

Schriften zum Europäischen Recht

---

Band 160

# Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt

Von

Stefanie Valta



Duncker & Humblot · Berlin

STEFANIE VALTA

## Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt

# Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

**Siegfried Magiera · Detlef Merten**

**Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann**

Band 160

# Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt

Von

Stefanie Valta



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg  
hat diese Arbeit im Sommersemester 2011  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 16

Alle Rechte vorbehalten  
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0937-6305  
ISBN 978-3-428-13772-5 (Print)  
ISBN 978-3-428-53772-3 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-83772-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Meinen Großeltern  
Helga und Günther Girrlleit*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand in ihren wesentlichen Zügen während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Ute Mager am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht der Universität Heidelberg. Sie wurde im Sommersemester 2011 an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt zuvorderst meiner Doktormutter, Prof. Dr. Ute Mager. Sie gab die Anregung zum Thema dieser Arbeit. Die Gespräche mit ihr bereicherten die Arbeit stets. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die darin enthaltenen hilfreichen Hinweise bin ich Prof. Dr. Wolfgang Kahl sehr verbunden. Prof. Dr. Ekkehart Reimer danke ich für die Gastfreundschaft an seinem Lehrstuhl. Den Herausgebern Prof. Dr. Siegfried Magiera, Prof. Dr. Detlef Merten, Prof. Dr. Matthias Niedobitek und Prof. Dr. h.c. Klaus-Peter Sommermann möchte ich für die Aufnahme meiner Dissertation in die Reihe „Schriften zum Europäischen Recht“ danken.

Mein Mann Matthias, meine Eltern Petra und Rainer nahmen die Mühen des Korrekturlesens auf sich. Sie haben mich bei meinem Vorhaben stets unterstützt und bestärkt. Die Kraft und Zuversicht, die mir mein Mann in den Höhen und Tiefen des Lebens zuteil werden lässt, haben das Gelingen dieser Arbeit entscheidend beeinflusst. Tiefer Dank gilt meinen Großeltern Helga und Günther Girrleit für ihre liebevolle Unterstützung auf meinem gesamten Lebensweg. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Die Arbeit wurde im Jahr 2012 mit dem Ruprecht-Karls-Preis der Stiftung Universität Heidelberg ausgezeichnet. Die Drucklegung der Arbeit wird aus Mitteln der Hans-Jäckh-Stiftung von der Stadt Heilbronn gefördert.

Frankfurt am Main, im Mai 2012

*Stefanie Valta*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	23
A. Anlass dieser Arbeit	24
B. Gegenstand der Untersuchung	26
C. Gang der Untersuchung	27
<i>1. Teil</i>	
<b>Die Unionsrechtsordnung als System</b>	29
A. Methodenvielfalt und -offenheit	29
I. Einheitliche Methodik des Unionsrechts?	30
II. Institutionalisierte Methodenvielfalt	31
III. Umgang mit nationalen (Vor-)Prägungen	32
B. Unionsrechtsordnung und Systembegriff	33
I. Die Einheit der Unionsrechtsordnung	36
1. Einheit des Erkenntnisobjektes durch Anwendung eines einheitlichen Erkenntnisverfahrens	36
2. Positive Begründungen der Einheit des Erkenntnisobjekts „Recht“	37
a) Begründungen einer formalen Einheit	38
aa) Herleitung über den Staatswillen	38
bb) Herleitung über die Grundnorm: Hans Kelsen	39
b) Begründung einer materiellen Einheit	40
aa) Rechtssicherheit	41
bb) Gleichbehandlungsgrundsatz	42
c) Positivrechtliche Begründung aus den Verträgen	45
d) Die Lücke als Bestandteil des Systems und Dynamik als Wesensmerkmal der Unionsrechtsordnung	46
II. Die Kohärenz der Unionsrechtsordnung	48
1. Normwidersprüche	48
2. Wertungswidersprüche	51
a) Herleitung aus dem Gebot der Rechtssicherheit	52
b) Herleitung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz	53
c) Positivrechtliche Verankerung eines unionalen Kohärenzgebotes in den Verträgen	56
III. Einheit und Ordnung als Grundlage der Dogmatik	56

1. Begriff der Dogmatik .....	56
2. Formelle Dogmatik als Instrument zur Realisierung der Einheit und Ordnung der Unionsrechtsordnung .....	59
C. Zusammenfassung: Die Unionsrechtsordnung als System .....	60
I. Methodenvielfalt und -offenheit .....	60
II. Unionsrechtsordnung und Systembegriff .....	60
1. Die Einheit der Unionsrechtsordnung .....	60
2. Die Kohärenz der Unionsrechtsordnung .....	61
3. Einheit und Ordnung als Grundlage der Dogmatik .....	62

