

# Nationale Grundrechte in der Dogmatik der Grundfreiheiten

## Präzisionen des unionsverfassungsrechtlichen Verhältnisses von Europäischer Union und Mitgliedstaaten durch den EuGH?

Frank Schorkopf\*

### I.

#### 1. Ein Regulierungsmodell für die Grundfreiheiten

Das dogmatische Gebäude der Grundfreiheiten ist seit Beginn des Integrationsprozesses an dem Modell der negativen Regulierung ausgerichtet. Damit ist ein Zustand beschrieben, in dem den Mitgliedstaaten zunächst nur diskriminierende und später auch beschränkende Maßnahmen, für die kein objektiver Rechtfertigungstatbestand eingreift, verboten sind. Seit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 19. Dezember 1997 in der Rechtssache *Kommission gegen Frankreich*<sup>1</sup> ist dieses Modell – im Bereich der Warenverkehrsfreiheit – um das Element der positiven Regulierung erweitert worden.<sup>2</sup> Danach sind die Mitgliedstaaten bei Beschränkungen des freien Warenverkehrs gemäß Art. 28 in

---

\* Dr. iur., wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg, zur Zeit wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder. Erweiterte Schriftfassung eines auf dem Europarechtssymposium der Universität Würzburg am 22.11.2003 gehaltenen Referats.

<sup>1</sup> EuGH, C-265/95, Slg. 1997, I-6959; mit Anm. von G. Meier, EuZW 9 (1998), 87 f.; P. Szce-kalla, DVBl. 1998, 219 ff.; L. Dubouis, Revue française de droit administratif 1998, 120 ff.; J. Schwarze, EuR 1998, 53 ff.; C. Denys, European Environmental Law Review 1998, 179 ff.; T. Meurer, EWS 1998, 196 ff.; K. Muylle, European Law Review 1998, 467 ff.; F. Picod, Revue des affaires européennes 1998, 274 ff.; M. A. Jarvis, Common Market Law Review 1998, 1371 ff.; J. Kühling, NJW 1999, 403 f.; M. Burgi, EWS 1999, 327 ff.; E. F. Hinton, The Columbia Journal of European Law 1999, 477 ff. und F. Kainer, JuS 2000, 431 ff.

<sup>2</sup> Die Entscheidung hat ihren tatsächlichen Hintergrund in den teilweise gewalttätigen Protesten französischer Lkw-Fahrer und Landwirte, die mit gewerkschaftlicher Unterstützung über mehrere Jahre hinweg die Einfuhr von landwirtschaftlichen Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten nach Frankreich zu verhindern suchten. Die Aktionen waren dergestalt, dass die entsprechenden Lkw-Ladungen zerstört, die Fahrer angegriffen, französische Lebensmittelgeschäfte unter Drohungen zum ausschließlichen Verkauf französischer Waren zu niedrigen Preisen gezwungen sowie insbesondere Obst und Gemüse aus nicht-französischem Anbau vernichtet wurden. Die französischen Behörden ergriffen nur zögerlich und in geringem Umfang Gegenmaßnahmen, obwohl sie in einigen Fällen von den Taten sogar im Voraus informiert worden und die Verantwortlichen identifizierbar waren. Zudem hatte die Europäische Kommission die französische Regierung mehrfach zum Handeln aufgefordert, vgl. EuGH (Anm. 1), Ziff. 40 ff., zum Sachverhalt des sog. "Erdbeerstreits" siehe auch die Darstel-

Verbindung mit Art. 10 EG verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen Maßnahmen zur Wiederherstellung der Grundfreiheit zu ergreifen. Da diese Handlungspflicht an das vorherige gemeinschaftsrechtswidrige Handeln von Privatpersonen anknüpft, wird dieser vom Gerichtshof gewählte Ansatz einer mitgliedstaatlichen Pflicht zum Tätigwerden als eine Alternative zu der so genannten unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit gegenüber Privaten gesehen.<sup>3</sup>

Der Ansatz der positiven Regulierung baut zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union ein verfassungsrechtliches Spannungsfeld auf, wenn das Handeln der Privatpersonen über die nationalen Grundrechte abgesichert ist. In diesem Fall sind die Mitgliedstaaten in die eine Richtung, gegenüber der Europäischen Union, zur Gewährleistung des Gemeinschaftsrechts – etwa zur Aufrechterhaltung des freien Warenverkehrs – verpflichtet<sup>4</sup> sowie gleichzeitig in die andere Richtung, gegenüber natürlichen und juristischen Personen, zur Gewährleistung der nationalen Grundrechte – etwa der Meinungs- und Versammlungsfreiheit –, die möglicherweise sogar auf völkerrechtlicher Ebene zusätzlich garantiert sind.

## 2. Das Verfassungsrechtliche Spannungsfeld

Das verfassungsrechtliche Spannungsfeld zwischen nationalen Grundrechten und Grundfreiheiten ist den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten nicht verborgen geblieben. Den Versuch einer Lösung des Konflikts auf der Ebene des Sekundärrechts zugunsten der Grundfreiheiten haben die Mitgliedstaaten über den Rat jedoch verhindert. Im Juni 1997 formulierte der Europäische Rat von Amsterdam<sup>5</sup> unter dem Eindruck der bis dahin periodisch stattfindenden Straßenblockaden in Frankreich, wie außerordentlich wichtig die Einführung eines *ad-hoc*-Verfahrens sei, um schnell und wirksam auf absichtliche Behinderungen der Warenverkehrsfreiheit reagieren zu können. Als Reaktion legte die Kommission einen Verordnungsvorschlag für einen Mechanismus vor, der ihr ein schnelles Einschreiten und den betroffenen Privatpersonen einen Ansatz für ein einzelstaatliches Rechtsmittel zur Aufhebung der mutmaßlichen Verletzung und Wiedergutmachung des erlittenen Schadens ermöglicht hätte.<sup>6</sup> Der Vorschlag wurde nach erheb-

---

lung in den Schlussanträgen von Generalanwalt C. O. Lenz, Slg. 1997, I-6959 Ziff. 1 ff. und D. Schindler, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, 2001, 23 f.

<sup>3</sup> Siehe T. Kingreen, Grundfreiheiten, in: A. von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 631 (676 ff.); allgemein zu Drittwirkung W. Kluth, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), 557 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 EG.

<sup>5</sup> Bull. EU 6-1997, Ziff. I-7. Bereits der Zeitpunkt dieser politischen Äußerung des Europäischen Rates zeigt, dass die Verabschiedung der VO (EG) Nr. 2679/98 nicht, wie jedoch in der Literatur vielfach – vgl. etwa F. Leidenmühler, The European Legal Forum 2003, 185; S. Kadelbach/N. Petersen, Die gemeinschaftsrechtliche Haftung für Verletzungen von Grundfreiheiten aus Anlass privaten Handelns, EuGRZ 2002, 213 (214) – angenommen, als sekundärrechtliche Bestätigung oder Umsetzung der EuGH-Entscheidung in *Frankreich gegen Kommission* gesehen werden kann.

licher Kritik vom Europäischen Parlament, dem Wirtschafts- und Sozialrat sowie dem Rat abgelehnt. Der Rat sah insbesondere Bedenken für die mitgliedstaatliche Souveränität und befürchtete eine Verschiebung des institutionellen Gleichgewichts, weil die Kommission zu Maßnahmen ermächtigt worden wäre, die nach dem EG-Vertrag dem Gerichtshof vorbehalten sind. Da sich die Kommission weigerte, ihren Vorschlag entsprechend anzupassen, unterbreitete der Rat verschiedene Vorschläge für das gewünschte *ad hoc*-Verfahren.<sup>7</sup>

In Kraft getreten ist schließlich die Verordnung (EG) 2679/98, die einen modifizierten Frühwarnmechanismus vorsieht. Dieser wird ausgelöst, wenn eine Behinderung des Warenverkehrs eintritt oder einzutreten droht. Im Ergebnis soll der Mechanismus das Vorverfahren einer Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG<sup>8</sup> abkürzen.<sup>9</sup> Der Sekundärrechtsakt wird durch eine Entschließung des Rates ergänzt, in der sich die Mitgliedstaaten unter anderem verpflichten, den freien Warenverkehr sicherzustellen, auf Behinderungen zu reagieren und die Wirtschaftsakteure zu informieren. Entscheidend für den hier interessierenden Zusammenhang ist jedoch die salvatorische Klausel, wonach die Verordnung die Ausübung der nationalen Grundrechte – insbesondere der Streikrechte oder -freiheiten – nicht beeinträchtigen dürfe (Art. 2 VO).

