

Schriften zum Europäischen Recht

Band 174

**Systemgerechtigkeit
bei den Marktfreiheiten
der Europäischen Union**

**Die gebotene Kohärenz
nationaler Gesetzgebung**

Von

Maximilian Philipp



Duncker & Humblot · Berlin

MAXIMILIAN PHILIPP

Systemgerechtigkeit bei den Marktfreiheiten
der Europäischen Union

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera · Detlef Merten

Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann

Band 174

Systemgerechtigkeit bei den Marktfreiheiten der Europäischen Union

Die gebotene Kohärenz
nationaler Gesetzgebung

Von

Maximilian Philipp



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
hat diese Arbeit im Wintersemester 2014/2015
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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 978-3-428-14814-1 (Print)
ISBN 978-3-428-54814-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84814-0 (Print & E-Book)
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen.

Mein tiefempfundener Dank gilt zuvorderst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. *Matthias Herdegen*. Nicht allein wegen der mir – bei aller Hilfe und Unterweisung – gewährten Freiheiten bei der Entstehung dieser Arbeit, sondern auch der moralischen Unterstützung halber.

Herrn Professor Dr. *Christian Koenig* danke ich für sein sorgfältiges und zügig erstelltes Zweitgutachten.

Die Dissertation wurde durch ein Stipendium der Graduiertenförderung der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. großzügig unterstützt. Für die finanzielle wie ideelle Förderung möchte ich mich sehr herzlich bedanken.

Für die stetige Diskussionsbereitschaft und die wertvollen Hinweise danke ich meinem Kollegen am Institut für Öffentliches Recht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Herrn *Carsten Kalla*.

Besonders bedanken möchte ich mich überdies bei meiner Lebensgefährtin, Frau *Christina Schuler*, für den mir gewährten Rückhalt in der Endphase der Arbeit.

Meinem Bruder Dr. *Moritz Philipp*, StB, gebührt unendlicher Dank für die – mir vom ersten Tage an zuteil gewordene – Liebe. Einen fürsorglichen Bruder als ihn hätte ich mir nicht erhoffen können.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern, Dr. *Annemarie Schip-pert-Philipp* und Dr. *Wolfgang Philipp*. Ihre mir Zeit meines Lebens gewährte Liebe und Unterstützung gehen über alles Erdenkliche hinaus.

Deshalb sei ihnen diese Arbeit in großer Dankbarkeit gewidmet.

Köln, im Oktober 2015

Maximilian Philipp

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand	17
II. Gang der Untersuchung	24
B. Kohärenz als europäischer Systemgerechtigkeitsbegriff	27
I. Erarbeitung eines unionsrechtlichen Begriffs der Systemgerechtigkeit	27
1. Ausgangsüberlegungen zur Systemgerechtigkeit	27
2. Überleitung von der verfassungsrechtlichen zur unionsrechtlichen Systemgerechtigkeit	29
3. Systemgerechtigkeit als Widerspruchsfreiheit bei <i>Engisch</i>	31
4. Ableitung der unionsrechtlichen Kohärenz aus dem Gebot der Folgerichtigkeit	37
a) Zur Unterscheidung zwischen Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit	37
b) Formen verfassungsrechtlicher Systemgerechtigkeit	40
aa) Konkretisierungsbedarf der Systemgerechtigkeit	40
bb) Systemgerechtigkeit als Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	40
cc) Systemgerechtigkeit als Gebot systemischer Kontinuität	41
dd) Systemgerechtigkeit als spezifisch steuerrechtliches Gebot	46
ee) Systemgerechtigkeit als Widerspruchsfreiheit in der gesetzlichen Zielbezogenheit	48
II. Abgrenzung des Kohärenzgebotes vom Postulat der Systemgerechtigkeit	50
1. Vergleichbarkeit und Unvergleichbarkeit	50
a) Systemgerechtigkeit im Rahmen des Gleichheitssatzes	52
b) Systemgerechtigkeit im Rahmen der Freiheitsgrundrechte	56
c) Systemgerechtigkeit als gesetzgebungslenkendes Instrument	58
2. Gesteigerte Rigorosität unionsrechtlicher Systemgerechtigkeit?	59
3. Der Begriff des Systems	63
a) Die Marktfreiheiten als „passives“ System	63
b) Der gesetzlich geordnete Regelungsbereich als „aktives“ System	64
C. Das unionsrechtliche Kohärenzgebot in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	68
I. Normativer Kontext des Kohärenzgebotes	68
1. Die Grundfreiheiten als primäres Instrument zur Verwirklichung des Binnenmarktes	70

