und Grundfreiheiten kann so mit guten Gründen vertreten werden, auch um den Umfang und Inhalt der durch die Unionsbürgerschaft verliehenen Rechte eindeutig feststellen zu können.<sup>260</sup> Klar wird so in der Rechtsprechung, dass bestimmte – begrenzte – Fälle bestehen, in denen im Rahmen der Unionsbürgerschaft auch interne Sachverhalte unter das Unionsrecht fallen.<sup>261</sup>

Zwar kann eine bevorzugte Behandlung der Personenfreizügigkeit im Unionsrecht auf der Grundlage der Ähnlichkeit bestimmter Normen bzw. etablierter Grundfreiheiten gefordert werden. Jedoch sollten solche Argumente streng genommen nur auf die Unionsbürgerschaft gestützt werden; ohne klare Abgrenzun-

254 So bereits früh *Eeckhout*, *Common Market Law Review* 2002, 945 (972).

255 Prägnant bei *Iglesias Sanchez*, *European Law Journal* 2014, 464 (471).

256 *Tryfimidou*, *European Law Journal* 2009, 634 (648).

257 *Ibid.* (638 f.); *Oliver/Enchelmaier*, *Common Market Law Review* 2007, 649 (666).

258 *Caro de Sousa*, *European Law Journal* 2014, 499 (510).

259 *Ibid.* (514).

260 *Ibid.* (516).

261 *Van Bockel/Wattel*, *European Law Review* 2013, 866 (889). 13.08.2024, 17:17:47

gen wird sich anderenfalls letztlich der Gerichtshof in der Verpflichtung sehen, die Frage zu beantworten, ob er die höchste Überprüfungsinstanz für sämtliche in der Union ergriffenen Maßnahmen der öffentlichen Hand sein möchte.<sup>262</sup>

#### IV. Zum Verhältnis von Unionsbürgerschaft und Unionsgrundrechten in Bezug auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts

Vor dem Hintergrund des nun untersuchten eigenen Anwendungsbereichs der Unionsbürgerschaft bzw. des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner Interaktion mit den Grundfreiheiten ist abschließend auf die Thematik der Interaktion zwischen Unionsbürgerschaft und Grundrechten im engeren Sinn einzugehen. Einige Elemente wurden vorher angesprochen; Ziel ist nunmehr, endgültig klarzustellen, ob eine plausible Trennung zwischen dem Anwendungsbereich des Unionsrechts und jenem der Unionsgrundrechte trotz der Entwicklung der Unionsbürgerschaft aufrecht erhalten wurde.

Während allgemein im Bereich der Personenfreizügigkeit der Einfluss von Artikel 8 EMRK über das Recht auf Familienleben leicht erkennbar ist,<sup>263</sup> bleiben die Fälle, in denen Unionsbürgerschaft und Unionsgrundrechte ausdrücklich aufeinanderstoßen, rar.<sup>264</sup> Vor diesem Hintergrund können zwar einige Elemente einer Art Verschmelzung identifiziert werden, jedoch bleibt das allgemeine Bild jenes einer dogmatisch überzeugenden Trennung zwischen Unionsbürgerschaft und Unionsgrundrechten in der Rechtsprechung. Erneut ist zuerst unter dem Aspekt des Freizügigkeitsrechts und in der Folge jenem des eigenständigen Anwendungsbereichs der Unionsbürgerschaft vorzugehen.

Dogmatisch wäre als Erstes denkbar, dass das Freizügigkeitsrecht selbst wie die Grundfreiheiten als Grundrecht aufgefasst wird. Dieses ist in der Tat auch in der Grundrechtecharta niedergelegt. Jedoch befand der EuGH zum Grundrecht des Artikel 45 Grundrechtecharta über die Freizügigkeits- und Aufenthaltsfreiheit, dass dieses Recht auf der Grundlage der Erläuterungen zur Grundrechtecharta dem in Artikel 20 Abs. 2 UAbs. 1 Bst. a AEUV festgehaltenen Recht entspreche. Da letzteres unter den Voraussetzungen und Grenzen ausgeübt werde, die in den Verträgen und im Sekundärrecht festgelegt seien, wendete er somit im einschlägigen Fall letztlich die einschlägige Richtlinie an, ohne sich auf Artikel 20 gesondert abzustützen.<sup>265</sup> Damit erlaubt die Verankerung des Freizügigkeitsrechts in der Grundrechtecharta keine Schlussfolgerung zum Charakter des Freizügigkeitsrechts.

262 *Caro de Sousa*, European Law Journal 2014, 499 (515).

263 Hierzu etwa Entscheide des EuGH in EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), EU:C:2002:493; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), EU:C:2004:639; EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), EU:C:2008:449.

264 *Iglesias Sanchez*, European Law Journal 2014, 464 (467).

265 EuGH, Rs. C-543/12 (*Zeman*), EU:C:2014:2143; Rn. 39, am 13.08.2024, 17:17:47



Gerade in der sonstigen Rechtsprechung bezeichnet der EuGH das Freizügigkeitsrecht mit wenigen Ausnahmen, bei denen er von einem „Grundrecht“ spricht,<sup>266</sup> überwiegend als Grundfreiheit.<sup>267</sup> In der Lehre wird ähnlich eher von einer Grundfreiheit als von einem Grundrecht ausgegangen,<sup>268</sup> wobei im zweiten Fall nicht stets klar identifiziert wird, was unter dem Grundrechtsbegriff verstanden wird.<sup>269</sup>

Als grundrechtsähnliche Elemente lassen sich vor diesem Hintergrund neben der bereits erwähnten Verankerung des Freizügigkeitsrechts in Artikel 45 der Grundrechtecharta auch das Fehlen einer Zweckgebundenheit, etwa in Bezug auf den Binnenmarkt, wie sie für Grundfreiheiten typisch ist, aufzuführen.<sup>270</sup> Hingegen sprechen die besseren Argumente dafür, das Freizügigkeitsrecht als Grundfreiheit einzustufen. Wie die Grundfreiheiten ist das Freizügigkeitsrecht primär an die Mitgliedstaaten gerichtet, während die Grundrechte sich primär an die Union und nur im Fall der unionsrechtlichen Determinierung nach Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta an die Mitgliedstaaten wenden. Auch bedarf es für die Anwendung des Freizügigkeitsrechts weiterhin eines grenzüberschreitenden Bezugs, während für die Unionsgrundrechte Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta die entsprechende Frage regelt; dabei vermag eben nur Artikel 21 Abs. 1 AEUV selbständig die eigene Anwendbarkeit zu begründen, während Unionsgrundrechte für die eigene Anwendung die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts voraussetzen.<sup>271</sup> Inhaltlich sind Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts am eigenen Beschränkungsverbot und nicht etwa an Artikel 52 Abs. 1 Grundrechtecharta, der die entsprechende Regelung für Unionsgrundrechte trifft, zu messen.<sup>272</sup> Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts sind selbst erneut im Lichte der Unionsgrundrechte zu prüfen,<sup>273</sup> wie dies auch bei Beschränkungen anderer Grundfreiheiten der Fall ist.<sup>274</sup>

266 EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), EU:C:2004:639, Rn. 33; EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), EU:C:2013:565, Rn. 71; EuGH, Rs. C-218/14 (Singh u.a.), EU:C:2015:476, Rn. 75.

267 So etwa EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), EU:C:2002:432; Rn. 29; EuGH, Verb. Rs. C-197/11 und C-203/11 (Libert u.a.), EU:C:2013:288, Rn. 37.

268 Siehe für eine Einstufung als Grundfreiheit *Schönberger*, Unionsbürger, 327; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 392; *Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit, 333 ff. Für eine Einstufung als Grundrecht hingegen *Magiera*, Art. 21 AEUV, in: EUV/AEUV Kommentar, Rn. 10; *Hatje*, Art. 21 AEUV, in: EU-Kommentar, Rn. 1 und 18. Als Recht „sui generis“ bezeichnet das Freizügigkeitsrecht *Kubicki*, EuR 2006, 489 (498).

269 *Obwexer*, EuR Beiheft I 2015, 51 (72).

270 *Ibid.* (73).

271 So auch Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet, EuGH, Rs. C-115/15 (NA), EU:C:2016:259, Rn. 125 f., der betont, dass grundrechtliche Überlegungen aus der Unionsbürgerschaft folgen „und nicht umgekehrt“. Siehe auch *Obwexer*, EuR Beiheft I 2015, 51 (73).

272 So z.B. EuGH, Verb. Rs. C-197/11 und C-203/11 (Libert u.a.), EU:C:2013:288, Rn. 38; vgl. hingegen die Prüfung im Rahmen des Artikel 52 Abs. 1 Grundrechtecharta bei Unionsgrundrechten etwa in EuGH, Rs. C-283/11 (Sky Österreich), EU:C:2013:28, Rn. 47 ff.

273 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), EU:C:2011:734, Rn. 72; EuGH, Rs. C-182/15 (Petruhin), EU:C:2016:630, Rn. 52.

274 EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), EU:C:1991:254, 287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

Für einige scheint im Lichte der Entwicklung des Freizügigkeitsrechts<sup>275</sup> kaum ein Anspruch denkbar, der nicht geeignet wäre, die Ausübung der Freiheit, sich in einem anderen Mitgliedstaat zu bewegen und aufzuhalten, zu erleichtern.<sup>276</sup> Da dies zumindest der Judikatur zufolge die relevante Schwelle für die Anwendbarkeit des Unionsrechts auf derartige Fälle von Unionsbürgern ist,<sup>277</sup> seien auch Versuche, den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte zu begrenzen, als „anachronistisch“ einzustufen.<sup>278</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Anzeichen für gewisse Einschränkungen des Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsrechts durchaus erkennbar scheinen,<sup>279</sup> und überdies die künftige Rechtsprechungsentwicklung nicht notgedrungen derselben, den Anwendungsbereich ausdehnenden Tendenz unterliegen muss. Dogmatisch ist daher auf gewissen Grundlagen wie einem grenzüberschreitenden Bezug zu bestehen.

Die Notwendigkeit für dogmatische Konsistenz zeigt sich noch deutlicher bei der Untersuchung des Zusammenhangs zwischen eigenständigem Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft und Unionsgrundrechten. Der Schutz, den das Unionsrecht in dieser Konstellation für Unionsbürger bietet, kann zwar als ein wichtiger Schritt in Richtung einer tatsächlichen Ausprägung des „grundlegenden Status“<sup>280</sup> gesehen werden, den die Unionsbürgerschaft den Unionsbürgern verleihen soll. Jedoch gelang es dem Gerichtshof, trotz dieses revolutionären Schritts die Anwendungsgrenzen der Unionsgrundrechte in letztlich überzeugender Weise zu beachten.<sup>281</sup>

Zentral ist hier, stets zwischen der Anwendung der Kernbereichskonstellation des EuGH und der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte zu unterscheiden. So kommt in Bezug auf Familienmitglieder aus Drittstaaten nur dann das Recht auf Schutz des Familienlebens nach Artikel 7 Grundrechtecharta zur Anwendung, wenn einschlägiges Sekundärrecht anzuwenden oder die Kernbereichsdoktrin des EuGH verletzt ist.<sup>282</sup> Wichtig ist auch eine klare Unterscheidung, weil inhaltlich sehr verschiedene Rechtspositionen betroffen sind, wenn es jeweils um die Regeln der Unionsbürgerschaft oder der Unionsgrundrechte zu Themen wie dem Familiennachzug geht.<sup>283</sup>

In den maßgeblichen Entscheiden in *Rottmann* und *Zambrano* standen jeweils Rechte im Mittelpunkt, die sich nicht als solche in der Grundrechtecharta wiederfinden, nämlich das Recht auf eine Staatsbürgerschaft bzw. das Recht, nicht

275 Siehe bereits Abschnitt C.II.1.

276 *Griller*, EuR Beiheft I 2015, 7 (17).

277 EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), EU:C:1998:563, Rn. 16.

278 *Griller*, EuR Beiheft I 2015, 7 (17).

279 Siehe bereits Abschnitt C.II.1.

280 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), EU:C:2001:458, Rn. 31.

281 *Iglesias Sanchez*, European Law Journal 2014, 464 (476).

282 So der EuGH deutlich in EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), EU:C:2011:734, Rn. 72 f. Vgl. auch EuGH, Rs. C-304/14 (CS), EU:C:2016:674, Rn. 36.

283 *Thym*, EuR Beiheft I 2015, 135 (153). <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

aus dem gesamten Gebiet der Union ausgewiesen zu werden. Hingegen bleibt abzuwarten, wie mit Fällen umgegangen wird, in denen eine substantielle Beeinträchtigung von Unionsgrundrechten erfolgt; in der Lehre wird hier teils ein Abrücken vom schematischen Vorgehen in der *Zambrano*- und Folgerechtsprechungslinie gefordert, das nur die Verwehrung, nicht aber eine weniger gewichtige Einschränkung des Genusses des Kernbestands der einschlägigen Rechte als maßgeblich erachtet.<sup>284</sup> Ein nuanciertes Vorgehen entsprechend der Schwere der Beeinträchtigung gewisser Grundrechte könne hier Erfolg versprechen, da so auch eine Annäherung zu jenen Fällen erfolgen würde, in denen Unionsbürger aufgrund der Nutzung der Freizügigkeit oder Drittstaatsangehörige, soweit sie unter das einschlägige Sekundärrecht fallen, den Schutz des Unionsrechts und der Unionsgrundrechte genießen.<sup>285</sup> Allerdings bleibt die Frage unbeantwortet, wie die Schwelle für solche Verletzungen anzusetzen ist, um ein Ausufern der Prüfungsbefugnis des EuGH bzw. der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte auf die Situation von statischen Unionsbürgern zu vermeiden. Letztlich führt ein solches Vorbringen in eine ähnliche Richtung wie der noch zu erörternde Vorschlag der Generalanwältin Sharpston in *Zambrano*, und trifft daher auf ähnliche Bedenken.<sup>286</sup>

Vor diesem Hintergrund überzeugt auch der „doppelte“ Vorschlag kaum, der EuGH solle die Anwendbarkeit des Unionsbürgerstatus nicht mehr von der Ausübung der Freizügigkeit abhängig machen und zugleich die Unionsgrundrechte als Kern des grundlegenden Status der Unionsbürger definieren.<sup>287</sup> Die damit verbundene Ausweitung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte wäre nach einer in der Lehre vertretenen Ansicht im Lichte des – in einer solchen Perspektive weitgehend gegenstandslos werdenden – Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta zulässig und „nur noch ein kleiner Schritt für den EuGH“, jedoch ein großer für die Union.<sup>288</sup> Erneut bleibt die Frage im Raum, warum Grundrechtsschutz derart weitgehend an den EuGH delegiert werden soll. Hingegen klärte der EuGH überzeugend, dass im Rahmen der bald folgenden Einschränkung der potenziellen Auswirkungen der *Rottmann*- und *Zambrano*-Rechtsprechung die Nichtanwendbarkeit des Unionsrechts auf bestimmte Situationen auch die Nichtanwendbarkeit der Unionsgrundrechte nach sich zieht.<sup>289</sup>

284 Vgl. für einen noch weiter reichenden Vorschlag, nämlich den Kernbestand der Unionsbürgerrechte als Vehikel für eine vollumfängliche Anwendbarmachung der Unionsgrundrechte zu verwenden, *Van den Brink*, *Legal Issues of Economic Integration* 2012, 273.

285 *Iglesias Sanchez*, *European Law Journal* 2014, 464 (478); vgl. auch generell hierzu *Iglesias Sanchez*, *European Journal of Migration and Law* 2013, 137; in Bezug auf das Recht auf Familienleben m.w.N. *van Eijken*, *EU Citizenship*, 125 ff.

