

r

Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte

Von

Jochen Gebauer



Duncker & Humblot • Berlin

Inhaltsübersicht

Einleitung	25
A. Sind Grundfreiheiten Grundrechte?	25
B. Praktische Auswirkungen der Unterscheidung	27
C. Das Konzept der vorliegenden Untersuchung	29
I. Subjektive Rechte im Gemeinschaftsrecht	29
II. Die Ansicht von Rechtsprechung und Literatur zu der Frage des Verhältnisses von Grundfreiheiten und Grundrechten	30
III. Doppelfunktionalität der Grundfreiheiten	30

Erster Teil

Subjektive Rechte im Gemeinschaftsrecht	32
A. Der Begriff des „subjektiv-öffentlichen Rechts“ im Gemeinschaftsrecht . . .	32
I. Der Begriff des subjektiven Rechts in vertikalen und horizontalen Strukturen	33
II. Die Subjektivierung von Rechten durch die Lehre von der unmittelbaren Wirkung im Gemeinschaftsrecht	38
III. Zusammenfassung: Der Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts im Gemeinschaftsrecht	52
B. Subjektive Rechte aus dem EG-Vertrag, insbesondere die Grundfreiheiten . .	53
I. Die Grundfreiheiten als subjektive Rechte	55
II. Die Normstruktur der Grundfreiheiten	78
C. Subjektive Rechte außerhalb des Vertrags: Die Gemeinschaftsgrundrechte . .	158
I. Die Gemeinschaftsgrundrechte als ungeschriebene Rechte	159
II. Die Struktur der Gemeinschaftsgrundrechte	162
III. Zusammenfassung: Gemeinschaftsgrundrechte als subjektive Rechte . .	178
D. Die vertraglichen Gleichheitssätze als subjektive Rechte (Art. 12 und 141 EGV)	179
I. Strukturelle Besonderheiten der gleichheitsrechtlichen Normen	182
II. Das Verbot der Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV) als subjektives Recht	188
III. Der Grundsatz der Lohnleichheit (Art. 141 Abs. 1 EGV) als subjektives Recht	196

E. Art. 18 Abs. 1 EGV als subjektives Recht	209
I. Einordnung des Art. 18 Abs. 1 EGV als subjektives Recht	210
II. Einordnung des Art. 18 Abs. 1 EGV als Grundrecht	212
III. Das Verhältnis des Art. 18 Abs. 1 EGV zu den Grundfreiheiten	216
IV. Zusammenfassung: Art. 18 Abs. 1 EGV als subjektives Recht des Gemeinschaftsrechts	226
F. Weitere subjektive Rechte des Gemeinschaftsrechts	228
I. Die Zollvorschriften der Art. 25 ff. EGV	228
II. Die Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 bis 89 EGV	229
III. Die Haftungsregelung des Art. 288 Abs. 2 EGV	230
IV. Die Staatshaftungsansprüche nach der Franco/Wc/i-Rechtsprechung	231

Zweiter Teil

Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten in Rechtsprechung und Literatur 232

A. Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten in der Rechtsprechung des Gerichtshofs	233
I. Die Gleichsetzung von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten auf begrifflicher Ebene	236
II. Die Gleichsetzung von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten auf materiell-rechtlicher Ebene	243
B. Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten in der Literatur	264
I. Gleichsetzung oder Annäherung der beiden Kategorien?	264
II. Anhaltspunkte für eine Ähnlichkeit oder Gleichsetzung der Grundfreiheiten mit den Gemeinschaftsgrundrechten	268
III. Argumente <i>gegen</i> eine Gleichsetzung der Grundfreiheiten mit den Gemeinschaftsgrundrechten	286
IV. Lösungsvorschläge der Literatur für das Konkurrenzverhältnis und für Kollisionen zwischen Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten	312

Dritter Teil

Doppelfunktionalität der Grundfreiheiten 333

A. Kriterien für eine - denkbare - Grundrechtsqualität der Grundfreiheiten	334
I. Keine abschließende Definition des Begriffs „Grundrechte“	334
II. Zweckfreiheit des Schutzes und Subjektivität als kennzeichnende Merkmale der Gemeinschaftsgrundrechte	339
B. Die Grundfreiheiten sind keine Grundrechte	346