In ihrem Bericht über die Anwendung der Verordnung verzeichnet die Kommission für den Zeitraum von 1999 bis 2001 insgesamt 29 Anwendungsfälle – in der Mehrzahl Straßenblockaden, aber auch die Sperrung von Häfen und Behinderungen des Flugverkehrs durch den Streik von Fluglotsen.<sup>10</sup> Im Ergebnis stellt die Kommission fest, dass “die Mitgliedstaaten in den meisten Fällen nicht beabsichtigten, beim Vorliegen einer Behinderung Maßnahmen zu ergreifen, damit der freie Warenverkehr auf ihrem Gebiet so bald wie möglich wiederhergestellt und der Gefahr vorgebeugt wird, dass die genannten Störungen und Schäden andauern, sich

---

<sup>6</sup> Vgl. Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Einführung eines Mechanismus für ein Einschreiten der Kommission zur Beseitigung bestimmter Handelsbehinderungen, KOM (97) 619 endg., ABl. EG Nr. C 10 vom 15.1.1998, 14 ff.; dazu F. Schorkopf, Neuer Interventionsmechanismus der Kommission zur Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit, EuZW 9 (1998), 237 ff.

<sup>7</sup> Siehe F. Schorkopf, Der neue Mechanismus zur Gewährleistung des freien Warenverkehrs, EWS 4 (1998), 156 (158) m. w. N.; M. Hauschild, Das neue “Frühwarnsystem” für den freien Warenverkehr, EuZW 10 (1999) 8, 236 ff.; C. Gimeno Verdejo, La réponse communautaire aux blocages des réseaux de transport: application et perspectives d’avenir du règlement No. 2679/98 en vue de la protection du marché intérieur, Cahiers de droit Européen 2002, 45 ff.

<sup>8</sup> Vgl. C. Koenig/M. Pechstein/C. Sander, EU-/EG-Prozessrecht, 2. Aufl., 2002, Rdnr. 263 ff.

<sup>9</sup> Der EuGH hat im Hinblick auf die Verordnung (EG) Nr. 2679/98 und die entsprechende Aufforderung durch den Rat seine Verfahrensordnung (Verfahrensordnung des Gerichtshofes vom 19.6.1991, ABl. L 176 vom 4.7.1991, 7 ff.) geändert, siehe Änderungen der Verfahrensordnung des Gerichtshofes vom 28.11.2000, ABl. Nr. L 322 vom 19.12.2000, 1 (2). – Art. 62a “beschleunigtes Verfahren”; zum ersten Anwendungsfall siehe EuGH, Rs. C-39/03 P, Urteil vom 24.7.2003, *Kommission gegen Artgodan u.a.*

<sup>10</sup> Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2679/98, KOM (2001) 160 endg. vom 22.3.2001 und Neunzehnter Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (2001), KOM (2002) 324 endg. vom 28.6.2002, Ziff. 2.10.1.

ausdehnen oder sich verschlimmern und die Handelsströme sowie die ihnen zugrundeliegenden vertraglichen Beziehungen unterbrochen werden. Sie haben die eigentliche Beseitigung der Behinderung in globalerem Rahmen ausgehandelt, ohne jedoch gleichzeitig für die Sicherstellung des freien Warenverkehrs auf ihrem Gebiet zu sorgen.”<sup>11</sup>

## II.

### 1. Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

Eine solche, den freien Warenverkehr beeinträchtigende Sachverhaltskonstellation lag dem Urteil des EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren *Eugen Schmidberger gegen Republik Österreich* zugrunde.<sup>12</sup> Der Fall betrifft die mehrstündige Blockade der Brennerautobahn durch umweltpolitisch motivierte Demonstranten. Die Brennerautobahn zweigt bei der Stadt Innsbruck von der Inntalautobahn ab und durchquert auf einer Gesamtlänge von 34,5 km Tirol bis zu der auf dem Brennerpass verlaufenden italienischen Grenze. “Diese Verkehrsader, die sich durch ein unwegsames Gebiet schlängelt und zahlreiche Brücken und Viadukte aufweist, stellt die sensibelste Strecke eines Autobahnkomplexes mit gemeinschaftsweiter Bedeutung dar, deren Bestimmung es ist, Italien mit Deutschland und – über dieses Land – mit den übrigen nordeuropäischen Ländern zu verbinden.”<sup>13</sup> Wegen dieser herausgehobenen Bedeutung für den Nord-Süd-Verkehr besteht ein hohes Verkehrsaufkommen, das zu einer enormen Belastung von Menschen und Umwelt am Brenner geführt hat. Diese Problemlage ist bereits im Beitrittsvertrag der Republik Österreich anerkannt und ist im Zusammenhang mit dem System von Ökopunkten für den Lkw-Transit durch Österreich Gegenstand mehrerer anderer Verfahren vor dem Gerichtshof.<sup>14</sup>

Eine organisierte österreichische Bürgerinitiative – das Transitforum Austria-Tirol – kündigte für die Zeit vom 12. bis zum 13. Juni 1998 eine Versammlung auf der Brennerautobahn an. Da der vorangehende Tag ein Feiertag war und die beiden darauffolgenden Tage auf ein Wochenende fielen, war die Autobahn auf Grund des österreichischen Fahrverbots für Lastkraftwagen über 7,5 t an Sonn- und Feiertagen vier Tage lang gesperrt. Die zuständigen österreichischen Behörden hatten

<sup>11</sup> Bericht der Kommission (Anm. 10), 5 f.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-112/00, Urteil vom 12.6.2003; Anm. von Leidenmühler, (Anm. 5), 185 ff.; F. Kessler, *Revue de jurisprudence sociale* 2003, 751 ff.; J. F. Lindner, *BayVBl.* 2003, 623 ff.; B. J. Drijber, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2003, 229 ff.; B. Koch, *EuZW* 14 (2003), 19, 598 f.; C. Gimeno Verdejo, *Cuadernos Europeos de Deusto* 2003, 183 ff.; S. Kadelbach/N. Petersen, *Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten*, *EuGRZ* 2003, 693 ff.

<sup>13</sup> So die Beschreibung in den Schlussanträgen von Generalanwalt A. Saggio in Rs. C-205/98, *Slg.* 2000, I-7367 Ziff. 5.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-320/03 R, Beschluss vom 2.10.2003 – *Kommission gegen Österreich*; Rs. C-445/00, Urteil vom 11.9.2003 – *Österreich gegen Rat*; C- 393/03, Beschluss des Präsidenten vom 14.11.2003 – *Österreich gegen Kommission*.

nach eingehender Prüfung die angemeldete Versammlung nicht untersagt, weil sie mit Blick auf die in der österreichischen Verfassung gewährleisteten Grundrechte auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit keine Rechtsgrundlage dafür sahen.<sup>15</sup> Die Behörden bemühten sich in der Folge, zusammen mit den Veranstaltern, der Polizei und Automobilclubs, die Öffentlichkeit von der geplanten Blockade zu unterrichten, Ausweichrouten auszuschildern, die Taktfrequenz der Zugverbindungen zu erhöhen und vor Ort einen Ordnungsdienst einzurichten.