286 Siehe hierzu noch näher Kapitel 5 Abschnitt V.6.

287 Siehe hierzu die erwähnten Schlussfolgerungen der Generalanwältin *Sharpston*, aber auch etwa *Von Bogdandy et al.*, *ZaöRV* 2012, 45 (58 ff.).

288 *Griller*, *EuR Beiheft I* 2015, 7 (24 f.).

289 Deutlich in *EuGH, Rs. C-87/12 (Ymeraga)*, *EU:C:2013:291*, Rn. 42 f., 17:17:47

## V. Zwischenergebnis

Zusammenfassend klärte der Rechtsrahmen der Unionsbürgerschaft nie im Detail das Verhältnis dieses Rechtsinstituts zu den Unionsgrundrechten, schuf jedoch hohe Erwartungen. In seiner Rechtsprechung sah sich der EuGH in der Folge vor der Schwierigkeit, den Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft zu definieren. Dieser fiel über die Schiene des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger weit aus, indem sowohl das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auf Ebene des persönlichen Anwendungsbereichs ausgeweitet wurde als auch ein expansiv ausgelegtes Beschränkungsverbot in Bezug auf die Freizügigkeit entwickelt wurde. Der eigenständige Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft wurde vom Gerichtshof für die Verwehrung des tatsächlichen Genusses des Kernbestands der durch die Unionsbürgerschaft gewährten Rechte als Konstellation entwickelt, jedoch relativ bald klar eingeschränkt. In Bezug auf die Grundfreiheiten bleibt der Einfluss der Unionsbürgerschaft unklar, es kann jedoch kaum ein dogmatisches Ausufern des jeweiligen Anwendungsbereichs einzelner Grundfreiheiten festgestellt werden. Auch die Forderung einer Konvergenz von Grundfreiheiten und Freizügigkeit hin zu einem dadurch besonders weit gefassten Anwendungsbereich des Unionsrechts mit damit verbundener Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte vermag nur auf den ersten Blick zu überzeugen, etwa weil dadurch Problemfälle wie jener der Inländerdiskriminierung zurückgedrängt werden könnten. Bei näherer Betrachtung bestehen hingegen für eine dogmatisch kohärente Rechtsprechung in Zukunft unabwägbar Risiken. Auf dieser Grundlage ergibt zuletzt eine detailliertere Untersuchung des Zusammenhangs zwischen Unionsbürgerschaft und Unionsgrundrechten, dass es dem Gerichtshof bisher auf weitgehend überzeugende Weise gelungen ist, die Eigenständigkeit des Anwendungsbereichs des Unionsrechts zu bewahren und letzteren nicht mit der Frage der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte zu vermengen.

## D. Zur Drittwirkung von Unionsrecht und Unionsgrundrechten

Eine bereits früh festgestellte Entwicklung<sup>290</sup> ist jene der Drittwirkung von Rechtsnormen des Unionsrechts. Im vorliegenden Abschnitt ist zu untersuchen, wie weit diese Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung fortgeschritten ist und wie sie sich auf den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte auswirkt. Begrifflich ist hier einleitend festzuhalten, dass der Begriff der Drittwirkung nicht unumstritten ist. Bemängelt wird, dass dieser – da im Rahmen des deutschen Verfassungsrechts in einer Debatte über die Wirkungen der Grundrechte ent-

290 Stein, *American Journal of International Law* 1981, 186, am 13.08.2024, 17:17:47

wickelt<sup>291</sup> – bereits ein „Vorverständnis“ beinhaltet, dass gewisse Normen primär staatsgerichtet zu verstehen seien und Drittwirkung nur als zusätzliche Wirkung, also als Ausnahme von einer Regel, zu verstehen sei. Im Fall des Unionsrechts wird dies im Bezug auf die Grundfreiheiten im Vergleich zu den Grundrechten vorgebracht, wenn die Drittwirkung der Grundfreiheiten näher untersucht bzw. argumentativ untermauert werden soll.<sup>292</sup> Es dürfte jedoch genügen, auf diese Nuance des Begriffs hinzuweisen, um ein eventuell mitschwingendes Vorverständnis bewusst zu machen und dadurch auszuräumen, sodass in der vorliegenden Untersuchung auf eine andere Begriffswahl verzichtet wird.<sup>293</sup> Nach einigen grundsätzlichen einleitenden Erwägungen zur Drittwirkungsfrage bedürfen die Vorgaben des EuGH zur Drittwirkung bei Richtlinien und Grundfreiheiten näherer Untersuchung, bevor vor diesem Hintergrund die Drittwirkung bei Unionsgrundrechten eingeordnet und in Bezug auf ihren Einfluss auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts bewertet werden kann.

## I. Grundlagen der Drittwirkung

Die Entscheidung, ob in einer Rechtsordnung bestimmten Normen bzw. Normkategorien Drittwirkung zukommen soll, stützt sich auf eine Abwägung gewisser grundsätzlicher Eigenschaften der Drittwirkung, die hier kurz näher am Beispiel des Unionsrechts ausgeführt werden sollen. Generell konzentriert sich die Diskussion häufig auf Grund- und Menschenrechte, wengleich sich beim Unionsrecht eine komplexere Lage präsentiert, wie noch auszuführen ist. Beim Begriff der Drittwirkung sind dabei unterschiedliche Varianten zu unterscheiden.<sup>294</sup> Bei der unmittelbaren Drittwirkung werden Verpflichtungen aus bestimmten Normen, häufig Grundrechten, direkt Privaten auferlegt; bei der mittelbaren Drittwirkung wirken sich derartige Normen in einem Rechtsstreit zwischen Individuen auf andere Art, typischerweise durch eine grundrechtskonforme Auslegung durch ein Gericht aus; zuletzt spricht man von positiven Verpflichtungen bzw. teilweise staatlich mediatisierter Wirkung oder Schutzpflichten, wenn Privaten durch vom Staat geschaffene Verpflichtungen, welche sich für den Staat aus

291 Siehe die klassische Kontroverse zwischen *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 15, und *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 173.

292 *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (7).

293 Der etwa von *Müller-Graff* verwendete Begriff der Horizontalwirkung wird überdies von anderen als synonym mit jenem der Drittwirkung verwendet. Vgl. die Gleichsetzung von „Dritt- bzw. Horizontalwirkung“ bei *Perner*, Privatrecht, 142.

294 Siehe auch die Übersicht bei *Obwexer*, ZöR 2013, 487 (510 ff.); mit Beispielen *Perner*, Privatrecht, 143 ff.; sehr ausführlich anhand des Beispiels des Privatrechts etwa *Besson*, European Private Law, in: European Private Law, 24 ff. <https://www.nomos-elibrary.de/agb>, am 13.08.2024, 17:17:47

Grundrechten ableiten, eine Verpflichtung auferlegt wird.<sup>295</sup> Dementsprechend werden bei der unmittelbaren Drittwirkung Private durch Normen verpflichtet, bei mittelbarer Drittwirkung typischerweise die Gerichte und bei positiven Verpflichtungen allgemein der Staat bzw. seine Organe.<sup>296</sup> In der Folge wird der Begriff der Drittwirkung als Oberbegriff für alle genannten Formen verwendet, während ansonsten jeweils auf die konkret gemeinte Form Bezug genommen wird.

### 1. Generelle Erwägungen zur Drittwirkung

Auf globaler Ebene kann immer noch festgestellt werden, dass trotz gewisser Entwicklungen<sup>297</sup> ein eher auf den Staat als potenziellen Verletzer ausgerichtetes Verständnis des Grund- und Menschenrechtsschutzes vorherrscht.<sup>298</sup> Dies dürfte vor allem auf mehrere Kritikpunkte gestützt sein, die gegen die Drittwirkung ins Feld geführt werden.

Als besondere Gefahr gerade der unmittelbaren Drittwirkung wird gesehen, dass dadurch Menschen- und Grundrechte ihren besonderen normativ privilegierten Status verlieren und nur noch als gewöhnliche Ansprüche von Privaten untereinander angesehen werden könnten, wodurch eine unangemessene Autorität an Private vergeben würde.<sup>299</sup> Als weiterer Kritikpunkt sind gegenwärtig, da die Systeme zum Schutz der Grundrechte typischerweise nicht auf Drittwirkungsfragen ausgerichtet sind, Richter letztlich mehr oder weniger auf ihre Intuition zurückgeworfen, um in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten den Grundrechten Geltung zu verschaffen.<sup>300</sup>

Speziell im Privatrecht ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass die mittelbare und unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten potenziell immer fremde Werte in die Austauschbeziehungen des Privatrechts einführt, da eine Grundrechtsabwägung bzw. die damit verbundenen Gemeinwohlüberlegungen eines Gerichts dadurch für Private verbindlich gemacht werden.<sup>301</sup> Nachgelagert stellt sich selbst beim grundsätzlichen Bekenntnis für die unmittelbare Drittwirkung bestimmter Grundrechte die Frage, wie genau Grundrechtsverletzungen durch

295 Siehe die Aufstellungen etwa bei *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights (translated by Julian Rivers), 355 f.; *Besson*, Humaniser le droit privé, in: Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme, 14 ff.

296 *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights (translated by Julian Rivers), 485.

297 *Brysk*, Private Wrongs, 125. Vgl. auch für einen frühen Vorschlag in diese Richtung im Bereich der EMRK *Clapham*, Human Rights, 343.

298 *Clapham*, Human Rights Obligations, 438.

299 *Tushnet*, International Journal of Constitutional Law 2003, 79 (93).

300 *Barak*, Private Law, in: Human Rights in Private Law, 17.

301 Demgegenüber skeptisch *Kainer*, Privatautonomie, in: Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht - Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration, 490. Kritisch hingegen gegenüber einem reinen „laissez-faire“-Zugang zum Privatrecht *Besson*, European Private Law, in: European Private Law, 20. <https://doi.org/10.5771/9783845287515-186>, am 13.08.2024, 17:17:47

Private penalisiert werden sollen.<sup>302</sup> Fraglich ist zuletzt in diesem Zusammenhang, ob private Autoritätsverhältnisse je nach ihrer Ausprägung potenziell der unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten unterworfen werden sollten,<sup>303</sup> oder ob als ausschlaggebend eher die Qualität des zu schützenden Interesses im Mittelpunkt stehen sollte, etwa bei einer Ableitung der unmittelbaren Drittwirkung über die Menschenwürde.<sup>304</sup>

Zur Kenntnis zu nehmen ist neben diesen Einwänden im Privatrecht der geschichtliche Trend hin zur Privatisierung öffentlicher Funktionen, zu einer gewissen Zergliederung der Rechtsordnungen und zu privaten Akteuren, denen staatenähnliche Macht zukommt.<sup>305</sup> Gerade auf dieser Grundlage gewinnt die Drittwirkungsproblematik an Relevanz. Überdies wird in der Literatur überzeugend gezeigt, dass in einer Gesellschaft Individuen nicht als völlig voneinander abgegrenzt gesehen werden können,<sup>306</sup> sodass auch Orte wie der Haushalt als klassischer privater Raum genauso von Grundrechtsverletzungen betroffen sein können und sind.<sup>307</sup>

Wendet man sich neben den Grundrechten auch anderen Normen wie im Unionsrecht den Grundfreiheiten zu, wird zugleich klar, dass eine Drittwirkungsdiskussion immer auch eine Diskussion über die grundlegenden Werte einer Rechtsordnung impliziert, etwa ob die Union eine primär an Gedanken des *laissez-faire* orientierte Marktwirtschaftsidee vertreten will, mit der gerade die unmittelbare Drittwirkung nicht unbedingt im Einklang steht, bzw. welches Verhältnis zwischen liberalem Gedankengut und der Rolle der öffentlichen Hand, dem freien Markt und sozialer Gerechtigkeit entwickelt werden soll.<sup>308</sup> Aus der Rechtsprechung des EuGH beispielsweise geht dies nicht unbedingt klar hervor.<sup>309</sup>

## 2. Besondere Erwägungen in der Unionsrechtsordnung

Es gibt gewisse Eigenheiten im Unionsrecht, die besonderer Beachtung bedürfen. So herrscht eine Grundidee vor, dass Verletzungen von Grundrechten als allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur privatrechtlichen Haftung, insbesondere zu Schadenersatzansprüchen, führen sollen.<sup>310</sup> Auch unterscheidet das Unionsrecht nicht

302 *Frantziou*, *European Law Journal* 2015, 657 (676).

303 *Brysk*, *Private Wrongs*, 24; vgl. auch *Leczykiewicz*, *European Law Review* 2013, 479 (492 ff.). Vgl. hierzu auch *Besson*, *L'égalité horizontale*, Rn. 388 f.

304 *Clapham*, *Human Rights Obligations*, 533 f.

305 *Ibid.*, 3 ff.; *Knox*, *American Journal of International Law* 2008, 1 (19).

306 *Sandel*, *Liberalism*, 182.

307 *Knox*, *American Journal of International Law* 2008, 1 (19).

308 *Frantziou*, *European Law Journal* 2015, 657 (675); *Leczykiewicz*, *European Law Review* 2013, 479 (483).

309 Vgl. generell zur grundsätzlich pluralistischen Ausrichtung des Unionsrechts in Bezug auf ökonomische Theorien *Kaupa*, *Pluralist Character*, *passim*.

310 *Tridimas*, *General Principles*, 29 ff.: <https://doi.org/10.9783845287515-186>, am 13.08.2024, 17:17:47

zwischen der Anwendung von öffentlichem und Privatrecht, wie die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zeigt, der primär im Hinblick auf die Schaffung eines Marktes zum Einsatz kam.<sup>311</sup>

Als besonderes unionsrechtliches Problem ist die strenge Kompetenzbindung des Unionsrechts zu nennen. Bezüglich der Privatrechtswirkung von Grundrechten wird daher bemängelt, dass diese im Unionsrecht zur Überschreitung von Kompetenzgrenzen führen könnten.<sup>312</sup>

Der Gerichtshof tendiert überdies dazu, bei der Entwicklung seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung keine eindeutig erkennbare Unterscheidung zwischen Grundrechts- und anderen Unionsrechtsnormen zu treffen; dies führt dazu, dass auch in der Lehre eine Bewertung fehlt, ob die Begründung der einschlägigen Rechtsprechung aus grundrechtlicher Perspektive verfährt.<sup>313</sup>

Ein Teil der Lehre zweifelt auch an, ob überhaupt eine Trennung zwischen „vertikaler“ und „horizontaler“ Wirkung des Unionsrechts gerechtfertigt sei, wie auch noch konkreter bei der Diskussion einzelner Drittwirkungskonstellationen zu erörtern ist. Im Rahmen eines konkreten Verfahrens sei in vielen Fällen primär die Erkenntnis einer Rechtsverletzung für eine klagende Privatperson relevant, nicht so sehr die Qualifikation einer Drittwirkung oder die konkrete Einstufung der gegnerischen Partei als staatlich oder privat.<sup>314</sup> Die Rechtsfolgen der Anrufung des Unionsrechts – etwa die unionsrechtskonforme Auslegung oder gar Nichtanwendung des nationalen Rechts – stützten sich konzeptuell nicht auf die Drittwirkung, sondern auf den Vorrang des Unionsrechts und die Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten.<sup>315</sup> Wichtig sei letztlich, dass stets nach dem Anteil des Staats – hier des Mitgliedstaats, der auf irgendeine Art Unionsrecht verletzt – zu fragen sei, sodass letztlich die Diskussion sich vielmehr auf verfahrensrechtliche Aspekte richte, nämlich die direkte oder indirekte Umsetzung des Unionsrechts in Form einer Klage gegen staatliche Einrichtungen oder einer indirekten Schadensersatzklage, während die Unterscheidung zwischen vertikaler und horizontaler Wirkung des Unionsrechts zu Recht in den Hintergrund geriete.<sup>316</sup> Auch in der Rechtsprechung zeigt sich, dass ein primäres Ziel stets die Sicherstellung der Effektivität, des Vorrangs und der Einheit des Unionsrechts in allen Anwen-

311 Micklitz, Yearbook of European Law 2009, 3 (21 f.).

312 Siehe Kainer, Privatautonomie, in: Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht - Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration, 491, der argumentiert, die grundrechtliche Begründung von Streikrechten auf Ebene der Rechtfertigung bei Eingriffen in die Niederlassungsfreiheit habe die Kompetenzgrenze von Artikel 153 Abs. 5 AEUV ignoriert.