## *2. Teil*

### **Die Dogmatik der Grundfreiheiten** 63

A. Grundfreiheiten: Oberbegriff für die klassischen Marktfreiheiten und das allgemeine Freizügigkeitsrecht .....	63
I. Das traditionelle Verständnis der Grundfreiheiten als „Marktbürger- rechte“ .....	64
1. Einheitliche Strukturen der Marktfreiheiten .....	66
2. Marktfreiheiten als Grundrechte? – Das grenzüberschreitende Element als wesensprägendes Unterscheidungsmerkmal .....	66
II. Das allgemeine Diskriminierungsverbot und das allgemeine Freizügig- keitsrecht als Grundfreiheiten .....	70
III. Grundfreiheiten als Optimierungsgebote .....	72
B. Einheitliche Strukturen der Grundfreiheiten .....	72
I. Anwendungsbereich .....	73
1. Sachlicher Anwendungsbereich .....	74
a) Allgemeines Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EG) .....	74
aa) Unionskompetenzen .....	75
bb) Sekundärrecht .....	76
cc) Komplementärrecht .....	76
dd) Ziele der Union, Art. 3 EUV .....	77
ee) Akzessorität zur Marktfreiheitenausübung .....	78
ff) Gebrauch des allgemeinen Freizügigkeitsrechts .....	78
gg) Rekonzeptionierung des allgemeinen Diskriminierungsver- botes nach Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EG) als marktakzes- sorisches Diskriminierungsverbot .....	79
b) Das allgemeine Freizügigkeitsrecht, Art. 21 AEUV (ex-Art. 18 EG) .....	82
aa) Unmittelbare Anwendbarkeit .....	83
bb) Grundgewährleistung: Fortbewegung und Aufenthalt .....	84
cc) Inländergleichbehandlungsansprüche .....	85
(1) Soziale Begleitrechte .....	85

(2) Studierendenfreizügigkeit .....	87
(3) Versuche zur tatbestandlichen Einschränkung .....	87
c) Bereichsausnahmen .....	91
2. Grenzüberschreitendes Element .....	92
a) Marktfreiheiten .....	92
b) Allgemeines Freizügigkeitsrecht .....	94
c) Allgemeines Diskriminierungsverbot .....	102
II. Beeinträchtigung .....	103
1. Trennscharfe Abgrenzung zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsgehalt? .....	103
2. Diskriminierungsgehalt .....	108
a) Vergleichsgruppenbildung .....	109
aa) 1. Phase: Inländergleichbehandlungsanspruch .....	109
bb) 2. Phase: Gebrauch des Freizügigkeitsrechts .....	110
cc) 3. Phase: Vergleich zweier grenzüberschreitender Sachverhalte? .....	111
b) Offene und versteckte Diskriminierung .....	112
3. Beschränkungsgehalt .....	113
a) Die Erweiterung der Marktfreiheiten zu Beschränkungsverboten – Modell für das allgemeine Freizügigkeitsrecht .....	113
b) Begrenzung des Gewährleistungsinhaltes auf Marktzugang bzw. Zugang zu den Mitgliedstaaten .....	116
aa) Marktfreiheiten .....	116
bb) Allgemeines Freizügigkeitsrecht .....	118
III. Rechtfertigung .....	119
1. Überhaupt Eintritt in die Rechtfertigungsprüfung? .....	119
a) Absoluter Beeinträchtigungsschutz .....	119
aa) Allgemeines Diskriminierungsverbot .....	120
bb) Absoluter Schutz vor offenen Diskriminierungen bei Art. 18 AEUV? .....	120
b) Tatbestands- oder Rechtfertigungsfrage? .....	122
2. Rechtfertigungsgründe .....	123
a) Differenzierung nach Art der Grundfreiheit .....	123
aa) Marktfreiheiten .....	123
(1) Geschriebene Rechtfertigungsgründe .....	123
(a) Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit .....	124
(b) Die speziellen Rechtfertigungsgründe .....	124
(2) Der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls .....	125
bb) Allgemeines Diskriminierungsverbot .....	126
cc) Allgemeines Freizügigkeitsrecht .....	127
b) Differenzierung nach Art der Beeinträchtigung .....	130

aa) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe und diskriminierende Maßnahmen .....	130
bb) Rechtfertigung offener Diskriminierungen .....	131
3. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranken-Schranke der Grundfreiheiten .....	131
C. Zusammenfassung: Die Dogmatik der Grundfreiheiten .....	133
I. Grundfreiheiten als Oberbegriff für die Marktfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsverbot und das allgemeine Freizügigkeitsrecht .....	133
II. Einheitliche Strukturen .....	134
1. Anwendungsbereich .....	134
2. Beeinträchtigung .....	134
3. Rechtfertigung .....	135

### 3. Teil

<b>Die Dogmatik der unionalen Kompetenzbestimmungen</b> .....	136
A. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als grundlegendes Strukturprinzip der Union .....	136
I. Bedeutungsinhalt .....	137
II. Funktion .....	138
1. Verbandskompetenz: Die Schlüsselfunktion der Kompetenz für die demokratische Legitimation supranationaler Hoheitsgewalt .....	139
2. Organkompetenz: Gewährleistung eines institutionellen Gleichgewichts .....	144
III. Materielles oder formelles Kompetenzverständnis? .....	145
1. Gegenüberstellung der Kompetenzbegriffe .....	145
a) Formelles Kompetenzverständnis: Die Handlungsermächtigung als essentielles Element .....	145
b) Materielles Kompetenzverständnis: Grundfreiheiten als „negative Kompetenzen“? .....	146
2. Der Begriff der Kompetenz in den Unionsverträgen .....	148
IV. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung: Regel oder Prinzip? .....	149
B. Die Verbandskompetenzbestimmungen: Systematisierung .....	150
I. Die zentrale Bedeutung der Unionsziele für die unionale Kompetenzordnung .....	151
II. Systematisierung der Kompetenzbestimmungen .....	153
1. Kompetenzumfang .....	153
a) Vertragsänderungskompetenz, Art. 48 EUV .....	153
b) Rechtsetzungskompetenzen .....	154
aa) Ausschließliche Rechtsetzungskompetenzen .....	154
bb) Geteilte Rechtsetzungskompetenzen .....	156
c) Koordinierungs- und Förderbefugnisse .....	157