I.	Der „instrumentale“ Charakter als bestimmendes Merkmal der Grundfreiheiten	346
II.	Die Antwort auf die Ausgangsfrage: Die Grundfreiheiten sind keine Grundrechte	356
C.	Die Doppelfunktionalität der Grundfreiheiten (Modell)	357
I.	Das Modell der Doppelfunktionalität: Die Grundfreiheiten verdecken grundrechtliche (Kern-)Funktionen	359
II.	Hinweise auf eine Doppelfunktionalität in Rechtsprechung und Literatur	365
D.	Die Vorteile einer klaren Trennung von Grundfreiheiten und Grundrechten	386
I.	Ein erster Vorteil: Freiräume an Stelle von Verhaltenspflichten	389
II.	Ein zweiter Vorteil der Doppelfunktionalität: Höhere Transparenz für die Abwägung kollidierender Rechtspositionen im Gemeinschaftsrecht	406
	Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	422
	Literaturverzeichnis	427
	Stichwortverzeichnis	450

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
A. Sind Grundfreiheiten Grundrechte?	25
B. Praktische Auswirkungen der Unterscheidung	27
C. Das Konzept der vorliegenden Untersuchung	29
I. Subjektive Rechte im Gemeinschaftsrecht	29
II. Die Ansicht von Rechtsprechung und Literatur zu der Frage des Verhältnisses von Grundfreiheiten und Grundrechten	30
III. Doppelfunktionalität der Grundfreiheiten	30

Erster Teil

Subjektive Rechte im Gemeinschaftsrecht	32
A. Der Begriff des „subjektiv-öffentlichen Rechts“ im Gemeinschaftsrecht ...	32
I. Der Begriff des subjektiven Rechts in vertikalen und horizontalen Strukturen	33
II. Die Subjektivierung von Rechten durch die Lehre von der unmittelbaren Wirkung im Gemeinschaftsrecht	38
1. Ansätze einer spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Definition des „subjektiven Rechts“	38
2. Die unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts	40
3. Objektive und subjektive Elemente einer Rechtsnorm: „minimaler subjektiver Anteil“ als Mindestvoraussetzung eines subjektiven Rechts im Gemeinschaftsrecht	45
4. Eine Arbeitshypothese: Je stärker das subjektive Element innerhalb einer Rechtsnorm, desto mehr nähert diese Norm sich einem Grundrecht an	47
III. Zusammenfassung: Der Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts im Gemeinschaftsrecht	52
B. Subjektive Rechte aus dem EG-Vertrag, insbesondere die Grundfreiheiten ...	53
I. Die Grundfreiheiten als subjektive Rechte	55
1. Der Binnenmarkt als Diffusionsprozess	56
a) Drei Größen, die den Prozess Binnenmarkt steuern: Gefälle zwischen den unterschiedlichen Wirtschaftsbedingungen, Durchlässigkeit der Grenzen, Trägheit der Wirtschaftsfaktoren	56

