

Julia Kirschner

Grundfreiheiten und nationale Gestaltungsspielräume

*Eine Analyse der Rechtsprechung
des EuGH*



Herbert Utz Verlag · München

Europäisches und Internationales Recht
herausgegeben von
Prof. Dr. Georg Nolte und Prof. Dr. Rudolf Streinz
Humboldt-Universität zu Berlin und
Ludwig-Maximilians-Universität München

begründet von
Prof. Dr. Bruno Simma
unter dem Titel Europarecht–Völkerrecht

Band 83 · Umschlagabbildung: © Tiberius Gracchus – Fotolia.com

Zugl.: Diss., München, Univ., 2013

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.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2014

ISBN 978-3-8316-4290-8

Printed in EC

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · www.utzverlag.de

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2013 von der Juristischen Fakultät der LMU München als Dissertation angenommen. Stand der analysierten EuGH-Rechtsprechung ist November 2012.

Danken möchte ich meinem Erstgutachter, Herrn Prof. Dr. Christoph Herrmann, der nicht zögerte, meine Arbeit zu diesem Thema zu betreuen, immer ansprechbar war und mich über die weiten Distanzen zwischen München, Passau und Shenyang hinweg stets konstruktiv begleitete. Mein Dank gilt ferner Herrn Prof. Dr. Rudolf Streinz – nicht nur für die zügige und intensive Auseinandersetzung mit meiner Arbeit in seinem Zweitgutachten, sondern insbesondere für meine Beschäftigung an seinem Lehrstuhl. Hier boten sich mir optimale Bedingungen für die Erstellung der wesentlichen Teile der Arbeit: Ich profitierte vom wissenschaftlichen Umfeld, dem nötigen Freiraum und vielen anregenden Diskussionen, insbesondere mit meinen Kollegen Herrn Dr. Walther Michl LL.M., Herrn Dr. Kai Purnhagen LL.M. und Herrn Dr. Alexander Weiss. Für das gewissenhafte Korrekturlesen des Manuskripts möchte ich Herrn Dr. Martin Engel LL.M. und Frau Vera Burianek danken.

Von Herzen möchte ich ferner meiner Familie Dank sagen: Meinen wunderbaren Eltern und meiner Schwester, die stets in allen Belangen und mit allen denkbaren Möglichkeiten hinter mir stehen. Meinem Vater, der nicht nur als Jurist mein Vorbild ist, ist diese Arbeit gewidmet. Und natürlich herzlichen Dank an meinen geliebten Mann Stefan, der mir immer die nötige Energie und viel Lebensfreude gegeben hat und mit dem meine Promotionszeit in München, Italien und China einfach unvergesslich wurde.

München, im September 2013 Julia Kirschner, geb. Müller-Dohle

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Einleitung	17
Teil 1: Prämissen, rechtstheoretische und -praktische Grundlagen	25
A) Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	26
I. Definition zentraler Begriffe	27
1. Gestaltungsspielraum und ähnliche Begriffe	27
2. Bestehen und Einräumen von Spielräumen	29
II. Gegenstand der Untersuchung	31
1. Fallgruppe 1: Spielräume auf Beschränkungsebene	32
2. Fallgruppe 2: Spielräume auf Rechtfertigungsebene	33
3. Fallgruppe 3: Spielräume auf Schutzbereichsebene	34
B) Staatsorganisationsrechtliche Hintergründe variierender Kontrolldichte	35
I. Beurteilungsspielräume durch funktionell- rechtliche Zuordnung der Gerichtsbarkeit	35
II. Korrespondierende Verfassungsprinzipien	38
1. Gewaltenteilung	39
a) Der Grundsatz horizontaler Gewaltenteilung ..	40
aa) Von der ursprünglichen zur heutigen Gerichtsbarkeit	40
bb) Die Gewaltenbalance	42
b) Die Dimension von Mehrebenenverbünden	44
aa) Völkerrechtliche Aspekte internationaler Gerichtsbarkeit	44