2.	Einordnung des Kohärenzgebotes in die Grundfreiheitsdogmatik	73
a)	Allgemeine Strukturmerkmale der Grundfreiheitsdogmatik	73
b)	Tatbestandliche Gewährleistungen der Grundfreiheiten	74
c)	Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeeinträchtigungen	76
d)	Friktionen mit dem Subsidiaritätsgedanken	77
3.	Funktionale Ausrichtung des Kohärenzgebotes an den Struktur- elementen des Binnenmarktes	81
a)	Bedingte Aufnahme des Gebots der Wettbewerbsfreiheit	81
b)	Konzentration auf das Gebot der Wettbewerbsgleichheit	86
4.	Kohärenz als Indikator für eine missbrauchsfreie gesetzgeberische Absicht	91
II.	Die semantischen Grundlagen des unionsrechtlichen Kohärenzgedan- kens	94
1.	Terminologische Vielfalt	94
2.	Der Begriff <i>Kohärenz</i> und seine Unterscheidung vom Begriff <i>Kon-</i> <i>sistenz</i>	96
a)	Kohärenz: die Problematik der begrifflichen Konturierung	96
b)	Kohärenzgedanken in Philosophie und Rechtstheorie	99
c)	Das Kohärenzgebot in Art. 7 AEUV	103
d)	<i>Kohärenz</i> in der Diktion des Europäischen Gerichtshofs	105
aa)	Wirkliche Zielverfolgung im Sinne der Entscheidung <i>Ze-</i> <i>natti</i>	105
bb)	Das Gebot der Kohärenz und Systematik in der Entschei- dung <i>Gambelli</i>	107
cc)	Erklärungsversuche für die „verfehlt“ Bezeichnung	115
dd)	Abgrenzung zum unionsbezogenen Kohärenzgebot	118
ee)	Zusammenfassung	119
III.	Die Entwicklung des Kohärenzgedankens durch den Europäischen Gerichtshof	120
1.	Das Kohärenzgebot als unionsrechtliches Novum?	120
2.	Historische Entwicklung	121
3.	Erklärungsversuche für die quantitative Zunahme von Kohärenz- argumentationen	125
4.	Aufwertung des Kohärenzgedankens in qualitativer Hinsicht?	127
a)	Strengere Kohärenzprüfung ausgehend von <i>Loi Evin</i> und <i>Cor-</i> <i>poración Dermoeástica</i> ?	127
b)	Indiz für schwächere Ausübung der Kohärenzprüfung ausge- hend von <i>Kommission/Griechenland</i> und <i>Apothekerkammer des</i> <i>Saarlandes</i> ?	128
c)	Zwischenfazit	135
d)	Das Kohärenzgebot im Bereich der Glücksspielregulierung	136
e)	Ergebnis	141
IV.	Die inhaltliche Reichweite des Kohärenzgebotes	141
1.	Keine Pflicht zu einem uniformen Schutzniveau	141