b)	Die drei Größen im physikalischen Modell: Teilchendichte, Durchlässigkeit der Membrane, energetischer Zustand der Teilchen	58
c)	Welche der drei Größen kann und darf über die Grundfreiheiten gesteuert werden?	61
2.	Der Wortlaut der Vertragsvorschriften als Ausgangspunkt	63
a)	Art. 28 und 29 EGV (Warenverkehrsfreiheit).	65
b)	Art. 39 EGV (Arbeitnehmerfreizügigkeit).	66
c)	Art. 43 EGV (Niederlassungsfreiheit) und Art. 49 EGV (Dienstleistungsfreiheit).	69
d)	Gemeinsames und Trennendes im Wortlaut der einzelnen Grundfreiheiten	71
3.	Die Grundfreiheiten als subjektive Rechte.	73
II.	Die Normstruktur der Grundfreiheiten.	78
1.	Der Tatbestand der Grundfreiheiten (Anwendungsbereich/Schutzbereich).	79
a)	Das „grenzüberschreitende Element“ als Tatbestandsmerkmal der Grundfreiheiten	79
aa)	Tatbestandsmerkmal oder Sachentscheidsvoraussetzung?	79
bb)	Die Erosion des Tatbestandsmerkmals „Grenzübertritt“ bei den Grundfreiheiten	83
(1)	Die Inländerdiskriminierung als Folge des Tatbestandsmerkmals des „Grenzübertritts“.	84
(2)	Die Tendenz in der Rechtsprechung: Der Begriff des Grenzübertritts verliert an Kontur und - scheinbar - an Bedeutung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten	86
(3)	Verwässern des Tatbestandsmerkmals des Grenzübertritts durch rein hypothetische und bloß behauptete zukünftige Grenzübertritte?	90
(4)	Das grenzüberschreitende Element wird schwächer, besteht aber fort	95
b)	Die „wirtschaftsbezogene Tätigkeit“ als Merkmal der Grundfreiheiten	96
c)	Zusammenfassung: Tatbestandsmerkmale der Grundfreiheiten	99
2.	Die Schrankensystematik der Grundfreiheiten	100
a)	Die im EG-Vertrag aufgeführten Ausnahmen von den Verboten der Grundfreiheiten	100
b)	Die ungeschriebenen Ausnahmen von den Grundfreiheiten.	101
c)	Die Schrankensystematik bei Grundfreiheiten und bei Grundrechten.	104
3.	Die Weiterentwicklung der Grundfreiheiten von Diskriminierungsverboten zu allgemeinen Beschränkungsverboten	105
a)	Die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote und - angebotene - allgemeine Beschränkungsverbote	110

b)	Der weitverstandene Diskriminierungsbegriff: Die Grundfreiheiten sind und bleiben Gleichbehandlungsgebote.	113
c)	Beispiele von Grundfreiheiten als „echten“ Beschränkungsverboten.	118
aa)	Die Abgrenzung der „echten Beschränkungsverbote“ von den „allgemeinen Beschränkungsverboten“.	120
bb)	Eine Einschränkung: Auch diese Grenze ist nur eine näherungsweise Grenze.	126
cc)	Eine Erweiterung: Die Entscheidung „Alpine Investments“ und die Export-Konstellationen als Beispielfälle der echten Beschränkungsverbote.	128
d)	Zusammenfassung: Die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote	132
4.	Die Adressatenfrage und die Drittwirkung der Grundfreiheiten	135
a)	Die Entscheidungen zu Art. 28 EGV.	138
b)	Die Profisportler-Entscheidungen zu Art. 39 EGV und Art. 49 EGV.	139
aa)	Ausnahmsweise Drittwirkung für quasi-staatliche private Wirtschaftsteilnehmer.	139
bb)	Drittwirkung für Diskriminierungsverbote, aber nicht für allgemeine Beschränkungsverbote?	141
c)	Ein neuer Ansatz: Grundfreiheitenliche Schutzpflichten.	144
aa)	Das Verhältnis der Schutzpflichtentheorie zu den Drittwirkungslehren.	144
bb)	Das Konzept der Schutzpflichten verdeckt eine Kollision von subjektiven Rechten.	148
d)	Zusammenfassung: Drittwirkung der Grundfreiheiten.	150
5.	Die Konvergenz der Grundfreiheiten.	152
	Subjektive Rechte außerhalb des Vertrags: Die Gemeinschaftsgrundrechte	158
I.	Die Gemeinschaftsgrundrechte als ungeschriebene Rechte.	159
II.	Die Struktur der Gemeinschaftsgrundrechte.	162
1.	Verschiedene Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte: Objektive Rechtsgrundsätze, Gleichheitsgrundrechte, subjektive Abwehrrechte	162
2.	Anwendungsbereich, Tatbestand und Schranken der Gemeinschaftsgrundrechte.	165
a)	Der Schutzbereich der Gemeinschaftsgrundrechte.	165
b)	Das „grenzüberschreitende Element“ als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Gemeinschaftsgrundrechte.	166
c)	Die Schranken der Gemeinschaftsgrundrechte.	170
3.	Die Adressaten der Gemeinschaftsgrundrechte/Drittwirkung	172
a)	Bindung auch der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte.	172
b)	Die Bindung Privater an die Gemeinschaftsgrundrechte (Drittwirkung)	176
III.	Zusammenfassung: Gemeinschaftsgrundrechte als subjektive Rechte	178