Von der Sperrung der Brennerautobahn betroffen war auch das deutsche Speditionsunternehmen *Schmidberger*. Es erhob vor dem Landesgericht Innsbruck Klage gegen die Republik Österreich auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 140.000,- ATS. Ein Teil seiner Sattelzüge habe die Brennerautobahn an den vier aufeinander folgenden Tagen nicht benutzen können, sodass ein entsprechender Schaden bestehend aus Stehzeiten der Lkw, fixen Kosten für die Fahrer und Verdienstaufschlag entstanden sei. Das Landesgericht wies die Klage ab, weil die Behauptungs- und Beweislast für den entstandenen Schaden und die Substantiierungspflicht nicht hinreichend erfüllt gewesen seien. Auf die Berufung des Klägers hin legte das Oberlandesgericht Innsbruck dem EuGH mehrere Fragen vor.<sup>16</sup>

Der Gerichtshof hatte insbesondere die gemeinschaftsrechtliche Frage zu beantworten, ob der Umstand, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaates eine Versammlung mit im Wesentlichen umweltpolitischen Zielen, die zu einer nahezu 30-stündigen völligen Blockade einer wichtigen Verkehrsverbindung führte, nicht untersagten, eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung des in Art. 28, 29 EG – gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 10 EG – gewährleisteten grundlegenden Prinzips des freien Warenverkehrs darstellt.<sup>17</sup>

## 2. Die Entscheidung des EuGH in ihrer Begründungsstruktur

a) Im Ergebnis lehnte der EuGH eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit durch Österreich und damit auch eine entsprechende Haftung ab. Der Umstand, dass die zuständigen Behörden die Versammlung unter den Umständen des Falles nicht untersagt hätten, sei mit Art. 28 in Verbindung mit Art. 10 EG vereinbar. Dabei bestätigte der Gerichtshof ausdrücklich seinen dogmatischen Ansatz aus der Entscheidung *Kommission gegen Frankreich* aus dem Jahre 1997. Art. 28 EG verbiete, da er für die Verwirklichung des Marktes ohne Binnengrenzen unabdingbar sei, nicht nur Maßnahmen, die auf den Staat zurückgehen und selbst Beschränkun-

---

<sup>15</sup> Eine öffentliche Versammlung ist nach § 2 Abs. 1 Versammlungsgesetz spätestens 24 Stunden vor ihrem Beginn anzuzeigen. Eine Versammlung, deren Zweck den Strafgesetzen zuwiderläuft oder deren Abhaltung die öffentliche Sicherheit oder das öffentliche Wohl gefährden könnte, ist nach § 6 Versammlungsgesetz zu untersagen vgl. R. Krist, Rechtliche Aspekte der Brenner-Blockade – Versammlungsfreiheit contra Freiheit des Warenverkehrs, ÖJZ 54 (1999), 7, 241 (243).

<sup>16</sup> Ausführlich zum Sachverhalt und dem Ausgangsverfahren siehe den Sitzungsbericht zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung am 12.3.2002, EuGRZ 2002, 292 ff.

<sup>17</sup> EuGH (Anm. 12), Ziff. 50.

gen für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten schaffen, sondern könne auch dann Anwendung finden, wenn ein Mitgliedstaat nicht die erforderlichen Maßnahmen ergriffen habe, um gegen Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs einzuschreiten, deren Ursachen nicht auf den Staat zurückgingen.<sup>18</sup> Weiter heißt es in den Gründen:

“Angesichts der grundlegenden Bedeutung des freien Warenverkehrs im System der Gemeinschaft und insbesondere für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes besteht diese Verpflichtung jedes Mitgliedstaats, den freien Warenverkehr in seinem Gebiet zu gewährleisten, indem er die erforderlichen und geeigneten Maßnahmen ergreift, um gegen Beeinträchtigungen durch Handlungen von Privatpersonen einzuschreiten, unabhängig davon, ob diese Handlungen die Einfuhr, die Ausfuhr oder die bloße Durchfuhr von Waren betreffen.”<sup>19</sup>

Folglich stufte der Gerichtshof die unterlassene Untersagung der Versammlung durch die österreichischen Behörden als eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs und damit als eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 in Verbindung mit Art. 10 EG ein.

Die Besonderheiten der Entscheidung ergeben sich aus der sich anschließenden Prüfung einer gemeinschaftsrechtlichen objektiven Rechtfertigung der Beeinträchtigung. Der Gerichtshof prüfte zu diesem Zweck zunächst, ob die Nichtuntersagung seitens der österreichischen Behörden ein legitimes Ziel verfolgte. Die Behörden hatten sich – nach Lage der Akten des Ausgangsverfahrens – bei ihren Überlegungen von der Achtung der Grundrechte der Demonstranten auf Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit leiten lassen. Beide Grundrechte sind sowohl in der EMRK als auch in der österreichischen Verfassung gewährleistet.<sup>20</sup> An dieser Stelle der Prüfung nimmt der Gerichtshof die Frage des Vorlagegerichts nach dem Rangverhältnis von Warenverkehrsfreiheit und Grundrechten zum Anlaß, seine aus der ständigen Rechtsprechung bekannten Formulierungen zum Grundrechtsschutz in der Europäischen Union in die Entscheidung einzubringen (Ziff. 71-73). Sodann fährt der Gerichtshof fort:

“Da die Grundrechte demnach sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie dem freien Warenverkehr, bestehen.”<sup>21</sup>

Mit anderen Worten: der allgemeine Teil der Rechtfertigungsprüfung wird damit abgeschlossen, dass auch der durch Mitgliedstaaten gewährleistete Grund-

<sup>18</sup> EuGH (Anm. 12), Ziff. 57 unter Hinweis auf EuGH (Anm. 1), Ziff. 30.

<sup>19</sup> EuGH (Anm. 12), Ziff. 60.

<sup>20</sup> In diesem Fall besteht die Besonderheit, dass die EMRK in Österreich Verfassungsrang hat und damit die entsprechenden EMRK-Grundrechte gleichrangig neben den weiteren Grundrechtsgewährleistungen der österreichischen Verfassung stehen, vgl. dazu das Bundesverfassungsgesetz vom 4.3.1964, ÖBGBl. 1964/59, siehe auch H. Tretter, *The Effects of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States – Austria*, in: R. Blackburn/J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe*, 2001, 103 (105 f.).

<sup>21</sup> EuGH (Anm. 12), Ziff. 74.

rechtsschutz ein berechtigtes, Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigendes Interesse darstellen kann.

b) Der weitere besondere Teil der Prüfung ist dem konkreten Verhältnis von Grundrechtsschutz in der Gemeinschaft und vertraglich verankerten Grundfreiheiten gewidmet. Dazu setzt der Gerichtshof bei der Reichweite der in Rede stehenden Rechtspositionen an. Er stellt zunächst fest, dass sowohl die Warenverkehrsfreiheit als auch die Meinungs- und Versammlungsfreiheit unter bestimmten Voraussetzungen beschränkt werden können. Um diese Position zu untermauern, zitiert der EuGH seine Rechtsprechung und die einschlägigen Entscheidungen des EGMR (Ziff. 79-80). Folglich seien die bestehenden Interessen abzuwägen und es sei anhand sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen, ob das "rechte Gleichgewicht zwischen diesen Interessen" gewahrt worden sei. Um das an dieser Stelle zwischen Prüfungsmaßstab und Subsumtion eingefügte Scharnier belastbar zu machen, stellt der EuGH fest:

"In dieser Hinsicht verfügen die zuständigen Stellen über ein weites Ermessen. Dennoch ist zu prüfen, ob die Beschränkungen, denen der innergemeinschaftliche Handel unterworfen wurde, in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel stehen, das mit ihnen verfolgt wird, hier dem Schutz der Grundrechte."<sup>22</sup>

Im weiteren Verlauf der Entscheidungsgründe setzt sich der Gerichtshof mit den Einzelheiten des Falles auseinander. Zunächst sieht er einen erheblichen Unterschied in den Umständen des Falles der Brennerblockade zum Sachverhalt, der der Entscheidung *Kommission gegen Frankreich* zugrunde lag. Die Versammlung auf der Brennerautobahn sei von den Behörden bewusst nicht untersagt worden, die räumliche Ausdehnung und zeitliche Dauer dieser einmaligen Aktion sei begrenzt gewesen, die Versammlung, die der Ausübung von Grundrechten gedient habe, habe nicht den Zweck der Handelsbeschränkung gehabt und schließlich hätten die Behörden zusammen mit den Veranstaltern zahlreiche Maßnahmen ergriffen, um die Störungen im Straßenverkehr so gering wie möglich zu halten. Die nationalen Stellen hätten angesichts ihres weiten Ermessens vernünftigerweise annehmen können, dass das mit der Versammlung in legitimer Weise verfolgte Ziel im vorliegenden Fall nicht durch Maßnahmen erreicht werden können, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränkt hätten (Ziff. 93). Da das Verhalten der österreichischen Behörden im Ausgangsstreit, d. h. die nicht ausgesprochene Untersagung der Versammlung, mit Art. 30, 34 EG in Verbindung mit Art. 5 EG vereinbar war, brauchte der EuGH über die weiteren Vorlagefragen zu den Voraussetzungen der mitgliedstaatlichen Haftung nicht mehr zu entscheiden.