313 Frantziou, European Law Journal 2015, 657 (673).

314 Rodin, Effets horizontaux, in: La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), 502.

315 Ibid., 503.

316 Ibid., 505 f. mit Verweis auf die Diskussion über die „State action“ im US-amerikanischen Verfassungsrecht.



dungsfeldern darstellt,<sup>317</sup> während die verfassungsrechtliche Dimension des Grundrechtsschutzes nicht immer ausreichend Beachtung findet.<sup>318</sup>

Der Drittwirkung aus den genannten Gründen skeptisch gegenüberstehende Stimmen schlagen letztlich vor, dass Schutzpflichten eher als bevorzugte Lösung zum Einsatz kommen sollten und die Drittwirkung lediglich eine „ultima ratio“ darstellen möge.<sup>319</sup> Es kann durchaus kritisiert werden, dass die mittelbare Drittwirkung und Schutzpflichten in der Rechtsprechung des EuGH nur als Auffanglösungen zum Tragen kommen, da dies durchaus zu einer sehr eindimensionalen Herangehensweise des Gerichtshofs an die Drittwirkungsthematik führt. Gerade die Angemessenheit der einzelnen möglichen Ausprägungen von Drittwirkung wird daher vom Gerichtshof kaum je ausführlich erörtert.<sup>320</sup> Hingegen kann nicht vermutet werden, dass immer eine für die Privatautonomie vorteilhaftere Lösung sich im Rahmen von Schutzpflichten ergibt. Wenn überdies die Schutzpflichten als rein auf den Gesetzgeber bezogen betrachtet werden, was nicht immer der Fall ist, ergibt sich zusätzlich ein Problem im Falle fehlenden oder nicht auslegungsfähigen nationalen Rechts, da so ein Konflikt stets zu Lasten des transnationalen Marktteilnehmers ausginge.<sup>321</sup> Der EuGH stellt jedenfalls bei den Grundfreiheiten Drittwirkung und Schutzpflichten als ergänzend nebeneinander.<sup>322</sup> Das Thema der unmittelbaren Drittwirkung bedarf somit jedenfalls letztlich der näheren Auseinandersetzung, auch wenn es im Kontext der genannten Debatten zu sehen ist.

## II. Nicht grundrechtsbezogene Konstellationen der unmittelbaren Drittwirkung im Unionsrecht

In seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung hat sich der EuGH neben den Grundrechten vor allem mit Richtlinien und mit den Grundfreiheiten beschäftigt. In der Folge sind hier die groben Linien dieser Rechtsprechung und ihre Beurteilung in der Lehre zu umreißen, bevor konkret auf die Unionsgrundrechte und ihr Drittwirkungspotenzial einzugehen ist.

In Frage für unmittelbare Drittwirkung kommen auf Unionsebene grundsätzlich die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Bestimmungen des Primär- und Sekundärrechts wie jene der Verträge und der Grundrechtecharta, aber auch Abkommen

317 *Ferreira/Krzemińska-Vamvaka*, Horizontal Effect, in: Fundamental Rights and Private Law in the European Union, 33 f.

318 Vgl. z.B. bereits früh *Mastroianni*, European Public Law 1999, 417 (433 f.).

319 *Bachmann*, Archiv für die civilistische Praxis 2010, 424, 473 ff. Vgl. auch *Lengauer*, Drittwirkung, 169 ff., bzw. m.w.N. *Perner*, Privatrecht, 154.

320 *Tridimas*, European Law Review 1994, 621 (635 f.).

321 *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (22).

322 EuGH, Rs. C-438/05 (*Viking*); EU:C:2007:772, Rn. 61 f., am 13.08.2024, 17:17:47

mit Drittstaaten,<sup>323</sup> Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen.<sup>324</sup> In der Folge wird gezeigt, dass der EuGH sehr unterschiedlich an unterschiedliche Normkategorien des Unionsrechts heranging und sich letztlich vor der Herausforderung sah, eine Reihe von „Ausweichstrategien“ zu entwickeln, um dennoch gewisse Rechtswirkungen zuzulassen. Dies wirkt sich auch auf die Drittwirkung der Unionsgrundrechte aus. Startpunkt waren in den Verträgen geregelte Rechte, was neben Artikel 157 Abs. 1 AEUV zum Gleichbehandlungsgebot in Entgeltfragen für Frauen und Männer<sup>325</sup> insbesondere die Grundfreiheiten betrifft. Das Gegenbeispiel stellt der Umgang des Gerichtshofs mit Richtlinien dar.

### 1. Zur unmittelbaren Drittwirkung bei Grundfreiheiten

Bereits früh setzte sich der Gerichtshof mit der Frage auseinander, ob den Grundfreiheiten unmittelbare Drittwirkung zukommen könne. Er unterschied hier nach den einzelnen Grundfreiheiten, und schuf nicht immer völlige Klarheit über die Hintergründe des eigenen Vorgehens. Während in der umfassenden Literatur<sup>326</sup> einige durchaus stark für eine umfassende unmittelbare Drittwirkung eintreten, ergeben sich daraus auch einige Fragen für den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte, wie gestützt auf die vorliegenden Erkenntnisse im Folgeabschnitt zu untersuchen ist.

Gewisse Unterschiede lassen sich in der Herangehensweise an die einzelnen Grundfreiheiten erkennen. Aus der Natur der Sache heraus ist bereits eine unmittelbare Drittwirkung bei bestimmten Handlungsformen wie bei Zöllen, Abgaben gleicher Wirkung und mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen als definitionsgemäß öffentlich-rechtlich begründeten Handlungsformen ausgeschlossen.<sup>327</sup> Hingegen bejahte der EuGH die unmittelbare Drittwirkung bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit<sup>328</sup> ebenso wie bei der Niederlassungsfreiheit.<sup>329</sup>

Dabei geht es nicht nur um eine Drittwirkung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit, da der Gerichtshof auch bei reinen Beschränkungen ohne Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit eine un-

323 EuGH, Rs. C-438/00 (Kolpak), EU:C:2003:255; EuGH, Rs. C-265/03 (Simutenkov), EU:C:2005:213.

324 Rodin, Effets horizontaux, in: La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), 492.

325 Die Bestimmung soll hier nicht näher ausgeführt werden, bringt jedoch eine umfassende Ausweitung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts auf Arbeitsrechtsverhältnisse mit sich, wie Latzel, EuR 2015, 658 (661) richtig anmerkt.

326 Als geradezu „unübersehbar“ bezeichnet das Schrifttum etwa Roth, EWS 2013, 16 (17 Fußnote 9) m.w.N.

327 Müller-Graff, EuR 2014, 3 (14).

328 EuGH, Rs. 36/74 (Walrave), EU:C:1974:140; EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), EU:C:1995:463; EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), EU:C:2000:296.

329 EuGH, Rs. C-309/99 (Wouters), EU:C:2002:98; EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), EU:C:2007:772.

mittelbare Drittwirkung zuließ.<sup>330</sup> Dies überzeugt grundsätzlich, wenn das Binnenmarktziel eines offenen Marktzugangs verfolgt wird. Fraglich ist allenfalls, ob eine Spürbarkeitsschwelle für Beschränkungen durch Private einzuziehen wäre.<sup>331</sup> Jedenfalls ist dabei wohl eine typisierende Betrachtung an die Auswirkungen anzulegen und sind nicht nur die Auswirkungen im Einzelfall zu berücksichtigen.<sup>332</sup> Skepsis dürfte hingegen bezüglich Bemühungen angebracht sein, eine der *Keck*-Rechtsprechung entsprechende Eingrenzung der einschlägigen Maßnahmen zu schaffen, zeigt sich doch bereits bei eben dieser Rechtsprechung die Schwierigkeit, eine solche Eingrenzung überzeugend zu gestalten.<sup>333</sup>

In Bezug auf die Kapitalverkehrsfreiheit mangelt es, wie in der Lehre bemerkt wird, an Fällen, wenngleich es als stimmig befürwortet wird, wenn der EuGH sich auch hier einer Drittwirkung nicht verschlösse.<sup>334</sup> Teils wich der EuGH auch schlicht der Frage aus, indem er eine breite Auffassung vertrat, was staatliches Handeln als Ursache von Grundfreiheitsbeschränkungen im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit darzustellen vermag.<sup>335</sup>

Bei der Warenverkehrsfreiheit hat der Gerichtshof hingegen generell keine Drittwirkung angenommen.<sup>336</sup> Für gewisse Irritationen sorgte in diesem Zusammenhang die Entscheidung in *Fra.bo*, in der der Gerichtshof auf den speziellen rechtlichen Kontext und die Wirkungen einer Maßnahme einer klar nicht staatlichen Einrichtung abstellte, um diese der Warenverkehrsfreiheit zu unterwerfen.<sup>337</sup> Letztlich ergab sich die Adressatenstellung der Einrichtung aus der Konstellation ihres Monopols und der Wirkung ihrer Maßnahme.<sup>338</sup>

Zusammenfassend lassen sich drei Konstellationen unterscheiden. So ging der EuGH von einer Drittwirkung von Grundfreiheiten bei der Normsetzung priva-

330 EuGH, Rs. C-415/93 (Bosmann), EU:C:1995:463, Rn. 96.

331 So etwa *Bachmann*, Archiv für die civilistische Praxis 2010, 424, 469 f.

332 Siehe insoweit auch *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (20), der sich skeptisch gegenüber dem Ausschluss von Situationen äußert, in denen nur ein Privatrechtssubjekt handelt (*Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts, in: *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 63 f.) oder nur eine einmalige Beschränkung erfolgt (*Roth*, Privatautonomie, in: *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts*: Festschrift für Dieter Medicus, 413), da die Wirkkraft auch eines einzelnen Privatrechtssubjekts je nach Kontext sehr unterschiedlich ausfallen könne.

333 Siehe für den Vorschlag *Ganten*, Drittwirkung, 136 ff.. Skeptisch *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (20).

334 *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (15); vgl. auch *Kainer*, Unternehmensübernahmen, 346 ff. mit möglichen Beispielen von privaten Maßnahmen.

335 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-98/01 (Kommission/Vereinigtes Königreich), EU:C:2003:273, bzw. zu den Schwierigkeiten einer Drittwirkung bei der Kapitalverkehrsfreiheit etwa *Wyatt*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2008, 1 (38).

336 Teils wird hier das Urteil EuGH, Rs. 58/80 (Dansk Supermarked), EU:C:1981:17, hervorgehoben. Hingegen betont eine andere Lesart des Urteils, dass nicht so sehr die Drittwirkung im Zentrum des Entscheids stand, sondern die unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts als staatlicher Maßnahme, siehe *Roth*, EWS 2013, 16 (20).

337 EuGH, Rs. C-171/11 (*Fra.bo*), EU:C:2012:453, insbesondere Rn. 26 und 32. Für eine Lesart des Urteils aus Perspektive des Wettbewerbsrechts siehe etwa *Roth*, EWS 2013, 16 (18).

338 *Roth*, EWS 2013, 16 (21). <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

ter Einrichtungen,<sup>339</sup> bei kollektiven Maßnahmen nicht regulativer Art<sup>340</sup> und letztlich sogar bei Individualverträgen<sup>341</sup> aus.<sup>342</sup> Als Erstes drängt sich nun die Frage auf, ob die Rechtsprechung überhaupt mit gutem Grund die unmittelbare Drittwirkung bejahen konnte. Danach ist auf den unterschiedlichen Zugang zu den verschiedenen Grundfreiheiten einzugehen.

Eine rein dogmatische Betrachtung des Wortlauts der einschlägigen Bestimmungen vermag noch nicht viele Anhaltspunkte zur unmittelbaren Drittwirkung von Grundfreiheiten zu geben. Während die Verträge sich nicht generell dazu äußern, wie das Unionsrecht innerhalb der nationalen Rechtsordnung zu gelten hat, richten sich gewisse Regeln wie die Wettbewerbsregeln des Artikel 101 und 102 AEUV klar an Unternehmen als nicht öffentliche Personen.<sup>343</sup> Rein vom Wortlaut ausgehend, weist hingegen im Bereich der Grundfreiheiten nur das Verbot von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung in Richtung der Mitgliedstaaten als Adressaten bzw. Einheiten, die derartige hoheitliche Abgaben erheben können; bei den anderen Grundfreiheiten lässt der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen nicht eindeutig erkennen, wem die Vornahme beschränkender Maßnahmen untersagt sein soll.<sup>344</sup> Letztlich lassen sich somit dem Wortlaut des Primärrechts schlicht noch keine überzeugenden Argumente für oder gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten entnehmen.<sup>345</sup>

Im weiteren Kontext lassen sich einige Anhaltspunkte finden, die zumindest gegen einen kategorischen Ausschluss der unmittelbaren Drittwirkung sprechen. Geht man über den Wortlaut der Vertragsbestimmungen hinaus und kehrt zurück zu den geschichtlichen Ursprüngen, lag den Grundfreiheiten im Rahmen der Montanunion durchaus die Idee der Selbststeuerung durch Marktakteure zugrunde, während die Hindernisse der Marktintegration eher im Hintergrund standen bzw. deren Natur wenig erörtert wurde.<sup>346</sup> Auch wenn man in einer teleologisch inspirierten Betrachtung von einer weiten Konzeption des Binnenmarkts ausgeht, lässt sich argumentieren, dass der Ursprung einer Beschränkung nicht maßgeblich sein sollte, da sich ansonsten die Mitgliedstaaten durch die Auslagerung von Regulierungstätigkeiten an private Organisationen der Anwen-

339 Klassisch EuGH, Rs. 36/74 (Walrave), EU:C:1974:140.

340 EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), EU:C:2007:772; EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), EU:C:2007:809. Vgl. auch Müller-Graff, EuR 2014, 3 (17), der von „faktischem Verhalten“ spricht.

341 EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), EU:C:2000:296; EuGH, Rs. C-94/07 (Raccanelli), EU:C:2008:425.

342 Übersicht entnommen bei Roth, EWS 2013, 16 (21 f.).

343 Rodin, Effets horizontaux, in: La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), 493, für den ansonsten eine Mehrzahl der Regelungen der Verträge sich an die Mitgliedstaaten richtet.

344 Müller-Graff, EuR 2014, 3 (8 f.). Siehe etwa bei der Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. 36/74 (Walrave), EU:C:1974:140, Rn. 20.

