

Aufsatz ÖR

Dr. Jacqueline Lorenzen*

Grundlagen des Europarechts (Teil II): Europäische Grundfreiheiten

<https://doi.org/10.1515/jura-2020-2713>

Dieser mehrteilige Beitrag soll den Studierenden eine Wiederholung der Grundlagen des Europarechts ermöglichen. Während sich Teil I den Europäischen Grundrechten widmet, soll der Fokus im Folgenden auf den sowohl für das Erste und Zweite Staatsexamen als auch für europarechtlich ausgerichtete Schwerpunktbereiche gleichermaßen relevanten Grundfreiheiten liegen.

I. Bedeutung der Europäischen Grundfreiheiten in Klausur und Praxis

Die Errichtung eines funktionierenden Binnenmarkts stellt ein grundlegendes Ziel der Europäischen Union (EU) dar (vgl. Art. 3 III 1 EUV). Gemäß Art. 26 II AEUV umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Grenzen, in dem der freie Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zu verwirklichen ist. Bedeutende Grundpfeiler bilden hierbei die im AEUV verankerten Grundfreiheiten, deren unmittelbare Wirkung frühzeitig durch den Europäischen Gerichtshof anerkannt wurde.¹ Sie gewähren den Unions-

bürgern einklagbare subjektive Rechte,² wodurch die einzelnen Marktteilnehmer zur Zielverwirklichung beitragen können.³ In Klausuren lassen sich vertiefte Kenntnisse der Grundfreiheiten nicht nur als rein europarechtliche Sachverhalte – etwa im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 258 f. AEUV) – abfragen. Es finden sich auch zahlreiche verwaltungsrechtliche Klausurkonstellationen, wobei häufig die Anwendbarkeit der nationalen Rechtsgrundlage wegen eventueller Unvereinbarkeit mit den Grundfreiheiten zu prüfen sein wird.⁴

II. Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten

Auch wenn die dogmatischen Strukturen im Bereich der Grundfreiheiten häufig zunächst anhand der Warenverkehrsfreiheit entwickelt wurden, fand im Laufe der Zeit eine Übertragung der insoweit gewonnenen Erkenntnisse auf die anderen Grundfreiheiten statt, sodass heute von einer »Parallelität«⁵, »Kohärenz«⁶ bzw. »Konvergenz«⁷ der Grundfreiheiten gesprochen werden kann. Im Folgenden soll ein Überblick über die allgemeinen Lehren der Grundfreiheiten gegeben werden, wobei der Prüfung der Grundfreiheiten im Rahmen der Falllösung ein eigener Gliederungspunkt (III.) gewidmet wird.

¹ EuGH Rs. 26/62, van Gend & Loos, ECLI:EU:C:1963:1, S. 24 ff. (Zollunion); Rs. 74/76, Iannelli/Meroni, ECLI:EU:C:1977:51, Rn. 17 (Warenverkehrsfreiheit); Rs. 41/74, van Duyn/Home Office, ECLI:EU:C:1974:133, Rn. 4 ff. (Arbeitnehmerfreizügigkeit); Rs. 2/74, Reyners/Belgien, ECLI:EU:C:1974:68, Rn. 32 (Niederlassungsfreiheit); Rs. 33/74, van Binsbergen, ECLI:EU:C:1974:131, Rn. 24/26 (Dienstleistungsfreiheit); Rs. C-163/94, Sanz de Lera, ECLI:EU:C:1995:451, Rn. 43 (freier Kapital- und Zahlungsverkehr).

***Kontaktperson:** Jacqueline Lorenzen, Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht an der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Kahl).

² Heun u. a./Kingreen Ev. Staatslexikon, 2006, Sp. 894 f.; Sauer JuS 2017, 310 (311); vgl. auch BVerfG NVwZ 2016, 1553 (1556 Rn. 48).

³ Vgl. etwa Sauer JuS 2017, 310 (311).

⁴ Zu den verschiedenen Fallkonstellationen Musil/Burchard Klausurenkurs im Europarecht, 5. Aufl. 2019, Rn. 34 ff. Falllösungen z. B. bei Buckler JURA 2019, 971 ff.; Graser/Link/Meier JURA 2020, 282 ff.

⁵ Vgl. etwa Streinz/Schroeder EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 34 AEUV Rn. 11; ders. Grundkurs Europarecht, 6. Aufl. 2019, § 14 Rn. 3; ähnlich Manger-Nestler/Noack JuS 2013, 503 (503).

⁶ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/T. Streinz Das Recht der Europäischen Union, 71. EL. 2020, Art. 34 AEUV Rn. 15.

⁷ Herrmann Examens-Repetitorium Europarecht, 7. Aufl. 2019, Rn. 145; Jarass EuR 2000, 705 (706); zu den Konvergenzbestrebungen im Schrifttum s. Kahl AöR 144 (2019), 159 (177 ff. m. w. N.).

1. Funktionen der Grundfreiheiten

In ihrer ursprünglichen Funktion handelt es sich bei den Grundfreiheiten um Diskriminierungsverbote, die als *leges speciales* dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV vorgehen. Sie vermitteln Abwehransprüche der Marktteilnehmer insbesondere gegenüber den Mitgliedstaaten, die auf ein Unterlassen bzw. eine Beseitigung diskriminierender Maßnahmen zielen. Daneben können sich derivative Leistungsrechte ergeben, wenn eine erfolgte Diskriminierung ausschließlich mittels der Gewährleistung gleicher Teilhabe an (bestehenden) staatlichen Leistungen beseitigt werden kann. Heute werden die Grundfreiheiten allerdings nicht mehr als bloße Diskriminierungs-, sondern auch als allgemeine Beschränkungsverbote verstanden.⁸ Hieraus lassen sich ebenfalls Abwehrrechte der Betroffenen in Gestalt von Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüchen gegenüber den Grundfreiheitsverpflichteten ableiten. Schließlich ist anerkannt, dass sich aus den Grundfreiheiten staatliche Schutzpflichten ergeben können.⁹

2. Berechtigte der Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten dienen in erster Linie dem Schutz der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten und damit den Unionsbürgern und -bürgerinnen i. S. d. Art. 9 S. 2 EUV, Art. 20 I 2 AEUV. Für die Dienstleistungs-, die Niederlassungsfreiheit sowie die Arbeitnehmerfreizügigkeit ergibt sich dies direkt aus dem Wortlaut (vgl. Art. 45 II, 49 I 1, 56 I AEUV). Die Warenverkehrsfreiheit sowie der freie Kapital- und Zahlungsverkehr knüpfen hingegen nicht an die Staatsangehörigkeit an, sodass sich auch Drittstaatsangehörige hierauf berufen können.¹⁰ Während natürliche Personen vom Schutz sämtlicher Grundfreiheiten erfasst werden, bestimmt Art. 54 (i. V. m. Art. 62) AEUV, dass sich zulässigerweise gegründete Gesellschaften¹¹, die ihren

tatsächlichen oder satzungsmäßigen Sitz innerhalb der EU haben, ebenfalls auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen können. Trotz Fehlens einer expliziten Regelung wird zu Recht angenommen, dass derartige Personenmehrheiten zudem dem Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit sowie des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs unterfallen. Nur auf diese Weise lässt sich der Binnenmarkt vollständig verwirklichen.¹² Überdies wird mittels eines Gleichlaufs der verschiedenen Grundfreiheiten eine Aufspaltung einheitlicher wirtschaftlicher Vorgänge verhindert.¹³ Nach der Rechtsprechung des EuGH können sich darüber hinaus auch Arbeitgeber, gleich ob in Gestalt einer natürlichen oder juristischen Person, auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen.¹⁴

3. Adressaten der Grundfreiheiten

a) Mitgliedstaaten

Angesichts des Zwecks der Grundfreiheiten – Erreichung eines funktionierenden Binnenmarkts unter weitgehender Vermeidung nationalen Protektionismus – werden in erster Linie die Mitgliedstaaten von den Grundfreiheiten verpflichtet.¹⁵ Der Begriff der Mitgliedstaaten ist dabei in einem funktionalen Sinn zu verstehen.¹⁶ Erfasst werden neben der Zentralgewalt sämtliche föderalen Untergliederungen und dabei alle drei Staatsgewalten. Im Rahmen der Verwaltungstätigkeit unterliegen der Verpflichtung die Einrichtungen der unmittelbaren und mittelbaren Verwaltung (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts) sowie sämtliche mit Hoheitsrechten ausgestatteten Einrichtungen (z. B. Beliehe). Eine Flucht ins Privatrecht ist ausgeschlossen, da die Ver-

⁸ S. dazu näher unten III. 3. b).

⁹ Näher zu den Schutzpflichten unten II. 3. b). Ausf. zum Ganzen Ehlers/Ehlers EuGR, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 21 ff.; Niedobitek/Blanke/Böttner Europarecht, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 272 ff.; Schulze/Janssen/Kadelbach/Pache Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 21 ff.

¹⁰ Anschaulich zum Ganzen Cremer JURA 2015, 39 (44); Ehlers/Ehlers EuGR, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 43 ff.; Frenz HdB Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 226 ff., 296 ff.