### III.

Mit dem Urteil im Fall *Schmidberger* bestätigt der EuGH seinen bislang in der Rechtsprechung nicht wiederholten Ansatz einer positiven Regulierung im Bereich

---

<sup>22</sup> EuGH (Anm. 12), Ziff. 82.

des freien Warenverkehrs. Eine Formulierung in den Entscheidungsgründen deutet sogar darauf hin, dass er diesen Ansatz auch auf die anderen Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts erstrecken würde.<sup>23</sup> Der EuGH bildet ferner die Dogmatik der Warenverkehrsfreiheit fort, indem er als weiteren Rechtfertigungsgrund<sup>24</sup> die im konkreten Fall betroffenen nationalen Grundrechte in das Abwägungsmodell einstellt.<sup>25</sup>

Die Entscheidung fordert allerdings eine über diesen rechtstechnischen Nahbereich hinausreichende Bewertung heraus. Die Dekonstruktion des vom EuGH gewählten Prüfungsprogramms zeigt, dass der gewählte Ansatz noch eine beträchtliche Unschärfe im Hinblick auf den konkreten Prüfungsmaßstab aufweist (1.). Bei dem Versuch, die Konsequenzen des Ansatzes in die Überlegungen einzubeziehen, zeigt sich, dass das Urteil das unionsverfassungsrechtliche Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedstaaten in grundlegender Weise berührt (2.).

## 1. Die konstruktiven Unschärfen des Prüfungsprogramms

a) Der Lösungsansatz des EuGH verschleiert durch eine Unschärfe in der Begriffswahl die Besonderheit des Falles. Erst aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe und unter Einbeziehung der Schlussanträge des Generalanwalts<sup>26</sup> wird deutlich, dass in der Sache nicht die Gemeinschaftsgrundrechte, sondern die nationalen – österreichischen – Grundrechte mit der Warenverkehrsfreiheit in ein Verhältnis gesetzt werden. Der EuGH stellt die Frage, ob die Warenverkehrsfreiheit “diesen Grundrechten” – gemeint sind die Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit nach der EMRK und der österreichischen Verfassung – vorgehe (Ziff. 70). Es folgt die allgemeine “Grundrechtsformel” des EuGH, die sich jedoch in der Rechtsprechungspraxis stets auf die Gemeinschaftsgrundrechte bezieht, wie die zitierten Entscheidungen auch noch einmal deutlich machen (Ziff. 71-73). Sodann stellt der Gerichtshof fest, dass “die Grundrechte demnach sowohl von der Gemeinschaft als auch von den Mitgliedstaaten zu beachten” seien (Ziff. 74). An dieser Stelle bleibt wiederum unklar, auf welche Grundrechtsebene sich der EuGH bezieht.<sup>27</sup> In der weiteren Prüfung schließlich wird zunächst festgestellt, dass die

<sup>23</sup> EuGH (Anm. 12), Ziff. 62; so auch Leidenmühler (Anm. 5), 185 (187).

<sup>24</sup> Zur Rechtfertigung von Behinderungen der Warenverkehrsfreiheit vgl. Art. 30, 34 EG, EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 ff – *Cassis de Dijon*, zu den Einzelheiten und der Folgerechtsprechung siehe S. Leible, in: E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 30 EGV Rdnr. 12 ff. m. w. N.

<sup>25</sup> Dass der EuGH den Grundrechtsschutz der Demonstranten nicht aus der mitgliedstaatlichen Grundrechtsordnung begründet, beklagt deshalb zu Unrecht die Urteilsanmerkung von J. F. Linder, BayVBl. 2003, 623 (624).

<sup>26</sup> Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt F. G. Jacobs in der Rs. C-112/00 vom 11.7.2003.

<sup>27</sup> Kadelbach/Petersen (Anm. 12), 693 (695) sind der Ansicht, dass der EuGH europäische Grundrechte als Maßstab heranzieht. Ein Vorgehen der staatlichen Behörden gegen Störungen des Handels durch Private, die das Zumutbare überschritten, sei als Durchführung des Gemeinschaftsrechts anzusehen.

Warenverkehrsfreiheit und die Gewährleistungen aus Art. 10, 11 EMRK keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern mit einer Schrankenregelung ausgestattet sind. Daraus schlussfolgert der EuGH die Notwendigkeit, unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalles die bestehenden Interessen gegeneinander abzuwägen (Ziff. 77 und 81).

Der EuGH verknüpft dabei die gemeinschaftsrechtliche Handlungspflicht zur Gewährleistung der Grundfreiheiten mit einem weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Mittel und bei der Interessenabwägung zwischen den einschlägigen Grundrechten und der betroffenen Grundfreiheit. Im Fall *Schmidberger* prüft der Gerichtshof, ob die Beschränkungen, denen der innergemeinschaftliche Handel durch die "Brennerblockade" unterworfen worden war, in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit ihnen verfolgten, aber berechtigten Ziel – dem Schutz der Grundrechte – stehen (Ziff. 82). So wurde in den Entscheidungsgründen etwa der Zweck der öffentlichen Demonstration, deren zeitlich und geographisch begrenzte Ausdehnung sowie insbesondere die Rahmen- und Begleitmaßnahmen der österreichischen Behörden gewürdigt. Die Rechtsfigur des weiten Ermessensspielraums dient in diesem Zusammenhang folglich einerseits als ein Scharnier für die Inkorporation der im Detail unterschiedlichen Grundrechtsgewährleistungen in den Mitgliedstaaten und erlaubt es andererseits, die Einzelmaßnahmen im Wege der Gesamtschau aller Umstände zu überprüfen. Im Ergebnis werden die Interessen der österreichischen Behörden für schutzwürdiger erklärt als die Aufrechterhaltung des freien Warenverkehrs im konkreten Einzelfall.

Demgegenüber besitzt das vom Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vorgeschlagene Prüfungsprogramm eine größere konstruktive Klarheit, wenngleich dieser Ansatz ebenfalls nicht frei von Kritik sein kann. Der Generalanwalt knüpft im Zusammenhang mit der Rechtfertigungsprüfung bei einem Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit an die Entscheidung des EuGH in dem Fall *ERT* an. Danach hat ein Mitgliedstaat, der sich auf eine der akzeptierten Rechtfertigungen – wie beispielsweise die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit – beruft, um eine im EG-Vertrag verankerte Grundfreiheit zu beschränken, die gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundrechte einzuhalten.<sup>28</sup> Ausdrücklich weist er darauf hin, dass der Fall *Schmidberger* insofern anders liege, als sich hier ein Mitgliedstaat auf die Notwendigkeit berufe, nationale Grundrechte zu beachten, um die Beschränkung einer Grundfreiheit zu rechtfertigen.<sup>29</sup> Als Lösung schlägt er denselben zweistufigen Ansatz vor wie bei der Beurteilung der traditionellen Rechtfertigungsgründe, die sich ebenfalls auf eine spezifische Situation im betroffenen Mitgliedstaat bezögen. Folglich sei zu fragen, ob (i) Österreich ein legitimes, im öffent-

---

<sup>28</sup> EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 – *ERT*. Bereits in dem Fall *Wachauf* hatte der EuGH entschieden, dass die Mitgliedstaaten die Gemeinschaftsgrundrechte bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht zu beachten haben, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 Rdnr. 19. Die Grundrechtsbindung im Sinne der Entscheidung *ERT* gilt auch für die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe, vgl. EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 Rdnr. 24 ff. – *Familiapress*.

