

**Wirtschaftsrechtliche Rahmenbedingungen
im EU-Binnenmarkt**

Teil 2

SS 2007

Universität Innsbruck

Innsbruck

Vortragender:

Ass.-Prof. Dr. Walter Obwexer

Institut für Europarecht und Völkerrecht

Universität Innsbruck

Der Binnenmarkt

A. Rechtsgrundlage

Literatur: *Norbert/von Henning*, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Weg zum einheitlichen Binnenmarkt und zur Steuergemeinschaft im Jahr 1992 (1988); *Bangemann*, Auf dem Weg zum EG-Binnenmarkt 1992 (1989); *Dichtl/Arndt*, Schritte zum Europäischen Binnenmarkt (2. Aufl, 1992); *Europäische Kommission* (Hrsg), Der Binnenmarkt (1995); *Fuhrmann*, Der EG-Binnenmarkt. Chancen und Gefahren für Österreich (1988).

Die Konzeption eines Binnenmarktes wurde bereits Anfang der 70er Jahre in der Judikatur des EuGH entwickelt,¹⁾ politisch aber erst auf der Brüsseler Tagung des Europäischen Rates vom 29./30. März 1985 aufgegriffen und folgendermaßen formuliert: Setzung von „Maßnahmen zur Verwirklichung eines großen Binnenmarktes bis zum Jahr 1992, wodurch ein günstigeres Umfeld für die Förderung der Unternehmen, des Wettbewerbs und des Handels geschaffen wird.“²⁾ Davon ausgehend forderte der Europäische Rat die Kommission auf, ein detailliertes Programm auszuarbeiten. Wenige Monate später unterbreitete die Kommission dem Europäischen Rat am 14. Juni 1985 das **Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes**.³⁾

In der Folge wurde das **Binnenmarkt-Konzept** durch die Einheitliche Europäische Akte (1986) (Rz ***) im EWG-Vertrag (Art 8a bis Art 8c EWGV) festgeschrieben und ist nach einigen Änderungen heute in den Artikeln 14 und 15 EGV **primärrechtlich niedergelegt**.

Gemäß **Art 14 Abs 2 EGV** umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem die sog **vier Grundfreiheiten** gemäß den Bestimmungen des EG-Vertrages gewährleistet werden. Es handelt sich dabei um folgende Freiheiten:

- (1) Warenverkehrsfreiheit (Art 23 ff EGV);
- (2) Personenverkehrsfreiheit:

¹⁾ Vgl EuGH, Rs 78/70, *Deutsche Grammophon/Metro-SB-Großmärkte*, Slg 1971, 487 ff, Rdnr 6, wonach ein wesentliches Ziel des EWG-Vertrages der „Zusammenschluss der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt“ sei.

²⁾ BullEG 3-1985, 24 f.

³⁾ Kommission (Hrsg), *Vollendung des Binnenmarktes. Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat*, KOM (85) 310 endg.

- (a) Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art 39 ff EGV);
- (b) Niederlassungsfreiheit (Art 43 ff EGV);
- (3) Dienstleistungsfreiheit (Art 49 ff EGV);
- (4) Kapitalverkehrsfreiheit (Art 56 ff EGV).

Der konkrete Inhalt des Binnenmarktes ergab sich aus dem genannten **Weißbuch der Kommission** (Rz ***). In diesem wurden fast 300 Maßnahmen, insbesondere Sekundärrechtsakte, vorgeschlagen, um die materiellen, technischen und steuerlichen Schranken zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen. Bis zum vorgegebenen Zeitpunkt am 31. Dezember 1992 (Art 14 Abs 1 EGV) konnten etwa 95 % dieser Maßnahmen verwirklicht werden.

Das Binnenmarktkonzept des Art 14 Abs 2 EGV, nämlich die Gewährleistung der vier Grundfreiheiten, ist zu eng formuliert. Zur Verwirklichung eines Marktes ohne Binnengrenzen, vergleichbar dem nationalen Markt in einem Bundesstaat, gehört zumindest noch das Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Monopolrecht, Fusionskontrolle, Wettbewerbsrecht der öffentlichen Unternehmen, Beihilfenrecht) sowie die Rechtsangleichung.

Alle diese Bereiche, zu denen auch noch andere, sogenannte sektorielle Politiken (Rz ***), wie etwa die Währungs-, Landwirtschafts-, Verkehrs-, Steuer-, Außenhandels- und Umweltpolitik gehören, werden vom Begriff des **Gemeinsamen Marktes** erfasst.⁴⁾ Letzter ist zwar im EG-Vertrag nicht definiert, stellt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH jedoch „auf die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziele der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahe kommen“, ab.⁵⁾

B. Gemeinsames System der Grundfreiheiten

Literatur: *Eberhartinger*, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, 43 ff; *Eilmansberger*, Zur Reichweite der Grundfreiheiten des Binnenmarktes, JBl 1999, 345 ff und 434 ff; *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten (2000); *Hintersteininger*, Binnenmarkt und

⁴⁾ Anders ein Teil der Lehre, der - teilweise sich auf den EuGH berufend - im Gemeinsamen Markt ein Minus zum Binnenmarkt sieht; vgl zB *Kahl*, in *Calliess/Ruffert*, Art 14 EGV, Rz 6 ff.

