

Nach ständiger, diesbezüglich zwischen den einzelnen Grundfreiheiten kaum mehr differenzierender Rspr sind dies *zwingende Gründe des Allgemeininteresses*, wobei im vorliegenden Zusammenhang vor allem zwei Aspekte hervorzuheben sind, zum einen das *hohe Niveau des Gesundheitsschutzes*, und zum anderen die erhebliche Gefährdung des *finanziellen Gleichgewichts*; dabei ist nicht nur der Zweck einer Maßnahme zu prüfen, sondern auch deren Eignung und Erforderlichkeit, maW deren *Verhältnismäßigkeit*.<sup>10)</sup>

Das alles nachzuweisen ist freilich Sache der Mitgliedstaaten. Deren immer wieder betonte Freiheit, über ihr Sozialsystem, dessen Niveau und darüber zu entscheiden, wie dieses erreicht werden soll,<sup>11)</sup> droht damit zunehmend zur Leerformel zu verkommen. Dies gilt umso mehr, als die auf WanderarbeitnehmerInnen (-AN) (und in weiterer Folge auch ebensolche Selbständige) abgestellte Freizügigkeit neuerdings durch die Freizügigkeit der Unionsbürger überlagert wird (dazu unten 2.3. bzw 3.4.).

Grundsätzlich ähnlich ist die Ausgangslage im Hinblick auf den zweiten Aspekt der Freizügigkeit, die *Niederlassungsfreiheit* für Unternehmer: Art 43 EGV enthält wesentlich deutlicher als Art 39 nicht nur ein Verbot der (allenfalls auch mittelbaren) Diskriminierung, sondern auch ein *Beschränkungsverbot*. Spätestens seit der Entscheidung in der Rs Gebhard<sup>12)</sup> ist klar, dass Verletzungen hier nicht erst vorliegen, wenn direkt oder indirekt eine Bevorzugung der Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaates erfolgt. Ein Verstoß ist vielmehr bereits dann anzunehmen, wenn die Maßnahme geeignet ist, die Freiheit zu behindern oder diese weniger attraktiv zu machen und nicht durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art 46 Abs 1 EGV) oder wiederum durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann, welche zudem verhältnismäßig sein müssen.<sup>13)</sup>

*Bedarfsprüfungen* stellen grundsätzlich eine solche Beschränkung dar, weil sie regelmäßig eine Bevorzugung der bereits am Markt vertretenen (typischerweise inländischen) Selbständigen bewirken. Für ihre gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit wird es daher ganz besonders auf die Rechtfertigungsgründe ankommen. Auf diesen Punkt ist noch (unten 3.1.) zurückzukommen.

Als unproblematisch im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit sind hingegen Konstellationen anzusehen, in denen ein Mitgliedstaat in Wahrnehmung seiner Zuständigkeit in Sozialangelegenheiten nur bestimmte Anbieter zulässt, wie das vom *EuGH in der Rs Sodemare* zugebilligt wurde.<sup>14)</sup> Dort ging es um die Einschränkung nach italienischem Recht, nur solche Heimträger als Partner der Sozialleistungsträger zuzulassen, die *keinen Erwerbzweck* verfolgen. Im Schrifttum ist etwas unklar, ob die Ausnahme erst auf der Rechtfertigungsebene anzusiedeln sei oder ob überhaupt das Kapitel Niederlassungsfreiheit nicht anwendbar sei.<sup>15)</sup> Auf Grund des Fehlens des Tatbestandsmerkmals Erwerbstätigkeit ist wohl von letzterem auszugehen.

Die nächste in diesem einführenden Überblick anzusprechende Grundfreiheit ist jene des *Warenverkehrs*, die nach *Art 28 EGV* vor allem ein Verbot

mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen bzw von Maßnahmen gleicher Wirkung enthält. Das Prüfungsschema im Hinblick auf die Feststellung von Verletzungen ist ganz ähnlich wie bei den schon genannten Freiheiten, so dass wiederum in *drei Stufen* vorzugehen ist: Erstens ist zu fragen, ob überhaupt der Anwendungsbereich der Grundfreiheit angesprochen ist. Hier wurde wiederholt – und zu Recht – klargestellt, dass insb Arzneimittel oder Heilbehelfe grundsätzlich erfasst sind.<sup>16)</sup> Sodann ist zu prüfen, ob eine Beschränkung vorliegt. Für die Anwendung dieses Kriteriums besteht hier insofern ein besonders weiter Spielraum, als Art 28 EGV ja ausdrücklich alle Maßnahmen erfasst, welche die gleiche Wirkung haben wie ein Mengenverbot.<sup>17)</sup>

Was nun die dritte Ebene betrifft, jene der Rechtfertigungsmöglichkeiten, ist festzuhalten, dass sich solche erneut entweder aus einem der in Art 30 EGV ausdrücklich genannten Gründe (hier vor allem Ordnung und Sicherheit, Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen) oder „nur“ dem von der Judikatur daneben entwickelten zwingenden Allgemeininteresse ergeben könnten. Angesichts der Schwierigkeiten mit dieser Differenzierung plädieren manche sogar dafür, sie überhaupt fallen zu lassen.<sup>18)</sup> Für die Rechtspraxis mag das keinen Unterschied machen. Als jemand, der noch etwas auf die Autorität von Normsetzungsorganen hält, würde ich aber eine Differenzierung zwischen dem, was der zuständige Gesetzgeber – generell – anordnet und dem, was die Rechtsanwendung im Einzelfall daraus oder darüber hinausgehend folgert, aus prinzipiellen Überlegungen für geboten erachten.

An dieser Stelle sei eine weitere grundsätzliche Anmerkung gestattet: Dass die Wortinterpretation angesichts der vielen Amtssprachen der Gemeinschaft bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts weniger Bedeutung hat, ist unmittelbar einsichtig. Umso merkwürdiger muss es aber dann anmuten, wenn einzelnen Passagen oder gar Worten aus *EuGH-Urteilen* so große Aufmerksamkeit beigemessen wird. Auch wenn

10) Vgl nur *EuGH* 1.4.2008, Rs C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française*, Slg 2008, I-1683, Rn 55; 11.9.2008, Rs C-228/07, *Petersen*, Slg 2008, I-6989, Rn 57, zuletzt Rs *Kattner*, Rn 85; weitere Nachweise etwa bei *Holoubek* in *Schwarze* (Hrsg), Art 49/50 EGV Rz 112.

11) Vgl noch einmal nur *EuGH* Rs *Hartlauer*, Rn 30.

12) *EuGH* 30.11.1995, Rs C-55/94, Slg 1995, I-4165.

13) Vgl nur die Nachweise bei *Schlag* in *Schwarze* (Hrsg), Art 43 EGV Rz 53 f.

14) *EuGH* 17.6.1997, Rs C-70/95, Slg 1997, I-3395.

15) Für ersteres offenbar *Herzig*, Prinzipien und Zielsetzungen des europäischen Wirtschaftsrechts, in *Grillberger/Mosler* (Hrsg), *Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung* (2003) 75; für letzteres etwa *Schlag* in *Schwarze* (Hrsg), Art 43 EGV Rz 22.

16) Vgl bereits *EuGH* Rs *Duphar*; in dieser E ging es um die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch eine Negativliste für die Zulassung von Medikamenten in den Niederlanden.

17) Vgl nur die Beispiele bei *Becker* in *Schwarze* (Hrsg), Art 28 EGV Rz 33 ff.

18) So insb *Piska* in *Mayer* (Hrsg), Art 30 EGV Rz 20 ff.