<sup>29</sup> Schlussanträge (Anm. 26), Rdnr. 94.

lichen Interesse liegendes Ziel verfolgt habe, das eine Beschränkung einer Grundfreiheit nach dem Vertrag rechtfertige, und ob (ii) die fragliche Beschränkung zu dem angestrebten Ziel in einem angemessenen Verhältnis stehe.<sup>30</sup>

b) Die Problematik beider Ansätze liegt in dem Abgleich der Schutzbereiche der verschiedenen Grundrechte oder anders formuliert: weder der EuGH noch der Generalanwalt beziehen die konkreten Gewährleistungsinhalte der österreichischen Grundrechte in ihre Prüfung mit ein. Der EuGH stellt lediglich fest, dass Meinungs- und Vereinigungsfreiheit in Art. 10 und 11 EMRK gewährleistet seien und unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigten Beschränkungen unterworfen werden könnten. Der Generalanwalt stellt den österreichischen Grundrechten auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit die entsprechenden Gewährleistungen im Gemeinschaftsrecht gegenüber, deren Regelungsgehalt er dann aber über die Brücke von Art. 6 Abs. 2 EU ebenfalls aus der EMRK ableitet. Der Generalanwalt kommt zu dem Ergebnis, dass ein Mitgliedstaat, der versuche, ein gemeinschaftsrechtlich anerkanntes Grundrecht zu schützen, automatisch ein legitimes Ziel verfolge. Das Gemeinschaftsrecht könne den Mitgliedstaaten nicht verbieten, Ziele zu verfolgen, die die Gemeinschaft selbst zu verfolgen habe.<sup>31</sup>

Die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang ist jedoch, welche materielle Reichweite das jeweilige Grundrechtssystem in Bezug auf einzelne gewährleistete Schutzbereiche hat. Zwar ist es aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts verständlich, dass sich der EuGH auf die Regelungen der EMRK als einer der maßgeblichen Rechtserkenntnisquellen bezieht und damit die bereits bestehende materielle Synchronisation der Grundrechte in der EU und in der EMRK offen legt.<sup>32</sup> Dieses Vorgehen steht jedoch zugleich unter der unausgesprochenen Bedingung einer Konkordanz der Grundrechte der EMRK und der nationalen Rechtsordnungen. Denn nur bei einer entsprechenden materiellen Konkordanz lassen sich die Aussagen des EuGH zu den Gewährleistungen der EMRK auf die nationalen Grundrechte übertragen. Dieses argumentative Band zu den nationalen Grundrechten wäre zwingend zu spannen, weil im Ausgangsverfahren die betreffende Grundfreiheit durch ein nationales Grundrecht in seinem konkreten Gewährleistungsgehalt beeinträchtigt wurde. Die dafür notwendige Konkordanz der Grundrechte ist allerdings keineswegs vorauszusetzen. Der Schutzbereich oder die Schrankenregelung eines nationalen Grundrechts kann einen weiteren Anwendungsbereich haben als die komplementären Gewährleistungen in der EMRK. Zu denken wäre an Fallkonstellationen, in denen der EMRK und ihren Zusatzprotokollen unbekannte Rechte – wie etwa ein individuelles Streikrecht – betroffen

<sup>30</sup> Schlussanträge (Anm. 26), Rdnr. 95.

<sup>31</sup> Schlussanträge (Anm. 26), Rdnr. 102; ergänzend wird auf Art. 11 und 12 der Charta der Europäischen Grundrechte verwiesen.

<sup>32</sup> Vgl. zuletzt in Bezug auf Art. 12 EMRK EuGH, Rs. C-117/01, Urteil vom 7.1.2004, Rdnr. 33 f. – *K. B. gegen National Health Service Pensions Agency* unter Hinweis auf EGMR, Nr. 28957/95 und 25680/94, Urteil vom 11.7.2002, Rdnr. 97-104 und 77-84 – *Christine Goodwin* und *I. gegen Vereinigtes Königreich*; siehe dort insbesondere den Hinweis auf Art. 9 der Charta der Europäischen Grundrechte im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 12 EMRK.

sind.<sup>33</sup> Im Hinblick auf Rechte, die eine grundsätzlich uneingeschränkte Geltung beanspruchen, wären aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung die schrankenlos gewährleistete Religions- (Art. 4 GG) oder Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) sowie insbesondere die Menschenwürde<sup>34</sup> (Art. 1 GG) zu nennen.

c) Ein mit dem Ausgangsverfahren vergleichbarer Blockade-Fall in Deutschland wäre höchstwahrscheinlich schon deshalb nicht zum EuGH gelangt, weil die deutschen Behörden eine Versammlung auf einer Bundesautobahn von vornherein untersagt hätten und diese Untersagung vor den Fachgerichten Bestand gehabt hätte.<sup>35</sup> Beispielsweise hat das OVG Lüneburg die Untersagung eines Fahrradkorsos auf einer Bundesautobahn u. a. mit der Begründung gehalten, dass Art. 8 Abs. 1 GG einem Verbot nicht entgegen stehe, weil Bundesautobahnen von ihrem eingeschränkten Widmungszweck her (§ 1 Abs. 3 FStrG) von vornherein demonstrationsfrei seien. Selbst wenn eine Demonstration auf einer Bundesautobahn "genehmigt" werden würde, so ist anzunehmen, dass im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Dauer der Veranstaltung auf einen kurzen Zeitraum beschränkt und nicht wie im Ausgangsverfahren etwa 30 Stunden betragen würde.<sup>36</sup> Dieselbe Aussage trifft auf die als Maßstab herangezogene EMRK zu: Die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) hat in einem deutschen Fall die Verurteilung eines Demonstranten wegen Nötigung, für das Blockieren der Zufahrt zu einem Militärgelände, im Hinblick auf die Versammlungsfreiheit (Art. 11 EMRK) als gerechtfertigt angesehen.<sup>37</sup> Folglich sanktionierte die EKMR die Praxis, Straßenblockaden als gewaltsame Maßnahmen anzusehen und damit bereits auf der Ebene des Schutzbereichs die Anwendung von Art. 8 GG auszuschließen.<sup>38</sup>

Diese Problematik scheint dem Gerichtshof auch nicht verborgen geblieben zu sein, denn er verweist in dem einschlägigen Absatz der Gründe ausdrücklich auf das uneingeschränkt gewährleistete Recht auf Leben und das Verbot der Folter

<sup>33</sup> So auch Kadelbach/Petersen (Anm. 12), 693 (695); zur Koalitionsfreiheit unter der EMRK vgl. M. Villinger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 1999, Rdnr. 639. Siehe aber auch Art. 6 Europäische Sozialcharta (ESC) vom 18.10.1961, European Treaty Series No. 35, BGBl. 1964 II, 1262. In Deutschland besteht für die Vorschriften der ESC keine unmittelbare Bindungswirkung, vgl. BVerwGE 66, 268 (274); 91, 327 ff.; 98, 31 ff.; BSG, SozR-6935 Allg. Nr. 1. Vgl. jetzt auch Art. 28 GrdCh, dazu E. Riedel, in: J. Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, Art. 28 Rdnr. 1 und 23 ff.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu den Vorlagebeschluss des BVerwGE 115, 189 ff. = NVwZ 2001, 1385 f. in dem Fall *Laserdrome*. Das Verfahren ist beim EuGH als Rs. C-36/02 in das Verfahrensregister eingetragen; siehe auch Anm. 63.

<sup>35</sup> Vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 18.5.1994, NZV 1995, 332 = NdsVBl. 1996, 14 f.

<sup>36</sup> In einem österreichischen Beitrag zu den rechtlichen Aspekten der Brennerblockade wird die Auffassung vertreten, dass die Nichtuntersagung der Versammlung auf der Brennerautobahn mit den innerstaatlichen Vorschriften Österreichs in Widerspruch stehe, vgl. Krist, (Anm. 15), 241 (243 ff.).

<sup>37</sup> EKMR, Nr. 13079/87, Entscheidung vom 6.3.1989 – *M.C. gegen Deutschland*.

<sup>38</sup> Die Rechtsprechung zum Gewaltbegriff dürfte der Grund dafür sein, dass sich bis in die jüngste Zeit kaum Rechtsprechung nachweisen lässt, in der die Rechtmäßigkeit von Straßenblockaden am Maßstab von Art. 8 GG überprüft wird.

(Ziff. 80). Diese Formulierung würde es gegebenenfalls erlauben, das in der Entscheidung eingeführte Abwägungsmodell weiter zu differenzieren.

## 2. Konkretisierung des unionsverfassungsrechtlichen Verhältnisses von Europäischer Union und Mitgliedstaaten?

a) Die Entscheidung des Gerichtshofs könnte den Eindruck erwecken, als sei sie ein Ausdruck des Bemühens, das Verhältnis der Europäischen Union zu den Mitgliedstaaten in einer feineren Auflösung als bislang zu definieren. Der seit dem Europäischen Rat von Köln beschleunigte Prozess der Konstitutionalisierung der Europäischen Union<sup>39</sup> ist maßgeblich durch das Bestreben motiviert, die Zuständigkeiten des Integrationsverbandes und seiner Mitgliedstaaten zu identifizieren sowie deutlicher voneinander abzugrenzen. In den Diskussionen über einen Kompetenzkatalog<sup>40</sup> für die Europäische Union und den Anwendungsbereich der Charta der Grundrechte (GrdCh)<sup>41</sup> spiegeln sich die Befürchtungen der Mitgliedstaaten, dass der europäische Integrationsprozess über die Figur des Anwendungsvorranges die mitgliedstaatlichen Eigenheiten abschleift, nationale Handlungsspielräume verkleinert und die Staatlichkeit weiter mediatisiert wird.