⁵⁾ EuGH, Rs 15/81, *Gaston Schul*, Slg 1982, 1409 ff, Rdnr 33.

Diskriminierungsverbot (1999); *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte (2000); *Jarass*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, 202 ff und EuR 2000, 705 ff; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1999); *Koch*, Die Gewährleistungspflicht der Mitgliedstaaten zur Aufrechterhaltung des Binnenmarktes (2003); *Scheffer*, Die Marktfreiheiten des EG-Vertrages als Ermessensgrenze des Gemeinschaftsgesetzgebers (1997); *Steinberg*, Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Tatbestands- und Rechtfertigungsebene, EuGRZ 2002, 13 ff.

1. Anwendungsbereich

a) Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Grundfreiheiten umfasst Waren, unselbständige Tätigkeiten (Arbeitsverhältnisse), selbständige Tätigkeiten (Niederlassungen), Dienstleistungen und Kapitalbewegungen (Rz ****).

b) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der Grundfreiheiten umfasst zunächst die Unionsbürger gemäß Art 17 Abs 1 EGV (Rz ***). Dazu kommen juristische Personen gemäß Art 48 EGV (Rz ***). Als Träger bzw Begünstigte kommen zudem noch Waren und Kapital. So gelten zB die Bestimmungen des freien Warenverkehrs gemäß Art 23 Abs 2 EGV für die „Waren“. Daher können sich auch Nicht-Unionsbürger oder juristische Personen, die die Bedingungen des Art 48 EGV nicht erfüllen, als „Eigner“ der Waren auf die Warenverkehrsfreiheit berufen. Das gleiche gilt für den freien Kapitalverkehr.

2. Adressaten

Die Grundfreiheiten binden unbestritten die **Mitgliedstaaten**. Daneben verpflichten sie auch die **Organe** der EG (Rz ***). Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, die allerdings nur zur Arbeitnehmerfreizügigkeit⁶⁾ und zur Dienstleistungsfreiheit⁷⁾ ergangen ist, bindet das den

⁶⁾ ZB EuGH, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, I-4921 ff, Rdnr 70 ff.

⁷⁾ ZB EuGH, Rs 36/74, *Walrave und Koch*, Slg 1974, 1405 ff, Rdnr 16/19; verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, I-2549 ff, Rdnr 47 f.

Grundfreiheiten inhärente **Diskriminierungsverbot** auch **Private**, falls sie Maßnahmen setzen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten.

Fallbeispiel: Der Fußballprofi Bosman verlangte von seinem ehemaligen Arbeitgeber, dem Fußballverein Royal Club Ligeois, dem belgischen und dem europäischen Fußballverband Ersatz der Vermögensschäden, die ihm dadurch entstanden seien, dass die Statuten des europäischen Fußballverbandes und der in ihm zusammengeschlossenen nationalen Fußballverbände seinen Wechsel von seinem belgischen zu einem französischen Verein verhindert hätten. Nach diesen Statuten war bei Spielen um Vereinsmeisterschaften die Zahl ausländischer Spieler durch „Ausländerklauseln“ beschränkt. Außerdem musste bei einem Vereinswechsel der neue Verein dem alten eine Ablöse zahlen. Das galt auch für den Fall, dass der Zeitvertrag des Spielers mit seinem Verein bereits abgelaufen war.

Das angerufene belgische Gericht sah in diesen Statuten eine mögliche Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Es rief den EuGH gemäß Art 177 (jetzt Art 234) EGV an und fragte nach der diesbezüglichen Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrages.

Nachdem der EuGH die Anwendung von Art 48 (jetzt Art 39) EGV auf den Profisport bejaht hatte, führte er hinsichtlich dessen Geltung für von Sportverbänden, also juristischen Personen des Privatrechts, aufgestellte Regeln Folgendes aus:⁸⁾

„82 Nachdem somit die Einwände gegen die Anwendung von Artikel 48 des Vertrages auf sportliche Tätigkeiten wie die der Berufsfußballspieler ausgeräumt worden sind, ist daran zu erinnern, dass dieser Artikel, wie der Gerichtshof im Urteil Walrave (a.a.O., Randnr. 17 [Rs 36/74, Slg 1974, 1405 ff, Anm d Verf]) entschieden hat, nicht nur für behördliche Maßnahmen gilt, sondern sich auch auf Vorschriften anderer Art erstreckt, die zur kollektiven Regelung unselbständiger Arbeit dienen.

83 Der Gerichtshof hat nämlich ausgeführt, dass die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, die sich daraus ergeben, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen (vgl. Urteil Walrave, a.a.O., Randnr. 18).

⁸⁾ EuGH, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, I-4921 ff.