aa) Koordinierungskompetenzen .....	158
bb) Fördermaßnahmen .....	160
cc) Gemeinsamkeiten .....	161
2. Sachbereichsbezug .....	162
a) Final ausgerichtete Befugnisnormen ohne Sachbereichszuweisung .....	162
aa) Generalklauseln .....	163
(1) Erleichterung der Ausübung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, Art. 21 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 18 Abs. 2 EG) .....	163
(2) Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, Art. 114, 115 AEUV (ex-Art. 94, 95 EG) .....	164
(3) Vertragsabrundungskompetenz, Art. 352 AEUV (ex-Art. 308 EG) .....	166
bb) Querschnittskompetenzen .....	167
b) Sachbereichsbezogene Kompetenzen .....	168
3. Zuständigkeitsvorbehalte .....	168
a) Systematisierung .....	168
aa) Kompetenzausübungsschranken des Unionshandelns .....	169
(1) Harmonisierungsverbote .....	169
(2) Geltungsausnahmen .....	169
(3) Gemeinsamkeiten .....	170
bb) Deklaratorische Hinweise auf die mitgliedstaatliche Zuständigkeit .....	170
(1) Verantwortungsvorbehalte .....	170
(2) Bloße Zuständigkeitshinweise .....	171
(3) Unterschiede .....	171
b) Anwendungsbereich .....	171
aa) Harmonisierungsverbote .....	172
bb) Geltungsausnahmen .....	173
cc) Deklaratorische Hinweise auf die mitgliedstaatliche Zuständigkeit .....	175
III. Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten in Referenzgebieten .....	175
1. Sozialpolitik, Art. 151 ff. AEUV (ex-Art. 136 ff. EG) .....	176
2. Bildung, Art. 165 f. AEUV (ex-Art. 149 f. EG) .....	183
3. Kultur, Art. 167 AEUV (ex-Art. 151 EG) .....	190
4. Gesundheit, Art. 168 AEUV (ex-Art. 152 EG) .....	191
5. Strafrecht und Strafverfahrensrecht, Art. 82 ff. AEUV .....	195
6. Internationales Privatrecht, Art. 81 AEUV (ex-Art. 65 EG) .....	200
7. Steuern, Art. 110 bis 113 AEUV (ex-Art. 90 bis 93 EG) .....	202
8. Datenschutzrecht, Art. 16 AEUV (ex-Art. 286 EG) .....	205

C. Die Organkompetenz der Unionsgerichtsbarkeit .....	207
I. Grenzen aus dem Auslegungsbegriff .....	208
1. Die Befugnis der Unionsgerichtsbarkeit zur „Wahrung des Rechts“, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV (ex-Art. 220 EG) .....	208
a) Wortlaut des Vertrages: Anknüpfung an den kontinentaleuropä- isch vorgeprägten Begriff der Auslegung .....	209
b) Vertragsmaterialien: Entscheidung für einen verwaltungsexternen Rechtsschutz unter Anlehnung an das Modell des französischen Conseil d’Etat .....	210
c) Systematische Auslegung: Bestätigung des weiten Auslegungs- begriffes unter Bezugnahme auf Art. 340 AEUV (ex-Art. 288 EG) und Art. 6 Abs. 3 EUV (ex-Art. 6 Abs. 2 EG) .....	212
d) Praxis der Unionsgerichtsbarkeit .....	214
aa) Urteilsformulierungen: Das Selbstverständnis der Unions- gerichtsbarkeit als Rechtserkenntnisorgan .....	215
bb) Rechtsquellenqualität der Urteile der Unionsgerichtsbar- keit? .....	216
(1) Rechtsquellenbegriff .....	217
(2) Die rechtsetzende Funktion des Richters im Common Law .....	219
(3) Die Unionsgerichtsbarkeit: Parallelen zu Common-Law- Gerichten .....	224
(a) Entwicklungsoffenheit der Verträge und die gestal- tende Funktion der Unionsgerichtsbarkeit .....	224
(b) Denken vom Fall .....	229
(c) Zumindest faktische Bindungswirkung der Entschei- dungen .....	229
(4) Verteidigung der Rechtserkenntnislehre .....	232
(a) Institutionelles Gleichgewicht .....	232
(b) Normrangerhaltende Konkretisierung mit Rückwir- kung auf den Normerlass .....	233
2. Funktionsgrenzen der Auslegung .....	235
a) Entwickelbarkeit des Auslegungsergebnisses mittels einer recht- lichen Argumentation aus dem geschriebenen Recht .....	236
aa) Hintergrund: Demokratische und sachlich-rationale Legiti- mation .....	236
bb) Präzisierung des Begriffs der rechtlichen Argumentierbarkeit 237	
(1) Anwendung zumindest eines Auslegungscanons .....	237
(2) Rechtliche Argumentierbarkeit oder tatsächliche recht- liche Argumentation? .....	239
(3) Wortlautgrenze .....	239
(4) Beschränkung auf Verbote? .....	240
b) Entscheidungserheblichkeit .....	241
II. Grenzen aus dem Verhältnis zwischen Normsetzung und Auslegung? ...	242