¹¹ Hierunter werden neben den juristischen Personen des Privatrechts auch sonstige privatrechtliche Personenvereinigungen, die eine hinreichend verfestigte Organisationsstruktur aufweisen, sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts gefasst, sofern sie erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgen (vgl. Art. 54 UAbs. 2 AEUV); näher

dazu Kahl/Waldhoff/Walter/Kahl/Hilbert Bonner Kommentar GG, 209. EL. 2020, Art. 19 Abs. 3 Rn. 85.

¹² Ehlers/Ehlers EuGR, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 47; Kahl/Waldhoff/Walter/Kahl/Hilbert Bonner Kommentar GG, 209. EL. 2020, Art. 19 Abs. 3 Rn. 83, 94.

¹³ Calliess/Ruffert/Kingreen EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36 AEUV Rn. 34; vgl. ferner Frenz HdB Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 236.

¹⁴ EuGH Rs. C-350/96, Clean Car Autoservice, ECLI:EU:C:1998:205, Rn. 19 ff.; zustimmend etwa Pechstein/Nowak/Häde/Kocher Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. II, 2017, Art. 45 AEUV Rn. 56 f.; Schwarze/Schneider/Wunderlich EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 45 AEUV Rn. 22.

¹⁵ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 869; Herdegen Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 14 Rn. 11; Heun u. a./Kingreen Ev. Staatslexikon, 2006, Sp. 899.

¹⁶ Calliess/Ruffert/Kingreen EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36 AEUV Rn. 105; Ehlers/Ehlers EuGR, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 52.

pflichtung für sämtliche Handlungs- und Organisationsformen der Verwaltung gilt.¹⁷ Letztendlich ergibt sich hieraus eine umfassende Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundfreiheiten.

b) Private

Fall 1:¹⁸ Die Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e. V. (DVGW) erstellt auf dem Gebiet des Gas- und Wasserfachs technische Normen, um anhand dieser Normen Zertifizierungen auszustellen. In § 12 AVBWasserV wird die Vermutung aufgestellt, dass die Produkte von Inhabern solcher Zertifizierungen den gesetzlichen Regelungen entsprechen. Ein in Italien ansässiges Unternehmen klagte nun gegen die Ablehnung einer Zertifizierung für von ihm hergestellte Rohrverbindungen durch die DVGW und rügte eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit, da es ihm ohne eine solche Zertifizierung praktisch unmöglich sei, Produkte in Deutschland zu vertreiben. Das zuständige Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob Art. 34 AEUV privatrechtliche Zertifizierungseinrichtungen binde, wenn der Gesetzgeber die zertifizierten Produkte ausdrücklich als gesetzeskonform ansieht.

Äußerst umstritten ist die Frage, ob private Marktteilnehmer unmittelbar an die Grundfreiheiten gebunden sind. Der EuGH nimmt eine solche *unmittelbare* Drittwirkung insbesondere im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit großzügig an. So sei der Wortlaut des Art. 45 AEUV offen für eine Bindung privater Arbeitgeber.¹⁹ Zudem dürfe der Schutz der Arbeitnehmer vor staatlichen Beschränkungen nicht konterkariert werden, indem Hindernisse für die Freizügigkeit durch private Arbeitgeber errichtet werden.²⁰ Während der EuGH dies zunächst lediglich für mächtige, kollektive Regelungen erlassende private Verbände (z. B. die UEFA) annahm,²¹ weitete er seine Rechtsprechung bald auf »normale« Arbeitgeber aus.²²

In der Literatur wird eine solche unmittelbare Drittwirkung zu Recht vielfach abgelehnt.²³ Sie greift zu stark

in die Privatautonomie der Marktteilnehmer ein. Diese soll durch die Grundfreiheiten aber gerade gestärkt und nicht geschwächt werden. Ferner sind die Rechtfertigungsgründe, etwa die öffentliche Sicherheit und Ordnung (vgl. Art. 45 III AEUV), nicht auf Private zugeschnitten, insbesondere da deren Verhalten von wirtschaftlichen Eigeninteressen und nicht von Allgemeinwohlinteressen geprägt ist.²⁴ Schließlich bedarf es des Rückgriffs auf eine unmittelbare Drittwirkung nicht, um einen hinreichenden Schutz vor diskriminierenden Maßnahmen privater Akteure zu erreichen. Denn aus den Grundfreiheiten folgen nicht nur Abwehrrechte, sondern auch staatliche Schutzpflichten (*mittelbare* Drittwirkung der Grundfreiheiten). Die Mitgliedstaaten sind demnach verpflichtet, aktiv die erforderlichen Maßnahmen gegen die privaten Störer zu ergreifen, um die Beachtung der Grundfreiheiten sicherzustellen.²⁵ Bei der Umsetzung kommt ihnen allerdings ein weiter Ermessensspielraum zu.²⁶ Jedenfalls für die Warenverkehrsfreiheit hat der EuGH, etwa im Fall einer Demonstration auf der Brennerautobahn, eine solche Schutzpflichtendimension der Grundfreiheiten angenommen.²⁷

Lösung Fall 1: Fraglich ist, ob die DVGW als privatrechtliche Zertifizierungseinrichtung an Art. 34 AEUV gebunden ist. Der EuGH nimmt eine Bindung an, da die DVGW die einzige Einrichtung sei, die eine Zertifizierung i. S. v. § 12 AVBWasserV vornehmen könne, und es neben der Zertifizierung keine andere praktikable Möglichkeit gebe, Beweis zu erbringen, dass die eigenen Produkte den gesetzlichen Vorschriften entsprechen. Aufgrund dieser faktischen Monopolstellung verfüge allein die DVGW über die Befugnis, den Marktzugang der zu zertifizierenden Produkte zu regeln und diesen durch eine Ablehnung erheblich zu erschweren.²⁸ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Grund-

¹⁷ Zum Ganzen *Cremer JURA* 2015, 39 (40); *Haratsch/Koenig/Pechstein* Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 869; *Kahl/Waldhoff/Walter/Kahl* Bonner Kommentar GG, 209. EL. 2020, Art. 1 Abs. 3 Rn. 52.

¹⁸ Fall nach EuGH Rs. C-171/11, Fra.bo, ECLI:EU:C:2012:453.

¹⁹ Vgl. EuGH Rs. C-281/98, Angonese, ECLI:EU:C:2000:296, Rn. 30; Rs. C-94/07, Raccanelli, ECLI:EU:C:2008:425, Rn. 42.

²⁰ EuGH Rs. C-94/07, Raccanelli, ECLI:EU:C:2008:425, Rn. 44 m. w. N.; s. dazu *Birkemeyer* EuR 2010, 662 (666 f.).

²¹ EuGH Rs. C-415/93, Bosman, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 82 ff.; Rs. C-309/99, Wouters u. a., ECLI:EU:C:2002:98, Rn. 120 m. w. N. aus der Rspr.

²² Vgl. etwa EuGH Rs. C-281/98, Angonese, ECLI:EU:C:2000:296, Rn. 36; Rs. C-94/07, Raccanelli, ECLI:EU:C:2008:425, Rn. 45 f.

²³ Z. B. *Birkemeyer* EuR 2010, 662 (668 ff.); *Kahl/Waldhoff/Walter/Kahl* Bonner Kommentar GG, 209. EL. 2020, Art. 1 Abs. 3 Rn. 55; *Rem-*

ert JURA 2003, 13 (14 ff.); *Schmahl/Jung* NVwZ 2013, 607 (610 ff.); a. A. etwa *Müller-Graff* EuR 2014, 3 (8 ff.); diff. *Streinz* Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 882 f.; Überblick zum Streitstand m. w. N. bei *Calliess/Ruffert/Kingreen* EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36 AEUV Rn. 113.

²⁴ S. zu diesen (und weiteren) Argumenten *Birkemeyer* EuR 2010, 662 (668 ff.); v. *Bogdandy/Bast/Kingreen* Europ. Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 705 (747 f.); *Cremer JURA* 2015, 39 (42 f.); *Kahl/Waldhoff/Walter/Kahl* Bonner Kommentar GG, 209. EL. 2020, Art. 1 Abs. 3 Rn. 55; *Pießkalla* NZA 2007, 1144 (1146); *Schulze/Janssen/Kadelbach/Pache* Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 32.

²⁵ Näher *Frenz* HdB Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 198 ff.; *Schulze/Janssen/Kadelbach/Pache* Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 29 ff.

²⁶ EuGH Rs. C-112/00, Schmidberger, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 82; *Ehlers/Ehlers* EuGR, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 38; *Schulze/Janssen/Kadelbach/Pache* Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 30.

²⁷ EuGH Rs. C-112/00, Schmidberger, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 57 ff.; vorher bereits EuGH Rs. C-265/95, Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:1997:595, Rn. 30 ff.; zur Behandlung dieser Konstellation in der Fallbearbeitung s. *Michael/Sauer* ZJS 2010, 86 (87).