84 Ferner hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass die Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch von Privatpersonen geschlossene oder vorgenommene Verträge oder sonstige Akte geregelt sind. Wäre also der Gegenstand von Artikel 48 des Vertrages auf behördliche Maßnahmen beschränkt, so könnten sich daraus Ungleichheiten bei seiner Anwendung ergeben (vgl. Urteil Walrave, a.a.O., Randnr. 19). Diese Gefahr ist in einem Fall wie dem der Ausgangsverfahren besonders offensichtlich, da (...) die Transferregeln von Stellen oder nach Verfahren erlassen wurden, die in den Mitgliedstaaten unterschiedlich sind.“

Nach der neuesten Rechtsprechung hat der EuGH außerdem - zumindest im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit - eine unmittelbare **Drittwirkung** des Diskriminierungsverbotes aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit zwischen Privaten bejaht.

Fallbeispiel: Die Cassa di Risparmio di Bolzano, eine Südtiroler Privatbank in Bozen, veröffentlichte eine Stellenanzeige in einer italienischen Tageszeitung. Darin wurden Interessierte aufgerufen, sich für ein Auswahlverfahren zu bewerben, durch das eine Stelle in der Bank vergeben werden sollte. Voraussetzung für die Zulassung zum Auswahlverfahren war eine Bescheinigung über die Zweisprachigkeit (Italienisch/Deutsch) des „Typs B“. Eine solche Bescheinigung wird nur demjenigen ausgestellt, der erfolgreich an einer Prüfung teilgenommen hat, die von der öffentlichen Verwaltung in der Provinz Bozen veranstaltet wird.

Roman Angonese ist italienischer Staatsangehöriger mit deutscher Muttersprache und Wohnsitz in Bozen. Zum Zeitpunkt der Stellenausschreibung studierte er in Wien Sprachen und konnte durch mehrere universitäre Bescheinigungen und durch Berufserfahrung nachweisen, dass er fließend Deutsch und Italienisch beherrscht. Da er jedoch keine Bescheinigung des „Typs B“ hatte, wurde er von der Bank nicht zum Auswahlverfahren zugelassen.

Angonese erhob daraufhin Klage beim zuständigen italienischen Gericht und beantragte, die Bedingung der Bescheinigung über die Zweisprachigkeit des „Typs B“ wegen Verstoßes ua gegen Art 48 (jetzt Art 39) EGV für nichtig zu erklären. Zudem verlangte er Schadenersatz. Das Gericht rief daraufhin gemäß Art 177 (jetzt Art 234) EGV den EuGH an und fragte ua, ob eine derartige Bedingung mit Art 48 (jetzt Art 39) EGV vereinbar sei.

Bezüglich der Frage, ob Art 48 (jetzt Art 39) EGV zwischen dem Kläger und der Bank überhaupt zur Anwendung komme, führte der EuGH aus:⁹⁾

„30 Zunächst ist festzustellen, dass das in Artikel 48 des Vertrages ausgesprochene Diskriminierungsverbot allgemein formuliert ist und sich nicht speziell an die Mitgliedstaaten richtet.

31 So hat der Gerichtshof entschieden, dass das Verbot der auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung nicht nur für Akte der staatlichen Behörden gilt, sondern sich auch auf sonstige Maßnahmen erstreckt, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten (vgl. Urteil vom 12. Dezember 1974 in der Rechtssache 36/74, Walrave, Slg. 1974, 1405, Randnr. 17).

32 Der Gerichtshof hat nämlich festgestellt, dass die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, die sich daraus ergeben, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen (vgl. Urteil Walrave, Randnr. 18, und Urteil vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 83).

33 Der Gerichtshof hat unterstrichen, dass die Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch von Privatpersonen geschlossene Verträge oder sonstige von ihnen vorgenommene Akte geregelt sind und dass eine Beschränkung des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auf behördliche Maßnahmen zu Ungleichheiten bei seiner Anwendung führen könnte (vgl. Urteile Walrave, Randnr. 19, und Bosman, Randnr. 84).

34 Auch hat der Gerichtshof entschieden, dass die Tatsache, dass bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, nicht ausschließt, dass zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können (vgl. Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75, Defrenne, Slg. 1976, 455, Randnr. 31). Der Gerichtshof ist daher in bezug auf eine Vertragsvorschrift mit zwingendem Charakter zu dem Ergebnis gelangt, dass das Diskriminierungsverbot auch für alle die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv

⁹⁾ EuGH, Rs C-281/98, *Angonese*, Slg 2000, I-4139 ff.

regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen gilt (vgl. Urteil Defrenne, Randnr. 39).

35 Diese Erwägung muss erst recht für Artikel 48 des Vertrags gelten, in dem eine Grundfreiheit formuliert wird und der eine spezifische Anwendung des in Artikel 6 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 12 EG) ausgesprochenen allgemeinen Diskriminierungsverbots darstellt. In diesem Zusammenhang soll er ebenso wie Artikel 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden) eine nichtdiskriminierende Behandlung auf dem Arbeitsmarkt gewährleisten.

36 Das in Artikel 48 des Vertrages ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gilt somit auch für Privatpersonen.“

Der Stellenwert dieser Rechtsprechung des EuGH in der Dogmatik der Grundfreiheiten ist noch nicht endgültig geklärt.¹⁰⁾ Für die Warenverkehrsfreiheit hat der EuGH nämlich – allerdings noch vor dem Urteil in der Rechtssache *Angonese* – eine Drittwirkung zwischen Privaten ausdrücklich ausgeschlossen.¹¹⁾ Die Argumentation des EuGH für eine unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Rz ***) legt allerdings den Schluss nahe, dass das Diskriminierungsverbot in allen Grundfreiheiten unmittelbare Drittwirkung entfaltet und somit auch die Privaten verpflichtet.

