

PROF. DR. HEIKO SAUER*

Die Grundfreiheiten des Unionsrechts

Übersichten

Diese Übersichten ergänzen den in JuS 2017, 310, erschienenen Beitrag zum Umgang mit den Grundfreiheiten des Unionsrechts in juristischen Falllösungen. Es werden die grundlegenden Urteile des EuGH (I) und ein Prüfungsaufbau (II) vorgestellt, die Unterschiede zwischen Marktzutritt und dem Verhalten nach erfolgtem Marktzutritt veranschaulicht (III) sowie die relevanten Bestimmungen des AEUV zusammengefasst (IV).

I. Die grundlegenden Urteile des EuGH zu den Grundfreiheiten im Kurzüberblick

1. Dassonville¹

a) Sachverhalt und Vorlagefrage

Mit Art. 1 der Königlichen Verordnung Nr. 57 v. 20.12.1934 war es in Belgien bei Strafe untersagt, Branntwein mit einer von der belgischen Regierung zugelassenen Ursprungsbezeichnung einzuführen oder zu verkaufen, wenn dem Produkt kein amtlicher Begleitschein beilag, aus dem sich ergab, dass diese Bezeichnung auch „zu Recht“ geführt wurde („Ursprungsbescheinigung“). Die französischen Kläger des Ausgangsverfahrens führten 1970 „Scotch Whisky“ nach Belgien ein. Sie brachten auf den Flaschen Etiketten mit dem Vermerk „British Customs Certificate of Origin“ an, gefolgt von der Angabe der Nummer des Freigabeauszugs aus dem französischen Zollabfertigungsregister. Da es nach französischem Recht einer Ursprungsbescheinigung für „Scotch Whisky“ nicht bedurfte, der Freigabeauszug insofern nur als „Begleitpapier“ verstanden wurde und damit keine entsprechende Ursprungsbescheinigung der britischen Behörden vorlag, genügte jener Auszug nach Ansicht der belgischen Behörden nicht den Anforderungen des innerstaatlichen Rechts. Dem *EuGH* wurde der Fall im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens unter anderem mit der Frage vorgelegt, ob eine mitgliedstaatliche Bestimmung mit dem Inhalt der belgischen Regelung als Maßnahme gleicher Wirkung iSd heutigen Art. 34 AEUV anzusehen sei.

b) Wesentliche Aussage

„(5) Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“

c) Ergebnis des Falls

Der *EuGH* stellte einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit fest, der nicht nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden konnte. Die belgische Regelung war danach mit der Warenverkehrsfreiheit unvereinbar.

2. Cassis de Dijon²

a) Sachverhalt und Vorlagefrage

Die Rewe-Zentral-AG beantragte bei der Bundesmonopolverwaltung für Branntwein die Genehmigung, unter anderem den französischen Likör „Cassis de Dijon“ mit 15 bis 20 % Alkoholgehalt

nach Deutschland einführen und in den Verkehr bringen zu dürfen. Die Bundesmonopolverwaltung teilte daraufhin mit, dass der betreffende Likör in Deutschland nicht verkehrsfähig sei. Seine Einfuhr und der Verkauf verstoße gegen § 100 Abs. 3 Branntweinmonopolgesetz, nach dem Trinkbranntweine einen Mindestweingeistgehalt von 32 % aufweisen müssen. Das folgende Gerichtsverfahren wurde ausgesetzt, indem das Gericht den *EuGH* unter anderem fragte, ob der Begriff der „Maßnahme gleicher Wirkung“ im Sinne des heutigen Art. 34 AEUV so zu verstehen sei, dass auch Regelungen wie die hier maßgebliche des deutschen Branntweinmonopolgesetzes darunter fallen.

b) Wesentliche Aussage

„(8) In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung der Herstellung und Vermarktung von Weingeist ... ist es Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung und Vermarktung von Weingeist und alkoholischen Getränken betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen. Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“

c) Ergebnis des Falls

Da der *EuGH* im konkreten Fall solche zwingenden Erfordernisse (vorgebracht wurden von der deutschen Seite der Schutz der öffentlichen Gesundheit und der Verbraucherschutz) nicht anerkannte, handelte es sich bei der vorgenommenen Festsetzung eines Mindestweingeistgehalts für Trinkbranntweine um eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit.

3. Keck³

a) Sachverhalt und Vorlagefrage

Die Angeklagten des Ausgangsverfahrens, B. Keck und D. Mithouard, verkauften Erzeugnisse in unverändertem Zustand zu unter

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; der Autor dankt seinem Wiss. Mitarbeiter *Richard Luther* für dessen wertvolle Mithilfe an diesen Übersichten.