2.	Inhaltliche Reichweite des Kohärenzgebotes	143
a)	Innere und äußere Kohärenz	143
b)	Der Kohärenzmaßstab als kritisches Charakteristikum der Gesamtkohärenz	148
c)	Die konkreten Anforderungen an die innere und äußere Kohärenz nach Maßgabe der Urteile <i>Carmen Media</i> , <i>Markus Stoß</i> und <i>Winner Wetten</i>	152
aa)	Kohärenzanforderungen in Bezug auf ein Konzessionssystem	153
bb)	Kohärenzanforderungen in Bezug auf ein staatliches Monopol	155
cc)	Kohärenzanforderungen in Bezug auf ein Verbot	158
dd)	Zusammenfassung der glücksspielrechtlichen Kohärenzvorgaben	160
ee)	Reichweite des Kohärenzmaßstabes bei den Glücksspielen	162
ff)	Zusammenfassung	164
3.	Die von der Kohärenzprüfung erfassten Grundfreiheiten	164
V.	Rechtfertigungsbezogener Anwendungsbereich des Kohärenzgebotes	166
1.	Anwendbarkeit auf geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	166
2.	Zielrichtung: Das Kohärenzgebot als Missbrauchskontrolle	168
a)	Anti-Protektionismus als lediglich funktioneller Ausschnitt	168
b)	Kohärenz zur Abwehr illegitimer fiskalischer Interessen	172
c)	Geringerer Strengemaßstab bei fehlender wirtschaftlicher Zielrichtung des Gesetzgebers	175
d)	Rationalitätsstiftende Funktion als Legitimationsstärkung?	178
3.	Anerkennung von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses	181
4.	Mitgliedstaatliche Ermessensspielräume als Korrelat von Kohärenzanforderungen	185
a)	Ermessensspielraum und Beweislast	185
b)	Bezugspunkt des mitgliedstaatlichen Ermessens	191
c)	Die prozessualen Anforderungen an die Kohärenz	194
aa)	Mitgliedstaatliche Nachweispflichten	194
bb)	Der erforderliche Umfang des Tatsachenmaterials	195
cc)	Das zeitliche Moment der vorzulegenden Materialien	196
dd)	Der Umgang mit wissenschaftlichen Unsicherheiten	197
(1)	Ausschluss rein hypothetischer Erwägungen	197
(2)	Tatbestandlicher Beurteilungsspielraum im Rahmen der Risikobewertung	199
(3)	Inkonsistente Rechtsprechung zur prozeduralen Kohärenz	201
VI.	Außerachtlassung der innerstaatlichen Kompetenzordnung	203
1.	Keine Konzentration der Zuständigkeit auf einen Normgeber	203

2. Vertikale Kohärenz und horizontale Kohärenz	205
a) Begriffserklärung	205
b) Unterscheidung zwischen sektoraler und lokaler Uniformität	207
c) Bewertung eines horizontalen Kohärenzgebotes	208
aa) Minimierung des Regulierungsniveaus als zwangsläufige Folge horizontaler Kohärenz?	209
bb) Wahrung der Autonomie der Bundesländer	210
cc) Teleologische Vereinbarkeit	213
VII. Implizite Beachtung sozioökonomischer Belange	216
1. Problemaufriss	216
2. Die Berücksichtigung sozioökonomischer Belange in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	219
a) Inkonsistente Rechtsprechungslinie im Hinblick auf den Bewertungsmaßstab	219
b) Die rechtspolitische Dimension der Rechtsprechung	223
c) Nationale Besonderheiten im Bereich der Grundrechte	226
3. Keine zwingende Minderung der Kontrolldichte	228
4. Auswirkungen auf die Kohärenzprüfung	230
VIII. Die dogmatische Einordnung des Kohärenzgebotes	231
1. Kohärenz im Rahmen des „legitimen Zwecks“	231
2. Kohärenz als Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (im engeren Sinne)	233
a) Kohärenz als Teil der Geeignetheitsprüfung	233
b) Kohärenz als Teil der Erforderlichkeitsprüfung	236
3. Kohärenz als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes	238
4. Das Kohärenzgebot als prozedurales Erfordernis	253
5. Zusammenfassende Stellungnahme	254
D. Das unionsrechtliche Systemgerechtigkeitsgebot in der Beurteilung	261
I. Vorüberlegungen	261
II. Das Erfordernis der Gesamtkohärenz	265
1. Gesamtkohärenz als richterliches „Europäisierungsinstrument“?	265
2. Keine Überschreitung der grammatikalischen Grenzen	268
3. Ungewissheiten bei der Bildung des Kohärenzmaßstabes	272
a) Problemaufriss	272
b) Offenheit des Systembegriffs	273
c) Keine Überspannung des Kohärenzmaßstabes durch den Gerichtshof	274
d) <i>Antonyme</i> als erste Kontur des Kohärenzmaßstabes	277
e) Ableitbarkeit von Kriterien in anderen Sachzusammenhängen	282
aa) <i>Gleichartigkeit</i> i. S. v. Art. III:2 Satz 1 GATT	282
bb) Das Kriterium der <i>Substituierbarkeit</i>	287
f) Die Bildung des Kohärenzmaßstabes in der Rechtsprechung anderer Gerichte	291