Das **Beschränkungsverbot** (Rz ***) bindet ebenfalls unbestritten die **Mitgliedstaaten** und die **Organe** der EG (Rz ***). Daneben bindet das Beschränkungsverbot aber auch die **Privaten**, falls sie Maßnahmen setzen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten.¹²⁾ Ob das Beschränkungsverbot auch im Verhältnis zwischen Privaten gilt, also unmittelbare Drittwirkung entfaltet, ist fraglich. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Rz ***) auch für das Beschränkungsverbot gilt.¹³⁾

¹⁰⁾ Vgl zB *Schweitzer*, *Angonese* und die Privatautonomie, in *** (Hrsg), FS Musielak (2004), 523 ff; *Streinz/Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459 ff.

¹¹⁾ EuGH, Rs 311/85, *Vlaamse Reisbureaus*, Slg 1987, 3801 ff, Rdnr 30; anders aber Rs 311/85, *Dansk Supermarket*, Slg 1981, 181 ff, Rdnr 17.

¹²⁾ Vgl EuGH, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, I-4921 ff, Rdnr 87 iVm Rdnr 96.

¹³⁾ Vgl zB *Obwexer*, EuGH: Neue Pflichten für Unionsbürger, EWS 9/2000, Die erste Seite.

3. Umfang

Gemäß Art 14 Abs 2 EGV werden im Binnenmarkt die Grundfreiheiten „gewährleistet“, dh es sollen möglichst alle Behinderungen beseitigt werden. Der EuGH erreicht dies durch eine extensive Interpretation der einschlägigen Bestimmungen. Besonders deutlich wird das in der *Dassonville*-Formel (Rz ***), wonach jede unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder potentielle Behinderung an den Grundfreiheiten zu messen und grundsätzlich verboten ist. Bei den personenbezogenen Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit) verwendet der EuGH die *Gebhard*-Formel (Rz ***), wonach jede Maßnahme, die die Ausübung der betroffenen Freiheit beschränkt, behindert oder weniger attraktiv macht, grundsätzlich verboten ist. Der Sache nach besteht zwischen den beiden Formeln kein Unterschied. In beiden Formeln wird deutlich, dass der EuGH zum Kerngehalt der Grundfreiheiten nicht nur das **Diskriminierungsverbot** (Rz ***), sondern - über den Wortlaut des EG-Vertrages hinausgehend - auch ein **Beschränkungsverbot** (Rz ***) zählt.

a) Diskriminierungsverbot

Die Grundfreiheiten enthalten als gemeinsamen Kerngehalt zunächst ein Diskriminierungsverbot. Danach sind alle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit (bei der Personenverkehrs- und bei der Dienstleistungsfreiheit) bzw aus Gründen der Herkunft (bei der Waren- und bei der Kapitalverkehrsfreiheit) verboten. Positiv formuliert handelt es sich dabei um ein Gebot der **Inländergleichbehandlung** bzw um ein Gebot der **Inlandsgleichbehandlung**. Bei letzterem kommt es daher nicht auf die Staatsangehörigkeit des Eigners, sondern nur auf die Herkunft der Ware oder des Kapitals an.

Verboten sind sowohl direkte als auch indirekte **Diskriminierungen** (Rz ***). Keine verbotene Diskriminierung liegt vor, wenn eine **Ungleichbehandlung gerechtfertigt** ist (Rz ***).

Bei **direkten Diskriminierungen** kommen nach der Systematik des EG-Vertrages nur die *geschriebenen Rechtfertigungsgründe* zur Anwendung (Art 30, Art 39 Abs 3, Art 46 Abs 1 iVm Art 55, Art 58 EGV). Die dort verwendeten Formulierungen „verschleierte Beschränkungen“ (Art 30 S 2, Art 58 Abs 3 EGV), „gerechtfertigte Beschränkungen“ (Art 39 Abs 3 EGV) und „gerechtfertigte Sonderregelungen“ (Art 46 Abs 1 iVm Art 55 EGV) weisen

darauf hin, dass auf diese Rechtfertigungsgründe gestützte Ungleichbehandlungen nicht willkürlich sein dürfen, dh dass dabei das Prinzip der *Verhältnismäßigkeit* zu beachten ist.