bb) Aspekte vertikaler Gewaltenteilung	46
c) Zwischenergebnis	47
2. Rechtsstaatsprinzip und Grundrechtsschutz	48
3. Demokratieprinzip	50
a) Überprüfung der Rechtsetzung	51
b) Grenzen richterlicher Rechtsauslegung	52
c) »Im Namen des Volkes«	53
4. Zwischenergebnis	53
5. Interaktion der Verfassungsprinzipien	54
a) Grundsatz	54
b) Unterschiedliche »Staats«-Architekturen	55
aa) Das deutsche Staatskonzept	55
bb) Die Gerichtsbarkeit in den USA	57
cc) Zurückgenommene Kontrolle in der Schweiz	60
dd) Internationale Gerichte und die Identität der Mitgliedstaaten	61
6. Zusammenfassung	63
C) Auftrag und Funktionsbedingungen des Gerichtshofs ...	64
I. Der primärrechtliche Arbeitsauftrag des EuGH in Art.19 EUV	65
1. Auslegungsgegenstand »Recht« bzw. »Verträge«	65
2. »Wahrung des Rechts«	67
3. »Auslegung und Anwendung der Verträge« – die Arbeitsmethode	70
a) Der »effet utile« als zentraler Grundsatz	72
b) Die »Case Law«-Prägung	74
c) Kontrolldichte gegenüber unterschiedlichen Adressaten	75
II. Institutionelle Funktionsbedingungen des EuGH	77
1. Zusammensetzung des Gerichtshofs	78
2. Kammersystem	80
3. Einfluss der Generalanwälte	82
III. Zuständigkeitsverteilung zwischen EuGH und nationalen Gerichten	86

1. Das Vorabentscheidungsverfahren – Grundlagen	86
2. Konkrete Aufgabenverteilung	89
a) Diskurs der Richter	89
b) Die drei Phasen des Vorabentscheidungsverfahrens	90
aa) Vorlageverantwortung nationaler Gerichte	90
bb) Kontroll- und Aussagedichte des EuGH	91
cc) Anwendung	93
IV. Rechtskraftwirkung	94
1. Personelle und sachliche Bindung	94
2. Zeitliche Bindung	96
3. Fortwirkungen erga omnes	98
V. Zwischenergebnis	99
D) Dogmatik der Grundfreiheiten	101
I. Die Grundfreiheiten in der europäischen Wirtschaftsverfassung	101
1. Der Begriff »Grundfreiheiten«	101
2. Die europäische Wirtschaftsverfassung	102
3. Funktion und Funktionalität der Grundfreiheiten	104
4. Negative und positive Integration	107
II. Die Entwicklung der Grundfreiheiten durch den EuGH	111

Teil 2: Nationale Gestaltungsspielräume –

Systematisierung der Rechtsprechung	117
A) Zurückhaltung auf der Tatbestandsebene	120
I. Auslegung der Bereichsausnahmen	120
II. Auslegung des Schutzbereichs	123
1. Grundsatz der weiten Auslegung	123
2. Zurückhaltende Interpretation der Tatbestände	125
a) »Vermeidungsfälle«	125
aa) Der Fall »The Society for the Protection of Unborn Children«	126

bb) Der Fall Josemans	127
cc) Zwischenergebnis	129
b) Wegzugsfälle im Gesellschaftsrecht:	
Cartesio u.a.	129
III. Auslegung des Eingriffs	132
1. Die Keck-Rechtsprechung	133
2. Neue »Drei-Stufen-Prüfung«?	136
3. Bewertung	140
B) Gestaltungsspielräume auf der Rechtfertigungsebene	142
I. Grundstruktur der Rechtfertigung	143
II. Grundannahme Schutzniveauteilung	144
1. Voraussetzungen	145
a) Nationale Unterschiede	146
b) Fehlende Harmonisierung	147
2. Kammerzuweisung und Einfluss der Generalanwälte	149
3. Prüfungsfolgen	152
III. Spielraum 1: Reichweite der Rechtfertigungsgründe	153
1. Grundstrukturen und Cassis-Rechtsprechung ...	153
2. Gefährdung eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes	156
3. Die Auslegung der »Öffentlichen Ordnung« im Spannungsfeld	158
a) Die öffentliche Ordnung aus nationaler Perspektive	159
b) Rückausnahmen der Beurteilungsspielräume	161
aa) Restriktive Auslegung	161
bb) Unionsgrundrechte – der Fall Omega	164
c) Zwischenergebnis	168
4. Kurzzusammenfassung	169
IV. Spielraum 2: Prüfungsmaßstab für die Verhältnismäßigkeit	170
1. Verhältnismäßigkeit – Grundlegendes	170
a) Geeignetheit	171
b) Erforderlichkeit	172

c) Beweislast	173
2. Schutzniveaualtonomie und Verhältnismäßigkeit	174
3. Kohärenzprüfung	177
a) Grundlegendes	177
b) Dogmatische Einordnung	178
c) Entwicklung	181
aa) Der Fall »Reinheitsgebot für Bier«	181
bb) Einführung einer strukturierten Kohärenzprüfung	181
(1) Gegenüberstellung der Fälle »Loi Evin« und »Corporación Dermoestética«	182
(2) Gegenüberstellung der Fälle »Optikerentscheidung« und »DocMorris II«	183
cc) Gewichtung der Kohärenz	185
(1) Fehlende Kohärenz- Die Glücksspielurteile	185
(a) Betrugsbekämpfung vs. Einnahmenmaximierung	185
(b) Sonstige Inkohärenzen	186
(2) Kohärenz statt Erforderlichkeit?	187
dd) Ausreißer: Der Fall Sayn-Wittgenstein	189
ee) Zusammenfassung	190
4. Modifizierte Erforderlichkeitsprüfung	191
a) Ausgangsüberlegung: Prüfungsmaßstab in harmonisierten Bereichen	191
b) Prüfungsmaßstab in Bereichen der Schutzniveaualtonomie	193
aa) Nationaler Vergleichsmaßstab	193
(1) Der Jugendschutz – der Fall Dynamic Medien	193
(2) Die Sicherheit des Straßenverkehrs – die Fälle Kleinkrafträder und	