Das funktionale Verständnis des Integrationsprozesses hat das kompetenzschränkende Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in der Vergangenheit stets überlagert und den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts – wenn auch mit dem über den Rat vermittelten Einverständnis der Mitgliedstaaten – ausgedehnt. Gleichwohl postuliert das Unionsverfassungsrecht die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten durch die Europäische Union (Art. 6 Abs. 3 EU). Der normative Gehalt dieser Vorschrift verpflichtet die Union und ihre Organe, die Handlungs- und Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen und zu fördern sowie deren Eigenbild, das regelmäßig in der Verfassung verankert sein wird, zu wahren.<sup>42</sup> Der Ansatz des EuGH kann im Hinblick auf das Gebot aus Art. 6 Abs. 3 EU interpretiert werden.

<sup>39</sup> Vgl. F. Schorkopf, *Constitutionalization or a Constitution for the European Union?*, in: A. Bodnar/M. Kowalski/K. Raible/F. Schorkopf (eds.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union*, 2003, 1 ff.; R. Wahl, „Konstitutionalisierung“ – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?, in: C.-E. Eberle/M. Ibler/D. Lorenz (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Brohm, Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*, 2002, 191 ff.

<sup>40</sup> Vgl. S. Weatherill, *Competences*, in: B. de Witte (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty of the European Union*, 2003, 45 ff. <[http://europa.eu.int/futurum/documents/other/oth020403\\_en.pdf](http://europa.eu.int/futurum/documents/other/oth020403_en.pdf)> (Zugriff am 24.11.2003); U. di Fabio, *Some Remarks on the Allocation of the Competences Between the European Union and Its Member States*, CMLR 39 (2002), 1289 ff.; A. von Bogdandy/J. Bast, *Vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union – Rechtsdogmatischer Bestand und verfassungspolitische Reformperspektiven*, EuGRZ 2001, 441 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 51 GrdCh.

<sup>42</sup> Vgl. Hilf, (Anm. 24), Art. F EUV Rdnr. 8; E. Pache, *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, DVBl. 2002, 1154 (1161 f.).

b) Im Fall der „*Brennerblockade*“ wäre es auch denkbar und nach dem grundrechtlichen *acquis communautaire* nachvollziehbar gewesen, wenn der Gerichtshof für die Rechtfertigungsprüfung auf die Gemeinschaftsgrundrechte zurückgegriffen hätte.<sup>43</sup> Da sich die Demonstranten gezielt gegen den Lkw-Transit über den Brenner wendeten und im Ergebnis den Anwendungsbereich des freien Warenverkehrs einschränken möchten,<sup>44</sup> bestand eine Verbindung zum Gemeinschaftsrecht, die die Brücke zur Anwendbarkeit der Gemeinschaftsgrundrechte hätte schlagen können. Unter dieser Voraussetzung hätte die Abwägung zwischen Grundfreiheit und Grundrecht innerhalb des Systems des Gemeinschaftsrechts stattgefunden und das hier skizzierte Problem divergierender Gewährleistungsinhalte wäre vermieden worden.<sup>45</sup>

Dabei soll für einen Augenblick außer Acht bleiben, dass die Einbeziehung nationaler Standards der Dogmatik der Grundfreiheiten schon nach der bisherigen Rechtsprechung nicht fremd ist. Bei der Auslegung insbesondere der Rechtfertigungstatbestände wie beispielsweise „öffentliche Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit“<sup>46</sup> wird die Frage diskutiert, ob und in welchem Umfang ein nationaler oder ein gemeinschaftlicher Maßstab für die Inhaltsbestimmung heranzuziehen ist. Nach der Leitentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Henn und Darby* aus dem Jahr 1986 ist es grundsätzlich Sache jedes Mitgliedstaats, den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit für sein Gebiet im Einklang mit seiner eigenen Wertordnung und in der von ihm gewählten Form auszufüllen.<sup>47</sup> Allerdings hat Generalanwalt F. G. Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Biopatentrichtlinie* darauf hingewiesen, dass diese Rechtsprechung vor mehr als 20 Jahren festgelegt worden sei und heute mit einiger Vorsicht verstanden werden sollte, weil sich in einzelnen Bereichen möglicherweise über die Jahre gemeinsame Maßstäbe entwickelt hätten.<sup>48</sup>

Aussagekräftiger ist deshalb die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu mitgliedstaatlichen Regelungen des Glücksspiels. In seinen Urteilen in den Rechtssachen *Schindler*<sup>49</sup>, *Läärä u. a.*<sup>50</sup> und *Zenatti*<sup>51</sup> hat der EuGH ausgeführt, dass die sittli-

---

<sup>43</sup> So konkret für den Fall *Kadelbach/Petersen* (Anm. 12), 693 (695). Zur Rolle der Gemeinschaftsgrundrechte bei der Rechtfertigungsprüfung siehe etwa A. Epiney, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl., 2002, Art. 30 EGV Rdnr. 26 ff. m. w. N.

<sup>44</sup> Siehe dazu nur die Presseerklärung des Transitforums Austria-Tirol vom 12.6.2003, zugänglich unter <<http://www.transitforum.at>> (Zugriff am 12.1.2004).

<sup>45</sup> So ausdrücklich in Bezug auf mitgliedstaatliche Regelungen im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts Epiney (Anm. 43), Art. 30 EGV Rdnr. 29; für die Maßstäblichkeit der Gemeinschaftsgrundrechte zur Wahrung der Einheit des Unionsrechts auch *Kadelbach/Petersen* (Anm. 5), 213 (215).

<sup>46</sup> Vgl. Art. 30 EG.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. 34/79, Slg. 1979, 3795 Rdnr. 15 – *Henn und Darby*, bestätigt in Rs. 121/85, Slg. 1986, 1007 Rdnr. 14 – *Conegate*; vgl. auch U. Becker, in: J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2000, Art. 30 EGV Rdnr. 9.

<sup>48</sup> Generalanwalt F. G. Jacobs in seinen Schlussanträgen vom 14.6.2001 in der Rs. C-377/98, *Niederlande gegen Europäisches Parlament und Rat* (Biopatentrichtlinie), Slg. 2001, I-7079 Rdnr. 102.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Ziff. 60 f.

chen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, es rechtfertigen können, dass die staatlichen Stellen über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben.<sup>52</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten bei der Inanspruchnahme der Ausnahmeklauseln zu den Grundfreiheiten streng genommen den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts verlassen. Da sie nationale Besonderheiten im Rahmen der Grundfreiheiten zur Geltung bringen,<sup>53</sup> müssen sie folglich in diesen Fällen auch von der Bindung an die Gemeinschaftsgrundrechte befreit sein.

Dennoch prüft der Gerichtshof das von den Mitgliedstaaten angestrebte Schutzniveau im Hinblick auf seine Verhältnismäßigkeit. Die nationalen Beschränkungen müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. Auf jeden Fall müssen sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden.<sup>54</sup> In anderen Fällen hat der EuGH die Zuständigkeit für die Festlegung des politischen Schutzkonzepts – insbesondere beim Verbraucher- und Gesundheitsschutz – der Gemeinschaft zugeordnet.<sup>55</sup>

c) In dieser Hinsicht besteht – quasi als Kehrseite dieses soeben genannten Ansatzes – bei der Einbeziehung nationaler Grundrechte in die Dogmatik der Grundfreiheiten die Gefahr, dass der EuGH über Bestand und Inhalt nationaler Grundrechte entscheidet und damit als Rechtsprechungsorgan eines aus mitgliedstaatlicher Perspektive fremden Hoheitsträgers nationales Verfassungsrecht auslegt. Dem vorliegenden Urteil ist auch anzumerken, dass sich der EuGH scheut, die Vereinbarkeit von gemeinschaftsrelevantem Verhalten mit den nationalen Grundrechten substantiell zu prüfen. Der Fall wird im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung entschieden, die in ihrer Argumentation und ihrem Umfang der bestehenden Rechtsprechungspraxis entspricht.