1. Nationale Vorstellungen von dem Parlament vorbehaltenen Entscheidungen .....	243
a) Wesentlichkeitstheorie .....	243
b) Parlamentsvorbehalt .....	244
2. Übertragbarkeit dieser Konzepte auf Unionsebene? .....	244
a) Wesentlichkeitslehre .....	244
b) Parlamentsvorbehalt .....	245
aa) Das institutionelle Gleichgewicht als unionsrechtliches „Gewaltenteilungsprinzip“ .....	245
bb) Demokratieprinzip .....	247
(1) Vorbehalt der wesentlichen Vertragsänderungen für die Mitgliedstaaten .....	247
(2) Vorbehalt wesentlicher Entscheidungen für den Unionsgesetzgeber? .....	249
(3) Verbot einer Ersatzgesetzgebungsbefugnis? .....	250
3. Positive und negative Integration .....	252
D. Zusammenfassung: Die Dogmatik der unionalen Kompetenzbestimmungen	257
I. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung .....	257
1. Bedeutung .....	257
2. Funktion .....	257
3. Materielles oder formelles Kompetenzverständnis? .....	258
II. Die Verbandskompetenzen .....	258
1. Die zentrale Bedeutung der Unionsziele für die unionale Kompetenzordnung .....	258
2. Systematisierung .....	258
a) Kompetenzumfang .....	258
b) Sachbereichsbezug .....	259
c) Zuständigkeitsvorbehalte .....	259
3. Verteilung der Zuständigkeiten in Referenzgebieten .....	260
a) Sozialpolitik .....	260
b) Bildung .....	261
c) Kultur .....	261
d) Gesundheitswesen .....	261
e) Strafrecht- und Strafverfahrensrecht .....	262
f) Internationales Privatrecht .....	262
g) Steuerrecht .....	263
h) Datenschutzrecht .....	263
III. Die Organkompetenz der Unionsgerichtsbarkeit – Grenzen aus dem Begriff der Auslegung .....	263
1. Die Befugnis der Unionsgerichtsbarkeit zur „Wahrung des Rechts“ .....	263
2. Funktionsgrenzen der Auslegung .....	264
3. Grenzen aus dem Verhältnis zwischen Normsetzung und Auslegung? .....	264



## 4. Teil

**Auslegung und Kompetenz**

266

A.	Möglichkeit und Erforderlichkeit einer Grundfreiheitsauslegung im Lichte der Kompetenzordnung .....	266
I.	Kein Normwiderspruch .....	267
II.	Wertungswiderspruch zwischen der Begrenztheit der Unionsrechtsordnung und unbegrenzter Grundfreiheitsauslegung .....	267
1.	Ausfüllung des unbestimmten Rahmens – eine machtvollere Position als Normsetzung .....	268
2.	Die Wechselwirkung positiver und negativer Integration .....	269
3.	Umkehr der Zulässigkeitsvermutung .....	271
4.	Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Optimierungsgebot .....	272
B.	Auslegung des grundfreiheitlichen Anwendungsbereichs im Lichte der Verbandskompetenzen .....	273
I.	Anerkannte Fallgruppen .....	273
1.	Setzung von einheitlichem Recht nur im Rahmen der Art. 114, 115 AEUV (ex-Art. 94, 95 EG) .....	273
a)	Grenzüberschreitendes Element .....	274
b)	Vergleichsgruppenbildung beim Diskriminierungsgehalt der Grundfreiheiten .....	275
c)	Begrenzung des Beschränkungsgehaltes auf (Markt-)Zugangsregeln .....	276
2.	Die Vertragsänderung als eine den Mitgliedstaaten vorbehaltene Befugnis .....	276
a)	Die wesentliche Vertragsänderung als allgemeine Auslegungsgrenze .....	276
b)	Wesentliche Änderung des Systems der Grundfreiheiten .....	278
aa)	Bestimmung des wesentlichen Gehalts der Grundfreiheiten mit Hilfe der Vertragsziele .....	278
bb)	Wesensprägende Elemente der Grundfreiheiten .....	280
(1)	Marktentkoppelung? .....	280
(2)	Die Unentbehrlichkeit eines grenzüberschreitenden Bezugs .....	281
3.	Argumentation mit Kompetenznormen zur Eröffnung des grundfreiheitlichen Anwendungsbereichs .....	283
4.	Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes anstatt der Dienstleistungsfreiheit: Der Hochschulunterricht .....	284
II.	Weitergehende systematische Einschränkungen im grundfreiheitlichen Anwendungsbereich? .....	285
1.	Aufgabe der Casagrande-Formel? .....	285
a)	Kompetenzabhängigkeit der Marktfreiheiten? .....	286