²⁸ EuGH Rs. C-171/11, Fra.bo, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 27 ff.

freiheiten nicht auf Private zugeschnitten sind, was ein Blick auf die geschriebenen Rechtfertigungsmöglichkeiten zeigt. Zudem wird ein Marktmissbrauch durch private Einrichtungen hinreichend über das Europäische Wettbewerbsrecht verhindert (Art. 101ff. AEUV).²⁹ Art. 34 AEUV bindet somit privatrechtliche Zertifizierungseinrichtungen nicht. Vielmehr könnte der Bundesrepublik Deutschland ein Verstoß gegen Art. 34 AEUV vorgeworfen werden, da sie den Marktzugang mittelbar durch die Regelung des § 12 AVBWasserV beschränkt und daher gegen die ihr zukommende Schutzpflicht gegenüber den Marktteilnehmern verstoßen hat.

c) Europäische Union

Schließlich sind die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union an die Grundfreiheiten gebunden,³⁰ selbst wenn es unwahrscheinlich ist, dass Maßnahmen der Union den Binnenmarkt behindern, statt zu fördern.³¹ Dennoch sind Grundfreiheiten verbindliches Primärrecht, an dem sich etwa das durch die Unionsorgane gesetzte Sekundärrecht messen lassen muss.³²

III. Die Prüfung der Grundfreiheiten

Für die Prüfung der einzelnen Grundfreiheiten hat sich neben der Frage ihrer allgemeinen Anwendbarkeit ein dreistufiger Prüfungsaufbau etabliert, der gewisse Ähnlichkeiten zur Grundrechtsprüfung aufweist.³³

²⁹ S. zu diesem Argument etwa Kahl/Waldhoff/Walter/Kahl Bonner Kommentar GG, 209. EL. 2020, Art. 1 Abs. 3 Rn. 55; *Schmah/Jung* NVwZ 2013, 607 (611).

³⁰ EuGH Rs. 15/83, *Denkavit Nederland*, ECLI:EU:C:1984:183, Rn. 15; Rs. C-427/93, *Bristol-Myers Squibb u. a.*, ECLI:EU:C:1996:282, Rn. 36; *Herdegen* Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 14 Rn. 11; *Schwarze/Becker* EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 34 AEUV Rn. 101f.; a. A. *Calliess/Ruffert/Kingreen* EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36 AEUV Rn. 110; eingehend dazu *Rosenfeldt/Würdemann* EuR 2016, 453 ff.

³¹ Vgl. *Calliess/Ruffert/Kingreen* EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36 AEUV Rn. 110.

³² *Ehlers/Ehlers* EuGR, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 53; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 869; *Schwarze/Becker* EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 34 AEUV Rn. 101.

³³ Wie hier *Frenz* Europarecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 218; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 866 ff.; ähnlich *Hobe/Fremuth* Europarecht, 10. Aufl. 2020, § 15 Rn. 46; *Oppermann/Claszen/Nettesheim* Europarecht, 8. Aufl. 2018, § 22 Rn. 9 ff. Unterschiede ergeben sich hauptsächlich hinsichtlich der Prüfungspunkte »vorrangiges Sekundärrecht«, »grenzüberschreitendes Element« und »Bereichsausnahmen«, die teilweise in einer Vorprüfung und teilweise in der Schutzbereichsprüfung verankert werden.

1. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten

Zunächst ist zu klären, ob der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten überhaupt eröffnet ist. Dies ist nicht der Fall, wenn vorrangige sekundärrechtliche Regelungen bestehen, welche dann den alleinigen Prüfungsmaßstab bilden. Dieser Anwendungsvorrang greift allerdings nur insoweit, als das Sekundärrecht eine *abschließende* Harmonisierung des betreffenden Regelungsbereiches darstellt,³⁴ was durch dessen Auslegung zu ermitteln ist.³⁵

Beispiele für vorrangige sekundärrechtliche Regelungen sind die Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union³⁶ oder die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen³⁷ im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.

2. Eröffnung des Schutzbereichs

Sind die Grundfreiheiten anwendbar, müssen sodann der sachliche und persönliche Schutzbereich einer Grundfreiheit eröffnet sein. Bezüglich des persönlichen Schutzbereichs kann auf die Ausführungen zu den Berechtigten der Grundfreiheiten (II. 2.) verwiesen werden. Im Rahmen des sachlichen Schutzbereichs ist bei der Prüfung des Vorliegens einer geschützten Tätigkeit nach den einzelnen Grundfreiheiten zu differenzieren, wobei generell gilt, dass die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen autonom unionsrechtlich auszulegen sind.³⁸

a) Sachlich geschützte Tätigkeit

aa) Warenverkehrsfreiheit

Fall 2:³⁹ Ein schottisches Gesetz bestimmt für den Verkauf alkoholischer Getränke im Einzelhandel einen Mindestpreis pro Al-

³⁴ St. Rspr., vgl. etwa EuGH Rs. C-309/02, *Radlberger Getränke* und *S. Spitz*, ECLI:EU:C:2004:799, Rn. 53; Rs. C-132/08, *Lidl Magyarorzág*, ECLI:EU:C:2009:281, Rn. 42; Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, ECLI:EU:C:2014:2037, Rn. 57.

³⁵ *Calliess/Ruffert/Kingreen* EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36 AEUV Rn. 18; *Herrmann* Examens-Repetitorium Europarecht, 7. Aufl. 2019, Rn. 150; näher dazu *Buckler JURA* 2019, 971 (974).

³⁶ VO (EU) Nr. 492/2011, ABIEU 2011, L 141, 1.

³⁷ RL 2005/36/EG, ABIEU 2005, L 255, 22.

³⁸ *Streinz* Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 822.

³⁹ Fall nach EuGH Rs. C-333/14, *The Scotch Whisky Association*, ECLI:EU:C:2015:845.

koholeinheit, sodass hochprozentige Alkoholika teurer werden. Ziel der Regelung ist der Schutz der Gesundheit alkoholkranker Menschen sowie der Bevölkerung allgemein. Eine bloße Steuerstatt Preiserhöhung wurde vom schottischen Parlament als nicht gleich wirksam angesehen. Mehrere Getränkehersteller erhoben Klage gegen das Gesetz. Das schottische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob die Art. 34, 36 AEUV dahingehend auszulegen seien, dass sie einer Regelung wie der genannten entgegenstehen. Wie wird der EuGH entscheiden? (Es ist davon auszugehen, dass vorrangiges Sekundärrecht nicht besteht.)

Der freie Warenverkehr wird primärrechtlich durch Art. 28 ff. AEUV gewährleistet. Die zentralen Grundpfeiler bilden die Abschaffung tarifärer Handelshemmnisse durch die Einführung einer – hier nicht näher zu behandelnden – Zollunion (Art. 28 ff. AEUV)⁴⁰ sowie die Abschaffung nicht-tarifärer Hemmnisse mittels des Verbots mengenmäßiger Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung (Art. 34 ff. AEUV). Tatbestandliche Voraussetzung für die Eröffnung des Schutzbereichs der Warenverkehrsfreiheit i. S. d. Art. 34 f. AEUV ist das Vorliegen einer Ware, die über die Grenze verbracht wird. Der Begriff der »Ware« bezeichnet dabei alle körperlichen und beweglichen Gegenstände, die aufgrund ihres Geldwerts Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.⁴¹

Aufgrund dieser weiten Definition erfasst der Begriff etwa auch Elektrizität oder Abfälle. *Zahlungsmittel* unterfallen hingegen dem freien Zahlungs- und Kapitalverkehr, es sei denn, es handelt sich um Sammlermünzen, für die ein eigener Markt besteht.⁴²

Lösung (1. Teil) Fall 2: Zu prüfen ist, ob eine Regelung wie die schottische mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar ist. Mangels vorrangigen Sekundärrechts müsste der Schutzbereich des Art. 34 AEUV eröffnet sein. Bei alkoholhaltigen Getränken handelt es sich um Güter, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein können, mithin um Waren i. S. d. Art. 34 AEUV. Da die Regelung gleichsam für inländische und ausländische Getränkehersteller gilt, die ihre Ware nach Schottland einführen, ist ferner ein grenzüberschreitendes Element gegeben.

⁴⁰ Näher dazu Grabitz/Hilf/Nettesheim/Herrmann Das Recht der Europäischen Union, 71. EL. 2020, Art. 28 AEUV Rn. 34 ff.; Müller-Graff/Kellerhals/Uebe Europ. Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEur Bd. 4), 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 4 ff.

⁴¹ EuGH Rs. 7/68, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:1968:51, S. 642; Schöbener Europarecht, 2019, Rn. 3140; Vedder/Heintschel v. Heinegg/Khan/Eisenhut Europ. Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 29 AEUV Rn. 10.

⁴² Zu diesen und weiteren Beispielen s. Vedder/Heintschel v. Heinegg/Khan/Eisenhut Europ. Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 29 AEUV Rn. 10 f.; Schmidt/Wollenschläger/Wollenschläger Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 22.

bb) Arbeitnehmerfreizügigkeit

Fall 3:⁴³ Die Historikerin Adelheid Krah war an der Universität Wien als Postdoc beschäftigt. Aufgrund interner Vorschriften der Universität werden Postdocs zur Honorierung ihrer Berufserfahrung einschlägige Vordienstzeiten bei der Gehaltseinstufung angerechnet, allerdings insgesamt höchstens vier Jahre. Dies reiche aus, um die pädagogischen Fähigkeiten eines Postdocs zu erlangen. Da Frau Krah aber über deutlich längere Vorbeschäftigungszeiten verfügte, die sie zum Teil an der LMU München absolviert hatte, klagte sie auf deren gänzliche Anrechnung, mit dem Ziel der Einstufung in eine höhere Gehaltsklasse. Das Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob Art. 45 AEUV dahin auszulegen sei, dass er einer Vorschrift wie der genannten entgegensteht.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit wird durch Art. 45 I AEUV generell gewährleistet und durch die Absätze 2 und 3 näher konkretisiert. Die für den Schutz erforderliche Arbeitnehmereneigenschaft soll nach der Rechtsprechung des EuGH immer dann vorliegen, wenn Personen für eine bestimmte Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalten.⁴⁴ Entscheidend ist demnach, dass es sich um eine *unselbständige* Tätigkeit handelt, die gegen Entgelt erbracht wird.