1 *EuGH*, 8/74, Slg. 1974, 837 = NJW 1975, 515 – Dassonville.

2 *EuGH*, 120/78, Slg. 1979, I-649 Rn. 9 ff = NJW 1979, 1766.

dem tatsächlichen Einkaufspreis liegenden Preisen weiter und verstießen damit gegen französisches Recht. Sie beriefen sich auf die Grundfreiheiten und machten geltend, dass ein allgemeines Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis gegen deren Gewährleistungen verstoße. Der EuGH entschied im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens unter anderem über die Frage, wie die Warenverkehrsfreiheit im Hinblick auf ein entsprechendes Verbot auszulegen sei.

b) Wesentliche Aussagen

„(15) Nach dem Urteil Cassis de Dijon ... stellen Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen (wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung), selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, nach Art. 30 EWG-Vertrag (jetzt Art. 34 AEUV) verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen lässt, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht.

(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 potenziell 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 Art. 30 EWG-Vertrag (jetzt Art. 34 AEUV).“

c) Ergebnis des Falls

Da die französische Regelung nach Ansicht des *Gerichtshofs* nur bestimmte Verkaufsmodalitäten betraf und unterschiedslos wirkte, lag ein Eingriff in Art. 34 AEUV mangels einer Beeinträchtigung des Marktzutritts nicht vor.

II. Prüfungsaufbau für die Grundfreiheiten

1. Tatbestand
 - a) Anwendbarkeit: kein *lex specialis* im Unionsrecht
 - b) Sachlicher (Ware, Arbeitnehmer, Dienstleistung, Niederlassung oder Kapital) und persönlicher Schutzbereich

- c) Ggf. tatbestandliche Abgrenzung zu anderen Grundfreiheiten, insbesondere bei der subsidiären Dienstleistungsfreiheit (Art. 57 I AEUV)
- d) Staatliche Maßnahme
- e) Grenzüberschreitender Bezug des Falls
- f) Ggf. Bereichsausnahmen nach Art. 45 IV, 51, 62 AEUV
2. Eingriff
 - a) Prüfungsaufbau Warenverkehrsfreiheit
 - Definition einer Maßnahme gleicher Wirkung nach Maßgabe der Dassonville-Formel: Art. 34 AEUV als umfassendes Beschränkungsverbot
 - Korrektur nach Keck-Grundsätzen (es gibt nur für den Marktzutritt ein allgemeines Beschränkungsverbot, im Übrigen bleibt es beim Diskriminierungsverbot)
 - b) Prüfungsaufbau andere Grundfreiheiten
 - Eingriff bei allen Grundfreiheiten in jedem Fall, wenn eine Diskriminierung wegen der Herkunft gegeben ist.
 - darüber hinaus sind die Grundfreiheiten für den Bereich des Marktzutritts als umfassende Beschränkungsverbote zu verstehen
3. Rechtfertigung
 - a) Schranken
 - aa) Geschriebene Schranken: Art. 36, 45 III, 52 I, 65 AEUV
 - bb) Ungeschriebene Schranken (Cassis-Rechtsprechung): zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls
 - b) Verhältnismäßige Anwendung der Schranken auf den Einzelfall (die Maßnahme muss zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein)

III. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Marktzutritt und Verhalten nach erfolgtem Marktzutritt

Maßnahme	Maßnahme behindert den Marktzutritt	Maßnahme betrifft das Verhalten nach erfolgtem Marktzutritt
Beispiel	Vorgaben für die Verpackung von Lebensmitteln/Arzneimitteln (ausl. Produkte können nicht ohne Veränderung von Verpackung oder Vermarktung auf den inländischen Markt gelangen).	Verkauf von Arzneimitteln nur in Apotheken und nicht in Supermärkten (der Marktzutritt ausl. Arzneimittel wird nicht behindert, auch nicht potenziell oder mittelbar).
Eingriff	1. Jede (unmittelbare oder mittelbare) Diskriminierung aus Gründen der Herkunft. 2. Darüber hinaus auch jede sonstige Beschränkung des Marktzutritts (das ist Dassonville!).	Nur jede (unmittelbare oder mittelbare) Diskriminierung aus Gründen der Herkunft. Ohne Diskriminierung liegt in diesem Bereich kein Eingriff vor (das ist Keck!).