b) Bestand einer Unionskompetenz als Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereiches des allgemeinen Freizügigkeitsrechts? .....	288
2. Zuständigkeitsvorbehalte als grundfreiheitliche Bereichsausnahmen? .....	290
a) Kompetenzausübungsschranken des Unionshandelns .....	290
aa) Harmonisierungsverbote .....	290
bb) Geltungsausnahmen .....	291
b) Deklaratorische Hinweise auf die mitgliedstaatliche Zuständigkeit .....	293
III. Zwischenergebnis .....	294
C. Die Rechtfertigungsprüfung als Ort eines Ausgleichs zwischen Integration und demokratischer Legitimation .....	295
I. Funktion der Rechtfertigungsprüfung in der Dogmatik der Grundfreiheiten .....	295
II. Kompetenzberücksichtigende Auslegungen auf Rechtfertigungsebene ..	296
1. Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten? .....	296
2. Erweiterung der Rechtfertigungsgründe .....	297
3. Kein faktisches Leerlaufen mitgliedstaatlicher Gestaltungskompetenz: Die erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts ..	298
4. Zwischenergebnis .....	298
III. Grundrechte in der Grundfreiheitendogmatik .....	299
1. Die Unionsgrundrechte als Schranken-Schranke der Grundfreiheiten	300
2. Unionsgrundrechte als Schranke der Grundfreiheiten .....	301
3. Auslegung der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe .....	302
IV. Die Kompetenzordnung als vertragsimmanente Schranke der Grundfreiheiten .....	303
1. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als ein den Grundfreiheiten gleichrangiger Wert .....	304
2. Die Kompetenzordnung als allgemeine Schranke der Grundfreiheiten? .....	306
3. Geltungsausnahmen und deklaratorische Hinweise auf die mitgliedstaatliche Zuständigkeit als Grundfreiheitschranken .....	308
a) Soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Unionsbürger, ex Art. 18 Abs. 3 EG .....	313
b) Erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit, Art. 153 Abs. 4 I. Spiegelstrich AEUV .....	314
aa) Gesundheitsleistungen als Dienstleistungen in Kostenerstattungssystemen – die Rechtssachen <i>Decker</i> und <i>Kohll</i> für ambulante und Vanbraekel für stationäre Behandlungen ....	315
bb) Gesundheitsdienstleistungen in Sachleistungssystemen – Smits und Peerbooms .....	316

cc)	Erstattungspflichten in Sachleistungssystemen – die Verschärfung der unionalen Anforderungen in <i>Müller-Fauré und van Riet</i> .....	319
c)	Grundprinzipien des Systems der sozialen Sicherheit, Art. 153 Abs. 4 1. Spiegelstrich AEUV .....	321
aa)	Rechtfertigung in den Rechtssachen <i>Müller-Fauré und van Riet</i> .....	322
bb)	Genehmigungen für Krankenhausbehandlungen weiter verhältnismäßig – die Rechtssache <i>Watts</i> .....	324
cc)	Patientenmobilität in Sachpflegeleistungssystemen? – Die Rechtssache <i>von Chamier-Glisczinski</i> .....	326
dd)	Erstattungspflichten bei ungeplanten Behandlungen – das Vertragsverletzungsverfahren gegen Spanien .....	328
d)	Gesundheitspolitik, Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung, Art. 168 Abs. 7 AEUV .....	331
aa)	Direktbelieferung von Krankenhäusern mit pharmazeutischen Produkten – Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland .....	332
bb)	Das Fremdbesitzverbot – das Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien und das Vorabentscheidungsverfahren Apothekerkammer des Saarlandes .....	333
cc)	Territoriale Verteilung der Apotheken – Rechtssachen <i>Blanco Pérez und Chao Gómez</i> .....	336
e)	Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht, Streikrecht sowie Aussperrungsrecht, Art. 153 Abs. 5 AEUV .....	338
f)	Status der Kirchen, der religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften, der weltanschaulichen Gemeinschaften, Art. 17 AEUV .....	343
g)	Lehrinhalte und Gestaltung des Bildungssystems, Art. 165 Abs. 1 AEUV .....	344
4.	Das Fehlen einer sachbereichsbezogenen unionalen Kompetenz als Schranke des allgemeinen Freizügigkeitsrechts .....	344
a)	Dogmatische Begründung .....	345
aa)	Mangel eines detaillierten Rechtfertigungsregimes .....	346
bb)	Konstitutionalisierung kompetenzgebundenen Sekundärrechts und Umkehr der Zulässigkeitsvermutung zu Lasten mitgliedstaatlicher Regelung .....	348
cc)	Politische Mitbestimmung als Teilziel der Errichtung eines Europas der Bürger .....	350
dd)	Wechselwirkung positiver und negativer Integration nur für Binnenmarkt und sozialpolitische Ziele .....	351
ee)	Stärkung der Akzeptanz richterlicher Rechtsfortbildung durch Offenlegung der kompetenzrechtlichen Dimension der Auslegung .....	351
b)	Die Schrankenfunktion fehlender Unionskompetenz – Präzisierung .....	352

aa)	Anwendungsbereich .....	352
	(1) Schrankendogmatik und Freizügigkeitsrichtlinie .....	352
	(a) Das allgemeine Freizügigkeitsrecht als bloßer Auf- fangtatbestand für die nicht in der Richtlinie 2004/38/EG geregelten Sachverhaltskonstellationen	352
	(b) Grundsätzliche Unanwendbarkeit der vorgeschlagenen Schrankendogmatik im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/38/EG .....	353
	(c) Ausnahme: Anwendbarkeit des Schrankenregimes auf den Inländergleichbehandlungsanspruch nach Art. 24 Richtlinie 2004/38/EG .....	354
	(d) Unanwendbarkeit der Richtlinie im Fall eines Ver- lustes von Ansprüchen .....	355
	(e) Zwischenergebnis .....	357
	(2) Beschränkung auf sachbereichsbezogene Rechtsetzungs- kompetenzen .....	357
bb)	Modifikation der Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	358
	(1) Entfall einer Verhältnismäßigkeitsprüfung? .....	358
	(2) Einschätzungsprärogative und Modifikation der Darle- gungs- und Beweislastregeln zu Gunsten der Mitglied- staaten .....	359
	(3) Angemessenheitsprüfung? .....	363
cc)	Neubestimmung des Rechtfertigungsmaßstabes des allge- meinen Freizügigkeitsrechts – Zusammenfassung .....	363
c)	Die Schrankenfunktion fehlender Unionskompetenz in der Rechtsanwendung .....	364
	aa) Recht auf Aufenthalt und freie Bewegung innerhalb des Unionsgebietes .....	364
	bb) Studierenden- und Lehrendenfreizügigkeit .....	366
	(1) Der Minerval – Forchieri, Gravier und Blai Zot .....	367
	(2) Zugang nur bei Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen für den Studiengang im Heimatmitgliedstaat – die Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien und Öster- reich .....	371
	(3) Ausländerquoten II – Bressol und Chaverot .....	380
	(4) Studienbeihilfen – Lair, Brown, Wirth, Bidar, Morgan und Bucher, Förster .....	383
	(5) Steuerfreiheit von Übungsleitervergütungen an inländi- schen Hochschulen – Jundt .....	390
	(6) Steuerliche Abzugsfähigkeit von Teilnahmekosten für Hochschulunterricht – Zanotti .....	394
cc)	Rechte im Strafrecht und Strafverfahrensrecht .....	395