345 Bachmann, Archiv für die civilistische Praxis 2010, 424 (466); Permer, Privatrecht, 168.

346 So mit Verweis auf Jean Monnets Erinnerungen Müller-Graff, EuR 2014, 3 (10 f.).

derung der Grundfreiheiten entziehen könnten bzw. so über deren Umsetzung verfügen könnten.<sup>347</sup>

Für das unterschiedliche Vorgehen in Bezug auf die einzelnen Grundfreiheiten, insbesondere die Zurückhaltung bei der Warenverkehrsfreiheit, wurden unterschiedliche Erklärungsansätze in der Lehre aufgeboten. Teils wurde argumentiert, das differenzierte Vorgehen des Gerichtshofs sei bei gewissen personenbezogenen Grundfreiheiten durch eine versteckte grundrechtliche Dimension, nämlich die Personenfreizügigkeit, d.h. durch die Unionsbürgerschaft und die Unionsgrundrechte, begründet. Allerdings gilt die Unionsbürgerschaft nur für natürliche und nicht die häufig betroffenen juristischen Personen.<sup>348</sup> Auch bezüglich der Freizügigkeitsdimension fällt auf, dass nicht in allen Konstellationen die Überschreitung einer Grenze durch eine Person erforderlich ist, etwa bei der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.<sup>349</sup>

Andere Stimmen stellen – auf unterschiedliche Art – auf den Zusammenhang zwischen Wettbewerbsrecht und Grundfreiheiten als zentralen Normgruppen im Binnenmarkt ab. Teils wird so überhaupt vorgebracht, dass eine klare Differenzierung zwischen der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrecht und den Grundfreiheiten gelten solle, da Ersteres lediglich gegenüber privatem Verhalten und die Grundfreiheiten nur gegenüber den Mitgliedstaaten wirken sollen.<sup>350</sup> Allerdings wendet der EuGH das Wettbewerbsrecht in seiner Rechtsprechung durchaus neben den Grundfreiheiten an.<sup>351</sup> Auch eine Differenzierung zwischen einzelnen Grundfreiheiten auf dieser Basis verfährt so nicht.<sup>352</sup> Es überzeugt nämlich bereits kaum, für privates Verhalten nur das Wettbewerbsrecht unter völligem Ausschluss der Grundfreiheiten heranziehen zu wollen.<sup>353</sup> Beide Normgruppen verfolgen bereits in ihrer Anwendung nicht eine solche Aufgabenteilung, zielen doch die Wettbewerbsregeln auf Unternehmen und nicht auf sämtliche privaten Akteure wie gemeinnützige Normungsorganisationen ab, die nicht zur Koordination von Wettbewerbern dienen.<sup>354</sup> Die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen sollen dabei den durch die Grundfreiheiten transnational ermöglichten Wettbewerb ordnenden Regeln unterstellen, wodurch sowohl Grundfreiheiten als

347 Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak, EuGH, Rs. C-171/11 (Fra.bo), EU:C:2012:176, Rn. 48 f. Vgl. für eine Begründung über eine dem *effet utile* angenäherte Betrachtung etwa Schlussanträge des Generalanwalts Poiras Maduro, EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), EU:C:2007:292, Rn. 33 ff. Skeptisch hingegen zu einem solchen „deus ex machina“-Vorgehen *Permer*, Privatrecht, 152.

348 *Roth*, EWS 2013, 16 (24).

349 *Ibid.* (24).

350 Ansatzweise so auch der Gerichtshof in EuGH, Verb. Rs. 177/82 und 178/82 (Van de Haar), EU:C:1984:144, Rn. 11.

351 EuGH, Rs. C-309/99 (Wouters), EU:C:2002:98, Rn. 66 ff.; EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), EU:C:2007:772, Rn. 53; EuGH, Rs. C-221/15 (Etablissements Fr. Colruyt), EU:C:2016:704, Rn. 42 ff.

352 *Roth*, EWS 2013, 16 (23).

353 So aber z.B. *Parpart*, Bindung Privater, 332 ff.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 745 ff.

354 *Bachmann*, Archiv für die zivilistische Praxis 2010, 424 (470) 3.08.2024, 17:17:47

auch Wettbewerbsregeln den Binnenmarkt schützen, jedoch vor unterschiedlichen „Gefährdungen“. <sup>355</sup> Akzeptiert man diese unterschiedlichen Zielsetzungen, erscheint auch die parallele Anwendung beider Normgruppen durch den EuGH schlüssig.

Hingegen ergibt sich durch eine Wettbewerbsperspektive eine überzeugende Lösung für die differenzierende Rechtsprechung des EuGH, was insbesondere die Warenverkehrsfreiheit betrifft. Vorgeschlagen wird nämlich, dass der EuGH in jenen Fällen bei der Warenverkehrsfreiheit die unmittelbare Drittwirkung zulässt, bei denen das Wettbewerbsrecht ansonsten – etwa wegen der fehlenden Unternehmereigenschaft der handelnden Akteure <sup>356</sup> – nicht zum Tragen käme. <sup>357</sup> Es geht somit nicht um alle selektierenden Präferenzentscheidungen von Marktteilnehmern; diese sind grundsätzlich wettbewerbsimmanent; vielmehr geht es um Maßnahmen Dritter, die auf die unmittelbar Transaktionsbeteiligten einwirken und die Marktoptionen anderer beschränken. <sup>358</sup> Wird nämlich ein Marktakteur auf die Grundfreiheiten gestützt tätig, ist er deswegen noch nicht selbst an die Grundfreiheiten gebunden; ein deutscher Zwischenhändler kann durchaus die marktkonforme Entscheidung treffen, nur mit französischem Wein zu handeln, ohne sich aus Perspektive des Binnenmarktes rechtfertigen zu müssen. <sup>359</sup> Hingegen stellt marktversperrendes Verhalten das Problem dar und rechtfertigt eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. <sup>360</sup>

Als einziges Problem dieser ansonsten überzeugenden Lesart lassen sich allerdings die Entscheide des EuGH in *Angonese* und *Raccanelli* nur schwer einordnen, handelt es sich hier doch um Diskriminierungen durch einen Arbeitgeber gegenüber potenziellen Arbeitnehmern, d.h. um grundsätzlich marktgedecktes Verhalten, bei dem der EuGH dennoch die unmittelbare Drittwirkung bejaht. <sup>361</sup> Hingegen kann dem entgegengesetzt werden, dass es sich beim Arbeitsmarkt eben nicht um einen grundsätzlich über das Wettbewerbsrecht gesteuerten Markt handelt, der somit anders zu behandeln ist. <sup>362</sup>

Zeigt sich somit letztlich die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten als überzeugend abgestützt, bleiben in zweierlei Hinsicht Bedenken. Eine gewisse Skepsis herrscht erstens gegenüber der

355 *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (13).

356 So eben in EuGH, Rs. C-171/11 (*Fra.bo*), EU:C:2012:453.

357 *Roth*, EWS 2013, 16 (24 f.), der von einem Eingreifen in das Marktgeschehen „von außen“ spricht.

358 *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (20); *Roth*, Privatautonomie, in: Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus, 412.

359 Beispiel bei *Perner*, Privatrecht, 169.

360 Zu den Begriffen marktkonform und marktversperrend *Bachmann*, Archiv für die civilistische Praxis 2010, 424 (473).

361 EuGH, Rs. C-281/98 (*Angonese*), EU:C:2000:296; EuGH, Rs. C-94/07 (*Raccanelli*), EU:C:2008:425; so *Perner*, Privatrecht, 171.

362 *Roth*, Privatautonomie, in: Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus, 409. [org/10.5771/9783845287515-186](https://doi.org/10.5771/9783845287515-186), am 13.08.2024, 17:17:47

Rechtsprechung des Gerichtshofs zur unmittelbaren Drittwirkung, da alternative Herangehensweisen zu wenig darin vorkommen, wie dies zugleich auch bei der unmittelbaren Drittwirkung von Richtlinien diskutiert wird. Gerade bei nicht regulativem Verhalten stützte sich der Gerichtshof nämlich stark auf die Wirkungen des Verhaltens gewisser Privater, um eine unmittelbare Drittwirkung zu bejahen. Zugleich schafft eine solche Drittwirkung jedoch auch möglicherweise eine Haftung für die handelnden Privaten, wie der *Laval*-Fall zeigt, im Rahmen dessen die betroffenen Arbeitnehmervertretungsorganisationen später zu Schadenersatz verurteilt wurden.<sup>363</sup> Skeptisch wird dies vor dem Hintergrund beurteilt, dass in jedem Fall Ausgangspunkt des privaten Verhaltens ein Handeln des jeweiligen Staats ist, der private Akteure oder Organisationen überhaupt erst gewähren lässt bzw. mit Befugnissen ausstattet.<sup>364</sup> Dementsprechend wird vorgeschlagen, dass entweder der EuGH die unmittelbare Drittwirkung ablehnt und geschädigte Parteien in separaten Verfahren vom Mitgliedstaat Schadenersatz fordern müssen oder Schadenersatz gegen Private aufgrund der unmittelbaren Drittwirkung zulassen möge, jedoch dann sicherzustellen sei, dass die betroffenen Privaten sich erneut in einem eigenen Verfahren an den eigenen Mitgliedstaat um Schadenersatz wenden können.<sup>365</sup> Da vorliegend gute Gründe für das Bejahen der unmittelbaren Drittwirkung gefunden wurden, ist ein Ausschluss einer solchen Wirkung rein aufgrund der potenziellen Folgen jedoch als überschießend zu beurteilen.<sup>366</sup>

Unbeantwortet bleibt weiterhin als Zweites die Frage, wie mit den Rechtfertigungsgründen für Beschränkungen der Grundfreiheiten umgegangen werden soll, die für die Mitgliedstaaten entwickelt wurden, während jedoch bei Drittwirkung Private sich auf ebendiese Gründe berufen müssten.<sup>367</sup> Ungeachtet der Rechtsprechung des EuGH, die dies für möglich erachtet und auf die damit verbundenen Schwierigkeiten nicht weiter eingeht,<sup>368</sup> können Private gewisse Gemeinwohlintereessen wie die öffentliche Ordnung oder Sicherheit nicht mittels Selbsthilfe durchsetzen. Dies kann auch beim weiteren Kreis der nicht in den Verträgen vorgesehenen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses problematisch sein.<sup>369</sup> Hingegen verlangte der EuGH in *Angonese* lediglich sachliche Erwägungen, um eine Marktzugangsbeschränkung zu rechtfertigen.<sup>370</sup> Diese Lösung scheint eher

363 Vgl. hierzu *Bernitz/Reich*, Common Market Law Review 2011, 603, *passim*.

364 Siehe für praktisch allen einschlägigen Fällen gemeinsame Kriterien *van Leeuwen*, Yearbook of European Law 2014, 277 (292 f.).

365 *Ibid.* (295).

366 Dessen ungeachtet dürfte jedoch der Vorschlag, auf nationaler Ebene für die Möglichkeit des Schadenersatzes gegenüber dem Mitgliedstaat zu sorgen, über Potenzial verfügen.

367 Kritisch dementsprechend *Hartkamp*, European Review of Private Law 2010, 527 (547); *Reynolds*, Common Market Law Review 2016, 643 (670).

368 EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), EU:C:1995:463, Rn. 86.

369 *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (12); *Reynolds*, Common Market Law Review 2016, 643 (671).

370 EuGH, Rs. C-281/98 (*Angonese*); EU:C:2000:296; Rn. 42, m. 13.08.2024, 17:17:47



geeignet, wenngleich die Rechtsprechung hierzu uneindeutig bleibt.<sup>371</sup> Besonders relevant ist hier die Frage der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte in dieser Konstellation; auf diese ist noch gesondert einzugehen.<sup>372</sup>

## 2. Zur unmittelbaren Drittwirkung bei Richtlinien

Richtlinien eignen sich als Gegenpol zur eher überzeugenden Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, anhand von dem gezeigt werden kann, dass der Gerichtshof sehr quellenzentriert vorgeht und nicht unbedingt auf die in einer Norm enthaltenen Werte abstellt. Grundsätzlich lehnt der EuGH eine unmittelbare Drittwirkung von Richtlinien ab.<sup>373</sup> In den Verträgen niedergelegte Rechte können so nach Rechtsprechung des EuGH Verpflichtungen auch für Private schaffen,<sup>374</sup> nicht jedoch – zumindest grundsätzlich – Richtlinien.<sup>375</sup> Diese Judikatur ist zwar nicht unbedingt in Bezug auf ihre Hintergründe erklärt, kann jedoch als anerkannt und vielfach bestätigt betrachtet werden.<sup>376</sup>

In der Literatur wird hilfswise das Schema von Hohfeld<sup>377</sup> bemüht, demzufolge der Gerichtshof subjektive Rechte aus der Verpflichtung ableitet, die den Mitgliedstaaten obliegt, die Richtlinie umzusetzen; aus dieser Perspektive sei die Verweigerung der unmittelbaren Drittwirkung zu verstehen, wenn es sich um Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten handle, da sich ebendiese Rechte nicht in diesem Verhältnis ableiten lassen.<sup>378</sup>

Dennoch lässt sich diese Rechtsprechung durchaus hinterfragen, da es besonders schwer scheint, eine Trennlinie zu ziehen, ab wann die öffentlich-rechtliche Dimension in einem Fall nur eine Wirkung bzw. ab wann sie eine entscheidende Wirkung hat, indem etwa eine (Richtlinien-)Norm vor einem nationalen Gericht zur Anwendung kommen könnte.<sup>379</sup> Zweifelhaft erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass die Unterscheidung des EuGH zwischen Normen, die auf die

371 So stellt der EuGH teils nur auf zwingende Allgemeininteressen ab (EuGH, Rs. C-379/09 (Casteels), EU:C:2011:131; Rn. 30); hingegen verlangte er bei anderen Gelegenheiten einen mit den Verträgen kompatiblen Grund zusammen mit einem zwingenden Allgemeininteresse (etwa EuGH, Rs. C-325/08 (Olympique Lyonnais), EU:C:2010:143, Rn. 38). Überzeugend scheint eine Doppelabstützung möglicherweise, um sicherzustellen, dass sachliche (Individual-)Erwägungen letztlich dem zwingenden Recht nicht widersprechen, so Müller-Graff, EuR 2014, 3 (12). Allerdings sieht der EuGH etwa im genannten Entscheid in *Olympique Lyonnais* bereits vor, dass ein solcher Grund mit den Verträgen kompatibel sein muss, was die Übereinstimmung mit einem zwingenden Allgemeininteresse unter diesem Gesichtspunkt obsolet erscheinen lässt.

372 Siehe hierzu sogleich Abschnitt III.3.

373 Vgl. m.w.N. Cabral/Neves, European Public Law 2011, 437 (445 Fußnote 53).

374 Etwa in EuGH, Rs. 43/75 (Defrenne), EU:C:1976:56.

375 Grundlegend EuGH, Rs. 152/84 (Marshall), EU:C:1986:84, Rn. 48.

376 Craig, European Law Review 2009, 349 (355).

377 Hohfeld, Yale Law Journal 1916-1917, 710.

378 In der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-91/92 (Faccini Dori), EU:C:1994:292. So Rodin, Effets horizontaux, in: La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), 494.

379 Gudmundsdóttir, Common Market Law Review 2015, 685 (699). 2024, 17:17:47



Verträge gestützt sind, und jenen in Richtlinien praktisch nur legalistisch abgestützt ist.<sup>380</sup>

Als Reaktion auf diese substanzialen Probleme des kategorischen Ausschlusses der unmittelbaren Drittwirkung von Richtlinienbestimmungen hat der EuGH in seiner Rechtsprechung eine Reihe von Mitteln entwickelt, die so verstanden werden können, dass sie dennoch bis zu einem gewissen Grad die Wirksamkeit des Unionsrechts sicherstellen sollen.<sup>381</sup> Genannt werden können in diesem Zusammenhang die Erweiterung des Begriffs, was staatliches Handeln umfasst,<sup>382</sup> die Entwicklung der indirekten Wirkung<sup>383</sup> und der inzidenten Wirkung<sup>384</sup> von Bestimmungen des Unionsrechts, die Haftung der Mitgliedstaaten für durch eine Verletzung des Unionsrechts verursachte Schäden,<sup>385</sup> das Effektivitäts- und das Äquivalenzprinzip<sup>386</sup> und die – noch näher zu erörternde – Möglichkeit, allgemeine Rechtsgrundsätze zum Ausschluss der Anwendung von Bestimmungen des nationalen Rechts anzurufen.<sup>387</sup>

Hingegen bewirkten gerade die zuletzt genannten Konstellationen, in denen Richtlinienbestimmungen den Ausschluss entgegenstehenden nationalen Rechts doch unter gewissen Umständen bewirken konnten, eher zusätzliche Befürchtungen in Bezug auf die Rechtssicherheit und den Vertrauensschutz von Parteien eines Verfahrens.<sup>388</sup> Auf diese ist daher in der Folge im Rahmen der Untersuchung der Drittwirkung im Bereich der Unionsgrundrechte noch näher einzugehen.