aa) Der Appellate Body der Welthandelsorganisation	291
bb) Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte	293
g) Zusammenfassung	295
4. Bedenken in Bezug auf die Außerachtlassung der innerstaatlichen Zuständigkeiten	296
5. Relativierung der Gesamtkohärenz	308
a) Relative Bedeutung des Erfordernisses der Gesamtkohärenz	308
b) Kein „Schein-Ermessen“	309
aa) Kein Ausschluss bestimmter Regulierungsmodelle im Glücksspielbereich	309
bb) Keine anderen Schlussfolgerungen für den Bereich der na- tionalen Gesundheits- und Sozialpolitik	315
c) Gesamtkohärenz als Effektivitätsprinzip	319
d) Keine Überforderung der Tatsacheninstanzen	322
e) Zwingende Vorgaben an die nationalen Gerichte nur bei eviden- ter Inkohärenz	322
III. Kohärenzgebot und Subsidiaritätsgedanke: Auflösung des Konflikts	326
IV. Bedenken in rechtsstaatlicher und demokratischer Hinsicht	335
1. Rechtsstaatsbezogene Bedenken	335
a) Rechtsstaatliche Anknüpfung für Kohärenz	335
b) Die Unbestimmtheit der Vergleichskriterien als Wertungsfrage	339
c) Normative Bestimmung der Deutungshoheit über die Rationali- tät	344
2. Überlegungen zur Abmilderung des Kohärenzgebotes	349
a) Umkehrbarkeit der Indizwirkung	349
b) „Erheblichkeit“ als Kohärenz relativierendes Kriterium	350
aa) Lokale Erheblichkeit	350
bb) Sektorale Erheblichkeit	354
c) Zusammenfassung	357
3. Demokratiespezifische Bedenken	358
a) Keine Erosion des institutionellen Gleichgewichts	358
b) Gegenteiliger Effekt: Stärkung demokratischer Rationalität	362
c) Keine verbindlichen, freiheitsverkürzenden Handlungsanwei- sungen an den Gesetzgeber	365
V. Zur Legitimität von sozioökonomischen Belangen	372
E. Kohärenzargumentationen außerhalb der Grundfreiheitsdogmatik	382
I. Kohärenzanforderungen im Rahmen der EU-Grundrechte	382
1. Kohärenz als Korrektiv bei Altersdiskriminierungen	382
2. Der Fall <i>Test-Achats</i>	385
II. Kohärenzargumente in der Europäischen Konvention für Menschen- rechte	391
1. Die Rs. <i>S.H. u. a. ./.</i> <i>Österreich</i>	392
a) Das Urteil der „kleinen“ Kammer	393

b) Das Urteil der Großen Kammer	395
c) Bewertung der Entscheidungen	396
2. Die Rs. <i>X. u. a. ./.</i> Österreich	399
3. Die Rs. <i>Costa und Pavan ./.</i> Italien	402
4. Die Rs. <i>R.R. ./.</i> Polen	403
5. Exkurs: Der Beurteilungsspielraum der Konventionsstaaten	405
6. Vorzug einer geringeren Kontrolldichte im Bereich der EMRK	411
III. Kohärenzargumente im Welthandelsrecht	417
1. Normierte Kohärenzanforderungen des GATT	418
a) Der <i>chapeau</i> in Art. XX GATT	418
b) Das Kriterium der <i>even-handedness</i> in Art. XX (g) GATT	420
2. Kohärenzanforderungen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung	424
3. Keine höhere Kontrolldichte der Kohärenz durch <i>dualen</i> Ansatz	426
F. Zusammenfassung	429
Literaturverzeichnis	438
Sachverzeichnis	458