Eine Besonderheit bilden die Vorschriften der Artikel 39 Abs 4 und 45 Abs 1 iVm 55 EGV. Die dort vorgesehenen Ausnahmen stellen keine Rechtfertigungsgründe, sondern *Bereichsausnahmen* dar, die bestimmte Bereiche der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit vom Anwendungsbereich dieser Grundfreiheiten ausnehmen. Sie unterliegen daher nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Bei **indirekten Diskriminierungen** sieht der EuGH in ständiger Rechtsprechung Rechtfertigungsgründe in *objektiven (sachlichen) Erwägungen*, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen bzw unabhängig von der Herkunft der betroffenen Waren oder des betroffenen Kapitals sind. Außerdem fordert er, dass dabei das Prinzip der *Verhältnismäßigkeit* beachtet wird.¹⁴⁾

Vom dogmatischen Standpunkt aus gesehen müsste bei indirekten Diskriminierungen nach der Prüfung objektiver (sachlicher) Erwägungen und des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch noch eine Rechtfertigung durch die geschriebenen Rechtfertigungsgründe verbunden mit einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorgenommen werden.¹⁵⁾ Rein praktisch gesehen kann aber darauf verzichtet werden, weil die geschriebenen Rechtfertigungsgründe gleichzeitig objektive (sachliche) Erwägungen darstellen, die ja schon geprüft wurden.¹⁶⁾

Der EuGH prüfte in der Vergangenheit in einigen Fällen auch bei direkten Diskriminierungen (objektive Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen) nebeneinander und gleichrangig geschriebene Rechtfertigungsgründe und objektive Erwägungen.¹⁷⁾ Eine derartige Auslegung würde die geschriebenen Rechtfertigungsgründe überflüssig machen, da sie ja immer zwingende Gründe des Allgemeininteresses darstellen. Die ständige Rechtsprechung des EuGH, dass geschriebene Rechtfertigungsgründe restriktiv auszulegen sind,¹⁸⁾ würde damit

¹⁴⁾ ZB EuGH, Rs C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, Slg 1998, I-47 ff, Rdnr 41; Rs C-224/97, *Ciola*, Slg 1999, I-2517 ff, Rdnr 16.

¹⁵⁾ ZB EuGH, Rs C-101/94, *Kommission/Italien*, Slg 1996, I-2691 ff, Rdnrn 13 ff.

¹⁶⁾ Vgl zB *Nowak/Schnitzler*, Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten, EuZW 2000, 627 ff.

¹⁷⁾ ZB EuGH, Rs C-264/96, *ICI*, Slg 1998, I-4695 ff, Rdnr 28.

¹⁸⁾ ZB EuGH, Rs 7/68, *Kommission/Italien*, Slg 1968, 633 ff, 644; Rs 113/80, *Kommission/Irland*, Slg 1981, 1625 ff, 1638.

ausgehebelt, wenn sie jeweils um den völlig offenen Katalog der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses erweitert werden könnten.

Gemeinschaftsrechtlich nicht verboten ist bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit die **Inländerdiskriminierung** (Rz ***) bzw bei der Warenverkehrsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit die **Inlandsdiskriminierung**.¹⁹⁾

Das Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten entfaltet in den Mitgliedstaaten **unmittelbare Wirkung** (Rz ***).²⁰⁾

b) Beschränkungsverbot

Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung den Kerngehalt der Grundfreiheiten über das Diskriminierungsverbot hinaus auf ein Beschränkungsverbot ausgedehnt.

Dabei geht der EuGH davon aus, dass auch **nichtdiskriminierende Maßnahmen**, die also In- und Ausländer, in- und ausländische Waren oder in- und ausländisches Kapital gleich behandeln, die Verwirklichung der Grundfreiheiten beeinträchtigen, behindern, weniger attraktiv oder unmöglich machen können. Solche Maßnahmen dürfen den Grundfreiheiten nicht jede praktische Wirksamkeit nehmen. Sie müssen daher notwendig sein, um **zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses** gerecht zu werden. Als methodischer Maßstab für die Frage der Vereinbarkeit gleichbehandelnder Maßnahmen dient dabei das **Verhältnismäßigkeitsprinzip**.

Diese Rechtsprechung wurde zunächst zur Warenverkehrsfreiheit entwickelt und dann sukzessive auf andere Grundfreiheiten ausgedehnt. Endgültig als alle Grundfreiheiten umfassendes Verbot wurde das Beschränkungsverbot 1995 vom EuGH festgestellt und folgendermaßen umschrieben (**Gebhard-Formel**).²¹⁾

¹⁹⁾ Vgl EuGH, Rs 355/85, *Driancourt/Cognet*, Slg 1986, 3231 ff, Rdnrn 8 ff.

²⁰⁾ ZB EuGH, Rs 41/74, *van Duyn*, Slg 1974, 1337 ff, Rdnr 5/7.

²¹⁾ EuGH, Rs 55/94, *Gebhard*, Slg 1995, I-4165 ff, Rdnr 37.

„Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich jedoch, dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie 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 (vgl. Urteil vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32).“

Demnach verbietet das Beschränkungsverbot gleichbehandelnde Maßnahmen, die nicht durch wichtige Gründe gerechtfertigt und unverhältnismäßig sind. Gleichbehandelnde Maßnahmen, die durch wichtige Gründe gerechtfertigt und verhältnismäßig sind, fallen daher gar nicht unter den Tatbestand des Beschränkungsverbot der einschlägigen Grundfreiheit.

Ebenfalls zum Tatbestand des Beschränkungsverbotes zählt der EuGH die **Spürbarkeit** einer Beschränkung. Danach sind gleichbehandelnde Maßnahmen, die beschränkend sind, dann nicht verboten, wenn die beschränkenden Wirkungen so ungewiss und indirekt oder so hypothetisch sind, dass sie nicht als geeignet für Behinderungen der jeweiligen Grundfreiheit angesehen werden können.