3
EuGH, C-267/91 u. C-268/91, Slg. 1993, I-6097 = NJW 1994, 121 mAnm Arndt, JuS 1994, 469.

Rechtfertigung	Für Eingriffe zu 1. nur geschriebene Schranken (Art. 36 AEUV usw.), für mittelbare Diskriminierungen str. Für Eingriffe zu 2. darüber hinaus ungeschriebene zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses (das ist Cassis de Dijon!).	Nur geschriebene Schranken (Art. 36 AEUV usw.), für mittelbare Diskriminierungen str.
Fazit	In diesem Bereich hat der <i>EuGH</i> die Grundfreiheiten vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot ausgebaut (daher <i>partielles</i> Beschränkungsverbot!).	In diesem Bereich bleibt es bei der vom Vertrag ins Auge gefassten Situation, dh beim Diskriminierungsverbot: Nur Diskriminierungen sind Eingriffe, und es gelten nur die geschriebenen Schranken, für mittelbare Diskriminierungen str.

IV. Vertragsbestimmungen zu den Grundfreiheiten (ohne Kapitalverkehrsfreiheit)

	Tatbestand	Schranke	Bereichsausnahme	für die Ausbildung unwichtig
Warenverkehrsfreiheit	Art. 34 AEUV	Art. 36 AEUV	–	Art. 35 AEUV
Arbeitnehmerfreizügigkeit	Art. 45 I–III AEUV	Art. 45 III AEUV	Art. 45 IV AEUV	Art. 46–48 AEUV
Niederlassungsfreiheit	Art. 49, 54 AEUV	Art. 52 I AEUV	Art. 51 I AEUV	Art. 53, 55 AEUV
Dienstleistungsfreiheit	Art. 56, 57 AEUV	Art. 62 iVm Art. 52 I AEUV	Art. 62 iVm Art. 51 I AEUV	–

PROF. DR. HEIKO SAUER*

Die Grundfreiheiten des Unionsrechts

Übungen

Diese Übungen komplettieren den in JuS 2017, 310, erschienenen Beitrag zum Umgang mit den Grundfreiheiten des Unionsrechts in juristischen Falllösungen und die vorstehenden Übersichten. Anhand von Übungsfällen und auszufüllenden Übersichten kann der eigene Lernfortschritt überprüft werden.

A. Aufgaben

I. Übungsfälle

*Fall 1:*¹ Die Brauerei K will französisches Bier in Deutschland vermarkten. Die deutschen Behörden verweigern dies, weil in Deutschland das Reinheitsgebot für Bier gelte und das Bier von K diesem nicht entspreche. Verstößt das Handeln der Behörde auf Grundlage der deutschen Regelung über die Verkehrsfähigkeit von nicht nach dem Reinheitsgebot gebrauten Biers gegen eine Grundfreiheit, wenn man annimmt, dass keine vorrangigen Unionsregelungen existieren?

*Fall 2:*² Nach deutschem Recht dürfen nur approbierte Apotheker eine Apotheke betreiben; sie müssen zudem Eigentümer dieser Apotheke sein (sog. Fremdbesitzverbot). Das saarländische Gesundheitsministerium hielt diese Regelung für einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Es erteilte daher der niederländischen Gesellschaft DocMorris auf deren Antrag hin die Erlaubnis, in Saarbrücken eine Filialapotheke zu betreiben, wenn DocMorris einen Apotheker als Leiter einstellte. Gegen diese Entscheidung klagte die Apothekerkammer des Saarlands. Verstößt das Fremdbesitzverbot gegen die Grundfreiheiten, wenn man annimmt, dass keine vorrangigen Unionsregelungen existieren?

Fall 3: Nach seinem Architekturstudium in Deutschland will sich A in Florenz als Architekt dauerhaft niederlassen. Die Behörden verweigern dies unter Hinweis darauf, dass er hierfür einen einschlägigen Studienabschluss einer italienischen Hochschule benötige. Verstößt die zugrundeliegende italienische Regelung gegen eine Grundfreiheit, wenn man unterstellt, dass keine vorrangigen Unionsregelungen existieren?

*Fall 4:*³ Ein spanisches Tourismusunternehmen stellt für Führungen durch die Sehenswürdigkeiten Andalusiens drei kundige maltesische Staatsangehörige ein. Die Behörden schreiten dagegen mit dem Argument ein, der Schutz der spanischen Kulturgüter erfordere es, dass nur Spanier die Führungen übernehmen dürften. Verstößt die Maßnahme gegen eine Grundfreiheit, wenn man annimmt, dass keine vorrangigen sekundärrechtlichen Regelungen existieren?