Lösung (1. Teil) Fall 3: Der Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 I AEUV müsste eröffnet sein. Bei Postdoc-Stellen handelt es sich um Tätigkeiten, die für die Universitäten unselbständig gegen Entgelt erbracht werden. Mithin ist die Arbeitnehmereneigenschaft zu bejahen. Da die Regelung zur Anrechnung von Vordienstzeiten auch für ausländische Bewerber gilt, denen die Arbeitnehmerfreizügigkeit das Recht gibt, sich zur Ausübung einer Tätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, liegt zudem ein grenzüberschreitendes Element vor.

cc) Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit umfasst die Aufnahme und Ausübung von – in Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit – *selbständigen* Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen (vgl. Art. 49 II AEUV), Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften (vgl. Art. 49 I 2 AEUV). Davon erfasst ist vor allem das Recht auf freie Wahl des Unternehmensstandorts.⁴⁵ Der Begriff der Niederlassung beschreibt die

⁴³ Fall nach EuGH Rs. C-703/17, Krah, ECLI:EU:C:2019:850.

⁴⁴ St. Rspr., vgl. z. B. EuGH Rs. 66/85, Lawrie-Blum, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 17; Rs. C-270/13, Haralambidis, ECLI:EU:C:2014:2185, Rn. 28; näher zum Arbeitnehmerbegriff Geiger/Khan/Kotzur/Khan/Wessendorf EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 45 AEUV Rn. 18 ff.

⁴⁵ Müller-Graff/Kainer Europ. Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEur Bd. 4), 2. Aufl. 2021, § 4 Rn. 6. Informativer Über-

tatsächliche, dauerhafte Ausübung einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit mittels fester Einrichtung, wobei eine selbständige Tätigkeit vorliegt, wenn diese nach eigenem Ermessen (und damit gerade nicht weisungsgebunden), auf eigene Rechnung und auf eigenes wirtschaftliches Risiko hin erfolgt.⁴⁶

dd) Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit wird durch die Art. 56 ff. AEUV garantiert. Nach Art. 57 I AEUV handelt es sich bei Dienstleistungen um Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Die beispielhafte Aufzählung in Art. 57 II AEUV ist nicht abschließend (»insbesondere«). Die Dienstleistungsfreiheit erfasst somit sämtliche selbständig und entgeltlich erbrachten, grenzüberschreitenden Erwerbstätigkeiten.⁴⁷

Dabei kann der grenzüberschreitende Bezug auf unterschiedliche Weise verwirklicht werden:⁴⁸ Der Dienstleistende kann sich zur Erbringung seiner Leistung vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat begeben (sog. *aktive Dienstleistungsfreiheit*). Daneben ist es möglich, dass sich der Empfänger der Dienstleistung vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat begibt, etwa um die Dienste eines anerkannten Chirurgen in Anspruch zu nehmen (sog. *passive Dienstleistungsfreiheit*). Ferner ist die Dienstleistungsfreiheit einschlägig, wenn lediglich die Dienstleistung die Grenze überquert. Dies ist etwa der Fall beim Anbieten von Wetten über das Internet⁴⁹ (sog. *Korrespondenzdienstleistung*).

Von der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist die Dienstleistungsfreiheit durch das Merkmal der *selbständigen* Tätigkeit zu unterscheiden. Von der Niederlassungsfreiheit wiederum lässt sie sich durch ein Zeitmoment abgrenzen: Dienstleistungen werden lediglich im Rahmen eines vorübergehenden, zeitlich beschränkten Aufenthaltes des Dienstleisters bzw. Dienstleistungsempfängers in einem anderen Mitgliedstaat erbracht oder empfangen, ohne dass es hierfür

blick über die Rechtsprechungsentwicklung zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Gesellschaften bei *Kieninger* NJW 2017, 3624 (3625 ff.); zum Grundrechtsschutz nach Sitzverlegung *Hilbert* DVBl 2019, 1306 ff.

⁴⁶ Vgl. EuGH Rs. C-221/89, *Factortame*, ECLI:EU:C:1991:320, Rn. 20; *Fischer/Fetzer* Europarecht, 12. Aufl. 2019, Rn. 531, 533; *Oppermann/Classen/Nettesheim* Europarecht, 8. Aufl. 2018, § 28 Rn. 16 ff.

⁴⁷ *Hobe/Fremuth* Europarecht, 10. Aufl. 2020, § 19 Rn. 2.

⁴⁸ S. dazu *Oppermann/Classen/Nettesheim* Europarecht, 8. Aufl. 2018, § 25 Rn. 8 ff.

⁴⁹ Vgl. z. B. EuGH Rs. C-243/01, *Gambelli*, ECLI:EU:C:2003:597, Rn. 54; zur verfassungs- und unionsrechtlichen Vereinbarkeit eines Verbots von Internetpoker- und -casinospiele s. BVerwG NVwZ 2018, 895 ff.

einer festen Einrichtung oder Infrastruktur bedarf, während die Niederlassungsfreiheit auf (zumindest eine gewisse) Dauer angelegt ist. In Abgrenzung zum Begriff der Ware i. S. v. Art. 34 ff. AEUV zeichnen sich Dienstleistungen durch ihren unkörperlichen Charakter aus. Für Sachverhalte, in denen Dienstleistung und Warenlieferung zusammentreffen (z. B. bei der Installation von Einbauküchen) ist für die Bestimmung der einschlägigen Grundfreiheit der wirtschaftliche Schwerpunkt entscheidend.⁵⁰

ee) Freier Kapital- und Zahlungsverkehr

Art. 63 ff. AEUV, denen eine eher geringe Klausurrelevanz zukommt, regeln den freien Kapital- und Zahlungsverkehr innerhalb der Mitgliedstaaten ebenso wie zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten. Unter Kapitalverkehr wird die grenzüberschreitende Übertragung von Geld- oder Sachkapital verstanden, die primär Investitions- oder Anlagezwecken dient.⁵¹ Der freie Zahlungsverkehr, der einen Annex zu den anderen Grundfreiheiten darstellt,⁵² ist einschlägig, wenn grenzüberschreitend Zahlungsmittel als Gegenleistung einer zugrunde liegenden Transaktion, etwa aus dem Bereich des Dienstleistungs- oder Warenverkehrs, fließen.⁵³

b) Grenzüberschreitendes Element

Fall 4:⁵⁴ Herr Brouillard, ein belgischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Belgien, hatte im Fernstudium an einer französischen Universität einen »Master en droit« erworben, mit dem er sich an der belgischen Cour de Cassation um eine Referentenstelle bewarb. Er wurde abgelehnt mit der Begründung, er benötige ein an einer belgischen Universität erworbenes Diplom. Nur so sei gewährleistet, dass der Bewerber die Befähigung zur Ausübung des Berufs eines Referenten bei der Cour de Cassation habe. Gegen diese Entscheidung klagte Herr Brouillard. Das belgische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob Art. 45 AEUV anwendbar ist, wenn eine Person, die in dem Mitgliedstaat wohnt und arbeitet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, Inhaber eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Diploms ist und sich hierauf bei ihrer Bewerbung im eigenen Heimatland beruft.

⁵⁰ Zu diesen Abgrenzungen *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur* Die EU, 14. Aufl. 2021, § 12 Rn. 6, § 13 Rn. 11; *Schwarze/Holoubek* EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 56, 57 AEUV Rn. 25 ff.

⁵¹ *Böhm* JA 2009, 328 (334); *Ruffert* JuS 2009, 97 (99).

⁵² *Cremer* JURA 2015, 39 (46); *Ruffert* JuS 2009, 97 (99).

⁵³ *Geiger/Khan/Kotzur/Kotzur* EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 63 AEUV Rn. 6; *Hakenberg* Europarecht, 8. Aufl. 2018, Rn. 456.

⁵⁴ Fall nach EuGH Rs. C-298/14, *Brouillard*, ECLI:EU:C:2015:652.