### III. Unmittelbare Drittwirkung der Unionsgrundrechte

Nachdem somit der Stand der Rechtsprechung und der Diskussion in der Lehre zur unmittelbaren Drittwirkung im Unionsrecht außerhalb des Bereichs der Unionsgrundrechte dargestellt wurde, ergibt die nun folgende Prüfung der Rechtsprechung zur Drittwirkung von Normen mit grundrechtlichem Gehalt ein wenig kohärentes Bild und lässt ein auf Rechtssicherheit bedachtes Vorgehen vermis-

380 *Frantzion*, European Law Journal 2015, 657 (677).

381 Kritisch wird hier angemerkt, dass es dieser Kreativität nicht bedürft hätte, wenn Richtlinienbestimmungen grundsätzlich die Möglichkeit zur Drittwirkung zugestanden worden wäre, Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci), EU:C:2009:429, Rn. 65.

382 EuGH, Rs. 152/84 (Marshall), EU:C:1986:84; EuGH, Rs. C-188/89 (Foster), EU:C:1990:313.

383 EuGH, Rs. 14/83 (von Colson and Kamann), EU:C:1984:153.

384 EuGH, C-194/94 (CIA Security), EU:C:1996:172; EuGH, Rs. C-443/98 (Unilever), EU:C:2000:496.

385 EuGH, Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich u.a.), EU:C:1991:428; EuGH, Verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pêcheur und Factortame), EU:C:1996:79; EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), EU:C:2003:513.

386 EuGH, Rs. 222/84 (Johnston), EU:C:1986:206; EuGH, Rs. C-312/93 (Peterbroeck), EU:C:1995:437.

387 EuGH, Rs. C-267/06 (Maruko), EU:C:2008:179; EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), EU:C:2005:709; Case C-427/06 (Bartsch), [2008] ECR I-7245; EuGH, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci), EU:C:2010:21. So die Aufzählung bei *Rodin*, Effets horizontaux, in: La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), 504.

388 EuGH, C-194/94 (CIA Security), EU:C:1996:172; EuGH, Rs. C-443/98 (Unilever), EU:C:2000:496.

sen.<sup>389</sup> Problematisch erscheint dies, da eine solide dogmatische Lösung der Drittwirkungsfrage im Grundrechtsbereich als Gewinn nicht nur zur einheitlichen und effektiven Anwendung des Unionsrechts in diesem Bereich beitragen, sondern auch konkrete Vorteile im Bereich des Sozialstaats bzw. für die Gleichheit bringen könnte.<sup>390</sup> Überdies ist Kohärenz in diesem Bereich von elementarer Bedeutung, da Grundrechte in ihrer Drittwirkungsdimension über die Geschichte eine zentrale Rolle neben anderen Normen mit Drittwirkung spielten, um die Rolle des Individuums nicht nur als Träger von Rechten sondern auch von Verpflichtungen zu bestimmen.<sup>391</sup>

Hingegen ergeben sich insbesondere beim Phänomen des Zusammenwirkens von Grundrechten und Umsetzungsrichtlinien und bei der Anwendung von Grundrechten im Bereich von Grundfreiheiten mit unmittelbarer Drittwirkung aus gegenwärtiger Sicht mehr Fragen als Antworten. Als problematisch erweisen sich hier minimalistische Entscheide des EuGH, die die Besonderheiten der einzelnen Fälle überbetonen zu Lasten weitergehender Ausführungen.<sup>392</sup> Dies führt zu Rechtsunsicherheit sowohl für nationale Gerichte, für die die Entscheidungen des Gerichtshofs aufgrund der zu knappen Begründung oft nicht verständlich sind, als auch für Private, die die rechtlichen Folgen ihres Handelns unter diesen Umständen nicht abschätzen können.<sup>393</sup> Einleitend sind jedoch noch einige Grundfragen abzuklären.

### 1. Die Grundfragen zur Drittwirkung bei grundrechtsartigen Normen

Im vorliegenden Abschnitt ist insbesondere auf jene Standpunkte in der Lehre einzugehen, die sich grundlegend zur unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechtsnormen im Unionsrecht äußern, sei es im Rahmen der Grundrechtecharta oder allgemein. Einleitend ist überdies abzuklären, um welche Normen es sich bei den grundrechtsartigen Normen handelt. Einerseits kann man hier als frühe Fälle noch jene zu primärrechtlichen, nicht als allgemeine Rechtsgrundsätze eingestuften Normen verstehen. Als ersten Fall unmittelbarer Drittwirkung kann man so den Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit heranziehen,<sup>394</sup> während als klassisch grundrechtliches Diskriminierungsverbot jenes aufgrund des Geschlechts in Entgeltfragen<sup>395</sup> zur Anwendung

389 So bereits früh *Craig*, *European Law Review* 1997, 519 (527); *Tridimas*, *Yearbook of European Law* 2002, 327 (327).

390 *Frantziou*, *European Law Journal* 2015, 657 (674).

391 *Ibid.* (661).

392 Vgl. in diesem Zusammenhang *Sarmiento*, *Judicial Minimalism*, in: *Constitutional Conversations in Europe - Actors, Topics and Procedures*, 13.

393 *Craig*, *European Law Review* 2009, 349 (354).

394 EuGH, Rs. 36/74 (*Walrave*), EU:C:1974:140.

395 EuGH, Rs. 43/75 (*Defrenne*), EU:C:1976:56, 287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

kam.<sup>396</sup> Beim Grundsatz der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bestehen bis heute unterschiedliche Meinungen, ob Drittwirkung anzunehmen sei oder nicht.<sup>397</sup> Typische grundrechtsartige Normen, die hier zu erörtern sind, sind hingegen jene, die Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts sind, bzw. jene der Grundrechtecharta.

Grundlegend sprechen eine Reihe von Erwägungen gegen bzw. für die unmittelbare Drittwirkung von Unionsgrundrechten, wobei letztlich kein schlagendes Argument den völligen Ausschluss zu rechtfertigen vermag. Einige Stimmen wenden sich grundsätzlich gegen die unmittelbare Drittwirkung von Unionsgrundrechten. Skepsis sei angebracht, da bei einer Überdehnung der unmittelbaren Drittwirkung etwa der Gleichbehandlungsgrundsatz in Konflikt mit der privatrechtlichen Vertragsfreiheit geraten könne.<sup>398</sup> Zurückzuweisen sind in diesem Zusammenhang jedoch vereinfachte Auffassungen. Bereits konzeptuell kann unmittelbare Drittwirkung im Grundrechtsbereich nicht vereinfacht als reine – und möglicherweise „störende“ – Durchsetzung von Individualinteressen verstanden werden. Grundrechte selbst können kollektive Interessen schützen bzw. durch diese gerechtfertigt werden.<sup>399</sup> Daher sind das Recht, den Schutz eigener Rechte gegen andere durchzusetzen, sowie die Verpflichtung, die Rechte anderer zu respektieren, untrennbar mit der Gesellschaft verbunden, was Private zu zugleich privaten und öffentlichen Wesen macht.<sup>400</sup> Vor diesem Hintergrund kann die Verantwortlichkeit von Privaten für die Einhaltung von Grundrechten nicht leicht hin beiseite gelassen werden, sondern bedarf einer sorgfältigen Beurteilung; zu kritisieren ist hingegen durchaus, dass diese auch in der gegenwärtigen Rechtsprechung nicht immer geliefert wird.<sup>401</sup>

Im Einzelnen wird überdies vorgebracht, dass ein Ausschluss der unmittelbaren Drittwirkung von Unionsgrundrechten mit der Mehrzahl der Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten übereinstimmen würde, die keine unmittelbare Drittwirkung kennen.<sup>402</sup> Auch könne eine weitreichend zugestandene unmittelbare Drittwirkung der Grundrechtecharta in Konflikt mit den Rechten aus der

396 *Jacqué*, L'application de la Charte, in: European Yearbook on Human Rights, 142.

397 Siehe der EuGH in späterer Rechtsprechung in EuGH, Rs. C-411/98 (Ferlini), EU:C:2000:530. Für Drittwirkung siehe *Bachmann*, Archiv für die civilistische Praxis 2010, 424 (468 Fußnote 227); zum Meinungsstreit siehe m.w.N. *Perner*, Privatrecht, 156 Fußnote 101.

398 *Saffjan/Miklaszewicz*, European Review of Private Law 2010, 475 (485).

399 *Alexy*, Individual Rights, in: Rights, 164 f.

400 *Frantziou*, European Law Journal 2015, 657 (673).

401 Vgl. hierzu ausführlich die Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón, EuGH, Rs. C-201/13 (Deckmyn), EU:C:2014:458, Rn. 79 und 84, der vorschlägt dass hierfür jedenfalls das Vorgehen des Gerichtshofs Raum böte, die Unionsgrundrechte als grundsätzlich weithin anwendbare Strukturprinzipien der Unionsrechtsordnung zu verstehen, denen auch bei der Anwendung von Normen, die zwischen Privaten gelten, Bedeutung zukommen muss.

402 *Perner*, Privatrecht, 176 f.; *Frantziou*, European Law Journal 2015, 657 (671), die auf Konfliktpotenzial gerade in Bezug auf das Kapitel zur Solidarität in der Grundrechtecharta verweist. Vgl. etwa zur wenig bedeutenden Rolle der Drittwirkungslehre im französischen Verfassungsrecht *Beaud*, Grundrechtsbindungen Privater, in: Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa, 126 ff.

EMRK geraten, wird eine solche für die EMRK-Rechte doch in der Rechtsprechung des EGMR kaum gewährt.<sup>403</sup> Eine rein folgenorientierte Betrachtungsweise bzw. der potenzielle Konflikt mit Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die sich in diesem Aspekt unterscheiden, vermag jedoch noch keine eigenständige Begründung für den Ausschluss unmittelbarer Wirkung zu liefern. Auch stehen für potenzielle Konflikte Mechanismen zur Verfügung, wie der Vorrang des Unionsrechts bzw. Artikel 52 Abs. 3 Grundrechtecharta über die im Vergleich zur EMRK zu gewährleistende Tragweite von Unionsgrundrechten.

Teils wird auch speziell für das Privatrecht die Möglichkeit der Drittwirkung vollumfänglich verneint, dies gerade in Bezug auf den Gleichheitssatz des Artikel 21 Grundrechtecharta. Begründet wird dies damit, dass die in der Bestimmung aufgeführten Gründe für Diskriminierungen sich zu stark unterscheiden.<sup>404</sup> Besonders hervorgehoben wird dabei, dass auch vermögensbezogene Diskriminierungen erfasst seien. Allerdings können Private gerade in Bezug auf Diskriminierungen aufgrund des Vermögens ihr Verhalten durchaus etwa dadurch rechtfertigen, dass sie sich ihrerseits auf Grundrechte berufen, zum Beispiel jenes der unternehmerischen Freiheit oder das Eigentumsrecht.<sup>405</sup> Überdies überzeugt ein genereller Ausschluss der Drittwirkung in diesem Zusammenhang auch vor dem Hintergrund wenig, dass Artikel 19 AEUV als Kompetenzgrundlage für die Bekämpfung der teils identischen Arten von Diskriminierungen bereits mehrfach – und in anerkannter Weise – durch die EU genutzt wurde, um Sekundärrecht zu schaffen, das gegen Diskriminierungen im Privatrecht vorgeht.<sup>406</sup> Dem inhaltsgleichen Primärrecht in Form der Diskriminierungsverbote der Grundrechtecharta jegliche Drittwirkung abzusprechen, überzeugt vor diesem Hintergrund wenig.

Einige Erwägungen stützen darüber hinaus die These einer unmittelbaren Drittwirkung gewisser Unionsgrundrechte. Bereits sollte die unmittelbare Drittwirkung nicht als grenzenloses Phänomen mit potenziell unvorhersehbaren Auswirkungen gesehen werden.<sup>407</sup> Mittelbare Drittwirkung kann zwar in sehr vielen Situationen Auswirkungen zeitigen; jedoch können Private nicht immer in die Rechte aller anderen Privaten direkt eingreifen. Entsteht aufgrund unmittelbarer Drittwirkung ein Konflikt zwischen Inhabern von Rechten, kann letztlich auch eine Abwägung der Auswirkungen der Drittwirkung dafür sorgen, dass nicht die befreienden Wirkungen für eine Partei für die andere eine ungerechtfertigte Be-

403 *Frantziou*, *European Law Journal* 2015, 657 (671), verweist etwa auf die traditionell in der EMRK stark geschützte Meinungsfreiheit und einen eventuellen Konflikt mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens und jenem auf den Schutz personenbezogener Daten aus der Grundrechtecharta.

404 *So Basedow*, *ZEuP* 2008, 230 (249).

405 *Perner*, *Privatrecht*, 176.

406 *Ibid.*, 175 m.w.N. Hingegen bleibt die Kompetenzgrundlage von Artikel 19 AEUV hinter der Auflistung von Artikel 21 Grundrechtecharta zurück, sodass Antidiskriminierungsrichtlinien gewisse Diskriminierungsmerkmale gar nicht erfassen können, *Latzel*, *EuR* 2015, 658 (662).

407 *Frantziou*, *European Law Journal* 2015, 657 (677) 5-186, am 13.08.2024, 17:17:47

schneidung der eigenen Rechte mit sich bringt.<sup>408</sup> Zwar lässt sich an dieser Stelle auch argumentieren, dass die Durchsetzung der unmittelbaren Drittwirkung zwischen privaten Parteien zugleich für die jeweils betroffene Partei auch aufgrund des Grundsatzes des Vertrauensschutzes ein Problem darstellt. Jedoch wies der EuGH dieses Argument ausdrücklich zurück und befand in einer umfassenden Abwägung, dass die Berücksichtigung dieses Grundsatzes zu keinem anderen Ergebnis, auch nicht einer zeitlichen Begrenzung der unmittelbaren Drittwirkung, führen könne; vielmehr verwies er stattdessen auf die Möglichkeit für Einzelne, Schadenersatz für die Verletzung des Unionsrechts von einem Mitgliedstaat zu fordern.<sup>409</sup>

Überdies zeigen sich auch die Alternativen zur unmittelbaren Drittwirkung als nicht von gleicher Durchschlagskraft, um Grundrechte des Einzelnen zu schützen. Der EuGH betont zwar regelmäßig die Wichtigkeit der Alternativen zur unmittelbaren Drittwirkung, etwa der unionsrechtskonformen Auslegung, für die gegebenenfalls auch eine gefestigte innerstaatliche Rechtsprechung abgeändert werden müsse.<sup>410</sup> Ansonsten beschränkt er sich jedoch, wenn mittelbare und unmittelbare Drittwirkung keine Abhilfe schaffen können, darauf, Ansprüche aus einer etwaigen Staatshaftung anzusprechen.<sup>411</sup>

Als rechtspolitisches Argument für eine verstärkte Anwendung der Unionsgrundrechte lässt sich auch vorbringen, dass gerade die Unionsgrundrechte in der Vergangenheit durchaus Individuen einschlossen und ihnen Ansprüche verliehen, obwohl sie nicht oder nicht eindeutig grenzüberschreitend aktiv waren.<sup>412</sup>

Als nächster Schritt ist auf jene einzugehen, die das Inkrafttreten der Grundrechtecharta als Anlass für eine auf diese bezogene, eher dogmatisch ausgerichtete Argumentation in Bezug auf die Drittwirkung von Unionsgrundrechten sehen. Für den Schutz gewisser einschlägiger Grundrechtsinteressen, etwa im Bereich der Arbeitsbedingungen bzw. der dortigen Gleichberechtigung, stand das Unionsrecht bereits zuvor durch unmittelbare und mittelbare Drittwirkung ein.<sup>413</sup> Mittelbar oder unmittelbar erstrecken sich nunmehr jedoch mehrere Chartagrundrechte direkt auf privates Handeln. Artikel 1 zur Menschenwürde oder Artikel 21 zum Gleichbehandlungsgebot beispielsweise sind nicht ausdrücklich auf die öffentliche Gewalt als Verpflichtungsadressaten beschränkt.<sup>414</sup> Ausdrückliche

408 Zu derartigen Abwägungen *Frantziou*, *Human Rights Law Review* 2014, 761 (768 f.).

409 EuGH, Rs. C-441/14 (DI), EU:C:2016:278, Rn. 38 ff. und 42.

410 *Ibid.*, Rn. 32 f. So bereits deutlich Schlussanträge des Generalanwalts Bot, EuGH, Rs. C-441/14 (DI), EU:C:2015:776, Rn. 72.

