

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

Einleitung	23
A. Anlass dieser Arbeit	24
B. Gegenstand der Untersuchung	26
C. Gang der Untersuchung	27
<i>1. Teil</i>	
Die Unionsrechtsordnung als System	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

Die Dogmatik der unionalen Kompetenzbestimmungen 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 vorgeschlagene-	
	nen 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 – Rüffler	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 vorbehaltene 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
Literaturverzeichnis	466
Sachverzeichnis	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 aufnehmen 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,¹ 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

¹ 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.² Dazu zählen etwa das Strafrecht, die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen im Familienrecht oder im Schul- und Bildungsrecht.³ 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

² 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).

³ 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.⁴ Noch weiter ging der Gerichtshof in jüngerer Zeit im Gesundheitsbereich. Er stellte fest, dass Unsicherheiten auf Sachverhaltsebene nicht zu Lasten des betroffenen Mitgliedstaates gehen.⁵ 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.⁶ Mit

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

⁵ 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.