Wichtiges Kriterium für die Anwendbarkeit einer jeden Grundfreiheit ist das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements.⁵⁵ Dies ergibt sich zum einen direkt aus dem Wortlaut einiger Grundfreiheiten (etwa Art. 49 I AEUV),⁵⁶ zum anderen aus deren Zweck, dem Schutz des *innereuropäischen* Handels.⁵⁷ Rein innerstaatliche Sachverhalte unterfallen den Grundfreiheiten daher nicht, weshalb es zu einer (nach Unionsrecht zulässigen) Inländerdiskriminierung kommen kann.⁵⁸ Allerdings legt der EuGH das Kriterium des grenzüberschreitenden Bezugs denkbar weit aus. So hat er etwa allein die Möglichkeit eines Interesses von Marktteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten an der Wahrnehmung der Grundfreiheiten genügen lassen.⁵⁹

Lösung Fall 4: Art. 45 AEUV ist anwendbar, wenn der Sachverhalt ein grenzüberschreitendes Element aufweist. Dies ist fraglich, da sich ein Unionsbürger gegenüber seinem eigenen Heimatstaat auf die Grundfreiheiten beruft. In Konstellationen, in denen ein Unionsbürger eine Grundfreiheit bereits in Anspruch genommen hat, indem er in einem anderen als seinem Heimatland gearbeitet oder eine berufliche Qualifikation erworben hat, und die erworbene Qualifikation nun im Heimatstaat geltend macht (sog. *Rückkehrerfälle*)⁶⁰, kann ein solches grenzüberschreitendes Element aber bejaht werden. Der in der Vergangenheit liegende Grenzübertritt wirkt praktisch fort.⁶¹ Die Situation des Rückkehrers ist mit derjenigen eines ausländischen Staatsangehörigen, der sich auf seine ausländische Qualifikation beruft, vergleichbar.⁶² Vorliegend beruft sich Herr Brouillard in Belgien, seinem Heimatland, auf ein in einem anderen Mitgliedstaat erworbenes Hochschuldiplom. Daher darf ihm die Berufung auf die Grundfreiheiten nicht versagt werden. Dass das Di-

plom durch ein Fernstudium erlangt wurde, ist insoweit unerheblich.⁶³

c) Nichtvorliegen einer Bereichsausnahme

Fall 5:⁶⁴ In Ungarn üben Notare ihre Tätigkeit freiberuflich und unabhängig aus. Gemäß des ungarischen Gesetzes über die Notare nehmen sie als Teil der staatlichen Justizdienstleistungen offizielle Aufgaben der Rechtspflege wahr. Zum Notar dürfen nur ungarische Staatsangehörige bestellt werden. Die Kommission sieht hierin einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und strengt ein Vertragsverletzungsverfahren an. Ungarn hingegen beruft sich darauf, dass die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV greife. Zu Recht?

Für die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung bzw. für Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt einhergehen, schließen Art. 45 IV und Art. 51 I (i. V. m. Art. 62) AEUV die Anwendbarkeit der jeweiligen Grundfreiheit aus (sog. *Bereichsausnahmen*). Den Regelungen liegt der Gedanke zugrunde, dass bestimmte, eng mit dem Staat verbundene Tätigkeiten den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben dürfen.⁶⁵ Es handelt sich allerdings um Ausnahmenvorschriften, die eng und unionsrechtlich autonom ausgelegt werden müssen.⁶⁶ Daher liegt eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung i. S. d. Art. 45 IV AEUV nur dann vor, wenn es sich um eine Stelle handelt, die eine Teilhabe an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse sowie an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringt, die auf die Wahrung der allgemeinen Staatsbelange gerichtet sind, und zwar derart, dass sie ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des Beschäftigten zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen, welche dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen.⁶⁷ Hierunter fallen vor allem Beschäftigungen in der Eingriffsverwaltung, wie z. B. der Polizei oder

55 St. Rspr., vgl. nur EuGH Rs. C-332/90, Steen/Deutsche Bundespost, ECLI:EU:C:1992:40, Rn. 9; Rs. C-292/12, Ragn-Sells, ECLI:EU:C:2013:820, Rn. 70; Rs. C-282/15, Queisser Pharma, ECLI:EU:C:2017:26, Rn. 38 f.; s. auch *Classen EWS* 1995, 97 (104); ausf. *Lippert ZEuS* 2014, 273 ff.

56 Dauses/Ludwigs/Ludwigs HdB des EU-Wirtschaftsrechts, 51. EL. 2020, E. I. Rn. 36; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/T. Streinz Das Recht der Europäischen Union, 71. EL. 2020, Art. 34 AEUV Rn. 33.

57 Ähnlich Schulze/Janssen/Kadelbach/Pache Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 15.

58 *Jarass* EuR 2000, 705 (714); *Schroeder* Grundkurs Europarecht, 6. Aufl. 2019, § 14 Rn. 9 f.; weiterführend hierzu und zur Frage, inwiefern die Inländerdiskriminierung an Art. 3 I GG zu messen ist, *Bösch JURA* 2009, 91 ff.

59 EuGH verb. Rs. C-159/12 bis 161/12, Venturini, ECLI:EU:C:2013:791, Rn. 25 f.; Rs. C-465/18, Comune di Bernareggio, ECLI:EU:C:2019:1125, Rn. 33; näher Schulze/Janssen/Kadelbach/Pache Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 15.

60 *Cremer JURA* 2015, 39 (43); *Schroeder* Grundkurs Europarecht, 6. Aufl. 2019, § 14 Rn. 11.

61 *Lippert ZEuS* 2014, 273 (279).

62 EuGH Rs. C-115/78, Knoors, ECLI:EU:C:1979:31, Rn. 24; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff Das Recht der Europäischen Union, 71. EL. 2020, Art. 49 AEUV Rn. 118 m. w. N. aus der Rspr.

63 Zum Ganzen EuGH Rs. C-298/14, Brouillard, ECLI:EU:C:2015:652, Rn. 26 ff.

64 Fall nach EuGH Rs. C-392/15, Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2017:73; bzgl. deutscher Notare s. bereits EuGH Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2011:339; vgl. dazu *Streinz JuS* 2011, 851 ff.

65 *Schroeder* Grundkurs Europarecht, 6. Aufl. 2019, § 14 Rn. 13.

66 Vgl. EuGH Rs. 152/73, Sotgiu, ECLI:EU:C:1974:13, Rn. 4; Rs. C-270/13, Haralambidis, ECLI:EU:C:2014:2185, Rn. 43; *Streinz/Müller-Graff EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 51 AEUV Rn. 3.

67 St. Rspr., s. nur EuGH Rs. C-473/93, Kommission/Luxemburg, ECLI:EU:C:1996:263, Rn. 27; Rs. C-47/02, Anker, ECLI:EU:C:2003:516, Rn. 58; Rs. C-270/13, Haralambidis, ECLI:EU:C:2014:2185, Rn. 44 m. w. N.

der Steuerverwaltung.⁶⁸ Für andere Beschäftigungen ist darauf abzustellen, ob die *konkrete* Tätigkeit mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden ist und ein besonderes Verhältnis zum Staat voraussetzt (*funktionelle Betrachtungsweise*).⁶⁹

Lösung Fall 5: Die Bereichsausnahme des Art. 51 I AEUV ist einschlägig, wenn die Tätigkeit der ungarischen Notare mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Dieser eng zu verstehende Tatbestand ist indes nur erfüllt, wenn die zu beurteilende Tätigkeit in ihrer konkreten Ausgestaltung eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung der öffentlichen Gewalt umfasst.⁷⁰ Reine Hilfs- und Unterstützungstätigkeiten zugunsten von Hoheitsträgern genügen nicht; vielmehr muss die Tätigkeit die Ausübung von Entscheidungs- oder Zwangsbefugnissen umfassen.⁷¹ Die meisten dem Notar übertragenen Aufgaben, z. B. im Beurkundungsbereich, werden in parteilichem Einvernehmen ausgeübt. Fehlt die Übereinkunft der Parteien, wird der Streit vor den Gerichten ausgetragen, dem Notar kommt mithin keine Entscheidungsbefugnis zu. Auf die Entscheidungsbefugnis des Richters wiederum hat der Notar keinen Einfluss. Selbst im Vollstreckungsverfahren verfügt der Notar über keine Zwangsbefugnisse. Daher ist die Tätigkeit des Notars nicht unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden. Die Bereichsausnahme des Art. 51 I AEUV greift nicht.⁷²

3. Beeinträchtigung

Sofern der Schutzbereich einer Grundfreiheit eröffnet ist, ist zu prüfen, ob die geschützte Tätigkeit durch einen Grundfreiheitsadressaten⁷³ beeinträchtigt wird.

a) Diskriminierungsverbot

Die Grundfreiheiten enthalten in erster Linie ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

bzw. Herkunft, wobei zwei Arten von Diskriminierungen erfasst werden: Zum einen bezieht sich das Verbot auf die sog. *unmittelbaren* bzw. *offenen* Diskriminierungen. Eine solche liegt vor, wenn die zu überprüfenden staatlichen Regelungen explizit an die Kriterien der Staatsangehörigkeit von Personen oder der Herkunft von Handelsgütern anknüpfen.⁷⁴

Eine unmittelbare Diskriminierung läge etwa vor, wenn Deutschland die Einfuhr spanischer Erdbeeren begrenzen wollte, um die Verbraucher dazu anzuhalten, mehr regionale Produkte zu kaufen.