Diese Argumentation hat der EuGH bislang auf die Warenverkehrsfreiheit,²²⁾ die Arbeitnehmerfreizügigkeit²³⁾ und die Niederlassungsfreiheit²⁴⁾ zur Anwendung gebracht. Sie ist aber bereits so verfestigt, dass sie im Rahmen der Theorie der Kongruenz der Grundfreiheiten (Rz ***) auf die anderen Grundfreiheiten ausgedehnt werden kann.

Allerdings hat der EuGH bislang keine genauen Kriterien für spürbare und nicht-spürbare Behinderungen der Grundfreiheiten entwickelt. Ausschlaggebend dürfte dabei die Überlegung sein, ob bestimmte staatliche Maßnahmen die Entscheidung eines Begünstigten einer Grundfreiheit beeinflusst, diese in Anspruch zu nehmen oder nicht. Das läuft auf eine Einzelfallprüfung durch den EuGH und einen nicht prognostizierbaren Dezisionismus hinaus.

²²⁾ ZB EuGH, Rs C-44/98, *BASF*, Slg 1999, I-6269 ff, Rdnr 16.

²³⁾ EuGH, Rs C-190/98, *Graf*, Slg 2000, I-493 ff, Rdnr 25 (Rz ***).

²⁴⁾ EuGH, verb Rs C-418/93 ua, *Semeraro Casa Uno ua*, Slg 1996, I-2975 ff, Rdnr 32.

Fallbeispiel: Der deutsche Staatsangehörige Volker Graf war seit mehreren Jahren bei der Filzmoser Maschinenbau GmbH in Wels angestellt. Da er in Düsseldorf eine Beschäftigung aufnehmen wollte, kündigte er seinen Arbeitsvertrag in Wels. Als er gleichzeitig eine Abfertigung verlangte, wurde ihm diese unter Berufung auf § 27 Abs 7 des Angestelltengesetzes verweigert. Nach dieser Vorschrift besteht kein Anspruch auf Abfertigung ua dann, wenn ein Angestellter selbst kündigt.

Graf war der Meinung, § 27 Abs 7 des Angestelltengesetzes verstoße gegen Art 48 (jetzt Art 39) EGV und klagte daraufhin gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber. Nachdem das Landesgericht Wels seine Klage abgewiesen hatte, rief das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht den EuGH gemäß Art 177 (jetzt Art 234) EGV an und fragte, ob Art 48 (jetzt 39) EGV einer solchen nationalen Regelung entgegenstehe.

Der EuGH führte dazu Folgendes aus:²⁵⁾

- „15 Eine Regelung wie die, um die es im Ausgangsverfahren geht, ist unabhängig von der Staatsangehörigkeit des betroffenen Arbeitnehmers anwendbar.
- 16 Des weiteren versagt sie den Abfertigungsanspruch jedem Arbeitnehmer, der den Arbeitsvertrag selbst beendet, um eine unselbständige Tätigkeit bei einem neuen Arbeitgeber aufzunehmen, unabhängig davon, ob dieser seinen Sitz in demselben Mitgliedstaat wie der vorige Arbeitgeber oder in einem anderen Mitgliedstaat hat. Deshalb lässt sich nicht sagen, dass die Regelung ausländische Arbeitnehmer in stärkerem Maße berührt als inländische und deshalb vor allem die ersteren zu benachteiligen droht.
- 17 Im übrigen enthalten die Akten, wie das vorlegende Gericht ausdrücklich dargelegt hat, keinen Hinweis darauf, dass sich eine solche Regelung zum Nachteil einer bestimmten Kategorie von Arbeitnehmern auswirkt, die eine neue Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat aufnehmen wollen.
- 18 Zweitens ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, namentlich aus dem Urteil Bosman (Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 ff, Anm d Verf), dass Artikel 48 des EG-Vertrages nicht nur jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch nationale Regelungen verbietet, die, auch wenn sie

²⁵⁾ EuGH, Rs C-190/98, *Graf*, Slg 2000, I-493 ff, Rdnr 25.

unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer anwendbar sind, deren Freizügigkeit beeinträchtigen.

- 23 Auch unterschiedslos anwendbare Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn sie den Zugang der Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt beeinflussen.
- 24 Eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige ist eindeutig nicht geeignet, den Arbeitnehmer daran zu hindern oder davon abzuhalten, sein Arbeitsverhältnis zu beenden, um eine unselbständige Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber auszuüben, denn der Abfertigungsanspruch hängt nicht von der Entscheidung des Arbeitnehmers ab, ob er bei seinem derzeitigen Arbeitgeber bleibt oder nicht, sondern von einem zukünftigen hypothetischen Ereignis, nämlich einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die der Arbeitnehmer selbst weder herbeigeführt noch zu vertreten hat.
- 25 Eine derartiges Ereignis wäre jedoch zu ungewiss und wirkte zu indirekt, als dass eine Regelung, die an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer selbst ausdrücklich nicht dieselbe Rechtsfolge knüpft wie an eine Beendigung, die er weder herbeigeführt noch zu vertreten hat, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigen könnte (vgl. in diesem Sinne für den freien Warenverkehr insbesondere die Urteile vom 7. März 1990 in der Rechtssache C-69/88, Krantz, Slg. 1990, I-583, Randnr. 11, und vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-44/98, BASF, Slg. 1999, I-6269, Randnrn. 16 und 21).“

Schließlich zählt der EuGH zum Tatbestand des Beschränkungsverbotes auch noch den **Markt- bzw Berufszugang**. Danach sind gleichbehandelnde Maßnahmen, die beschränkend sind, dann nicht verboten, wenn sie sich nicht auf den Markt- bzw Berufszugang, sondern lediglich auf Verkaufs- bzw Berufsausübungsmodalitäten beziehen.