D. Die vertraglichen Gleichheitssätze als subjektive Rechte (Art. 12 und 141 EGV).....	179
I. Strukturelle Besonderheiten der gleichheitsrechtlichen Normen.	182
II. Das Verbot der Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV) als subjektives Recht.	188
1. Einordnung des Art. 12 EGV als subjektives Recht.	188
2. Einordnung des Art. 12 EGV als Grundrecht.	189
3. Das Verhältnis des Art. 12 EGV zu den Grundfreiheiten.	192
III. Der Grundsatz der Lohngleichheit (Art. 141 Abs. 1 EGV) als subjektives Recht.	196
1. Einordnung des Art. 141 Abs. 1 EGV als subjektives Recht.	196
2. Einordnung des Art. 141 Abs. 1 EGV als Grundrecht.	199
a) Das Verhältnis von Art. 141 Abs. 1 EGV zum Grundrecht auf Gleichbehandlung.	200
b) Die Anwendbarkeit des Art. 141 Abs. 1 EGV auf rein innerstaatliche Sachverhalte.	202
3. Das Verhältnis des Art. 141 Abs. 1 EGV zu den Grundfreiheiten.	206
4. Zusammenfassung: Vertragliche Gleichheitsrechte als subjektive Rechte.	208
E. Art. 18 Abs. 1 EGV als subjektives Recht.	209
I. Einordnung des Art. 18 Abs. 1 EGV als subjektives Recht.	210
II. Einordnung des Art. 18 Abs. 1 EGV als Grundrecht.	212
III. Das Verhältnis des Art. 18 Abs. 1 EGV zu den Grundfreiheiten.	216
1. Die Modellfunktion des Art. 18 Abs. 1 EGV.	217
a) Art. 39 EGV und Art. 18 Abs. 1 EGV als „nicht vermischbare“ Elemente.	218
b) Die Verbindung oder Verschmelzung von Art. 18 Abs. 1 EGV und Art. 39 EGV.	221
aa) Art. 18 Abs. 1 EGV als Katalysator.	221
bb) Die Unionsbürgerfreizügigkeit als drittes Recht neben Art. 39 EGV und Art. 18 Abs. 1 EGV.	223
2. Die Indikatorfunktion des Art. 18 Abs. 1 EGV.	224
a) Art. 17 ff. EGV als Schritt vom Marktbürger zum Unionsbürger.	224
b) Art. 18 Abs. 1 EGV als grundsätzliche Aufwertung des Schutzguts der Freizügigkeit.	225
c) Die symbolische Bedeutung des Art. 18 Abs. 1 EGV.	226
IV. Zusammenfassung: Art. 18 Abs. 1 EGV als subjektives Recht des Gemeinschaftsrechts.	226
F. Weitere subjektive Rechte des Gemeinschaftsrechts.	228
I. Die Zollvorschriften der Art. 25 ff. EGV.	228
II. Die Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 bis 89 EGV.	229
III. Die Haftungsregelung des Art. 288 Abs. 2 EGV.	230
IV. Die Staatshaftungsansprüche nach der Francov/cto-Rechtsprechung.	231