Um einen effektiven Schutz der Marktteilnehmer sicherzustellen, werden jedoch ebenso *mittelbare* bzw. *versteckte* Diskriminierungen vom Verbot erfasst. Diese knüpfen nicht ausdrücklich an die vorgenannten Kriterien an, aufgrund ihrer Ausgestaltung wirken sie sich jedoch faktisch typischerweise auf ausländische Personen oder Waren in Gestalt einer Benachteiligung aus.⁷⁵

Wenn kommunale Freizeitbäder günstigere Tarife für ortsansässige Bürgerinnen und Bürger vorsehen (sog. Einheimischentarife), knüpft dies zwar nicht direkt an die Staatsangehörigkeit der Schwimmbadbesucher an. Faktisch werden hierdurch jedoch typischerweise die eigenen Staatsangehörigen, die den Großteil der Ansässigen ausmachen, bevorzugt. Es liegt eine mittelbare Diskriminierung ausländischer Staatsangehöriger vor, die sich auf ihre passive Dienstleistungsfreiheit berufen können.⁷⁶ Um eine mittelbare Diskriminierung handelte es sich ferner bei dem Versuch der Bundesrepublik Deutschland zur Einführung einer Pkw-Maut, da die Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen gleichzeitig eine Steuererleichterung in derselben Höhe erfahren sollten, sodass die Maut faktisch nur von ausländischen Fahrzeughaltern bzw. -fahrern hätte entrichtet werden müssen.⁷⁷

b) Beschränkungsverbot

Es zeigte sich in der Praxis indes immer deutlicher, dass nicht nur diskriminierende, sondern auch unterschiedslos geltende Regelungen beachtliche Hindernisse auf dem Weg zu einem freien Binnenmarkt darstellen können.⁷⁸

⁶⁸ Diese und weitere Beispiele bei Calliess/Ruffert/Brechmann EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, Art. 45 AEUV Rn. 112.

⁶⁹ EuGH Rs. C-473/93, Kommission/Luxemburg, ECLI:EU:C:1996:263, Rn. 27; Lenz/Borchardt/Weerth EU-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 45 AEUV Rn. 83.

⁷⁰ EuGH Rs. C-393/05, Kommission/Österreich, ECLI:EU:C:2007:722, Rn. 36; Rs. C-392/15, Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2017:73, Rn. 107; vgl. dazu v. der Groeben/Schwarze/Hatje/Tiedje Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 51 AEUV Rn. 9.

⁷¹ EuGH Rs. C-392/15, Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2017:73, Rn. 108 m. z. w. N.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoﬀ Das Recht der Europäischen Union, 71. EL. 2020, Art. 51 AEUV Rn. 15.

⁷² Zum Ganzen EuGH Rs. C-392/15, Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2017:73, Rn. 104 ff.; krit. Korte/Steiger NVwZ 2011, 1243 (1244 ff.).

⁷³ S. dazu und zu den diesbezüglichen Problemen, die an dieser Stelle in der Klausurbearbeitung zu prüfen sind, oben II. 3.

⁷⁴ Bieber/Epiney/Haag/Kotzur Die EU, 14. Aufl. 2021, § 10 Rn. 6; Clasen EWS 1995, 97 (97); Fastenrath/Groh Europarecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 151.

⁷⁵ Fastenrath/Groh Europarecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 151; Jarass EuR 1995, 202 (213); Sauer JuS 2017, 310 (312).

⁷⁶ Zu einem solchen Fall s. BVerfG NVwZ 2016, 1553 (insb. 1556 Rn. 48).

⁷⁷ EuGH Rs. C-591/17, Österreich/Deutschland, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 47 ff.; näher zu dieser Entscheidung Pracht ZJS 2019, 425 ff.

⁷⁸ Vgl. Jarass EuR 1995, 202 (214); Schulze/Janssen/Kadelbach/Pache Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 23.

aa) Die *Dassonville*-Formel des EuGH

Bereits frühzeitig urteilte der EuGH daher in seiner bekannten *Dassonville*-Entscheidung, dass eine »Maßnahme gleicher Wirkung« i. S. d. Art. 34 AEUV in jeder »Handelsregelung der Mitgliedstaaten [liege], die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.«⁷⁹ In der Konsequenz lässt sich Art. 34 AEUV somit nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern darüber hinaus auch ein allgemeines Beschränkungsverbot entnehmen.⁸⁰ Diese Rechtsprechungslinie wurde sukzessive auf die anderen Grundfreiheiten erstreckt. Demnach liegt eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Grundfreiheiten bereits vor, wenn mitgliedstaatliche Maßnahmen deren Ausübung »behindern oder weniger attraktiv machen.«⁸¹

Lösung (2. Teil) Fall 3: Es müsste eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegen. Da die Regelung über die Anrechnung der Vordienstzeiten unterschiedslos gilt, liegt keine unmittelbare respektive mittelbare Diskriminierung vor. Es könnte sich allerdings um eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung handeln, sofern die Regelung geeignet ist, die Freizügigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Dies ist nicht der Fall, wenn die Auswirkungen der Regelung auf den Arbeitnehmer zu ungewiss und zu indirekt sind.⁸² Der Umstand, dass die über vier Jahre hinausgehende Berufserfahrung eines ausländischen Arbeitnehmers nicht angerechnet wird, wirkt sich direkt auf die Gehaltseinstufung aus. Dies kann für diesen bei der Entscheidung, sich um eine Postdoc-Stelle zu bewerben und hierfür sein Heimatland zu verlassen, von erheblicher Relevanz sein. Denn ein Postdoc, der z. B. seit acht Jahren an der Universität Wien beschäftigt ist, wird allein aufgrund der allgemeinen Gehaltsvorrückungen höher eingestuft werden. Eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit liegt daher vor.⁸³

bb) Die *Keck*-Rechtsprechung und der *Drei-Stufen-Test*

Da aufgrund der Weite der *Dassonville*-Formel nahezu jede warenverkehrsrelevante mitgliedstaatliche Maßnahme darunter subsumiert werden kann, kam das Bedürfnis auf,

dieser Ausuferung einschränkend zu begegnen.⁸⁴ Dem kam der EuGH in seiner *Keck*-Entscheidung nach. Danach sind Regelungen, die lediglich bestimmte *Verkaufsmodalitäten* beschränken, wie z. B. Regelungen über die Begrenzung von Ladenöffnungszeiten, keine Maßnahmen gleicher Wirkung – i. S. d. der *Dassonville*-Formel –, sofern sie »für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren«⁸⁵, d. h. nicht (unmittelbar oder mittelbar) diskriminierend wirken. *Produktbezogene* Regelungen, wie etwa Bestimmungen zur Zusammensetzung, der Form oder der Bezeichnung der Ware, sind hingegen stets als Beschränkungen anzusehen.⁸⁶ Mit der Zeit stellte der EuGH neben der Unterscheidung Verkaufsmodalität/Produktbezug immer öfter auf das Kriterium des erschwerten *Marktzugangs* zur Begründung des Vorliegens einer Maßnahme gleicher Wirkung ab.⁸⁷

Seit seinem Urteil *Kommission/Italien* aus dem Jahre 2009 prüft der EuGH das Vorliegen einer Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit vermehrt anhand eines sog. *Drei-Stufen-Tests*. Dabei sei zu prüfen, ob (1.) eine Maßnahme bezweckt oder bewirkt, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig behandelt werden (Diskriminierungsverbot), (2.) Anforderungen an Waren aus anderen Mitgliedstaaten gestellt werden, die dort rechtmäßig hergestellt und in Verkehr gebracht worden sind (Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung) oder (3.) in sonstiger Weise der Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behin-

⁷⁹ EuGH Rs. 8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, Rn. 5; ausf. hierzu v. der Groeben/Schwarze/Hatje/Müller-Graff *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 34 AEUV Rn. 38 ff.

⁸⁰ Vgl. etwa Niedobitek/*Blanke/Böttner* *Europarecht*, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 304 f.

⁸¹ Vgl. EuGH Rs. C-76/90, Säger, ECLI:EU:C:1991:331, Rn. 12; Rs. C-55/94, Gebhard, ECLI:EU:C:1995:411, Rn. 37; Rs. C-190/98, Graf, ECLI:EU:C:2000:49, Rn. 23; verb. Rs. C-282/04 u. 283/04, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:2006:608, Rn. 18; Rs. C-208/05, ITC, ECLI:EU:C:2007:16, Rn. 55.

⁸² Näher zu diesem Merkmal und seiner Rezeption im Schrifttum *Vinzenz/Burger* *EuZA* 2020, 522 (527 f.).

⁸³ EuGH Rs. C-703/17, Krah, ECLI:EU:C:2019:850, Rn. 42 ff.

⁸⁴ Vgl. EuGH Rs. C-267/91, *Keck* und Mithouard, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 14; zum Problem s. v. der Groeben/Schwarze/Hatje/Müller-Graff *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 34 AEUV Rn. 237.

⁸⁵ EuGH Rs. C-267/91, *Keck* und Mithouard, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 16; näher zur *Keck*-Entscheidung v. der Groeben/Schwarze/Hatje/Müller-Graff *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 34 AEUV Rn. 239 ff.

⁸⁶ EuGH Rs. C-267/91, *Keck* und Mithouard, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 14; zu den Begriffen »Verkaufsmodalität« und »produktbezogene Regelung« Streinz/*Schroeder* *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 34 AEUV Rn. 45 ff., 49 ff.; Beispiele zu beiden bei Schmidt/Wollenschläger/*Wollenschläger* *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 28 a.