Kontrahierungszwang für Versicherungen	194
(3) Das Glücksspielrecht	197
(a) Wahl eines Schutzsystems	197
(b) Kollision mit dem Herkunftslandprinzip	198
(4) Das Gesundheitswesen	200
(a) Der Fall Kommission/ Deutschland (Krankenhausapotheken)	201
(b) Verwirrspiel – von DocMorris I bis DocMorris II	202
(aa) DocMorris I	202
(bb) Die Optikerentscheidung und der Fall DocMorris II	204
(c) Der Fall Humanplasma	206
(d) Zwischenergebnis	207
bb) Umfang der Beweislast	207
(1) Substantiertes Vorbringen	208
(a) Nachweislast für Auslandskrankenbehandlungen ..	208
(b) Der Fall Franzén zum schwedischen Alkoholimportmonopol	209
(c) »Ausrutscher«: Die Beweislast im Fall DocMorris II	210
(2) Widerlegen von Gegenvorbringen	211
(3) Gerichtliche Nachprüfung	212
c) Vergleich: Prüfungsmaßstab in nicht- harmonisierten Bereichen außerhalb der »Schutzniveaualtonomie«	214
d) Ergebnis	216
V. Spielraum 3: Dichte der Vorgaben für die nationalen Stellen	218
1. Variante 1: Rückverweisung mit weiten Vorgaben	219

a) Beurteilung konkreter Anwendungsmodalitäten durch nationale Gerichte	219
b) Nachermittlung der Sachlage durch nationale Gerichte	220
2. Variante 2: Rückverweisung mit präziseren Vorgaben	222
3. Variante 3: Konkrete Vorentscheidung durch den Gerichtshof	224
4. Zwischenergebnis	225
VI. Zusammenfassende Darstellung und Bewertung ..	226
1. Aus systematischer Sicht	227
2. Aus thematischer Sicht	230
3. Praktische Folgen für den EuGH	232

Teil 3: Integrationspolitische Dimension richterlicher

Zurückhaltung	235
A) Grenzen der Harmonisierung	237
I. Harmonisierungsverbote	238
II. Nationale Unterschiede	239
III. Flexible Handhabung der Harmonisierungsgrenzen durch den EuGH	241
1. Neue Zurückhaltung in Gesundheitsfragen	242
2. Ausbau der Unionsbürgerschaft	242
B) Der EuGH und der Balanceakt zwischen den Gewalten ..	246
I. Ausgangsüberlegung – Die Wandlung des Integrationsprozesses	246
II. »Judicial activism« – der EuGH als »Motor der Integration«	250
1. Überwiegend begrüßter »judicial activism«	251
a) Die Etablierung supranationaler Rechtselemente	251
b) Kompensation hinkender Harmonisierung ...	252
aa) Durch Auslegung der Grundfreiheiten	252
bb) Urteilsvorlagen für die Rechtssetzungsgorgane	253

c) Der EuGH als »Verteidiger« des Unionsrechts	254
2. Zweifelhafter »judicial activism«	255
a) Kritikwürdige Beispiele	256
aa) Bestätigung gemeinschaftlicher Gesetzgebungskompetenzen	257
(1) Das erste Tabakwerberichtlinie- Urteil	257
(2) Das Urteil Pupino	258
bb) Diskriminierungsverbote	259
(1) Das Urteil Tanja Kreil	259
(2) Das Urteil Mangold	260
cc) Aufenthaltsrechte kraft Unionsbürgerschaft	263
b) Grenzen der Rechtsfortbildung	265
III. »Judicial restraint« und Schranken progressiv- integrationsfreundlicher Rechtsprechung	267
1. Rechtliche Verantwortung – der EuGH als Verfassungsgericht?	268
2. Politische Verantwortung – die europapolitische Stimmungslage	270
a) Gesellschaftliche Akzeptanz als Legitimationsbasis des Rechts	271
b) Vertragsänderungen im Spiegel der nationalen Verfassungsgerichte	273
aa) Kontext von EEA und Maastrichter Vertrag	274
bb) Im Fall der »Schutzniveaualtonomie«- Urteile: Kontext des Lissabonner Vertrags	276
cc) BVerfG-Rechtsprechung zu ESM- Vertrag und Fiskalpakt	279
dd) Bewertung	281
3. Gezielte Kritik an den Unionsorganen	282
4. Bewahrung kultureller und historischer Vielfalt	284