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; der Autor dankt seinem Wiss. Mitarbeiter *Richard Luther* für dessen wertvolle Mithilfe an diesen Übungen.

1 Nach *EuGH*, 178/84, Slg. 1987, 1227 Rn. 40 = NJW 1987, 1133 mAnm *Moench*, NJW 1987, 1109 – Kommission *J. Deutschland*.

2 Nach *EuGH*, C-171/07 und C-172/07, Slg. 2009, I-4171 = NJW 2009, 2112 (mAnm *Martini*) = JuS 2009, 1034 (*Streinz*) – *DocMorris*.

3 Nach *EuGH*, C-375/92, Slg. 1994, I-923 = BeckRS 2004, 76850.

*Fall 5:*⁴ In Spanien konnten spanische Staatsangehörige an bestimmten Tagen kostenlos die staatlichen Museen besuchen. Diese Regelung galt auch für Ausländer, die in Spanien ansässig waren und (unabhängig von der Staatsangehörigkeit) für Personen unter 21 Jahren. Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten, die die Altersgrenze überschritten hatten und nicht in Spanien ansässig waren, mussten den üblichen Eintrittspreis zahlen. Verstößt die Regelung gegen eine Grundfreiheit, wenn man annimmt, dass keine vorrangigen Unionsregelungen existieren?

II. Übung zu Eingriffen und Rechtfertigungsanforderungen

Füllen Sie aus, ob in den jeweiligen Situationen ein Eingriff anzunehmen ist (notieren Sie auch gegebenenfalls das jeweils entsprechende EuGH-Urteil) und welche Rechtfertigungsmöglichkeiten jeweils in Betracht kommen (auch hier gegebenenfalls mit dem entsprechenden EuGH-Urteil).

Maßnahme	Maßnahme diskriminiert nach der Herkunft	Maßnahme diskriminiert nicht, behindert aber den Marktzutritt	Maßnahme diskriminiert nicht und behindert nicht den Marktzutritt
Eingriff			
Rechtfertigung			

III. Übung zur Entwicklung des Gewährleistungsbereichs

Tragen Sie zu den jeweiligen Entwicklungsstufen des Gewährleistungsbereichs der Grundfreiheiten das entsprechende Urteil des *EuGH* in die Zeilen ein und vermerken Sie die dazugehörigen wesentlichen Entwicklungsschritte auf Tatbestands- und Rechtfertigungsebene.

Entwicklungsstufe	Tatbestand	Rechtfertigung
Ursprung	nur Diskriminierungen verboten	nur enge Rechtfertigungsmöglichkeiten

B. Lösungshinweise

I. Zu den Fällen

1. Zu Fall 1

Das Verbot der Einfuhr und Vermarktung des Biers durch die deutsche Behörde ist mangels eines vorrangigen *lex specialis* im Unionsrecht an der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) zu messen, da es sich bei dem französischen Bier um einen körperlichen Gegenstand mit Marktwert handelt, der auch solcher eines Handelsgeschäfts sein kann, so dass eine Ware vorliegt. Im Handeln der deutschen Behörde ist eine staatliche Maßnahme zu sehen; der Fall weist schließlich – es soll französisches Bier in Deutschland vermarktet werden – einen grenzüberschreitenden Bezug auf. Im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit kommen keine Bereichsausnahmen in Betracht, so dass der Tatbestand erfüllt ist.

Es muss ein Eingriff vorliegen. Nach der Dasonville-Formel reicht als „Maßnahme gleicher Wirkung“ hierfür zunächst jede Maßnahme aus, die den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinträchtigt. Das Handeln der deutschen Behörde verhindert, dass das französische Bier in Deutschland vermarktet werden kann, sie beeinträchtigt damit den Handel im gemeinsamen Binnenmarkt unmittelbar. Ein Eingriff ist danach zu bejahen. Dieser sehr weite Eingriffsbegriff wurde durch den *EuGH* in seiner Keck-Rechtsprechung allerdings korrigiert: Die Grundfreiheiten sollen nur für den Fall einer Beeinträchtigung des Marktzutritts allgemeine Beschränkungsverbote sein, im Übrigen aber Diskriminierungsverbote bleiben. Nur „produktbezogene“ Regelungen führen also zur Beibehaltung der Dasonville-Formel, für nach erfolgtem Marktzutritt greifende, nur „vertriebsbezogene“ Regelungen greift Keck als Tatbestandsausnahme. Hier handelt es sich bei der produktbezogenen Regelung des Reinheitsgebots um ein Marktzutritts Hindernis: Das französische Bier ist schon nach seiner Brauart in Deutschland generell nicht verkehrsfähig, was dazu führt, dass es bei der weiten Auslegung der Warenverkehrsfreiheit als Beschränkungsverbot bleibt (es kommt dann an dieser Stelle noch nicht zu der Frage, ob die Maßnahme diskriminierend ist oder nicht).