⁸⁷ Vgl. z. B. EuGH Rs. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, ECLI:EU:C:2003:664, Rn. 74 f.; Rs. C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandel*, ECLI:EU:C:2006:141, Rn. 20; näher dazu Dausen/Ludwigs/*Brigola* *HdB des EU-Wirtschaftsrechts*, 51. EL. 2020, C. I. Rn. 162 ff.; für weitere Beispiele aus der Rspr. Streinz/*Schroeder* *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 34 AEUV Rn. 52.

dert wird (Marktzugangskriterium).⁸⁸ Diese Weiterentwicklung der *Keck*-Rechtsprechung ist zu begrüßen, insbesondere da sie sich leichter als die *Keck*-Kriterien auf die anderen Grundfreiheiten anwenden lässt und daher weiterhin die parallele, kohärente dogmatische Entwicklung der Grundfreiheiten zulässt,⁸⁹ selbst wenn die einzelnen Stufen sicherlich noch weiter konkretisiert werden müssen.⁹⁰ Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich bislang leider nicht zweifelsfrei entnehmen, ob der Drei-Stufen-Test die *Keck*-Rechtsprechung ersetzt oder schlicht neben sie tritt.⁹¹ In der Klausurbearbeitung bietet es sich daher an, beides durchzuprüfen und insofern das gewonnene Ergebnis doppelt abzusichern.⁹²

Lösung (2. Teil) Fall 2: Fraglich ist, ob die – unterschiedslos geltende und daher nicht offen diskriminierende – Regelung eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellt. Dies ist gemäß der *Dassonville*-Formel der Fall, wenn sie geeignet ist, den innereuropäischen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern. Regelungen, die für alkoholische Getränke einen Mindestpreis pro Alkoholeinheit vorsehen, verhindern, dass sich niedrigere Entstehungskosten von in anderen Mitgliedstaaten produzierten Erzeugnissen im Endpreis niederschlagen können. Somit kann sich dieser Wettbewerbsvorteil nicht realisieren, sodass dies den innereuropäischen Handel behindert. Zu prüfen ist jedoch, ob dieses weite Beschränkungsverständnis i. S. d. *Keck*-Rechtsprechung einzuschränken ist. Die schottische Regelung betrifft lediglich die Modalitäten, unter denen alkoholische Getränke verkauft werden dürfen. Es handelt sich daher um eine Verkaufsmodalität. Da jedoch mit der Verteuerung von Alkoholika typischerweise ausländischen Getränkeherstellern der Wettbewerbsvorteil, die Ware günstiger erzeugen und verkaufen zu können, entzogen

wird, liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, sodass die *Keck*-Ausnahme nicht greift und eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit vorliegt.⁹³ Zum gleichen Ergebnis gelangt man mittels des 3-Stufen-Tests, da nach dessen erster Stufe diskriminierende Maßnahmen verboten sind. Zudem greift die dritte Stufe, da eine Regelung, die verhindert, dass sich niedrigere Herstellungskosten im Preis niederschlagen können, jedenfalls geeignet ist, ausländischen Alkoholika den Zugang zum britischen Markt zu erschweren.⁹⁴

4. Rechtfertigung

Liegt eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten vor, kann diese unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein.

a) Schranken

aa) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Die Regelungen des AEUV zu den Grundfreiheiten enthalten ausdrücklich normierte Rechtfertigungstatbestände (vgl. Art. 36, 45 III, 52 i. V. m. 62 und 65 I AEUV), die sowohl bei (offenen respektive versteckten) Diskriminierungen als auch bei allgemeinen Beschränkungen Anwendung finden.⁹⁵ Die Rechtfertigungsgründe werden als abschließende Ausnahmenvorschriften eng ausgelegt.⁹⁶ Dies zeigt sich etwa anhand des für sämtliche Grundfreiheiten normierten Tatbestands der öffentlichen Sicherheit. Diese erfasst lediglich grundlegende Staatsinteressen, wie das wirksame Funktionieren des Staates, die äußere Sicherheit, die Strafverfolgung sowie die Aufrechterhaltung bedeutender öffentlicher Dienstleistungen.⁹⁷ Darüber hinaus ist das Vorliegen einer tatsächlichen, hinreichend schwerwiegenden und ein Grundinteresse der Gesellschaft berührenden Gefährdung eines dieser Schutzgüter erforder-

⁸⁸ EuGH Rs. C-110/05, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 34 f., 37; ausf. *Cremer/Bothe* EuZW 2015, 413 (415 ff.); *Streinz* Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 922; lesenswerte Nachzeichnung der Rechtsprechungsentwicklung von *Keck* bis zum Drei-Stufen-Test bei *Brigola* EuZW 2012, 248 ff.; *Holst* EuR 2018, 87 (90 ff.).

⁸⁹ So auch *Cremer JURA* 2015, 39 (51); *ders./Bothe* EuZW 2015, 413 (418); vgl. auch *Kingreen* EWS 2006, 488 (491); darüber hinaus fällt die Unterscheidung zwischen Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Regelungen häufig schwer, s. dazu *Kingreen* ebd., 489 ff.

⁹⁰ Dies wird v. a. mit Blick auf das Marktzugangskriterium gefordert. Hier ist insb. zu präzisieren, ab welcher Schwelle eine hinreichende Beeinträchtigung des Marktzugangs vorliegt, vgl. dazu instruktiv *Dietz/Streinz* EuR 2015, 50 ff.

⁹¹ So wird im Urteil, das Fall 2 zugrunde liegt, die *Keck*-Rechtsprechung vom EuGH überhaupt nicht mehr angesprochen. Der Generalanwalt prüfte die *Keck*-Kriterien »nur der Vollständigkeit halber«, Schlussanträge des GA Bot Rs. C-333/14, The Scotch Whisky Association, ECLI:EU:C:2015:527, Rn. 61; vgl. dazu *Streinz* JuS 2016, 949 (950 f.); zur uneinheitlichen Handhabung des EuGH, m. w. N. aus der Rspr., s. *Cremer JURA* 2015, 39 (51); *ders./Bothe* EuZW 2015, 413 (416 ff.); zu Recht krit. mit Blick auf die Rechtssicherheit *Holst* EuR 2018, 87 (96).

⁹² So auch der Rat von *Cremer JURA* 2015, 39 (51).

⁹³ Vgl. Schlussanträge des GA Bot Rs. C-333/14, The Scotch Whisky Association, ECLI:EU:C:2015:527, Rn. 61 ff.

⁹⁴ Vgl. EuGH Rs. C-333/14, The Scotch Whisky Association, ECLI:EU:C:2015:845, Rn. 32.

⁹⁵ *Frenz* Europarecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 247; *Trstenjak/Beysen* EuR 2012, 265 (276).

⁹⁶ Vgl. z. B. EuGH Rs. 95/81, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:1982:216, Rn. 27; Rs. C-205/89, Kommission/Griechenland, ECLI:EU:C:1991:123, Rn. 9.

⁹⁷ *Hobe/Fremuth* Europarecht, 10. Aufl. 2020, § 16 Rn. 39; ähnlich Pechstein/Nowak/Häde/Halterm Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. II, 2017, Art. 36 AEUV Rn. 40 (»Existenz des Staates berührt«).

lich.⁹⁸ Besondere Bedeutung dürfte in nächster Zeit der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Gesundheit erlangen, an dem sich Maßnahmen, die im Zuge der Covid-19-Pandemie erlassen wurden und denen durchaus Grundfreiheitsrelevanz zukommt, werden messen lassen müssen.⁹⁹

bb) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Aufgrund dessen, dass die Grundfreiheiten heute als allgemeine Beschränkungsverbote verstanden werden, erwiesen sich die geschriebenen Rechtfertigungsgründe als zu eng, um den Regulierungsbedürfnissen der Mitgliedstaaten gerecht zu werden. Um einen Ausgleich zu schaffen, begann der EuGH – zunächst mit seiner *Cassis de Dijon*-Entscheidung für die Warenverkehrsfreiheit und dann sukzessive für die anderen Grundfreiheiten – anzuerkennen, dass Beschränkungen der Grundfreiheiten auch aus anderen als den ausdrücklich im AEUV benannten Gründen gerechtfertigt sein können, namentlich aufgrund »zwingender Erfordernisse« des Allgemeininteresses.¹⁰⁰ Als solche anerkannt wurden bislang z. B. der Umwelt- und Verbraucherschutz, die Lauterkeit des Handelsverkehrs ebenso wie kulturelle Interessen, die Sicherheit des Straßenverkehrs oder die Verbrechensbekämpfung.¹⁰¹ Voraussetzung für eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls ist jedoch, dass die zu überprüfende Maßnahme nichtdiskriminierender Art ist.¹⁰² Nicht abschließend geklärt ist demgegenüber, ob dies aus-

schließlich für unmittelbare oder ebenso für mittelbare Diskriminierungen gilt. Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich eine Tendenz hin zu einer Unterscheidung entnehmen.¹⁰³ Hierfür sprechen sicherlich die besseren Gründe: Da sich versteckte Diskriminierungen in einigen Fällen nur schwer von Beschränkungen abgrenzen lassen, gebietet bereits die Rechtssicherheit, beide Fälle auf Rechtfertigungsebene parallel zu behandeln, d. h. ungeschriebene Rechtfertigungsgründe sowohl auf Beschränkungen als auch auf versteckte Diskriminierungen anzuwenden.¹⁰⁴

cc) Europäische Grundrechte

Schließlich können Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten aus Gründen des Schutzes der Grundrechte Dritter, die diesen im Unionsrecht, allen voran durch die Europäische Grundrechtecharta, zustehen, gerechtfertigt sein.¹⁰⁵ Relevanz kann dies insbesondere in den Schutzpflichtenkonstellationen erlangen, wenn die Grundfreiheiten nicht infolge staatlicher Maßnahmen, sondern aufgrund von Handlungen grundrechtsberechtigter Privater beeinträchtigt werden.¹⁰⁶ Die jeweils betroffenen Rechtspositionen sind gegeneinander abzuwägen und im Wege der praktischen Konkordanz einem gerechten Ausgleich zuzuführen.