a) Allgemeine Überlegungen	285
b) Exkurs: Die Haltung des EGMR	286
c) »Kosten-Nutzen-Abwägung« in der EuGH-Rechtsprechung	289
IV. Ergebnis und Bewertung	292
1. Zusammenfassung	292
2. Folge: Funktionalismus als zwingende »Methode«?	294
C) Bewertung und Ausblick	296
I. Ist-Zustand	296
II. Alternative Modelle für die Rechtsprechungspraxis	299
1. Schaffung eines Kompetenzabgrenzungsgerichts?	299
2. Zwingende und bewegliche Beurteilungszuständigkeiten	302
3. Kontrolldichtevorgaben?	304
a) Anregungen aus der verfassungsrechtlichen Prüfung	308
b) Anregungen aus der verwaltungsrechtlichen Überprüfung	310
c) Bewertung	311
III. Ausblick	312
Zusammenfassende Thesen	317
I. Zu Teil 1	317
II. Zu Teil 2	322
III. Zu Teil 3	328
Literaturverzeichnis	335

Einleitung

Am 12. Oktober 2012 teilte das Nobelpreiskomitee in Oslo mit, dass die Europäische Union den Friedensnobelpreis 2012 erhalten »für ihren über sechs Jahrzehnte lang geleisteten Beitrag zu Frieden und Versöhnung, Demokratie und Menschenrechten in Europa«¹. Diese Entscheidung des Nobel-Komitees wurde teils mit Skepsis und Unverständnis, aber auch mit Zustimmung aufgenommen. Auf die Frage hin, wer den Nobelpreis entgegennehmen sollte, antwortete der Politologe und Historiker Alfred Grosser »nicht ganz ernst gemeint, aber mit ernstem Hintergrund«:

»Der Präsident des Europäischen Gerichtshofs. Das ist die transnationale Institution, die mehr für die Einheit Europas getan hat als alle anderen. In Deutschland wie in Frankreich wird der Europäische Gerichtshof immer noch kleingeschrieben. Er sollte jetzt mit dem Nobelpreis vollends anerkannt werden.«²

In der Tat kommt der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs³ für die europäische Integration eine überragende Bedeutung zu: Mit dem Monopol ausgestattet, das Unionsrecht letztverbindlich

1 The Norwegian Nobel Committee, »The Nobel Peace Prize 2012, Press Release«. http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2012/press.html, Freitag, 12. Oktober 2012.

2 Holzer, »Man belügt einander ein bisschen«, Augsburger Allgemeine Zeitung, Donnerstag, 18.10.2012, S.5.

3 Der Gerichtshof der Europäischen Union umfasst gemäß Art.19 Abs.1 EUV den Gerichtshof, das Gericht erster Instanz und die Fachgerichte. Diese Arbeit setzt sich fast ausschließlich mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs auseinander, im Folgenden abgekürzt mit EuGH.

auszulegen,⁴ hat sich der Gerichtshof nach eigenem Selbstverständnis bis in die jüngste Zeit als »Motor der Integration«⁵ begriffen. Durch die zweifelhafte Annahme von Gemeinschaftskompetenzen in Sachen *Tabakwerberichtlinie*⁶, die Erschaffung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zum Verbot der Altersdiskriminierung im Fall *Mangold*⁷ oder die Erfindung der rahmenbeschlusskonformen Auslegung in der Rechtssache *Pupino*⁸ vermittelte der EuGH zuweilen das Bild eines »aktivistischen«⁹ Gerichts, das das Gemeinschafts- und Unionsrecht ohne Rücksicht auf nationale Interessen und rechtsdogmatische Grenzen fortbildet.

Doch die »völlige Anerkennung« des Gerichtshofs, von der *Alfred Grosser* spricht, muss davon abhängen, inwieweit er die Europäisierung in gesundem Maß vorantreibt, d.h. mit ausreichender Rücksicht auf die Interessen der Mitgliedstaaten. Schon in der Präambel zum EUV wird die Solidarität zwischen den Völkern der EU unter

4 Vgl. hierzu *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S.28. Er betont, dass schon hieraus eine große Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs folgt, die es wissenschaftlich aufzuarbeiten gilt.

5 Zu diesem Begriff *Huber*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 2.Aufl. 2012, Art.19 EUV Rn.25; darüber hinaus vor allem *Tohidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, 2008, S.13, der die Bedeutung des Gerichtshofes für den Integrationsprozess herausstellt; *Hirsch*, JÖR n.F. 49 (2001), 79 (83f.); oder auch die kritische Urteilspassage in BVerfGE 89, 155, 210, *Vertrag von Maastricht*.