Diese Argumentation hat der EuGH bislang auf die Warenverkehrsfreiheit,²⁶⁾ die Arbeitnehmerfreizügigkeit²⁷⁾ und die Dienstleistungsfreiheit²⁸⁾ zur Anwendung gebracht. Sie

²⁶⁾ ZB EuGH, verb Rs C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg 1993, I-6097 ff, Rdnr 16.

²⁷⁾ ZB EuGH, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, I-4921 ff, Rdnr 103.

ist aber wohl schon so verfestigt, dass sie – der Theorie der Kongruenz der Grundfreiheiten (Rz ***) entsprechend – auch auf die anderen Grundfreiheiten ausdehnen kann.

Wie bei der Rechtsprechung zur Spürbarkeit ist aber auch hier die Rechtsprechung noch unvollständig. Sie geht zurück auf die **Keck-Formel** (Rz ***), auf die der EuGH diesbezüglich immer Bezug nimmt. Im Fall *Keck* führte der EuGH zum Verbot des Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis Folgendes aus:²⁹⁾

„16 Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* (...) unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen 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.

17 Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 EWG-Vertrag.“

Indem der EuGH nur „bestimmte Verkaufsmodalitäten“, die gleichbehandelnd sind, vom Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit (hier Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen gemäß Art 28 EGV) ausnimmt, scheinen andere Verkaufsmodalitäten, die gleichbehandelnd sind, dem Tatbestand zu unterfallen. Welche das sind, ist nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings noch offen.³⁰⁾

Wie bei den indirekten Diskriminierungen müsste vom dogmatischen Standpunkt aus gesehen nach der Prüfung der *Gebhard*-Formel (Rz ***) auch noch eine Rechtfertigung durch die

²⁸⁾ ZB EuGH, Rs C-384/93, *Alpine Investments*, Slg 1995, I-1141 ff, Rdnrn 33 ff.

²⁹⁾ EuGH, verb Rs C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg 1993, I-6097 ff, Rdnr 16.

³⁰⁾ Vgl *Solbach*, Staatliche Regelungen von Verkaufsmodalitäten als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Sinne des Artikels 30 EGV (1996).

geschriebenen **Rechtfertigungsgründe** verbunden mit einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit, vorgenommen werden. Rein praktisch gesehen kann aber darauf verzichtet werden, weil die geschriebenen Rechtfertigungsgründe gleichzeitig Gründe des Allgemeininteresses im Sinne der *Gebhard*-Formel darstellen, die ja schon geprüft wurden.

Das Beschränkungsverbot entfaltet – wie das Diskriminierungsverbot – **unmittelbare Wirkung** (Rz ***) in den Mitgliedstaaten.

4. Bereichsausnahmen

Die personenbezogenen Grundfreiheiten – Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit – unterliegen jeweils einer „Bereichsausnahme“. So findet die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art 39 Abs 4 EGV keine Anwendung auf die Beschäftigung in der **öffentlichen Verwaltung**. Die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit finden gemäß Art 45 Abs 1 EGV und Art 55 iVm Art 45 Abs 1 EGV keine Anwendung auf Tätigkeiten, die dauernd oder zeitweise mit der **Ausübung öffentlicher Gewalt** verbunden sind.

Diese Ausnahmen sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen (Rz ***). Sind sie aber, so kommen die einschlägigen Vorschriften des EG-Vertrages nicht zur Anwendung. So gilt beispielsweise das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht, so dass gewisse Tätigkeiten den Inländern vorbehalten werden können (Rz ***, Rz *** und Rz ***).

5. Kongruenz der Grundfreiheiten

Nach der Theorie der Kongruenz (Konvergenz, Parallelität) der Grundfreiheiten folgen die Grundfreiheiten einem **gemeinsamen System**. Daher gilt die Rechtsprechung, die der EuGH zu einer Grundfreiheit entwickelt, grundsätzlich auch für die anderen.