(1) Entschädigung für die Opfer von Gewalttaten – Cowan und Wood .....	395
(2) Recht auf ein Strafverfahren in deutscher Sprache – Bickel und Franz .....	398
dd) Kultur .....	400
ee) Sozialrecht .....	403
(1) Erziehungsgeld nur bei förmlicher Aufenthaltserlaubnis – Martínez Sala .....	404
(2) Sozialhilfe – Grzelczyk und Trojani .....	407
(3) Überbrückungsgeld für Berufsanfänger – D’Hoop und Ioannidis .....	413
(4) Leistungen für zivile Kriegsoffer – Tas-Hagen, Nerkowska und Zablocka-Weyhermüller .....	415
ff) Namensrecht und Internationales Privatrecht .....	420
(1) Ausschließliche Anwendung eigenen Namensrechts für eigene Staatsangehörige mit doppelter Staatsangehörigkeit – Garcia Avello .....	421
(2) Verbot von Doppelnamen für Kinder eigener Staatsangehöriger – Grunkin und Paul .....	423
(3) Nichtanerkennung eines durch Adoption erworbenen Adelstitels – Sayn-Wittgenstein .....	426
(4) Recht auf einen transliterierten Namen – Runevič-Vardyn und Wardyn .....	427
gg) Direkte Steuern .....	428
(1) Unbeschränkte Steuerpflicht für eine im Ausland wohnende Ruhegeldbezieherin – Turpeinen .....	430
(2) Steuerliche Abzugsfähigkeit von Krankenversicherungsleistungen – Ruffler .....	433
hh) Datenschutzrecht .....	434
D. Zusammenfassung: Auslegung und Kompetenz .....	436
I. Eine systematische Auslegung der Grundfreiheiten im Lichte der Kompetenzen ist möglich und erforderlich .....	436
II. Auslegung des grundfreiheitlichen Anwendungsbereiches im Lichte der Verbandskompetenzen .....	438
1. Anerkannte Fallgruppen .....	438
a) Setzung einheitlichen Rechts allein auf Grundlage von Art. 114, 115 AEUV .....	438
b) Vertragsänderung als den Mitgliedstaaten vorbehalten Befugnis ..	438
c) Argumentation mit Kompetenznormen zur Eröffnung des grundfreiheitlichen Anwendungsbereiches .....	439
d) Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes anstatt der Dienstleistungsfreiheit im Bildungsbereich .....	439
2. Keine weitergehenden Einschränkungen des grundfreiheitlichen Anwendungsbereiches .....	439

a) Die Kompetenzunabhängigkeit der Marktfreiheiten .....	439
b) Keine Revision der Casagrande-Formel in Bezug auf das all- gemeine Freizügigkeitsrecht .....	440
III. Die Rechtfertigungsprüfung als Ort eines Ausgleiches zwischen der Ef- fektivität der Grundfreiheiten und dem Prinzip der begrenzten Einzel- ermächtigung .....	440
1. Funktion der Rechtfertigungsprüfung .....	440
2. Auslegung der Rechtfertigungsebene im Lichte der Kompetenzen ..	440
3. Die Grundrechte in der Grundfreiheitendogmatik .....	441
4. Die Kompetenzordnung als vertragsimmanente Schranke der Grund- freiheiten .....	441
a) Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als ein den Grundfreiheiten gleichrangiger Wert .....	441
b) Die Kompetenzordnung als allgemeine Schranke der Grundfrei- heiten? .....	441
c) Die Geltungsausnahmen und die deklaratorischen Hinweise auf die mitgliedstaatliche Zuständigkeit als Schranken der Grundfrei- heiten .....	442
d) Das Fehlen einer sachbereichsbezogenen Rechtsetzungskompetenz der Union als Schranke des allgemeinen Freizügigkeitsrechts ...	443