6 EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, *Tabakwerberichtlinie I*; EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, *Tabakwerberichtlinie II*; zum letzten Urteil kritisch etwa: *Stein*, EuZW 2007, 54; zustimmend: *Gundel*, EuR 2007, 251 (260).

7 EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, *Mangold*; vgl. die Urteilsbesprechung von *Streinz*, JuS 2006, 357; kritische Töne aus den Reihen des Gerichtshofs selbst: Schlussantrag des Generalanwalts *Mazak* zur Rs. C-411/05, Slg. 2007, I-8532 Rn.87ff., *Palacios*.

8 EuGH, Rs. C-105/03, Slg. 2005, I-5285, *Pupino*, kritisch bspw. v. *Unger*, NVwZ 2006, 46; *Hillgruber*, JZ 2005, 841.

9 In dieser Diktion etwa *Huber*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 2.Aufl. 2012, Art.19 EUV Rn.26; vgl. auch *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011, S.16.

Achtung ihrer Geschichte, Kultur und eigenen Traditionen betont.¹⁰ Die Existenz nationaler Identität ist nicht wegzudiskutieren – gerade seit Beginn der Euro-Krise wurde offensichtlich, dass »Athen nie wird wie Amsterdam«¹¹. Davon abgesehen ist sie auch etwas Schönes, Erhaltenswertes: Die Bürger feiern ihre Länder auf den Fanmeilen der Fußball-EM, kulturelle Vielfalt ist ein reicher Schatz für den ganzen Kontinent. Gerade in den letzten zehn Jahren wurden die Rufe aus den Mitgliedstaaten immer lauter, die den Erhalt nationaler Identität und die Gewährung nationaler Gestaltungsspielräume anmahnten: Altbundespräsident *Roman Herzog* forderte etwa gemeinsam mit *Lüder Gerken* in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, den EuGH angesichts einer ausufernden Ausweitung der Unionskompetenzen zu »stoppen«.¹² Ganze Bücher widmen sich der problematischen Beziehung zwischen dem EuGH und der Souveränität der Mitgliedstaaten.¹³

So ist es beachtenswert, dass der Gerichtshof gerade in den letzten Jahren auch gegenteilige Tendenzen verfolgte und vom »judicial activism« zum »judicial restraint«¹⁴ schwankte, d.h. von progressivem Vorantreiben der Integration zur Zurückhaltung gegenüber den

10 Vgl. Erwägungsgrund 6 der Präambel zum EUV, hierzu auch *Streinz*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, 2.Aufl. 2012, Präambel zum EUV Rn.11.

11 *Schmid*, Athen wird nie wie Amsterdam, Welt am Sonntag, 24.6.2012, S.11.

12 *Herzog/Gerken*, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ, Montag, 8.9.2008, S.8.

13 *Roth/Beiser (Hrsg.)*, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008.

14 So vor allem *Streinz*, AÖR 135 (2010), 1 (1), der das angesprochene Phänomen genau mit diesen Begriffen gegenüber stellt. Der aus dem anglo-amerikanischen Recht stammende Begriff des »judicial self restraint« beschreibt an sich die bewusste eigenmotivierte Selbstbeschränkung der Gerichte bei der Rechtsfortbildung auf der Basis neuer moralischer und politischer Vorstellungen, die jedoch nicht dogmatisch hergeleitet wird: vgl. *Schuppert*, DVBl 1988, 1191 (1191). Zur Bedeutung im US-amerikanischen Recht *Black/Garner*, Black's law dictionary, 9.Aufl. 2009, S.922: »judicial activism«. In diesem Kontext wird der Begriff wertfrei als »richterliche Zurückhaltung« verstanden.

Mitgliedstaaten.¹⁵ Diese Zurückhaltung übte der Gerichtshof hauptsächlich bei der Auslegung der Grundfreiheiten. In bestimmten Politikbereichen, die wie die öffentliche Ordnung, die Organisation und Stabilität der Gesundheits- und Sozialsysteme, die Überwachung des Glücksspielmarkts oder die Sicherheit des Straßenverkehrs von besonderer, individueller Bedeutung für die Mitgliedstaaten sind, zeigte sich der Gerichtshof den Mitgliedstaaten gegenüber großzügig. Gehäuft und systematisch überließ er ihnen die Bewertung der Sachlage und deren rechtliche Gestaltung.¹⁶ Zu nennen ist etwa die Rechtssache *Omega*¹⁷, in der die europäischen Richter billigten, dass deutsche Behörden ein reales Tötungsspiel zulasten der Warenverkehrsfreiheit verboten hatten, weil es gegen die historisch geprägte Dimension der Menschenwürde in Deutschland verstöße. In den Urteilen zum Glücksspielrecht, bspw. den Fällen *Placanica*, *Liga Portuguesa* oder *Sporting Exchange*¹⁸ entwickelte der Gerichtshof den Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten ihre Glücksspielsysteme im Wesentlichen selbst ausgestalten dürfen. Dass sie infolgedessen u.a. zwischen Glücksspielmonopol oder Genehmigungssystem wählen können, hat die drastische Folge, dass der Markt für ausländische Anbieter quasi verschlossen bleibt.¹⁹ In einem anderen Fall hielt der italienische Kontrahierungszwang für Kfz-Haftpflichtversicherer in Südalien der unionsrechtlichen Überprüfung stand, weil die besonders hohe südalienische Unfallrate spezielle nationale Maß-