Zweiter Teil

**Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten
in Rechtsprechung und Literatur** 232

A. Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten in der Rechtsprechung des Gerichtshofs.	233
I. Die Gleichsetzung von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten auf begrifflicher Ebene.	236
1. Die Terminologie im Bereich der Grundfreiheiten.	238
a) Erweiterung des Anwendungsbereiches.	238
b) Abwägungssituationen.	239
c) Zusammenfassung: Auffälligkeiten in der Terminologie.	240
2. Die Terminologie im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte.	241
II. Die Gleichsetzung von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten auf materiell-rechtlicher Ebene.	243
1. Hinweise auf eine (mögliche) Gleichsetzung von Grundfreiheiten und Grundrechten.	243
a) Beide Rechtsnormen sind von fundamentaler Bedeutung.	244
b) Der Gerichtshof geht von einer freiheitsrechtlichen Struktur der Grundfreiheiten aus.	245
c) Die Rechtsprechung zur Drittwirkung der Grundfreiheiten lässt sich durch die Annahme eines grundrechtlichen Kerns in den Grundfreiheiten erklären.	248
2. Konkurrenzen und Kollisionen zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten.	256
a) Gleichlauf von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten	257
b) Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten	259
aa) Die Beispiele aus der Rechtsprechung.	259
bb) Ergebnisoffene Abwägung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten in der Kollision.	262
B. Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten in der Literatur.	264
I. Gleichsetzung oder Annäherung der beiden Kategorien?	264
1. Näherungsweise Umschreibungen reichen in der Regel aus.	264
2. Gibt es eine klar definierte Grenze? - Welchen Wert hat eine genaue Bestimmung dieser Grenze?	266
II. Anhaltspunkte für eine Ähnlichkeit oder Gleichsetzung der Grundfreiheiten mit den Gemeinschaftsgrundrechten.	268
1. Die grundlegende Bedeutung der Grundfreiheiten als Hinweis auf einen grundrechtlichen Status.	269
a) Die „Wichtigkeit“ als Merkmal eines Grundrechts.	269
b) Die Konvergenz der Grundfreiheiten als schematischer Begründungsmechanismus.	270

2.	Die freiheitsrechtliche Struktur der Grundfreiheiten (Die Ausweitung der Grundfreiheiten von Diskriminierungsverboten zu allgemeinen Beschränkungsverboten)	271
a)	Das „Rutili“-Argument: Dieselben Schranken - also gleichsetzen?	271
b)	Die freiheitsrechtliche Struktur als Indiz für einen „absoluten“ Gehalt der Grundfreiheiten	272
c)	Ist das Kriterium der freiheitsrechtlichen Struktur ein zwingendes Indiz?	275
3.	Die Überschneidung der Adressatenkreise von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten	277
4.	Die verstärkte Ausrichtung der Grundfreiheiten auf den einzelnen EU-Bürger als Hinweis auf einen grundrechtlichen Status der Grundfreiheiten	278
a)	Grundfreiheiten im nicht spezifisch wirtschaftlichen Kontext	279
b)	Subjektives Element gegen objektives Element	282
c)	Individualbezogenheit als „Wunschvorstellung“	284
d)	Zwischenergebnis: Subjektivierung der Grundfreiheiten als Hinweis auf deren grundrechtlichen Charakter	285
5.	Zusammenfassung: Indizien für die Ähnlichkeit oder Gleichsetzung der Grundfreiheiten mit den Gemeinschaftsgrundrechten	285
III.	Argumente <i>gegen</i> eine Gleichsetzung der Grundfreiheiten mit den Gemeinschaftsgrundrechten	286
1.	Der unterschiedliche Adressatenkreis von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten	287
a)	Weitgehende Überschneidung der Adressatenkreise bei verbleibender Asymmetrie	288
b)	Die Drittwirkung als Kriterium der Unterscheidung?	293
2.	Das Tatbestandsmerkmal des „grenzüberschreitenden Elements“ und die Inländerdiskriminierung als Argumente gegen eine Gleichsetzung von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten	296
a)	Das „grenzüberschreitende Element“ als genuin grundrechtliches Tatbestandsmerkmal	296
b)	Inländerdiskriminierung und grundrechtlicher Charakter der Grundfreiheiten	299
3.	Abgrenzung der Grundfreiheiten von den Gemeinschaftsgrundrechten aufgrund des unterschiedlichen Kreises der Berechtigten	301
4.	Der vorrangig <i>instrumentale</i> Ansatz der Grundfreiheiten als Hindernis für eine Gleichsetzung mit den Gemeinschaftsgrundrechten	304
a)	„Instrumental heißt objektiv“ - Schwächung des subjektiv-individualschützenden Elements	307
b)	Begrenzung der Reichweite der Grundfreiheiten durch die Kopplung des Rechtsschutzes an die „Binnenmarktnützlichkeit“ als externen Zweck	308
c)	Wirtschaftsbezogener Charakter der Grundfreiheiten als Hindernis der Gleichsetzung	309
5.	Zusammenfassung: Argumente gegen eine Gleichsetzung	311