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
AB	Appellate Body
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
Beck OK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Bf.	Beschwerdeführer(in)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BNotO	Bundesnotarordnung
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Zeitschrift)
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Zeitschrift)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Zeitschrift)
bzw.	beziehungsweise
CMLRev.	Common Market Law Review (Zeitschrift)

Der Staat	Der Staat (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ERA Forum	ERA Forum (Zeitschrift)
ESiG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Zeitschrift)
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende(r)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Zeitschrift)
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
Fordham Int. LJ	Fordham International Law Journal (Zeitschrift)
GA	Generalanwalt/-anwältin
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
gem.	gemäß
GesR	Gesundheitsrecht (Zeitschrift)
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRCh/GrCh/GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVO	Gentechnisch veränderter Organismus

HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i. S. v.	im Sinne von
IVF	In-vitro-Fertilisation
i. V. m.	in Verbindung mit
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (Zeitschrift)
lit.	litera
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MERCOSUR	Mercado Común del Sur (abgekürzte Bezeichnung für den Gemeinsamen Markt Südamerikas)
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
m.	mit
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NdsLVG	Niedersächsisches Landesvergabegesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
norGTG	Norwegisches Gentechnikgesetz
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
OBG NRW	Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen
östFMedG	Österreichisches Fortpflanzungsmedizingesetz
östGTG	Österreichisches Gentechnikgesetz
para(s)	Paragraph(en)
PID	Präimplantationsdiagnostik
PKW	Personenkraftwagen
Randnr.	Randnummer
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz (EuGH)

sog.	so genannte; so genannten; so genannter; so genanntes
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.	und
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UNTS	United Nations Treaty Collection
Urt.	Urteil
v.	vom, von, vor
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VfGH	(Österreichischer) Verfassungsgerichtshof
VfSlg.	Sammlung der Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WTO	World Trade Organization
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Zeitschrift)
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht (Zeitschrift)
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
zzgl.	zuzüglich
<td>Zusatzstoff-Zulassungsverordnung</td>	Zusatzstoff-Zulassungsverordnung

A. Einleitung

I. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand

Die Marktfreiheiten des AEUV sind das primäre Instrument zur Verwirklichung des binnenmarktlichen Grundgedankens: die Schaffung eines europäischen Wirtschaftsraums mit freiem Verkehr für Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Mit ihrer Aktivierung sind der Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten im Kontext grenzüberschreitender Regulierung enge Grenzen gesetzt. Die rechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Maßnahmen muss dabei den Gedanken einer grundsätzlichen Unzulässigkeit von markt-hemmender Regulierung als ihren Ausgangspunkt nehmen. Ein Gebot für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, restriktiver Regulierung vollkommen zu entsagen, statuieren die Mechanismen des europäischen Primärrechts indessen nur dem Grunde nach; die Teilnahme an der Gemeinschaft des Binnenmarktes bedeutet für die Mitgliedstaaten weder eine Pflicht zur umfassenden Liberalisierung gesetzlich restriktiv gehaltener Sachbereiche noch ein regulatorisches Homogenitätsgebot im Verhältnis der Staaten untereinander.¹ Dem Bedürfnis der Mitgliedstaaten, bestimmte Lebensbereiche durch ein die Grundfreiheiten tangierendes Beschränkungskonzept zu ordnen, wurde bereits frühzeitig durch die Möglichkeit der Rechtfertigung in Form kodifizierter Rechtfertigungsgründe Rechnung getragen. Der Europäische Gerichtshof² hat den Katalog an Rechtfertigungsgründen im Laufe der Zeit um eine Vielzahl ungeschriebener Tatbestände erweitert. Für eine Rechtfertigung kommen demnach grundsätzlich solche Zwecke in Betracht, die im Allgemeininteresse liegen.³