15 Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011, S.3 führt bspw. aus, dass sich die Rechtsprechungspraxis des Gerichtshofs als »ein Haus mit vielen Wohnungen« darstellt.

16 Vgl. die überblicksartige Betrachtung bei Streinz, AÖR 135 (2010), 1 (19); Huber, in: Streinz, EUV/AEUV, 2.Aufl. 2012, Art.19 EUV Rn.26.

17 EuGH Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, *Omega Spielhallen*, hierzu bspw. Huber, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VI/2, 2009, §172 Rn.91.

18 EuGH verb. Rs. C-338/04 u.a., Rn.47, *Placanica*; EuGH, Rs. C-42/07, Slg. 2009, I-7633, Rn.57, *Liga Portuguesa*; EuGH, Rs. C-203/08, Slg. 2010, I-4695, Rn.33, 48, *Sporting Exchange*.

19 Dazu etwa detailliert Herrmann u.a., Neuordnung des Glücks- und Gewinnspielmarktes in Deutschland, 2012.

nahmen erfordere (*Kfz-Haftpflichtversicherungen*²⁰). Auffällig war auch die Toleranz des Gerichtshofs gegenüber mitgliedstaatlichen Sonderwegen im Fall *DocMorris II*²¹: In der ein paar Jahre zuvor eingegangenen *Optikerentscheidung* hatte der EuGH die griechische Regelung, wonach ein Optiker nicht mehr als ein Optikergeschäft betreiben durfte, für unverhältnismäßig mit Blick auf den Schutz der Volksgesundheit gehalten.²² Im Fall *DocMorris II* stellte er hingegen das vergleichbare deutsche Mehrbesitzverbot für Apotheker mit Blick auf nationale Gestaltungsautonomie im Gesundheitsbereich gar nicht infrage.²³ In der Literatur wurde dieses Urteil deswegen gar als Wendepunkt beschrieben.²⁴

Angesichts dieser gegenläufigen Tendenzen stellt sich zunächst der Eindruck ein, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zwischen Aktionismus und Zurückhaltung nicht verlässlich oder kohärent ist.²⁵ Man weiß nicht recht, ob die beschriebene Zurückhaltung bei den Grundfreiheiten eine systematische Wende darstellt,²⁶ oder ob der EuGH lediglich sporadisch »Zuckerl« an die Mitgliedstaaten verteilt, um den Ärger über zu aktionistische Urteile zu besänftigen. In jedem Fall ist es besonders erstaunlich, dass sich der Gerichtshof für die »Streicheleinheiten« die Grundfreiheiten ausgesucht hat, entscheidet doch deren Auslegung über die »praktische Reichweite des Binnenmarktkonzepts«²⁷.

20 EuGH, Rs. C-518/06, Slg. 2009, I-3491, Rn.66f., *Kfz-Haftpflichtversicherung*.

21 EuGH verb. Rs. C-171 und C-172/07, Slg. 2009, I-4171, *DocMorris II*; vgl. dazu *Herrmann*, EuZW 2009, 413; vor dem Urteil des EuGH: *Streinz/Herrmann*, EuZW 2006, 455.

22 EuGH, Rs. C-140/03, Slg. 2005, I-3177, Rn.35, *Optiker*.

23 EuGH verb. Rs. C-171/07 u.a., Slg. 2009, I-4171, Rn.44–47, *DocMorris II*.

24 Vgl. in diesem Sinne *Mand*, WRP 2010, 702 (706).

25 Huber, in: *Streinz*, EUV / AEUV, 2. Aufl. 2012, Art.19 EUV Rn.26.

26 So klingt es etwa bei *Mand*, WRP 2010, 702 (702) an mit Blick auf das Urteil *DocMorris II*, das er als »wegweisend« bezeichnet.