IV. Lösungsvorschläge der Literatur für das Konkurrenzverhältnis und für Kollisionen zwischen Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten	312
1. Die Konkurrenz zwischen Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten - Welches subjektive Recht kommt zur Anwendung?	313
a) Vorrang der Grundfreiheiten gegenüber Grundrechten mit gleichem Regelungsinhalt	313
b) Sonderproblem: Kein echtes Konkurrenzverhältnis unter bestimmten Annahmen	315
2. Die Kollisionsfälle - Welches subjektive Recht setzt sich durch? . .	317
a) Kollisionen zwischen subjektiven Rechten nur in Drittwirkungsfällen	317
b) Der weit verstandene Abwägungsbegriff als Ausgangspunkt	319
c) Vorfragen: Welche Rechte kommen zur Anwendung?	320
aa) Eine erste Vorüberlegung: Keine nationalen Grundrechte in der Abwägung	320
bb) Eine zweite Vorüberlegung: Wie stark sollen die einzelnen Vorschriften in ihre Teilfunktionen aufgesplittet werden, bevor sie in die Abwägung eingestellt werden?	323
d) Die Form der Abwägung	324
e) Die Gewichtung der einzelnen Positionen in der Abwägung	326
aa) Kritik der Literatur am Gerichtshof: Automatischer Vorrang der Grundfreiheiten?	327
bb) Die Lösung der Literatur: Einzelfallorientierte, gleichberechtigte und ergebnisoffene Abwägung	331

Dritter Teil

Doppelfunktionalität der Grundfreiheiten 333

A. Kriterien für eine - denkbare - Grundrechtsqualität der Grundfreiheiten . . .	334
I. Keine abschließende Definition des Begriffs „Grundrechte“	334
1. Definition des Begriffs „Gemeinschaftsgrundrechte“?	334
2. Definition des Begriffs „Grundrechte“?	336
II. Zweckfreiheit des Schutzes und Subjektivität als kennzeichnende Merkmale der Gemeinschaftsgrundrechte	339
1. Der klar bestimmbare Schutzbereich als erste Mindestvoraussetzung eines Grundrechts	340
2. Die Zweckfreiheit des Schutzes als zweite Mindestvoraussetzung eines Grundrechts	341
3. Die Zuordnung auf den Inhaber des Rechts (Subjektivität) als dritte Mindestvoraussetzung eines Grundrechts	345
B. Die Grundfreiheiten sind keine Grundrechte	346
I. Der „instrumentale“ Charakter als bestimmendes Merkmal der Grundfreiheiten	346