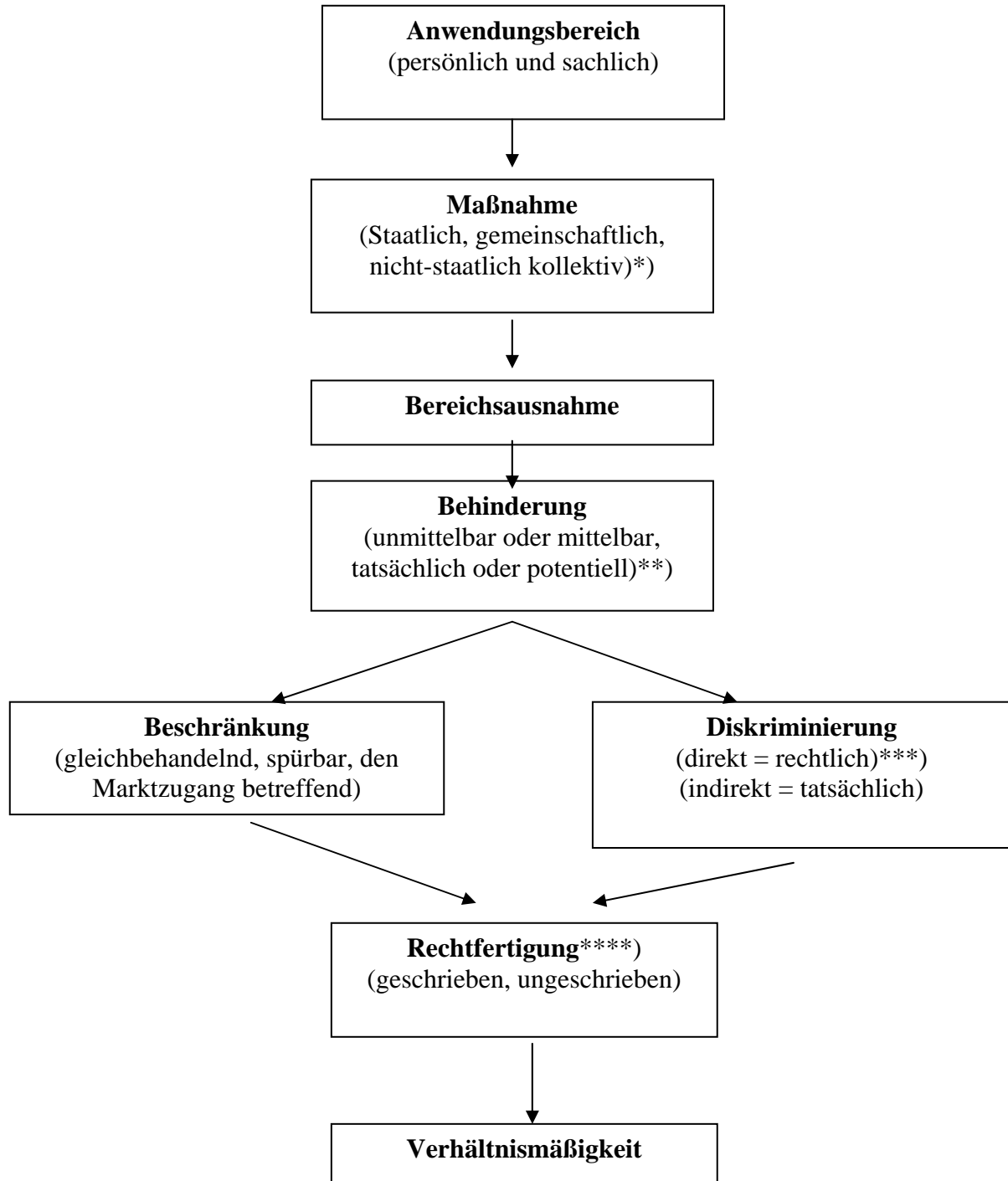
Daneben gibt es unbestreitbar **Unterschiede** zwischen den Grundfreiheiten. Diese beziehen sich auf den sachlichen Inhalt, die geschriebenen Rechtfertigungsgründe und (zumindest bei Art 39 EGV) auf die Systematik (Rz ***). Zum Teil anders konzipiert ist die

Kapitalverkehrsfreiheit, die nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten, sondern gemäß Art 56 Abs 2 EGV auch zwischen den Mitgliedstaaten und Nichtmitgliedstaaten gilt, also über die Grenzen des Binnenmarkts hinausgeht (Rz ***).

Ob eine vollständige Kongruenz der Grundfreiheiten anzunehmen ist oder nur eine teilweise mit verbleibenden Differenzierungen, ist umstritten. Die Frage kann letztlich nur durch den EuGH entschieden werden. Das gilt insbesondere für die unmittelbare Drittwirkung sowie für die Abgrenzung zwischen indirekter Diskriminierung und Beschränkung.

5. Prüfungsschema Grundfreiheiten

Ausgehend von einer Kongruenz der Grundfreiheiten ergibt sich folgendes allgemeine Prüfschema:



* Private Maßnahmen sind bislang nur im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit eindeutig umfasst (Rz ***).

** Bei der Personenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit lautet die Formel: „Maßnahmen, die die Ausübung der Freizügigkeit behindern oder weniger attraktiv machen können“. Inhaltlich liegt darin kein Unterschied.

*** Direkte Diskriminierungen können nur mit einem der geschriebenen Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden.

**** Im Bezug auf Beschränkungen handelt es sich bei diesem Prüfungsschritt nicht um Rechtfertigungsgründe, sondern um eine Prüfung im Rahmen der Tatbestandsvoraussetzungen (Rz ***).