27 Schneider, Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-

Während das Phänomen des »judicial activism« bereits intensiv in der Wissenschaft beleuchtet wurde,²⁸ verlangt der »judicial restraint« danach, einer näheren Untersuchung unterzogen zu werden, die die eben beschriebenen Eindrücke hinterfragt.²⁹ Zwei wesentliche Aspekte sind zur Einräumung von Gestaltungsspielräumen bei der Anwendung der Grundfreiheiten zu klären, die sowohl von wissenschaftlichem und praktischem, als auch von systematischem und politischem Interesse sind:

1. Zum einen ist zu überlegen, welchem System und welcher Argumentation die Beurteilung der Grundfreiheiten folgt, um das Verständnis der Funktionsweise der Grundfreiheiten zu fördern und Klarheit und weitest mögliche Vorhersehbarkeit für die Rechtspraxis zu schaffen. Besonderes Augenmerk ist hierbei auf die verstärkte Kohärenz- und gleichzeitig abgeschwächte Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen der Rechtfertigung zu legen.³⁰
2. Zum anderen ist zu untersuchen, welche Logik dem Wechselspiel zwischen Aktivität und Zurückhaltung innewohnt. Auch heute noch gilt, dass der EuGH die Grundlagen der europäischen Rechtsordnung prägt – durch pro-europäische ebenso wie durch pro-mitgliedstaatliche Auslegung. Insbesondere mit Blick auf die gewachsene Diversität der Union nach der Osterweiterung und die Zerreiß-

Vertrag, 1998, S.20.

- 28 Vgl. etwa *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011. Darüber hinaus wurde die Rolle des EuGH für den Prozess der Integration häufig in ihrem Wandel beleuchtet, d.h. unter beiden Aspekten Progressivität und Zurückhaltung, vgl. etwa *Hirsch*, JÖR n.F. 49 (2001), 79; *Streinz*, AÖR 135 (2010), 1 oder auch *Streinz*, ZEuS 2004, 387.
- 29 So schon *Streinz*, AÖR 135 (2010), 1, der die gegenläufigen Tendenzen aufgreift und *Herrmann*, in: *Herrmann u.a.*, Neuordnung des Glücks- und Gewinnspielmarktes in Deutschland, 2012, S.47, der speziell die Rechtsprechung zum Glücksspielrecht begutachtet.
- 30 Zur Kohärenzprüfung allgemein etwa *Lippert*, EuR 2012, 90 (91); *Purnhagen*, EuR 2011, 690 (696).

probe der Euro-Krise ist es wichtig, sich über die Interpretation der Rechtsordnung durch den Gerichtshof Gedanken zu machen.³¹

In der folgenden Untersuchung werden im ersten Teil zunächst Grundlagen aufbereitet: Das Thema wird genau definiert, Grundbegriffe werden geklärt. Eher deskriptiv werden Grundprinzipien analysiert, sowohl zur verfassungsrechtlichen Stellung und Bedeutung der Gerichtsbarkeit im Allgemeinen und Speziellen, als auch zu den Grundfreiheiten. Im zweiten Teil wird versucht, die Urteile des Gerichtshofs, in denen er den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume einräumt, erstmals themenübergreifend zu systematisieren und Grundmuster herauszukristallisieren. Im dritten Teil werden integrationspolitische Gründe für das Wechselspiel zwischen »judicial activism« und »judicial restraint« ermittelt und bewertet, um dadurch ein größeres Verständnis für das Handeln des Gerichtshofs zu schaffen. Letztendlich geht es darum, das Handeln des Gerichtshofs zwischen »subjektivistischen, relativistischen, dezisionistischen und/oder irrationalistischen Positionen« und »objektivistischen, absolutistischen kognitivistischen und/oder rationalistischen Positionen«³² einzurichten.

31 So etwa Hailbronner, NJW 2004, 2185 (2185) mit Blick auf die Prägung der Unionsbürgerschaft.

32 So zur Problematik juristischer Begründung allgemein: Alexy, Theorie der Grundrechte, 2.Aufl. 1994, S.499.

Europäisches und Internationales Recht

herausgegeben von

Prof. Dr. Georg Nolte und Prof. Dr. Rudolf Streinz

Humboldt-Universität zu Berlin und Ludwig-Maximilians-Universität München

begründet von

Prof. Dr. Bruno Simma

unter dem Titel Europarecht–Völkerrecht

Band 83: Julia Kirschner: **Grundfreiheiten und nationale Gestaltungsspielräume** · Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH
2014 · 360 Seiten · ISBN 978-3-8316-4290-8

Band 82: Ramona Schmitt: **Die Kompetenzen der Europäischen Union für ausländische Investitionen in und aus Drittstaaten**
2013 · 558 Seiten · ISBN 978-3-8316-4235-9

Band 81: Christoph Edler: **Die Integration der südamerikanischen Staaten durch den Mercosur**
2013 · 258 Seiten · ISBN 978-3-8316-4170-3

Band 80: Christine Schmidt: **Rechtsnatur und Verpflichtungsdichte der Europäischen Grundrechte**
2012 · 538 Seiten · ISBN 978-3-8316-4148-2