411 So etwa in EuGH, Rs. C-176/12 (AMS), EU:C:2014:2, Rn. 50. Klassisch EuGH, Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a.), EU:C:1991:428.

412 *Stone Sweet*, *Construction of Europe*, 53.

413 Hingegen dürften andere Interessen wie jene von Kindern, Älteren und Familien in Zukunft, da nunmehr auch in der Grundrechtecharta deutlich verankert, verstärkt eine Rolle spielen, so *Frantziou*, *European Law Journal* 2015, 657 (676).

414 *Ibid.* (660); siehe auch die Erläuterungen zur Grundrechtecharta (ABl. C 303/2007, 17 ff.), 17 und 24.

Verpflichtungen für Private neben den Mitgliedstaaten und der Union schaffen überdies das Recht auf Unversehrtheit, das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit, die Rechte des Kindes, und gewisse Bestimmungen im Bereich der Arbeitswelt wie das Gleichbehandlungsgebot zwischen Männern und Frauen.<sup>415</sup> Auch die Präambel der Grundrechtecharta weist darauf hin, dass die Ausübung der darin enthaltenen Rechte auch mit Pflichten gegenüber den Mitmenschen, der menschlichen Gemeinschaft und den künftigen Generationen verbunden sei.<sup>416</sup>

Die Wirkungen der Grundrechtecharta stehen in Kontrast zur bisherigen, fragmentierten Rechtsprechung, da ihren Bestimmungen unabhängig davon, ob die einzelnen Inhalte ihrer Bestimmungen im Vertrag oder in einer Richtlinie weiter ausgeführt werden, Wirkung als „geschriebenes Verfassungsrecht“, zukommt.<sup>417</sup> Eine Rechtsprechungsänderung könnte somit darauf gestützt werden, dass sich nun die Reichweite und Grenzen der Wirkung der Bestimmungen der Grundrechtecharta aus ebendieser und ihrem Rang ergibt.<sup>418</sup>

Dennoch bleiben Weiterentwicklungen begründungspflichtig. Für Charta-grundrechte, die auf im Vertrag geregelten Rechten beruhen wie jenes des Artikel 23 Grundrechtecharta auf gleiche Entlohnung, scheint so beispielsweise schwer begründbar, dass sie ihre unmittelbare Drittwirkung verlieren sollen, nur weil sie nun auch in der Grundrechtecharta verankert wurden.<sup>419</sup> Überdies überzeugt ein solches Vorbringen bereits im Lichte des Wortlauts der zuvor angesprochenen Rechte wenig.

Auch das Argument verfängt nicht, die Verankerung der Grundrechte in der Charta spreche als solches grundsätzlich gegen eine unmittelbare Drittwirkung einzelner Rechte. Gestützt wird dieses auf eine entsprechende Lesart des Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta, der die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta nur für die Mitgliedstaaten und die Union regle und so einen Schluss *contrario* in Bezug auf die Bindung Privater im Rahmen unmittelbarer Drittwirkung erlaube.<sup>420</sup> Wie noch näher auszuführen ist,<sup>421</sup> trifft Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta bereits gar keine eigene Regelung für die Problematik der Drittwirkung. Dies überzeugt auch vor dem Hintergrund, dass gerade bei der unmittelbaren Wirkung der Gerichtshof schon in früherer Rechtsprechung dem Wortlaut von Bestimmungen, der sich an die Mitgliedstaaten richtete, wenig Be-

415 Respektive Artikel 3, 5, 24 und 23 Grundrechtecharta (sowie in Bezug auf die Arbeitswelt Artikel 27, 28 und 30 bis 33 Grundrechtecharta).

416 Erw. 6 der Präambel der Grundrechtecharta.

417 So Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón, EuGH, Rs. C-447/09 (Prigge), EU:C:2011:321, Rn. 26.

418 *Ibid.*, Rn. 26.

419 *Frantziou*, *European Law Journal* 2015, 657 (660).

420 *Perner*, *Privatrecht*, 177.

421 Siehe ausführlich Kapitel 5, Abschnitt C.H.3. 287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

deutung beimaß, sondern sich vielmehr am Ziel und an der Effektivität einer Bestimmung orientierte, um über deren Drittwirkung zu entscheiden.<sup>422</sup>

Zugleich überzeugt gerade bei dieser Lesart von Artikel 51 Abs. 1 Grundrechtecharta auch die teils in der Lehre entwickelte Idee nicht, im Rahmen der unmittelbaren Drittwirkung eine Unterscheidung zu treffen, der zufolge den in der Charta geregelten Grundrechten keine solche Wirkung zukommen soll, bei auf den Rechtsgrundsätzen basierten Grundrechten hingegen diese Möglichkeit bestehen soll.<sup>423</sup> Es ist nur schwer sachlich begründbar, warum hier teils inhaltlich weitgehend übereinstimmende Rechtsgrundsatz- und Chartagrundrechte unterschiedlich behandelt werden sollen, was auch kaum gewollt sein dürfte.<sup>424</sup> Eine solche Position mag womöglich von einer grundsätzlichen Ablehnung der unmittelbaren Drittwirkung inspiriert sein, müsste aber dann eben diese Ablehnung begründen und vermag jedenfalls keinen auf unklaren Kriterien basierenden selektiven Ausschluss einer bestimmten Grundrechtskategorie von der unmittelbaren Drittwirkung zu stützen.

Letztlich bleiben somit die Auswirkungen der Grundrechtecharta für die unmittelbare Drittwirkung der Unionsgrundrechte auf grundsätzlicher Ebene überschaubar. Ob eine solche Wirkung vorliegen soll, ist schlicht anhand des jeweiligen Grundrechts zu prüfen. Trotzdem ist eine „unmittelbar wirkende Selbstläuferschaft“ der Unionsgrundrechte unabhängig von Fragen des Anwendungsbereichs des Unionsrechts klar zu verneinen.<sup>425</sup> Auch eine solche Selbstläuferschaft bei den den Grundfreiheiten angenäherten Grundrechten ist nicht allein aus Gründen der materiellen Ähnlichkeit zu bejahen.<sup>426</sup>

Zuletzt ist auf in der Lehre entwickelte Ansichten einzugehen, die die mittelbare Drittwirkung der Unionsgrundrechte mit Blick auf das Privatrecht der unmittelbaren vorziehen. Eine weitere Argumentationsschiene wurde so zur Wirkung der Unionsgrundrechte im Privatrecht der Mitgliedstaaten anhand des Gleichheitssatzes in Artikel 21 Grundrechtecharta entwickelt. Den Unionsgrundrechten soll gegenüber dem Privatrecht nur mittelbare, den Unionsgrundfreiheiten hingegen auch gegebenenfalls unmittelbare Drittwirkung zukommen. Dadurch werde verhindert, dass man sich direkt auf die Verfassungsebene stütze und das einfachgesetzliche Privatrecht nur zum „Abwickler“ grundrechtlicher Wertungen degradiere, d.h. nicht nur dort die Grundrechte zur Anwendung bringe, wo tatsächlich ein gebotenes Mindestmaß an Schutz unterschritten worden

422 EuGH, Rs. 43/75 (Defrenne), EU:C:1976:56, Rn. 31-39.

423 Als Nebengedanke bei *Groussot/Pech/Petursson*, Eric Stein Working Paper 2011, 1 (30 Fußnote 132). Siehe zur Unterscheidung noch näher Kapitel 5 Abschnitt B.II.1.

424 So *Jacqué*, L'application de la Charte, in: European Yearbook on Human Rights, 143.

425 *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (27), auch wenn seine Argumentation sich primär auf den Wortlaut von Artikel 51 Grundrechtecharta stützt, der wie erwähnt keine derartige Entscheidung trifft.

426 Siehe überzeugend *ibid.* (27), der sich allerdings auf Artikel 51 Abs. 1 Grundrechtecharta stützt, der diese Schlussfolgerung für sich genommen nicht zu tragen vermag. 2024, 17:17:47

sei.<sup>427</sup> Statt unmittelbarer soll im Privatrecht primär die mittelbare Drittwirkung gelten, indem die rechtlichen Vorgaben des Unionsrechts verbindlich bleiben, jedoch durch das nationale Privatrecht zum Beispiel im Bereich der Durchsetzbarkeit von Verträgen oder im Schadenersatzrecht umgesetzt werden.<sup>428</sup> Während die Berufung auf Richtlinienbestimmung gegenüber Privaten nicht möglich sein soll, sei dies bei Grundrechten in mittelbarer Form im Privatrecht in Form von Normderogation oder rechtsfortbildender Anspruchsgewährung zuzulassen, wenn Union oder Mitgliedstaat im Anwendungsbereich des Unionsrechts dem Schutzauftrag aus den Unionsgrundrechten nicht nachkommen.<sup>429</sup> Grundsätzlich entspricht dies durchaus auch dem noch zu erörternden Vorgehen des EuGH, wenn er die Alternativen zur unmittelbaren Drittwirkung betont. Dessen ungeachtet bleiben stets Fälle, in denen solche Alternativen nicht zur Verfügung stehen, etwa bei nationalem Recht, das bei unionsrechtskonformer Auslegung *contra legem* interpretiert werden müsste. Es überzeugt daher, dass auch in dieser Auffassung letztlich eine unmittelbare Wirkung der Unionsgrundrechte in besonderen Fällen bejaht wird, da die Unionsgrundrechte besonders hochrangige Rechtsgüter schützen.

## 2. Zum Zusammenwirken von Grundrechten und Umsetzungsrichtlinien

Im Folgenden ist näher zu untersuchen, inwiefern der Gerichtshof mittelbare und unmittelbare Drittwirkung im Spannungsfeld von Richtlinien und Unionsgrundrechten behandelt hat. Umstritten ist hier insbesondere die Frage, inwieweit bestimmten Unionsgrundrechten unmittelbare Drittwirkung nur zukommen soll, wenn sie durch Richtlinien konkretisiert wurden, und was genau die Voraussetzungen für eine solche unmittelbare Drittwirkung sein sollen.

Während der Fokus daher auf der unmittelbaren Drittwirkung liegt, vermögen durchaus auch andere Wirkungsformen Unionsgrundrechten zu Bedeutung verhelfen. In *Test-Achats* beispielsweise zog der EuGH den unionsgrundrechtlichen Gleichheitssatz heran, um eine Richtlinienbestimmung aufzuheben, da in der Form von dieser der Unionsgesetzgeber zuließ, dass Private zwischen den Geschlechtern diskriminierten.<sup>430</sup> Somit entstand aus dem Verhalten Privater eine Schutzpflicht des Unionsgesetzgebers.<sup>431</sup>

Dennoch ist für die vorliegende Untersuchung des Anwendungsbereichs von Grundrechten vor allem die unmittelbare Drittwirkung relevant. Mehrere Ansätze der Kritik der bestehenden Rechtsprechung wurden in der Lehre entwickelt.

427 *Perner*, Privatrecht, 181.

428 *Ibid.*, 186.

429 *Ibid.*, 187.

430 EuGH, Rs. C-236/09 (*Test-Achats*), EU:C:2011:100.

431 *Perner*, Privatrecht, 158. <https://www.nomos-elibrary.de/agb>



An dieser Stelle hingegen soll vorgebracht werden, dass das Vorgehen des EuGH – auch wenn Kritik gerechtfertigt bleibt – am ehesten durch die Perspektive des Anwendungsbereichs des Unionsrechts und der Unionsgrundrechte verstanden werden kann. In der Folge ist zuerst die entsprechende Rechtsprechung kurz darzustellen, um danach verschiedene kritische Positionen auf ihre Überzeugungskraft hin zu prüfen bzw. den eigenen Vorschlag eines Verständnisses der Rechtsprechung im Lichte des begrenzten Anwendungsbereichs des Unionsrechts auszuführen.

In einer Reihe von Entscheidungen entwickelte der EuGH die besondere Beziehung zwischen gewissen Unionsgrundrechten und Richtlinien in Bezug auf die potenzielle unmittelbare Drittwirkung. Obwohl Privaten nicht selten Verpflichtungen auferlegt werden, geht der Gerichtshof nur in einer Minderheit der Fälle ausdrücklich auf die Frage der unmittelbaren Drittwirkung ein und schafft so eine gewisse Rechtsunsicherheit.<sup>432</sup> So sprach er in *Google Spain* in Bezug auf das Recht auf Privatleben und jenes auf den Schutz personenbezogener Daten in Artikel 7 und 8 Grundrechtecharta die Frage der unmittelbaren Drittwirkung nicht an, obwohl auf der Grundlage der Grundrechtecharta weitreichende Verpflichtungen für Private entstanden.<sup>433</sup>

Hingegen schuf der EuGH eine konkrete Ausnahme vom üblichen Ausschluss unmittelbarer Drittwirkung von Richtlinien für jene Fälle, in denen bestimmte Arten von Primärrecht – anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze über die Gleichbehandlung – durch Richtlinien konkretisiert werden.<sup>434</sup> In *Mangold* bedurfte es sowohl des allgemeinen Rechtsgrundsatzes über das Verbot der Diskriminierung aus Altersgründen als auch der Richtlinie 2000/78/EG,<sup>435</sup> um zur unmittelbaren Drittwirkung in einem Rechtsstreit über einen Arbeitsvertrag zu gelangen.<sup>436</sup> In *Kücükdeveci* stützte sich der Gerichtshof erneut auf das Verbot der Diskriminierung aus Altersgründen als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts, um dem nationalen Gericht aufzutragen, gegebenenfalls in einem ähnlichen Rechtsstreit zwischen Privaten das entgegenstehende nationale Recht unangewendet zu lassen, erachtete es jedoch als zusätzlich erforderlich, dass eine Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG erfolgt war.<sup>437</sup> Es kann hier nicht von einer Bejahung der Möglichkeit der unmittelbaren Drittwirkung von

432 *Pech*, Common Market Law Review 2012, 1841 (1841). Siehe in der Rechtsprechung etwa EuGH, Rs. C-282/10 (Dominguez), EU:C:2012:33; EuGH, Rs. C-132/11 (Tyrolean Airways), EU:C:2012:329; EuGH, Rs. C-476/11 (HK Danmark), EU:C:2013:590; EuGH, Rs. C-429/12 (Pohl), EU:C:2014:12.

433 EuGH, Rs. C-131/12 (Google Spain), EU:C:2014:317.

434 *Howard*, European Public Law 2011, 729 (743).