*5. Teil*

**Thesen und Ausblick**

448

A. 1. Teil: Die Unionsrechtsordnung als System .....	449
I. Institutionalisierte Methodenvielfalt .....	449
II. Unionsrechtsordnung und Systembegriff .....	449
1. Die Einheit der Unionsrechtsordnung .....	449
2. Die Kohärenz der Unionsrechtsordnung .....	450
3. Dogmatik .....	450
B. 2. Teil: Die Dogmatik der Grundfreiheiten .....	451
I. Grundfreiheiten als Oberbegriff für die Marktfreiheiten und das all- gemeine Freizügigkeitsrecht .....	451
II. Einheitliche Strukturen der Grundfreiheiten .....	451
C. 3. Teil: Die Dogmatik der unionalen Kompetenzbestimmungen .....	452
I. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als grundlegendes Strukturprinzip der Union .....	452
II. Die Verbandskompetenzen .....	453
III. Die Organkompetenz der Unionsgerichtsbarkeit .....	454
D. 4. Teil: Auslegung und Kompetenz .....	456
I. Möglichkeit und Erfordernis einer Grundfreiheitenauslegung im Lichte der Kompetenzordnung .....	456

II. Die Auslegung des Anwendungsbereiches der Grundfreiheiten im Lichte der Verbandskompetenzen .....	457
III. Die Rechtfertigungsprüfung als Ort eines Ausgleiches zwischen Integration und demokratischer Legitimation .....	459
1. Funktion der Rechtfertigungsprüfung .....	459
2. Kompetenzberücksichtigende Auslegungen der Unionsgerichtsbarkeit .....	459
3. Grundrechte in der Grundfreiheitendogmatik .....	459
4. Die Kompetenzordnung als vertragsimmanente Schranke der Grundfreiheiten .....	459
a) Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als ein den Grundfreiheiten gleichrangiger Wert .....	459
b) Die Kompetenzordnung als allgemeine Schranke der Grundfreiheiten? .....	460
c) Geltungsausnahmen und deklaratorische Hinweise auf die mitgliedstaatliche Zuständigkeit als Schranken der Grundfreiheiten ..	460
d) Das Fehlen einer sachbereichsbezogenen Unionskompetenz als Schranke des allgemeinen Freizügigkeitsrechts .....	461
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	466
<b>Sachverzeichnis</b> .....	498

## Einleitung

Einen Konflikt der Grundfreiheiten mit der Europäischen Kompetenzordnung dürfte es nicht geben. Es handelt sich „nur“ um Vertragsauslegung. Dem Wortlaut des Vertrages wird eine Bedeutung zugerechnet, die er bereits in sich trägt. Daher ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Bestand einer Unionskompetenz weder für den Anwendungsbereich, noch in sonstiger Weise für die Grundfreiheitenauslegung von Relevanz. Kommt es für die Grundfreiheitenauslegung auf den Bestand einer Unionskompetenz nicht an, so kann es einen Verstoß gegen die und mithin einen Konflikt mit der Kompetenzordnung nicht geben. Indem die Herren der Verträge – die Mitgliedstaaten – die Grundfreiheiten in den Vertrag aufnahmen und die Unionsgerichtsbarkeit mit der Auslegung der Grundfreiheiten betrauten, stimmten sie jeder „Erkenntnis“ aus dem Vertragstext zu.

Diese strenge Trennung zwischen Auslegung und sonstigem Unionshandeln, das mit dem Bestand einer Unionskompetenz „steht und fällt“, mag prima facie funktionsangemessen sein, da den Grundfreiheiten eine „Aufgangsfunktion“ zukommt. Im nichtharmonisierten Bereich sollen sie den Marktteilnehmern, nun den Unionsbürgern generell, einen Mindestbestand an Rechten gewährleisten.

Andererseits zeigt gerade die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf, dass die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsetzung zunehmend verschwimmen. Die Unionsgerichtsbarkeit gestaltet den „Traité cadre“, den spärlichen Regelungsrahmen des Vertrages, aus. Ein hohes Maß an Wertungsbed rftigkeit ist der Vertragsauslegung damit immanent. Dem Unionsgesetzgeber bleibt oftmals nicht vielmehr als reaktiv die Entwicklungen des Gerichtshofs durch Rechtsetzung nachzuvollziehen. Dies zeigt sich nun etwa wieder bei der Patientenrechterichtlinie,<sup>1</sup> in der der Unionsgesetzgeber versuchte, einerseits die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Patientenfreiz gigkeit zu kodifizieren, andererseits zurückzufahren. Oftmals ist gar die Übertragung einer Kompetenz notwendig. So führte etwa die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Sozialleistungen der Unionsbürger dazu, dass die Herren der Verträge die in ex-Art. 18 Abs. 2 EG enthaltene Ausnahme für den sozialen Schutz und die soziale Sicherheit der Unionsbürger

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABl. L 88 vom 4.4.2011, S. 45.



mit dem Vertrag von Lissabon aufgehoben, um der Gefahr von Doppelgewährleistungen und Anspruchslücken Herr zu werden. Der Gerichtshof erschließt also dem Unionsrecht Sachbereiche, auf deren Verbleib in der mitgliedstaatlichen Kompetenzsphäre die Mitgliedstaaten mit Argusaugen wachen und bereitet so häufig eine Kompetenzübertragung auf die Union vor. Es überrascht daher nicht, dass sich die jüngeren Rechtsprechungsaktivitäten der Unionsgerichtsbarkeit in Regelungsmaterien bewegen, die das Bundesverfassungsgerichts in seiner Lissabon-Entscheidung als „Aufmerksamkeitsfelder“ nannte, die so nah an der nationalen Verfassungsidentität liegen, dass dem „Ausgleich zwischen Europarechtsfreundlichkeit und Identitätswahrung“ des Grundgesetzes „besondere Aufmerksamkeit“ zu widmen ist.<sup>2</sup> Dazu zählen etwa das Strafrecht, die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen im Familienrecht oder im Schul- und Bildungsrecht.<sup>3</sup> In all diesen Bereichen sind die Mitgliedstaaten aus den Grundfreiheiten, im Besonderen aus dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht, verpflichtet, die Vorgaben des Gerichtshofes bei der Ausübung ihrer Kompetenzen zu beachten.