Band 79: Martin Klamt: **Die Europäische Union als Streitbare Demokratie** · Rechtsvergleichende und europarechtliche Dimensionen einer Idee
2012 · 536 Seiten · ISBN 978-3-8316-4105-5

Band 78: Peter H. Sand: **Atoll Diego Garcia: Naturschutz zwischen Menschenrecht und Machtpolitik**
2011 · 248 Seiten · ISBN 978-3-8316-4055-3

Band 77: Silvia Lucht: **Der Internationale Gerichtshof** · Zwischen Recht und Politik
2011 · 232 Seiten · ISBN 978-3-8316-4028-7

Band 76: Michael Kortz: **Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur beschränkten Einkommensteuerpflicht – Gefahr der Inländerdiskriminierung**
2010 · 520 Seiten · ISBN 978-3-8316-4008-9

Band 75: Fabian Jürgens: **Die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten** · Analyse und Bewertung der vertraglichen Ausgestaltung und der Anwendung der europarechtlichen Kompetenznormen durch die Gemeinschaftsorgane vor dem Hintergrund eines materiellen Kompetenzverständnisses
2010 · 326 Seiten · ISBN 978-3-8316-0990-1

Band 74: Daniela Gotzel: **Terrorismus und Völkerstrafrecht** · Die Anschläge vom 11. September 2001, der Tokioter Giftgasanschlag, die Geiselnahme von Beslan und die täglichen Anschläge im Irak vor dem Internationalen Strafgerichtshof
2010 · 366 Seiten · ISBN 978-3-8316-0988-8

Band 73: Philipp Scheuermann: **Normative conditions to make WTO law more responsive to the needs of developing countries** · Normative Bedingungen der stärkeren Ausrichtung des WTO-Rechts auf die Bedürfnisse von Entwicklungsländern
2010 · 336 Seiten · ISBN 978-3-8316-0975-8

Band 72: Florian Prill: **Präventivhaft zur Terrorismusbekämpfung**

2010 · 414 Seiten · ISBN 978-3-8316-0940-6

Band 71: Martin Kober: **Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Union** · Bestandsaufnahme,
Konkretisierung und Ansätze zur Weiterentwicklung der europäischen Grundrechtsdogmatik anhand der
Charta der Grundrechte der Europäischen Union
2009 · 360 Seiten · ISBN 978-3-8316-0821-8

Band 70: Peter Neusüß: **Legislative Maßnahmen des UN-Sicherheitsrates im Kampf gegen den
internationalen Terrorismus** · Eine Untersuchung des Inhalts und der Rechtmäßigkeit von Resolution
1373 unter besonderer Berücksichtigung der Reaktionen der Staaten
2008 · 430 Seiten · ISBN 978-3-8316-0794-5

Band 69: Thomas Meerpohl: **Individualsanktionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen** · Das
Sanktionsregime gegen die Taliban und Al-Qaida vor dem Hintergrund des Rechts der VN und der
Menschenrechte
2008 · 356 Seiten · ISBN 978-3-8316-0769-3

Band 68: Dirk Monheim: **Sportlerrechte und Sportgerichte im Lichte des Rechtsstaatsprinzips – auf dem Weg
zu einem Bundessportgericht**
2006 · 472 Seiten · ISBN 978-3-8316-0654-2

Band 67: Seyda Dilek Emek: **Parteiverbote und Europäische Menschenrechtskonvention** · Die Entwicklung
europäischer Parteiverbotstandards nach Art. 11 Abs. 2 EMRK unter besonderer Berücksichtigung des
deutschen und türkischen Parteienrechts
2006 · 372 Seiten · ISBN 978-3-8316-0648-1

Band 66: Carsten Meier: **ALCA** · Stand und Perspektiven panamerikanischer Integration unter besonderer
Berücksichtigung der Subregionen und der Konformität mit dem Welthandelssystem
2006 · 440 Seiten · ISBN 978-3-8316-0645-0

Band 65: Britta Radke: **Autonome Harmonisierung des Gemeinschaftsrechts**
2006 · 276 Seiten · ISBN 978-3-8316-0626-9

Band 64: Claus Richter: **Aspekte der universellen Geltung der Menschenrechte und der Herausbildung von
Völker gewohnheitsrecht**
2007 · 560 Seiten · ISBN 978-3-8316-0592-7

Band 63: Martina Wind: **Der Lieferanten- und Herstellerregress im deutsch-italienischen Rechtsverkehr**
2006 · 436 Seiten · ISBN 978-3-8316-0570-5

Band 62: Oliver Bär: **Freiheit und Pluralität der Medien nach der Charta der Grundrechte der Europäischen
Union**
2005 · 364 Seiten · ISBN 978-3-8316-0530-9

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · info@utzverlag.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utzverlag.de