435 ABl. 2000 L 303, 16 ff.

436 EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), EU:C:2005:709; *Howard*, European Public Law 2011, 729 (736). Zur Problematik des Anwendungsbereichs der im Fall einschlägigen Richtlinie auf das nationale Recht siehe noch näher Kapitel 6 Abschnitt D.II.4.a.

437 EuGH, Rs. C-555/07 (Kücükdeveci), EU:C:2010:21, Rn. 50 f. 3.08.2024, 17:17:47

Richtlinienbestimmungen als solchen ausgegangen werden.<sup>438</sup> Als Folge gilt, dass für Verletzungen bestimmter, durch Richtlinien verwirklichter grundrechtsartiger Normen durch die begrenzte Drittwirkungsausnahme sowohl eine Verantwortlichkeit des Mitgliedstaats in Form einer Haftung für durch die Verletzung von Unionsrecht verursachte Schäden als auch eines Individuums im horizontalen Verhältnis bestehen kann.<sup>439</sup> Die Grundpfeiler der *Küçükdeveci*-Rechtsprechung wurden später erneut bestätigt,<sup>440</sup> wenngleich manche Entscheide sich nur schwer einordnen lassen.<sup>441</sup> Allerdings zeigt sich die Rechtsprechung, was andere Grundrechte betrifft, weniger aufschlussreich.

Bereits in *Römer* bezog sich der Gerichtshof zwar auf das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung, klärte jedoch dabei nicht, ob es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelte, nahm auch nicht zur Grundrechtecharta Stellung und befand lediglich, die betroffene mitgliedstaatliche Maßnahme, die gewisse Benachteiligungen gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften im Rahmen der Alters- und Hinterbliebenenversorgung vor Ablauf der Umsetzungsfrist der einschlägigen Richtlinie schuf, falle nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts bzw. der besagten Richtlinie.<sup>442</sup> In *Dominguez* wick der EuGH der Frage aus, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, wie er in Artikel 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG<sup>443</sup> bzw. in Artikel 31 Abs. 2 Grundrechtecharta vorgesehen ist, unmittelbare Drittwirkung zukommen könnte. Er beauftragte das nationale Gericht, festzustellen, ob es sich beim einschlägigen Arbeitgeber möglicherweise um eine letztlich doch dem Staat zuzurechnende Einrichtung handle.<sup>444</sup> Kritisiert wird an der Entscheidung insbesondere, dass der EuGH es unterlässt, das hier gewählte Vorgehen argumentativ mit dem zuvor entwickelten Vorgehen in *Mangold* und *Küçükdeveci* zu verbinden, handelt es sich doch wieder um die Konstellation eines Zusammenwirkens eines Chartagrundrechts mit einer denselben Inhalt umsetzenden Richtlinie.<sup>445</sup>

438 Vgl. auch *Rodin*, Effets horizontaux, in: La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), 499 f.

439 *Fontanelli*, European Public Law 2011, 225 (238).

440 EuGH, Rs. C-476/11 (HK Danmark), EU:C:2013:590, Rn. 19 ff.; EuGH, Rs. C-441/14 (DI), EU:C:2016:278, 22 ff.

441 Vgl. zum Entscheid in EuGH, Rs. C-476/11 (HK Danmark), EU:C:2013:590 *Ladenburger/Vondung*, Art. 51, in: Europäische Grundrechte-Charta - Kommentar, Rn. 14 Fußnote 29, die darauf hinweisen, dass hier die unmittelbare Drittwirkung von Artikel 21 Grundrechtecharta zum Ausschluss einer rein in einem Arbeitsvertrag verankerten Bestimmung führte.

442 EuGH, Rs. C-147/08 (*Römer*), EU:C:2011:286, Rn. 60. Kritisch zur Entscheidung *Pech*, Common Market Law Review 2012, 1841 (1849).

443 ABL 2003 L 299, 9 ff.

444 EuGH, Rs. C-282/10 (*Dominguez*), EU:C:2012:33, Rn. 40.

445 *Pech*, Common Market Law Review 2012, 1841 (1865). Ähnlich skeptisch *Jacqué*, L'application de la Charte, in: *European Yearbook on Human Rights*, 144 f.

In *AMS* vergab der EuGH erneut die Chance einer umfassenderen Erörterung der Frage der unmittelbaren Drittwirkung von Bestimmungen der Grundrechtecharta. Im Fall ging es um das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen des Artikel 27 Grundrechtecharta, das in Richtlinie 2002/14/EG<sup>446</sup> weiter konkretisiert wird. Mit einem Ausschluss bestimmter Arbeitnehmer mit besonderen Arbeitsverträgen vom Genuss dieses Rechts durch die französische Gesetzgebung konfrontiert, wiederholte der EuGH in seiner Entscheidung lediglich seine Rechtsprechung dazu, dass Richtlinien keine unmittelbare Drittwirkung zukomme und im vorliegenden Fall keine mittelbare Drittwirkung möglich sei, da dies eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts zur Folge hätte.<sup>447</sup> Artikel 27 unterzog er nur einer oberflächlichen Lektüre und befand, die Bestimmung sei zu unbestimmt formuliert und verleihe kein subjektives Recht, das als solches geltend gemacht werden könne.<sup>448</sup> Darüber hinaus äußerte er sich nicht zur Möglichkeit künftiger Drittwirkung von Grundrechtechartabestimmungen, wenngleich er sie zumindest nicht ausschloss.<sup>449</sup>

Der Unterschied zu Fällen wie *Mangold* und *Küçükdeveci* bleibt allerdings mangels Erläuterung durch den Gerichtshof einigermaßen unklar, obwohl die Fälle nicht völlig anders gelagert sind, während überdies der soziale Bezug, in dem derartige Grundrechte zur Anwendung kommen bzw. im Falle unmittelbarer Drittwirkung zur Anwendung kämen, vernachlässigt wird.<sup>450</sup>

Als Entscheide zur Grundrechtecharta sind *Dominguez* und *AMS* wohl so zu verstehen, dass sie – neben Ausführungen zur Unterscheidung von Rechten und Grundsätzen in der Charta in *AMS* – vor allem klarstellen, dass die *Mangold/Küçükdeveci*-Konstellation nicht auf die jeweiligen Bestimmungen von Artikel 31 Abs. 2 und 37 Grundrechtecharta ausgedehnt werden soll.<sup>451</sup> Hingegen wird genau diese – nicht begründete – Einschränkung in der Lehre teils kritisiert bzw. eine Ausdehnung auf ebendiese Normen gefordert, sofern dieselben Voraussetzungen gegeben seien.<sup>452</sup>

Somit lassen sich unterschiedliche Ebenen der Kritik an der Rechtsprechung des EuGH unterscheiden. Besonders berechtigt ist Skepsis, was die „Auswahl“ der Unionsgrundrechte betrifft, denen gemäß der Rechtsprechung unmittelbare Drittwirkung zukommt. Gerade im Lichte der späteren Rechtsprechung scheint

446 ABl. 2002 L 80, 29 ff.

447 EuGH, Rs. C-176/12 (*AMS*), EU:C:2014:2, Rn. 39 f.

448 Rn. 45 ff.

449 Rn. 47. Siehe auch *Jacqué*, L'application de la Charte, in: European Yearbook on Human Rights, 146.

450 *Frantziou*, European Constitutional Law Review 2014, 332 (347).

451 *Gudmundsdóttir*, Common Market Law Review 2015, 685 (698 und Fußnote 62).

452 *Pech*, Common Market Law Review 2012, 1841 (1878) zum allgemeinen Rechtsgrundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der sexuellen Orientierung bzw. zum Recht auf bezahlten Jahresurlaub.

es nunmehr so, dass vor allem jenen Grundrechten – bisher den auf den Rechtsgrundsätzen basierenden Grundrechten, aber nunmehr wohl auch den Grundrechten in der Grundrechtecharta – Drittwirkung zukommt, die den allgemeinen Gleichheitssatz<sup>453</sup> „näher ausformen“.<sup>454</sup> Selbst wenn man einer Ausdehnung der *Küçükdeveci*-Rechtsprechung auf andere Grundrechte – in der Charta oder als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze – skeptisch gegenübersteht, gibt es jedoch keine zufriedenstellende Rechtfertigung dafür, dass dieselbe Rechtsprechung auf den Gleichheitsgrundsatz beschränkt bleibt. Diesem wird nämlich so eine nur schwer begründbare Vorzugsstellung gegenüber anderen Grundrechten eingeräumt.<sup>455</sup> Nur weitere Rechtsprechung kann diesem Problem begegnen.

Bei anderen Kritikpunkten hingegen kann die hier vorgeschlagene Lesart der Rechtsprechung über den Anwendungsbereich des Unionsrechts gewisse Ansätze liefern. So wird auf einer anderen Ebene insbesondere das rechtsquellenbezogene Vorgehen des EuGH kritisiert und aufgrund der im Rahmen des Grundrechtsschutzes zu schützenden Werte hinterfragt.

Das quellenbezogene Vorgehen des Gerichtshof führte so in der Vergangenheit dazu, dass gewisse Grundrechtsansprüche ohne solide konzeptuelle Begründung von der Beurteilung durch den EuGH ausgeschlossen waren, da im Vertrag nur in geringem Maße solche Grundrechtsnormen vorlagen und vor allem im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit Richtlinien zur Harmonisierung herangezogen wurden.<sup>456</sup> Darüber hinaus begann der EuGH, Drittwirkungsprobleme zu umgehen, um problematische Unterscheidungen zu vermeiden, während die Rechtssicherheit darunter litt.<sup>457</sup> So verlieh der Gerichtshof unmittelbare Drittwirkung, indem er eine Verpflichtung als einer Vertragsbestimmung entstammend einstuft<sup>458</sup> oder einen weiten Begriff von dem Staat zuzurechnenden Behörden verwendete.<sup>459</sup> Erst in der jüngeren Rechtsprechung zog der EuGH die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Instrument heran, um bei Fällen, die die Gleichbehandlungsrichtlinie betrafen, unmittelbare Drittwirkung zu gewähren.<sup>460</sup> Die Grundlage der unmittelbaren Drittwirkung stellt in *Küçükdeveci* somit der allgemeine Rechtsgrundsatz dar, und nicht die Richtlinie, sodass es nur aufgrund des ersteren trotz des Richtliniencharakters des Umsetzungsaktes zur unmittelbaren Drittwirkung kommen kann.<sup>461</sup> Auch wenn also als Grundsatz bestehen bleibt, dass

453 Artikel 20 Grundrechtecharta.

454 *Obwexer*, ZöR 2013, 487 (511).

455 *Grossot/Pech/Petursson*, Eric Stein Working Paper 2011, 1 (30).

456 *Frantziou*, European Law Journal 2015, 657 (663).

457 *Craig*, European Law Review 1997, 519 (527).

458 EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), EU:C:2000:296.

459 EuGH, Rs. C-188/89 (Foster), EU:C:1990:313.

460 EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), EU:C:2005:709; EuGH, Rs. C-555/07 (*Küçükdeveci*), EU:C:2010:21.

461 *Jacqué*, L'application de la Charte, in: European Yearbook on Human Rights, 143. Ebenso *Obwexer*, ZöR 2013, 487 (512).

Richtlinien keine unmittelbare Drittwirkung zukommt, sind die praktischen Wirkungen in den genannten Fällen dieselben.<sup>462</sup> Insbesondere hält der EuGH hier fest, dass auch Chartabestimmungen für sich allein genommen ausreichen, um – wenn die entsprechenden Bedingungen erfüllt sind – Bestimmungen des nationalen Rechts unanwendbar zu machen.<sup>463</sup> In *AMS* spricht der Gerichtshof so beim Verbot der Diskriminierung wegen des Alters von einem „subjektiven Recht“, das bei Geltendmachung auch dazu führen könne, dass ein nationales Gericht entgegenstehende Normen des nationalen Rechts unangewendet lassen müsse.<sup>464</sup> Damit kommt derartigen Bestimmungen gleiche Wirkung wie den einschlägigen Bestimmungen der Verträge zu.

Argumentiert wird nunmehr, dass schwer einzusehen ist, warum aufgrund der Verneinung der unmittelbaren Drittwirkung von Richtlinien Normen vergleichbaren Inhalts ohne überzeugende konzeptuelle Begründung unmittelbare oder nur mittelbare Drittwirkung zukommt, je nachdem, ob sie im Vertrag oder in einer Richtlinie verankert sind.<sup>465</sup> Übertragen lässt sich dieses Argument ebenso auf den Fall, in dem im Rahmen der *Kücükdeveci*-Rechtsprechung gewissen Werten durch das Zusammenwirken von Grundrechten und Richtlinien unmittelbare Drittwirkung zukommt, anderen jedoch nicht. Zusätzlich wird die Trennung zwischen Richtlinie und allgemeinem Rechtsgrundsatz an dieser Stelle als bis zu einem gewissen Grad künstlich kritisiert, da die Reichweite eines solchen Grundsatzes durch die Richtlinie, d.h. durch die „Hintertür“, erweitert werde.<sup>466</sup>

Inhaltlich ist hier zuzugestehen, dass die unterschiedliche Wertung von Grundrechten durch den EuGH im Rahmen des entwickelten Vorgehens wie zuvor erläutert Bedenken erzeugt. Hingegen spricht für das quellenbezogene Vorgehen des EuGH, dass dieses bis zu einem gewissen Grad auf der Kompetenzordnung der Union und dem Anwendungsbereich des Unionsrechts fußt und eine andere Herangehensweise gerade im Rahmen der *Kücükdeveci*-Rechtsprechung schwer vorstellbar ist.

Es ist nämlich kein sachlicher Grund ersichtlich, warum gewisse Unionsgrundrechte als solche über den Anwendungsbereich des Unionsrechts hinaus wirken sollten.<sup>467</sup> Eine Anbindung an die Kompetenzen der Union bzw. deren Ausübung in Form der Schaffung von Sekundärrecht bleibt somit zwingend, wie sich sowohl in Bezug auf die Rechtsgrundsätze in *Mangold* und *Kücükdeveci* gezeigt

462 *Thüsing/Horler*, Common Market Law Review 2010, 1161 (1170).

463 EuGH, Rs. C-176/12 (*AMS*), EU:C:2014:2, Rn. 47 f. So auch *Rodin*, Effets horizontaux, in: La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), 498.

464 EuGH, Rs. C-176/12 (*AMS*), EU:C:2014:2, Rn. 47; so auch EuGH, Rs. C-441/14 (*DI*), EU:C:2016:278, Rn. 36.

465 *Frantziou*, European Law Journal 2015, 657 (664 und Fußnote 53), verweist etwa auf den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen und andere, rein im Sekundärrecht ausgeführte Ansprüche im Bereich des Arbeitsrechts.

466 *Cabral/Neves*, European Public Law 2011, 437 (448).