b) Schranken-Schranken

Die Rechtfertigungsgründe unterliegen ihrerseits wiederum gewissen Grenzen (sog. Schranken-Schranken). Insbesondere haben die zu überprüfenden Maßnahmen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu achten, müssen folglich geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹⁰⁷ Mit Blick auf die Geeignetheit fordert der EuGH zunehmend, dass das mit der zu überprüfenden Maßnahme angestreb-

⁹⁸ EuGH Rs. C-54/99, *Église de scientologie*, ECLI:EU:C:2000:124, Rn. 17; Rs. C-326/07, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2009:193, Rn. 70; Rs. C-509/12, *Navileme und Nautizende*, ECLI:EU:C:2014:54, Rn. 20.

⁹⁹ Vgl. auch *Rinze/Schwab* NJW 2020, 1905 (1907). So führten z. B. pandemiebedingte Grenzkontrollen zu kilometerlangen Staus an den Grenzen, wodurch lebenswichtige Waren wie Lebensmittel und Medikamente teilweise nicht rechtzeitig geliefert werden konnten, vgl. dazu <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/ursula-von-der-leyen-kritisiert-staus-an-der-grenze-a-2a2fdcf4-bb68-4b16-93b2-ba53ca3526c4>.

¹⁰⁰ Grundlegend EuGH Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 8; zur dogmatischen Einordnung s. *Jarass* EuR 2000, 705 (719); v. Bogdandy/Bast/*Kingreen* *Europ. Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 705 (735 f.).

¹⁰¹ Diese und zahlreiche weitere Beispiele mit Nachw. aus der Rspr. bei Pechstein/Nowak/Häde/*Haltern* *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, Bd. II, 2017, Art. 36 AEUV Rn. 55. Rein wirtschaftliche bzw. kommerzielle Gründe genügen hingegen nicht, vgl. EuGH Rs. C-648/18, *Hidroelectrica*, ECLI:EU:C:2020:723, Rn., 43; näher zu diesem lehrreichen Fall, der die Ausfuhrfreiheit (Art. 35 AEUV) betrifft, *Ruffert* JuS 2021, 90 ff.

¹⁰² EuGH Rs. C-64/08, *Engelmann*, ECLI:EU:C:2010:506, Rn. 34; *Niedobitek/Blanke/Böttner* *Europarecht*, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 311, jeweils m. w. N. aus der Rspr.

¹⁰³ Vgl. etwa EuGH Rs. C-388/01, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2003:30, Rn. 21 ff.; Rs. C-10/10, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2011:399, Rn. 29.

¹⁰⁴ Vgl. auch Ehlers/*Ehlers* *EuGR*, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 119; Schulze/Janssen/Kadelbach/*Pache* *Europarecht*, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 55.

¹⁰⁵ Grundlegend EuGH Rs. C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 71 ff.; instruktiv zu dieser Rechtfertigungsmöglichkeit *Kahl/Schwind* *EuR* 2014, 170 (172 ff.); zu den Unterschieden zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten s. Franzius/Mayer/*Neyer/Kingreen* *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, S. 218 (218 f.).

¹⁰⁶ S. stellv. EuGH Rs. C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333; vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein* *Europarecht*, 12. Aufl. 2020, Rn. 946; zur Behandlung in der Klausur s. *Michael/Sauer* *ZJS* 2010, 86 (88 ff.).

¹⁰⁷ *Niedobitek/Blanke/Böttner* *Europarecht*, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 316; *Trstenjak/Beysen* *EuR* 2012, 265 (276).

te Ziel in systematischer und kohärenter Weise verfolgt wird.¹⁰⁸ Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn privates Glücksspiel aus Gründen der Suchtprävention verboten, andererseits aber intensive Werbung für staatliche Glücksspielmonopole betrieben wird.¹⁰⁹ Der zentrale Fokus des Gerichtshofs bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung liegt zumeist auf der Erforderlichkeitsprüfung. So darf das angestrebte Ziel nicht durch gleichermaßen wirksame Maßnahmen zu erreichen sein, die den innereuropäischen Handel weniger beeinträchtigen.¹¹⁰ Darüber hinaus haben die Grundfreiheitsverpflichteten die europäischen Grundrechte als Schranken-Schranken zu beachten, wenn sie Grundfreiheiten beschränken.¹¹¹

Lösung (Teil 3) Fall 2: Die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit müsste gerechtfertigt sein. Gemäß Art. 36 AEUV stellt der Schutz der menschlichen Gesundheit einen anerkannten Rechtfertigungsgrund dar. Durch die Regelung zur Verteuerung von Alkoholika soll der Alkoholkonsum zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere von Alkoholkranken, bekämpft werden. Die Regelung müsste darüber hinaus verhältnismäßig sein. Die Verteuerung von hochprozentigen Alkoholika ist geeignet, den Alkoholkonsum zu vermindern, da hauptsächlich Menschen mit einem hohen Alkoholkonsum dazu neigen,

günstige alkoholische Getränke in großem Umfang zu kaufen. Da die Verteuerung von Alkohol nur eine von vielen Maßnahmen Schottlands zur Reduzierung des Alkoholkonsums in der Bevölkerung ist, wird dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise verfolgt. Fraglich ist aber, ob die Regelung erforderlich ist. Möglicherweise könnte die höhere Besteuerung von Alkoholika eine gleich geeignete, aber den innereuropäischen Handel weniger beeinträchtigende Maßnahme darstellen, da sie die Freiheit der Marktteilnehmer, die Preise ihrer Produkte selbst zu bestimmen, weniger einschränkt. Ob das Ziel der Bekämpfung des Alkoholkonsums nicht ebenso wirksam durch eine steuerrechtliche Regelung bekämpft werden kann, hat jedoch das vorlegende Gericht im konkreten Fall selbst zu entscheiden.¹¹²

Lösung (Teil 3) Fall 3: Fraglich ist, ob die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gerechtfertigt ist. Mangels Einschlägigkeit der in Art. 45 III AEUV genannten Ziele kommt nur eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses in Betracht. Als solches legitimes Allgemeinwohlinteresse hat der EuGH das Ziel der Honorierung der Berufserfahrung im Rahmen von Gehaltseingruppierungen, welches die Universität Wien mit ihren internen Vorschriften verfolgt, anerkannt. Die Vorschriften müssten aber verhältnismäßig sein, insbesondere muss die Regelung geeignet sein, die Verwirklichung des in Rede stehenden Ziels zu erreichen. Die Universität beruft sich darauf, dass vier Jahre Berufserfahrung reichen, um die erforderlichen pädagogischen Fähigkeiten eines Postdocs zu erlangen. Dabei verkennt sie aber, dass die Stelle des Postdocs nicht nur Lehr-, sondern auch Forschungs- und Verwaltungstätigkeiten umfasst und zudem die Fähigkeiten im pädagogischen Bereich sich auch nach vier Jahren noch stetig weiterentwickeln. Die auf vier Jahre beschränkte Anrechnungsregelung ist daher nicht geeignet, das Ziel zu verwirklichen, sodass die Beschränkung nicht gerechtfertigt ist und Art. 45 AEUV einer solchen Regelung entgegensteht.¹¹³

108 Vgl. etwa EuGH Rs. C-243/01, Gambelli, ECLI:EU:C:2003:597, Rn. 67; Rs. C-470/11, Garkalns, ECLI:EU:C:2012:505, Rn. 37, 46; s. hierzu *Kahl* AöR 144 (2019), 159 (176 f.); eingehend zum unionsrechtlichen Kohärenzprinzip *Schuster* Das Kohärenzprinzip in der Europäischen Union, 2017.

109 Vgl. EuGH verb. Rs. C-316, 358, 359, 360, 409, 410/07, Stoß, ECLI:EU:C:2010:504, Rn. 97 ff.

110 EuGH Rs. C-333/14, The Scotch Whisky Association, ECLI:EU:C:2015:845, Rn. 53 m. w. N.

111 Grundlegend EuGH Rs. C-260/89, ERT, ECLI:EU:C:1991:254, Rn. 43; s. dazu *Haltern* Europarecht, Bd. II, 3. Aufl. 2017, Rn. 1570 ff.; *Kahl/Schwind* EuR 2014, 170 (179 ff.); *Wollenschläger* EuZW 2014, 577 (578 ff.).

112 Zum Ganzen EuGH Rs. C-333/14, The Scotch Whisky Association, ECLI:EU:C:2015:845, Rn. 33 ff.

113 EuGH Rs. C-703/17, Krah, ECLI:EU:C:2019:850, Rn. 55 ff.