Mit Blick auf die tatsächlichen Umstände der vorliegenden Entscheidung ist die Vermutung nicht unrealistisch, dass der Gerichtshof die expansive Tendenz der Grundfreiheiten bremsen und die Anschlussfähigkeit des Gemeinschaftsrechtssystems für nationale Besonderheiten verbessern wollte. Schließlich hatten die österreichischen Behörden die Nichtuntersagung der Versammlung ausdrücklich mit den österreichischen Grundrechten der Demonstranten begründet. Die langfris-

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067, Ziff. 13, mit Anm. von T. Stein, EuZW 11 (2000) 5, 153 ff.

<sup>51</sup> EuGH, Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289 Ziff. 14, mit Anm. von Stein (Anm. 50).

<sup>52</sup> So jüngst EuGH, Rs. C-243/01, Urteil vom 6.11.2003, Ziff. 67 – *Gambelli u.a.*

<sup>53</sup> Vgl. T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 6 EUV Rdnr. 61.

<sup>54</sup> EuGH (Anm. 52), Ziff. 65.

<sup>55</sup> EuGH, Rs. C-17/93, Slg. 1994, I-3537 Rdnr. 19 – *van der Veldt*; vgl. dazu auch A. Epiney, Freiheit des Warenverkehrs, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 8 Rdnr. 82 f.

tigen Auswirkungen auf das verfassungsrechtliche Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten wären kaum abschätzbar gewesen, wenn der Gerichtshof diese Argumentation der Republik Österreich zurückgewiesen und alternativ die Gemeinschaftsgrundrechte geprüft hätte.

Das vollständige Fehlen einer konkreten Bezugnahme auf die einschlägigen nationalen Grundrechtsgewährleistungen, das dogmatisch über den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Mittel bewältigt wird, nährt die Zweifel an der Reichweite des Interpretationsansatzes und der Richtung, die der EuGH ihm in zukünftigen Entscheidungen geben wird. So bleibt wegen des abstrakten Abgleichs der Schutzbereiche zwischen den einzelnen Rechtsordnungen offen, ob und inwieweit die einschlägigen nationalen Grundrechte die in Rede stehenden Handlungen von Privatpersonen tatsächlich schützen würden.<sup>56</sup> Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit gerät dadurch zu einer Gesamtschau, die in dem jeweiligen Fall eine gerechte Entscheidung ermöglicht, dafür aber kaum verallgemeinerungsfähige Aussagen enthält.

Ein weiteres Indiz für die Notwendigkeit eines konkreten Abgleichs der Gewährleistungsinhalte liefert Art. 53 GrdCh. Die Vorschrift garantiert den Mitgliedstaaten, in Anlehnung an Art. 53 EMRK, dass sie etwaige bestehende höhere Menschenrechtsstandards, sei es auf nationaler oder sei es auf völkerrechtlicher Ebene, trotz der Bindung an die Charta oder die EMRK wahren können. Bei der Kodifikation von Menschenrechten auf regionaler und internationaler Ebene besteht nämlich die Gefahr, dass das auf dieser Ebene erreichbare Schutzniveau in Umfang und Reichweite dasjenige der nationalen Grundrechtsordnungen unterschreitet.<sup>57</sup> Mit den entsprechenden Klauseln soll der möglicherweise durch Wortlaut und Interpretation der Grundrechtsordnung entstehende Änderungsbedarf für nationale Verfassungen und völkerrechtliche Instrumente ausgeschlossen werden.<sup>58</sup> Obwohl der exakte Regelungsinhalt von Art. 53 GrdCh umstritten ist, lässt sich feststellen, dass die Vorschrift zwar den Vorrang des Unionsrechts unangetastet lassen will,<sup>59</sup> den nationalen Grundrechten im Rahmen ihres Anwendungsbereichs aber den materiellen Vorrang einräumen will. Mit anderen Worten: soweit der EuGH nationale Grundrechte als Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit anerkennt, hat er sie mit ihrem, denjenigen der Gemeinschaftsgrundrechte möglicherweise überschießenden, Regelungsgehalt anzuwenden.

---

<sup>56</sup> Vgl. W.-G. Schärf, EuZW 9 (1998), 618 (619), der in einer Besprechung der EuGH-Entscheidung *Kommission gegen Frankreich* (Anm. 1) auf die Rechtsprechung des Österreichischen Obersten Gerichtshofes zum Ersatz von Demonstrationsschäden und zur Rechtmäßigkeit des Eingriffs in Rechte Dritter hinweist.

<sup>57</sup> Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16.3.2000, CONTRIB 80 vom 5.4.2000, 6.

<sup>58</sup> Vgl. Borowsky (Anm. 33), Art. 53 Rdnr. 11.

<sup>59</sup> Ausführlich dazu die Studie von J. B. Liisberg, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a Fountain of Law or just an Inkblot?*, zugänglich unter <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010401.html>> (Zugriff am 12.1.2004), gekürzte Version in: CMLR 38 (2001), 1171 ff.

d) Im Ergebnis verbleiben die Mitgliedstaaten in ihrer eingangs beschriebenen "Sandwich-Position" – auf der einen Seite sind sie an die Gemeinschaftsgrundrechte auf Grund ihrer EU-Mitgliedschaft gebunden, auf der anderen Seite verpflichtet sie ihr Verfassungsrecht auf die Gewährleistung der nationalen Grundrechte. Die skizzierte Unschärfe im Prüfungsprogramm des EuGH könnte dazu führen, dass die nationalen Grundrechte nicht mit ihrem spezifischen Gewährleistungsumfang, sondern lediglich in einer gemeineuropäischen Variante zur Anwendung gelangen. Im Ergebnis drohen die Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Schutzniveaus nivelliert zu werden. Die Entscheidung des Gerichtshofs setzt für das Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten einzelne Positionenlichter, die verfassungsrechtlichen Konturen der Zwischenräume verbleiben jedoch im Dunst des föderalen Spannungsfeldes.

#### IV.

Der EuGH operationalisiert die nationalen Grundrechte für die Dogmatik der Grundfreiheiten. Er erkennt im Ergebnis ein nationales Grundrecht als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit an, soweit mit dem betreffenden Grundrecht abstrakt ein legitimes Ziel verfolgt wird. Das ist in der Europäischen Union – in ihrer gegenwärtigen geographischen Ausdehnung – regelmäßig der Fall, weil die Grundrechtsstandards der EU-Mitgliedstaaten homogen sind und durch deren gleichzeitige Mitgliedschaft in der EMRK auch im materiellen Inhalt zunehmend synchronisiert werden.<sup>60</sup>

Die Konstruktion des Prüfungsprogramms im Fall *Schmidberger* ist jedoch unklar. Der EuGH verschleiert mit seinen Formulierungen, in welchem Umfang er auf die nationalen Grundrechte – hier die österreichische Meinungs- und Versammlungsfreiheit – zurückgreift. Das wird insbesondere bei einem Vergleich mit den Schlussanträgen des Generalanwalts deutlich. Stattdessen werden die komplementären Gewährleistungen der EMRK herangezogen. Dieses Vorgehen kann durch die Besonderheiten des Falles begründet sein, denn die EMRK hat in Österreich den Rang von Verfassungsrecht und bindet die Träger hoheitlicher Gewalt wie die österreichische Bundesverfassung.<sup>61</sup> Darüber hinaus könnte die prozessuale Einkleidung des Falles von Bedeutung sein. Es handelt sich um ein Vorabentscheidungsverfahren, in dem der Gerichtshof dem nationalen Gericht nur die Auslegungskriterien für die eigenständige Würdigung des spezifischen Falles an die Hand gibt. Das Vorgehen kann aber seinen Grund auch in einer Unsicherheit in Bezug auf die Fortentwicklung des methodischen Ansatzes haben.

---

<sup>60</sup> Näher zur Homogenitätsthese F. Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union, 2000, Rdnr. 37 ff.

<sup>61</sup> Siehe die Nachweise in Anm. 20. Zur Einbeziehung von Art. 11 EMRK in die Auslegung des österreichischen Versammlungsrechts siehe W. Berka, Probleme der grundrechtlichen Interessenabwägung – dargestellt am Beispiel der Untersagung von Versammlungen, in: S. Griller/K. Korinek/M. Potacs (Hrsg.), Festschrift für H. P. Rill, 1995, 3 (5 ff.).