## A. Anlass dieser Arbeit

Dabei handelt es sich nicht um bloße Detailvorgaben. Wie umfassend die Rechtsprechung des Gerichtshofs in die mitgliedstaatliche Gestaltungautonomie in „sensiblen“ Kompetenzbereichen eingreifen kann, zeigt das Beispiel der österreichischen Hochschulzulassungen, das Anlass dieser Untersuchung war. Der unbegrenzte Hochschulzugang, nach dem jeder studierwillige Abiturient in dem von ihm gewünschten Studiengang zuzulassen ist, stellt ein Grundprinzip des österreichischen Hochschulrechts dar. Dieses Zulassungssystem geriet jedoch durch die deutschen Numerus-clausus-Flüchtlinge insbesondere in kostenintensiven Studiengängen wie der Medizin ins Wanken. Die österreichischen Hochschulen ließen daher Abiturienten mit ausländischem Schulabschluss nur dann zu, wenn diese auch in ihrem Herkunftsstaat die Voraussetzungen für den konkreten Studiengang erfüllten. Das wegen dieser „besonderen Hochschulreife“ 2005 vorläufig gegen Österreich entschiedene Vertragsverletzungsverfahren dehnte die mitgliedstaatliche Finanzierungsverantwortung auch auf die Studienanwärter mit nichtösterreichischen Hochschulzeugnissen aus, sodass das Prinzip des freien Hochschulzugangs außer Kraft gesetzt werden musste. Der Ansturm

---

<sup>2</sup> So A. Voßkuhle siehe *M. Valta*, Diskussionsbericht Antrittssymposium Peter Axer, Bernd Grzeszick, Wolfgang Kahl, Ute Mager und Ekkehart Reimer, DV Beihft 10, 2010, S. 255 (256).

<sup>3</sup> BVerfGE 123, 267 (350).

der zahlreichen deutschen Numerus-clausus-Flüchtlinge konnte nur durch Beschränkung des Hochschulzugangs und damit unter Aufgabe eines zentralen Gestaltungsprinzips des österreichischen Hochschulrechts bewältigt werden. Im Wege der Grundfreiheitenauslegung wurde eine Regelung eingeführt, die im nationalen politischen Prozess nicht hätte durchgesetzt werden können.

Zwar verstößt dieses Urteil – genauso wenig wie jede andere extensive Auslegung der Grundfreiheiten – nicht gegen die Kompetenzordnung, die die Gestaltung des Bildungswesens den Mitgliedstaaten zuweist. Es löst dennoch einen Kompetenzkonflikt aus, da die Handlungsoptionen der Mitgliedstaaten in einem Bereich, der eng mit der nationalen Kultur verwurzelt und nah an der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten angesiedelt ist, erheblich verengt werden. Diese Beschränkung der mitgliedstaatlichen Regelungsmacht bereitet langfristig – wie an den Beispielen der Patientenmobilitätsrichtlinie und der Sozialleistungen für Unionsbürger veranschaulicht – einer Unionskompetenz den Weg. Bereits das erste Urteil, das einen bestimmten Sachbereich dem Unionsrecht öffnet, löst damit den Kompetenzkonflikt aus, der nicht mehr überzeugend mit dem Hinweis auf den – in der Unionsrechtsordnung ohnehin verschwimmenden – Unterschied zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung aufgelöst werden kann.

In seiner jüngeren Rechtsprechung scheint sich der Gerichtshof diesem Kompetenzkonflikt gewahr zu werden und erhält der mitgliedstaatlichen Gestaltungsautonomie nun häufiger größeren Spielraum. So erklärte er 2010 in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien die belgische Ausländerquote für bestimmte Studiengänge nicht für unverhältnismäßig, sondern überließ die Beurteilung dem nationalen Gericht, auch wenn er diesem strenge Vorgaben an die Hand gab.<sup>4</sup> Noch weiter ging der Gerichtshof in jüngerer Zeit im Gesundheitsbereich. Er stellte fest, dass Unsicherheiten auf Sachverhaltsebene nicht zu Lasten des betroffenen Mitgliedstaates gehen.<sup>5</sup> Im Zweifel sei daher vom Bestand des vorgebrachten Rechtfertigungsgrundes und der Eignung und Erforderlichkeit der mitgliedstaatlichen Regelung auszugehen. In der Entscheidung von Chamier-Glisczinski ging der Gerichtshof sogar so weit, dass er für den Export von Sachleistungen der Pflegeversicherung den Anwendungsbereich des allgemeinen Freizügigkeitsrechtes ausschloss, da die Union im Bereich der sozialen Sicherheit nur über eine Koordinierungskompetenz verfüge.<sup>6</sup> Mit

---

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 13.4.2010, C-73/08, Slg. 2010, I-2735 – Bressol u. Chaverot, Rn. 64.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 19.5.2009, C-531/06, Slg. 2009, I-4103 – Kom. vs. Italien, Rn. 54; EuGH, Urt. v. 19.5.2009, C-171 u. 172/07, Slg. 2009, I-4171 – Apothekerkammer des Saarlandes, Rn. 30.