1.	Der Begriff „instrumental“: Die Grundfreiheiten als Werkzeuge und Programm	347
2.	Die Persistenz der instrumentalen Strukturelemente trotz der Ausweitung der Grundfreiheiten zu weitergehenden Rechtspositionen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs.	349
a)	Das Tatbestandsmerkmal des „grenzüberschreitenden Bezugs“ als unveränderliches Normprogramm der Grundfreiheiten.	350
b)	Das Fehlen einer Spürbarkeitsschwelle als Zeichen des fortbestehenden instrumentalcharakteristischen Charakters der Grundfreiheiten.	353
II.	Die Antwort auf die Ausgangsfrage: Die Grundfreiheiten sind keine Grundrechte	356
C.	Die Doppelfunktionalität der Grundfreiheiten (Modell).	357
I.	Das Modell der Doppelfunktionalität: Die Grundfreiheiten verdecken grundrechtliche (Kern-)Funktionen.	359
1.	Die grundfreiheitliche Funktion des Art. 39 EGV.	361
2.	Die grundrechtlichen Funktionen innerhalb des Art. 39 EGV.	361
a)	Das Gleichheitsgrundrecht in Art. 39 EGV.	362
b)	Das Freiheitsgrundrecht in Art. 39 EGV.	363
3.	Die Einordnung des Art. 39 EGV als übergeordnete Kategorie (Dach-Vorschrift).	364
II.	Hinweise auf eine Doppelfunktionalität in Rechtsprechung und Literatur 365	
1.	Die Beispiele aus der Rechtsprechung: Außen Grundfreiheit, innen Grundrecht	367
a)	Die Entscheidung Lehtonen	367
b)	Die Entscheidung Graf	368
c)	Die Entscheidungen Bosman und Kremzow.	371
2.	Überlegungen der Literatur zur Doppelfunktionalität der Grundfreiheiten	373
a)	Abgrenzung der Doppelfunktionalität von der - behaupteten - Funktionserweiterung der Grundfreiheiten von Diskriminierungsverboten zu allgemeinen Beschränkungsverboten.	374
b)	Ansätze einer Doppelfunktionalität bei den Autoren, die eine Polarisierung der objektiv-rechtlichen und subjektiv-individualschützenden Elemente innerhalb der Grundfreiheiten verstärken wollen	375
c)	Autoren, die den Konflikt zuspitzen, als Wegbereiter einer Doppelfunktionalität	378
d)	Literaturansichten, die sich nur schwer mit dem Modell vereinbaren lassen.	378
e)	Die dogmatische Figur des „Marktzugangsrechts“ als Alternative zum Modell der Doppelfunktionalität	381
D.	Die Vorteile einer klaren Trennung von Grundfreiheiten und Grundrechten	386
I.	Ein erster Vorteil: Freiräume an Stelle von Verhaltenspflichten.	389
1.	Der rechtspolitische Kontext	391

2.	Der wirtschaftstheoretische und wirtschaftspolitische Kontext . . .	396
a)	Die wirtschaftstheoretischen Gründe für einen hohen Integrationsdruck über eine Ausweitung des grundfreiheitlichen Normprogramms.	397
b)	Wirtschaftstheoretische Argumente gegen eine Forcierung des grundfreiheitlichen Normprogramms.	399
c)	Wachstum, Nachhaltigkeit und das Risiko instabiler Systeme als Ergebnis eines gesellschaftlichen Durchmischungsprozesses	402
3.	Zusammenfassung: Der erste Vorteil der Doppelfunktionalität . . .	405
II.	Ein zweiter Vorteil der Doppelfunktionalität: Höhere Transparenz für die Abwägung kollidierender Rechtspositionen im Gemeinschaftsrecht	406
1.	Transparenz in der Abwägung - Erster Schritt: Die beteiligten Interessen freilegen.	408
2.	Transparenz in der Abwägung - Zweiter Schritt: Die Interessen benennen und unmissverständlich entweder dem grundfreiheitlichen oder dem grundrechtlichen Bereich zuordnen.	412
a)	Sichtbarmachen grundrechtlicher Positionen in der Abwägung . .	413
b)	Der grundrechtliche Diskurs und der Binnenmarktprozess müssen unterscheidbar bleiben.	413
c)	Inhalte, Zeitpunkt und Geschwindigkeit des gemeinschaftsweiten grundrechtlichen Diskurses dürfen nicht über die Grundfreiheiten erzwingbar sein.	416
aa)	Der Grundrechtsdiskurs erreicht die gemeinschaftliche Ebene	416
bb)	Die Gefahr einer missbräuchlichen Aufweichung der Grenze zwischen den beiden Diskursen.	419
	Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	422
	Literaturverzeichnis	427
	Stichwortverzeichnis	450