In Anbetracht des Umstandes, dass sich der Binnenmarkt aus einer Vielzahl von – in gesellschaftlicher und ökonomischer Hinsicht – denkbar unterschiedlich verfassten Staaten zusammensetzt, ist es nur konsequent, den

¹ Dies ergibt sich bereits aus der Existenz von Rechtfertigungsgründen im Zusammenhang mit Eingriffen in die Grundfreiheiten. Außerdem wäre das sekundärrechtliche Instrument der Rechtsangleichung obsolet, würden bereits die Grundfreiheiten eine vollständige Vereinheitlichung bestimmter Rechtsbereiche erforderlich machen. Vgl. *Herdegen*, Europarecht, S. 337 ff.

² Im Folgenden wird mitunter auch nur die Bezeichnung „Gerichtshof“ gebraucht.

³ Der Gerichtshof hat unmissverständlich klargestellt, dass rein wirtschaftliche Belange als Rechtfertigungsgründe ausscheiden; vgl. EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Rn. 41 – *Kohll*.

Mitgliedstaaten die grundsätzliche Möglichkeit einzuräumen, „legitime“ Grundfreiheitsverstöße zu begehen. Andererseits ist es gerade erst dieser Freiraum, der es den Mitgliedstaaten erlaubt, ein schädigendes Element in den Marktraum zu transportieren: die Rede ist vom staatlichen Protektionismus.

Als Adressaten der Grundfreiheiten unterliegen die Mitgliedstaaten deshalb einem strengen Rechtfertigungszwang für Eingriffe in den Markt. Hierbei wird der unionsrechtliche Rechtfertigungsstandard im Wesentlichen durch die Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgefüllt.⁴ Dabei hat der Europäische Gerichtshof die Verhältnismäßigkeitsprüfung in kontinuierlicher Weise durch Ausdifferenzierung der ihr eigenen Merkmale zu substantiieren versucht.⁵ Dies hat Einfluss auf verschiedenste Bereiche, wie beispielsweise die Berücksichtigung der Garantien der EMRK⁶ oder der Umgang mit wissenschaftlichen Unsicherheiten und die daran anknüpfende Frage der Risikovorsorge zeigen.⁷ Der Gehalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist damit alles andere als eine in Stein gemeißelte Konstante; seine Weiterentwicklung durch den Gerichtshof ist im Anwendungsbereich der Marktfreiheiten vielmehr geprägt durch eine sich – im Lichte identitätswahrender und protektionistischer Bestrebungen der Mitgliedstaaten – stetig von Neuem stellende Notwendigkeit, die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber hinreichenden Rationalitätsbindungen zu unterwerfen.

Als ein solches, bisweilen als „neu“ bezeichnetes Verhältnismäßigkeits-element⁸ ist die richterliche Forderung anzusehen, dass eine nationale Maßnahme geeignet sein müsse, das mit ihr geltend gemachte Ziel in „kohärenter und systematischer Weise“ zu erreichen.⁹ Die Rechtfertigung der den Eingriff konstituierenden Maßnahme soll für den erlassenden Mitgliedstaat nur unter der Bedingung möglich sein, dass die fragliche Maßnahme tatsächlich dem gesetzlich ausgewiesenen Zweck dient. Zu versagen ist die

⁴ Hierzu insbesondere EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, I-649, Rn. 8 – *Cassis de Dijon* („zwingenden Erfordernissen“) und EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*, siehe hierzu im Allgemeinen *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Vgl. *von Danwitz*, in: Cardonnel/Rosas/Wahl (Hrsg.), Festschrift Lindh, 367 (367 ff.).

⁵ Siehe hierzu *Herdegen*, Europarecht, S. 295 ff.