Wie der Gerichtshof seine Rechtsprechung fortentwickelt und auf schrankenlose Grundrechte reagiert, könnte, trotz der etwas veränderten Konstellation im Ausgangsverfahren,<sup>62</sup> die Entscheidung in dem anhängigen Vorlageverfahren *Omega* zeigen.<sup>63</sup> Das Verfahren betrifft eine gegen den Betreiber eines so genannten Laserdromes gerichtete Verbotsverfügung der Stadt Bonn, in der untersagt wird, Spielabläufe zu ermöglichen oder zu dulden, die "ein gezieltes Beschießen von Menschen mittels Laserstrahl oder sonstiger technischer Einrichtungen [...], also aufgrund einer Trefferregistrierung ein so genanntes 'spielerisches Töten' von Menschen zum Gegenstand haben". Eine Klage des Betreibers vor dem Verwaltungsgericht blieb ohne Erfolg. Das Oberverwaltungsgericht ging davon aus, dass die Verbotsverfügung rechtmäßig sei, weil die untersagten Spielabläufe gegen die vom Grundgesetz gewährleistete Menschenwürde verstießen. Das Bundesverwaltungsgericht teilte diese Auffassung.<sup>64</sup> Da es sich jedoch an einer abschließenden Entscheidung des Rechtsstreits gehindert sah, weil Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der Lösung mit dem Gemeinschaftsrecht bestehen, hat es den Rechtsstreit ausgesetzt und dem EuGH zur Klärung der Rechtslage vorgelegt.<sup>65</sup>

Der gemeinschaftsrechtliche Bezug dieses Falles ergibt sich daraus, dass in dem Laserdrome die Technik eines britischen Unternehmens (PULSAR Ltd.) zur Anwendung gelangen soll. Nach dem Franchisevertrag ist die Klägerin des Ausgangsverfahrens für die Vertragslaufzeit die alleinige Inhaberin der Rechte an dem PULSAR-Laserdrome-Konzept und an den Lizenzen betreffend die PULSAR-Laserdrome-Ausstattung. Der erkennende 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hält die Frage für ungeklärt, ob es mit den Vorschriften des EG-Vertrages über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr vereinbar ist, dass nach nationalem Recht eine bestimmte gewerbliche Betätigung – in diesem Fall der Betrieb eines so genannten Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen – untersagt werden muss, weil sie gegen die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen eines Mitgliedstaats verstößt, ohne dass in den anderen Mitgliedstaaten entsprechende

---

<sup>62</sup> Es handelt sich nicht um einen Fall der negativen Regulierung, vielmehr hat die deutsche Ordnungsbehörde durch den Erlass eines Verwaltungsakts die Grundfreiheiten beschränkt.

<sup>63</sup> Siehe Anm. 34, zum Sachverhalt siehe das Urteil der Vorinstanz, OVG Münster, Urteil vom 27.9.2000, DÖV 2001, 217 f. Generalanwalt Jacobs weist in seinen Schlussanträgen auf dieses Verfahren ausdrücklich hin, (Anm. 26), Ziff. 89 Anm. 39. Zum Verfahren C-26/02 siehe jetzt auch die Schlussanträge von Generalwältin C. Stix-Hackl vom 18.3.2004. Danach gehöre die Achtung der Menschenwürde unzweifelhaft zu den Grundinteressen jeder dem Schutz und der Achtung der Grundrechte verpflichteten Gesellschaft. Die Annahme einer Berührung eines gesellschaftlichen Grundinteresses orientiere sich dabei an den nationalen Wertentscheidungen; auf eine allfällige gemeinsame Auffassung der Mitgliedstaaten komme es nicht an (Ziff. 104 f.). Die Schlussanträge kommen zu dem Ergebnis, dass eine schwere Gefährdung der Menschenwürde den Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr rechtfertigen könne.

<sup>64</sup> Siehe dagegen aber jüngst VG Dresden, Urteil vom 28.1.2003, NVwZ-RR 2003, 848 ff. zur Vereinbarkeit von so genannten Paintball-Spielen mit der Menschenwürde.

<sup>65</sup> Die Entscheidung wird kritisch besprochen von U. Kramer/J. Strube, Der Streit ums Laserdrom – zugleich kritische Anmerkungen zu neuen Tendenzen in der Rechtsprechung des BVerwG, ThürVBl. 2003, 265 ff.

Rechtsüberzeugungen bestehen. Weiter heißt es in den Gründen des Vorlagebeschlusses:

“[Die] Entscheidungen des Gerichtshofs in den Rechtssachen *Läärä* und *Zenatti* können [...] den Eindruck vermitteln, als werde an der strikten Bindung an eine gemeinsame Rechtsüberzeugung für die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht mehr festgehalten. Sollte dies zutreffen, so würde europäisches Gemeinschaftsrecht nach Auffassung des Senats die Bestätigung der angefochtenen Verfügung nicht hindern, weil sich unter dieser Voraussetzung – nach Gemeinschaftsrecht nicht anders als nach nationalem Recht – wegen der fundamentalen Bedeutung des verletzten Rechtsguts der Menschenwürde nähere Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit, insbesondere zur Angemessenheit der Maßnahme erübrigen würden.”<sup>66</sup>

Die Entscheidung des EuGH im Fall *Schmidberger* und die hier zuletzt beschriebene Sachverhaltskonstellation – deren allgemeiner Kern sich auch im deutschen Einfuhrverbot für embryonale Stammzellen wiederfindet – zeigen, dass die Dogmatik der Grundfreiheiten keinesfalls als abgeschlossen gelten kann. Wenn das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten bislang noch als wenig ausgeleuchtet betrachtet wird, gilt diese These erst recht bei einer Einbeziehung der nationalen Grundrechte. Letztere werfen aber nicht nur eine Frage des Rechtsschutzniveaus auf, sondern berühren auch das verfassungsrechtliche Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten – denn in der Sache geht es um einen wichtigen Teil der nationalen Identität.

## Summary<sup>67</sup>

### National Fundamental Rights within the Dogmatics of Fundamental Freedoms

A Detailed Analysis of the Constitutional Relationship between the European Union and its Member States via the European Court of Justice

The article deals with the relationship between fundamental rights guaranteed by the Constitution of the EU Member States and the fundamental freedoms enshrined in the EC Treaty. It is prompted by the ECJ's judgement (case C-112/00) on the complete closure of the Brenner motorway caused by a demonstration of environmental protesters. The Court held that the fact that Austria did not ban the demonstration which closed the motorway is a restriction of intra-Community trade in goods within the Union and is, in principle, incompatible with Community law unless there is an objective justification for that restriction. In order to assess the question of justification the Court took into consideration the objective pursued by the national authorities – that is the respect for the demonstrators' fundamental rights – in considering whether to grant authorisation. The Court weighed the interests involved, i. e. the protection of the freedom of expression and assembly, on the one hand and compliance

<sup>66</sup> Vgl. BVerwGE 115, 189 (204 f.).

<sup>67</sup> Summary by the author.

with the free movement of goods, on the other. With reference to the national authorities' wide margin of discretion the Court found that the Austrian authorities were reasonably entitled to abstain from the ban. Therefore the authorisation of the demonstration did strike a fair balance between safeguarding the fundamental rights of the demonstrators and the requirements of the free movement of goods.

The author argues on the basis of a detailed analysis that the Court did not clearly identify the review standard. The ECJ, by making reference to the complementary guarantees of the ECHR, clouds with its formulations, to which extent it resorts to the national fundamental rights. This procedure can be justified by the characteristics of the specific case, because the ECHR has the rank of constitutional law in Austria. Irrespective of this argument the article concludes that the ECJ uses national fundamental rights for the legal construction of the fundamental freedoms. It recognizes a national fundamental right to be able to justify their violation, as far as the national fundamental right – on an abstract level – protects a legitimate position. This will regularly be the case in the EU during the present geographical expansion, because the EU's and national fundamental right standards are homogeneous and are increasingly synchronized by their factual simultaneous membership in the ECHR. However, how the Court's jurisdiction develops further in constellations where fundamental rights are unrestrictable will show the pending *Omega* case (C-36/02). The case concerns the ban of a commercial concept, which purports purposeful firing at human beings by means of laser beam. The German authorities and administrative courts held the concept to be in violation of human dignity.