467 Vgl. auch *Walkilz*, Horizontal Effect, 188, 45287515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

hat, als auch in Bezug auf die Chartagrundrechte in Form von Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta.<sup>468</sup> Weniger als ein quellenbezogenes Vorgehen zeigt sich im Vorgehen des EuGH somit ein anwendungsbereichsbezogenes Vorgehen, auch wenn im Einzelnen die in der Rechtsprechung erzielten Resultate nicht immer zu überzeugen mögen. Dies gilt nicht nur für die unmittelbare Drittwirkung. Auch Schutzpflichten können nur unter der Voraussetzung für Mitgliedstaaten entstehen, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist, da nur in diesem Rahmen Unionsgrundrechte überhaupt eine Wirkung entfalten können.<sup>469</sup> Deshalb ergeben sich letztlich in Bezug auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts durch die Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs in *Küçükdeveci* und *Mangold* zur unmittelbaren Drittwirkung auch keine gravierenden Änderungen. Wie der Gerichtshof selbst in späterer Rechtsprechung betont, bleibt die Wirkung des Zusammenspiels von Richtlinie und allgemeinem Rechtsgrundsatz nämlich auf den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG begrenzt, d.h. vorliegend auf den „Bereich von Beschäftigung und Beruf“.<sup>470</sup>

Zuletzt wird auf einer weiteren Ebene der Kritik vorgeschlagen, dass Fälle wie *Mangold* und *Küçükdeveci* viel eher als Probleme der Durchsetzung des Vorrangs des Unionsrechts verstanden werden sollten als im Sinne der Drittwirkungsproblematik. Wie der EuGH entwickelt habe, sei, um die Ausschlusswirkung der *Küçükdeveci*-Konstellation zu erzielen, erforderlich, dass ein gut abgrenzbarer allgemeiner Rechtsgrundsatz bestehe, der durch Sekundärrecht substantiiert werde und dessen Ziel es sei, dem Rechtsgrundsatz Wirkung zu verschaffen.<sup>471</sup> Zugleich wird darauf hingewiesen, dass wenig überzeugend sei, dass der Gerichtshof für seine Lösung trotz des klaren Ziels der einschlägigen Richtlinien, Diskriminierung unter Privaten zu bekämpfen, dennoch eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes bedürfe.<sup>472</sup> Während dieses Vorbringen grundsätzlich überzeugt, muss dennoch, um die Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts zu erfassen, der Anwendungsbereich des Unionsrechts bestimmt werden, da sich rein aus dem Vorrang keine Antwort zum Anwendungsbereich ableiten lässt.<sup>473</sup> Daher liefe der Vorrang des Grundrechts ohne Determinierung des Anwendungsbereichs durch die Richtlinie ins Leere, was sowohl für Rechtsgrundsatz- als auch Chartagrundrechte gilt.

468 So auch zu den Chartagrundrechten bzw. zur Auswirkung von Artikel 51 Abs. 1 erster Satz Grundrechtecharta *Ladenburger/Vondung*, Art. 51, in: Europäische Grundrechte-Charta - Kommentar, Rn. 15.

469 *Perner*, Privatrecht, 177; a.A. oder zumindest missverständlich hier *Frenz*, Europäische Grundrechte, Rn. 282.

470 EuGH, Rs. C-441/14 (DI), EU:C:2016:278, Rn. 23.

471 *Muir*, Common Market Law Review 2011, 39 (40 und 60).

472 *Ibid.* (40 und 60). Vgl. auch ähnlich *Cabral/Neves*, European Public Law 2011, 437 (450).

473 Siehe hierzu bereits Kapitel 2, Abschnitt C.III.5, S. 17515-186, am 13.08.2024, 17:17:47

### 3. Grundfreiheiten mit unmittelbarer Drittwirkung und die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte

Als Folge der zuvor gewonnenen Erkenntnisse zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten ist zuletzt noch auf die Frage der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte in Situationen einzugehen, in denen ebensolche Grundfreiheiten unter den zuvor erörterten Voraussetzungen<sup>474</sup> zwischen Privaten zur Anwendung gelangen. Befürchtet wird bei der parallelen Anwendbarkeit von Grundfreiheiten und Grundrechten, dass es zu einer unangebrachten Abwägung in Bereichen mit unmittelbarer Drittwirkung kommen könnte.<sup>475</sup> Allein diese Möglichkeit einer Abwägung mit ungewollten oder falschen Ergebnissen stellt jedoch noch kein dogmatisch stichhaltiges Argument gegen eine solche Anwendbarkeit dar.

Als Grundsatz muss gelten, dass auch für diejenigen Situationen, in denen dem Unionsrecht unmittelbare Drittwirkung zukommt, die Grundrechtecharta gilt, da dies im gesamten Anwendungsbereich des Unionsrechts der Fall ist.<sup>476</sup> Nimmt man diesen Grundsatz ernst, ergibt sich bezüglich der Anwendbarkeit gewisser einschlägiger Unionsgrundrechte<sup>477</sup> im Bereich der Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeschränkungen aus dogmatischer Sicht kein Grund, von den sonst geltenden Vorgaben der in dieser Hinsicht überzeugenden Rechtsprechung<sup>478</sup> des EuGH abzuweichen, wenn es um die Anwendung von Grundfreiheiten mit unmittelbarer Drittwirkung geht. Somit sind die Unionsgrundrechte hier anwendbar.<sup>479</sup> Dies ist auch rechtspolitisch überzeugend, ergeben sich doch aus der unmittelbaren Drittwirkung von Grundfreiheiten verstärkt Konfliktsituationen zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten.<sup>480</sup>

Fraglich ist hingegen, ob sich hieraus dogmatisch zwingend die unmittelbare Drittwirkung der Unionsgrundrechte ergibt. Vorgebracht wird, dass es sich ledig-

474 Abschnitt D.II.1.

475 *Saffjan/Miklaszewicz*, *European Review of Private Law* 2010, 475 (484).

476 *Frantzou*, *European Law Journal* 2015, 657 (660).

477 Als typische Beispiele gelten hier die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Artikel 12 Grundrechtecharta), das Recht auf Kollektivverhandlungen und –maßnahmen (Artikel 20 Grundrechtecharta) oder die Privatautonomie bzw. Vertragsfreiheit als Teilgewährleistung der unternehmerischen Freiheit (Artikel 16 Grundrechtecharta), siehe auch *Nowak*, Rechtfertigungsmöglichkeiten, in: *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht - Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration*, 478. Wenig überzeugend hier *Kahl/Schwind*, *EuR* 2014, 170 (175 ff.), die argumentieren, nur die (wenigen) Unionsgrundrechte mit unmittelbarer Drittwirkung kämen hier in Frage; in Anbetracht der hier vertretenen Meinung lässt sich das Potenzial eines Unionsgrundrechts zur unmittelbaren Drittwirkung gerade erst anhand von Fällen unmittelbarer Drittwirkung einer Grundfreiheit vollumfänglich erkennen.

478 Zu dieser noch ausführlich Kapitel 6 Abschnitt D.II.1.

479 *Müller-Graff*, *EuR* 2014, 3 (25). Vgl. auch zu den vermehrt ähnlichen Ansichten in der Literatur m.w.N. *Nowak*, Rechtfertigungsmöglichkeiten, in: *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht - Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration*, 478 Fußnote 12.

480 *Reynolds*, *Common Market Law Review* 2016, 643 (661), m 13.08.2024, 17:17:47



lich um eine Auslegung einer Grundfreiheit auf Tatbestands- und auf Rechtfertigungsseite im Lichte der Grundrechte handle und nicht um eine unmittelbare Drittwirkung im eigentlichen Sinne.<sup>481</sup> Hingegen ist nicht ersichtlich, inwieweit hier nur eine Auslegung im Lichte der Grundrechte erfolgt; vielmehr wird je nach Szenario ein Grundrecht entweder als selbständiger Rechtfertigungsgrund herangezogen oder aber die Inanspruchnahme eines Rechtfertigungsgrunds anhand eines Grundrechts überprüft. In beiden Fällen fällt schwer, das Grundrecht anders als direkt anwendbar zu bezeichnen; es findet eine Abwägung mit dem Grundrecht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung statt und das einschlägige Grundrecht wirkt begrenzend auf das Verhalten des jeweiligen privaten Marktteilnehmers ein.<sup>482</sup> Mag diese Schlussfolgerung auch für manche unwillkommen sein, so drängt sich doch streng dogmatisch betrachtet auf, dies als eine unmittelbare Drittwirkung der Unionsgrundrechte zu sehen, wenngleich diese in ihren praktischen Wirkungen in den meisten Fällen kaum über die ohnehin einschlägigen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit hinausgehen dürfte.<sup>483</sup>

#### IV. Zwischenergebnis

Zusammenfassend sind die unmittelbare Drittwirkung, die mittelbare Drittwirkung, positive Verpflichtungen und auch die Möglichkeit, als Privater Schadenersatz für Unionsrechtsverletzungen von einem Mitgliedstaat zu fordern, als Alternativszenarien zu sehen. Dennoch sieht sich der Gerichtshof in gewissen Situationen aufgefordert, das besonders starke Mittel der unmittelbaren Drittwirkung zum Schutz privater Interessen im Unionsrecht einzusetzen, wenngleich damit ein bedeutender Eingriff in die Interessen anderer Privatpersonen erfolgen kann. Im Binnenmarktrecht behandelt der Gerichtshof hier gerade die Warenverkehrsfreiheit anders als andere Grundfreiheiten, was sich jedoch aufgrund des Zusammenhangs mit den Zielsetzungen des – oft parallel agierenden – Wettbewerbsrechts verstehen lässt. Weniger klar zu rechtfertigen sind Fälle im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Bei Richtlinien hingegen zeigt sich ein stark quellenbezogenes Herangehen des EuGH, der die unmittelbare Drittwirkung klar verneint und dementsprechend vergleichbare Werte unterschiedlich behandelt, je nachdem, in welcher Rechtsquelle diese umgesetzt werden; jedoch sah er sich gezwungen, eine Reihe von Alternativmaßnahmen zu entwickeln, um dem Unionsrecht dennoch zu einer gewissen Wirkung zu verhelfen.

481 Müller-Graff, EuR 2014, 3 (26); bestätigend Nowak, Rechtfertigungsmöglichkeiten, in: Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht - Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration, 482.

482 So auch mit Beispielen *Ladenburger/Vondung*, Art. 51, in: Europäische Grundrechte-Charta - Kommentar, Rn. 17 Fußnote 33.

483 Insofern ist der von Müller-Graff vorgeschlagenen Dreistufenlösung in der Substanz dennoch zuzustimmen.



Betrachtet man die Unionsgrundrechte, wird vor allem im Privatrecht die unmittelbare Drittwirkung kritisch beurteilt, jedoch letztlich ohne ein durchschlagendes Argument zu entwickeln. In der Rechtsprechung rief insbesondere die unmittelbare Drittwirkung von Unionsgrundrechten, soweit sie durch Richtlinien umgesetzt werden, skeptische Stimmen auf den Plan. Die Rechtsprechung ist hier durchaus als insgesamt nicht kohärent zu beurteilen, da unklar bleibt, warum gewisse grundrechtliche Wertungen eine besondere Behandlung erfahren; aus Perspektive des Anwendungsbereichs des Unionsrechts und der Unionsgrundrechte hingegen ist das Vorgehen des EuGH grundsätzlich stimmig. Zuletzt muss im Lichte der festgestellten weitgehenden unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten entgegen anderslautenden Stimmen in der Lehre der Schluss gezogen werden, dass im Bereich der Rechtfertigung von Einschränkungen der Grundfreiheiten auch dann die Unionsgrundrechte anwendbar sind, wenn einer Grundfreiheit unmittelbare Wirkung zukommt. Somit beeinflusst zusammengefasst die unmittelbare Drittwirkung des Unionsrechts durchaus die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte; jedoch folgt letztere weiterhin gesamthaft betrachtet dem Anwendungsbereich des Unionsrechts.

## E. Ergebnis

Im vorliegenden Kapitel war zu prüfen, ob die Interaktion zwischen gewissen Normen des Unionsrechts und den Unionsgrundrechten zu einer Verwischung der Konturen des Anwendungsbereichs des Unionsrechts führt, sodass dieser selbständig nicht mehr ohne die Unionsgrundrechte festzustellen ist und daher die Unionsgrundrechte selbst in der Lage wären, ihren eigenen Anwendungsbereich zu bestimmen. Eine Untersuchung des Verhältnisses zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten, der Unionsbürgerschaft und des Phänomens der Drittwirkung im Unionsrecht beweist hingegen, dass dem nicht so ist.

Zwar gibt es in Bezug auf Grundfreiheiten und Grundrechte Ansätze in der Lehre sowie vereinzelte Rechtsprechung, die in die Richtung einer dogmatisch fragwürdigen Verschmelzung der beiden Konzepte verweist. Jedoch differenziert das Unionsrecht nach heutigem Stand in Lehre und Rechtsprechung weitgehend überzeugend zwischen der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte, wengleich sich aus letzterer Auswirkungen auf die Grundfreiheiten ergeben mögen.

Trotz des etwas mehrdeutigen Rechtsrahmens der Unionsbürgerschaft haben auch im Bereich der letzteren die Unionsgrundrechte keine eigenständige Anwendbarkeit erlangt. Zwar erweiterte sich der Anwendungsbereich des Unionsrechts beträchtlich etwa durch die Rechtsprechung zum Freizügigkeitsrecht bzw. entwickelte der Gerichtshof darüber hinaus den eigenständigen Anwendungsbereich

reich der Unionsbürgerschaft für die Fälle einer Verwehrung des tatsächlichen Genusses des Kernbestands der durch die Unionsbürgerschaft gewährten Rechte als Konstellation. Auch dürfte sich die Unionsbürgerschaft, wenngleich das genaue Ausmaß kaum zu bestimmen ist, auf den Anwendungsbereich einzelner Grundfreiheiten ausgewirkt haben. Trotz Forderungen nach einer gesamthaften Konvergenzlösung von Freizügigkeitsrecht und Grundfreiheiten mit damit verbundener massiver Ausweitung der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte kann jedoch in der Rechtsprechung weiterhin eine dogmatisch überzeugende Trennung zwischen den Fragen der Anwendbarkeit der Unionsbürgerschaft und der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte festgestellt werden, die daher weiterhin vom Anwendungsbereich des Unionsrechts abhängig gemacht wird.

Das nicht unumstrittene Phänomen der unmittelbaren Drittwirkung des Unionsrechts bringt ebenfalls Auswirkungen für die Unionsgrundrechte mit sich, führt jedoch nicht dazu, dass die Unionsgrundrechte selbständig den eigenen Anwendungsbereich in Bezug auf die Mitgliedstaaten determinieren können. Während bei Richtlinien der Gerichtshof quellenbezogen jegliche unmittelbare Drittwirkung ausschließt, bejaht er diese differenziert bei den einzelnen Grundfreiheiten. Den Unionsgrundrechten hingegen kann nur dann unmittelbare Drittwirkung zukommen, wenn sie durch eine Richtlinie umgesetzt werden, wobei die genaue Herangehensweise des EuGH nicht immer völlig stimmig ist. Darüber hinaus haben sie unmittelbare Drittwirkung, wenn sie im Bereich der Rechtfertigung von Einschränkungen von Grundfreiheiten mit unmittelbarer Drittwirkung zum Einsatz kommen. In beiden Fällen hängt ihre Anwendbarkeit somit jedoch vom Anwendungsbereich des Unionsrechts als solchem ab und ergibt sich keine konzeptuelle Verwischung dieses Grundsatzes.

Letztlich entsteht somit ein überzeugendes Bild der Trennung der Frage des Anwendungsbereichs des Unionsrechts von den Unionsgrundrechten, deren Anwendbarkeit erst durch die Eröffnung des Ersteren bedingt wird. Zugleich bleibt hier zu hoffen und zu fordern, dass der EuGH das komplexe Gebilde der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte nicht auf tönernen Füßen stellt, indem in Bezug auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts problematische Lösungen gewählt werden. Zu vermeiden wäre insbesondere eine eigene Art von Unschärferelegation im Unionsrecht, indem nämlich der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte deswegen nicht klar zu erkennen wäre, weil bereits der Anwendungsbereich des Unionsrechts zu unscharf konturiert ist. In der Folge soll diesem Problem hingegen nicht weiter nachgegangen werden, da sich auf der Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse rechtfertigen lässt, nunmehr den rechtlichen Kontext einer Typologie der Bindungskonstellationen der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte darzustellen und eine solche Typologie zu schaffen.