⁶ EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 24 ff. – *Familiapress*.

⁷ EUGH, Rs. C-192/01, Slg. 2003, I-9693, Rn. 45 ff. – *Kommission/Dänemark*.

⁸ Vgl. *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV, Rn. 402; *Dieterich*, Systemgerechtigkeit und Kohärenz, S. 29 („zunehmend prominente Rolle im Unionsrecht“); *von Danwitz*, in: Cardonnel/Rosas/Wahl (Hrsg.), Festschrift Lindh, 367 (380); *Frenz*, EuR 2012, 344 (344).

⁹ EuGH, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13076, Rn. 67 – *Gambelli*.

Rechtfertigung, wenn sich die Maßnahme im Hinblick auf das abstrakt taugliche Regelungsziel als nicht hinreichend konsequent, d. h. widersprüchlich erweist.¹⁰ Die Geltendmachung einer kohärenten, ergo widerspruchsfreien Zielverfolgung gelingt deshalb immer dann, wenn der Mitgliedstaat tatsächlich keine anderen als die von ihm ausdrücklich erklärten Regelungsziele verfolgt. Verkürzt ausgedrückt: Der Gerichtshof prüft, ob der Gesetzgeber Wort gehalten hat.

Eine solche Pflicht zur gesetzgeberischen Selbstbindung an das ausdrücklich erklärte Regelungsziel ergeht dabei nicht allein um der Erwartung willen, dass der Gesetzgeber seine Ziele in „redlicher“ Absicht verfolgt. Redliche Gesetzgebung ist in der Vorstellung des Gerichtshofs nicht einfach nur Selbstzweck. Vielmehr ist die richterliche Intention, zielbezogene Widersprüche zu prüfen, eine Schattierung der vorstehend beschriebenen Dogmatik der Rechtfertigungsgründe. Die richterliche Entscheidung, nur die im Allgemeininteresse liegenden Erfordernisse als Rechtfertigungsgründe anzuerkennen, rückt den Fokus der Prüfung auch auf die Frage, welche Zwecke der mitgliedstaatliche Gesetzgeber tatsächlich verfolgt. Die Legitimität staatlichen Handelns hängt damit in entscheidendem Maße von der gesetzgeberischen Motivation und ihrer Anerkennungsfähigkeit ab. Schließlich scheiden rein wirtschaftliche Ziele nach Maßgabe des Gerichtshofs als Rechtfertigungsgründe aus.¹¹

Gerade die Verfolgung solcher Ziele ist jedoch häufig Anlass dafür, dass ein mitgliedstaatlicher Gesetzgeber, unter Vorspiegelung vermeintlich legitimer Rechtfertigungsgründe, markthemmende Regelungen erlässt. Bestehen Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber das von ihm geltend gemachte Regelungsziel nicht konsequent verfolgt, lässt dies eine missbräuchliche Zielsetzung des Mitgliedstaats vermuten. Davon geht der Gerichtshof aus, wenn in einem bestimmten Sachbereich gesetzliche Restriktionen unter Verweis auf bestehende Allgemeininteressen erlassen werden, während in einem hinreichend verwandten Bereich entsprechende Restriktionen ausbleiben, obwohl die geltend gemachten Allgemeinbelange dort in derselben Weise betroffen sind.¹² Qua Überprüfung der gesetzgeberischen Kohärenz können

¹⁰ von Danwitz, in: Cardonnel/Rosas/Wahl (Hrsg.), Festschrift Lindh, 367 (381): „[...] coherence is designed to object to rules which are found to be *self-contradictory* [...]“ [Hervorhebung durch den Verfasser]

¹¹ Siehe bereits Fn. 3.

¹² EuGH, Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Rn. 55 ff. – *Hartlauer*; vgl. *Frenz*, EuR 2012, 344 (348); *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV, Rn. 402; *Streinz*, ZfWG 2013, 305 (307). Zur Funktion des Kohärenzgebotes als Schranke gegenüber missbräuchlicher Gesetzgebung siehe unter C.V.2.