Dieser Eingriff kann allerdings gerechtfertigt sein. Im Rahmen der geschriebenen Schranke des Art. 36 S. 1 AEUV könnte man daran denken, dass deutsche Reinheitsgebot als Gesundheits- oder Kulturschutz auszulegen. Das erscheint jedoch eher fernliegend. Damit kommen nur noch die ungeschriebenen Schranken der Cassis-Rechtsprechung, also zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls, zur Rechtfertigung in Betracht. Fraglich ist, ob eine Rechtfertigung nach den Cassis-Grundsätzen auch auf mittelbar diskriminierende Maßnahmen angewendet werden kann. Das Verbot des französischen Bieres knüpft nämlich zwar nicht offen an dessen französischer Herkunft an (ist also keine unmittelbare Diskriminierung), typischerweise werden aber die Mehrzahl nicht-deutscher Brauereien nicht nach dem deutschen Reinheitsgebot brauen, so dass gerade solche Brauereien faktisch benachteiligt werden (mittelbare Diskriminierung). Für eine generelle Anwendung der ungeschriebenen

4 Nach *EuGH*, C-45/93, Slg. 1994, I-911 = NJW 1994, 1941.

Rechtfertigungsgründe auf mittelbare Diskriminierungen spricht, dass die Abgrenzung zwischen mittelbaren Diskriminierungen und marktzutrittsbezogenen diskriminierungsfreien Beschränkungen häufig schwer und nur verbunden mit Wertungen vorzunehmen ist (str.). Ein entsprechend rechtfertigender Gemeinwohlbelang könnte dann grundsätzlich beispielsweise der Verbraucherschutz sein, der vom *EuGH* als legitimes Schutzinteresse anerkannt worden ist. Sowohl bei geschriebenen als auch bei ungeschriebenen Schranken muss aber zusätzlich eine Verhältnismäßigkeitskontrolle vorgenommen werden, dh die Beeinträchtigung durch die staatliche Maßnahme darf nicht außer Verhältnis zu dem von ihr verfolgten Zweck stehen. Im konkreten Fall ist das generelle Verkehrsverbot für nicht nach dem Reinheitsgebot gebrautes Bier zu Zwecken des Verbraucherschutzes wohl bereits nicht erforderlich (die Inhaltsstoffe sind auf dem Etikett jeder Bierflasche erkennbar), jedenfalls aber unangemessen, wenn man sich vor Augen führt, dass der Vertrieb des französischen Biers ganz verboten wurde. Der Eingriff durch die deutsche Regelung ist damit unverhältnismäßig. Es liegt also ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit vor.

2. Zu Fall 2

Ohne vorrangige Unionsregelungen kommt eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit in Betracht. Eine Niederlassung liegt vor, wenn jemand durch eine feste Basis dauerhaft am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats teilnimmt (die feste Niederlassung grenzt ab von der grenzüberschreitenden Dienstleistung). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: DocMorris möchte durch die Filialapotheke in Saarbrücken am Wirtschaftsleben in Deutschland teilnehmen und nicht seine Leistungen bloß grenzüberschreitend anbieten. Das Fremdbesitzverbot ist eine staatliche Maßnahme, der grenzüberschreitende Bezug des Falls liegt in der Niederlassung einer niederländischen Gesellschaft in Deutschland. Der Tatbestand ist – da keine Bereichsausnahmen gem. Art. 51 I AEUV einschlägig sind – damit erfüllt und es stellt sich folglich die Frage nach dem Eingriff. Im konkreten Fall bewirkt die deutsche Regelung zwar keine (unmittelbare oder mittelbare) Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, da sie unterschiedslos sowohl In- als auch Ausländer betrifft, sie hindert aber alle niederlassungswilligen Nichtapotheker aus anderen Mitgliedstaaten daran, in Deutschland eine Apotheke zu betreiben. Weil es sich insofern um den Bereich des Marktzutritts handelt, bleibt es hier mit der Keck-Rechtsprechung bei dem Ausbau der Grundfreiheiten zu allgemeinen Beschränkungsverboten durch *Dassonville*. Dieser Eingriff kann aber gerechtfertigt sein. Dabei kommen für die Rechtfertigung hier die geschriebenen Schranken gem. Art. 52 I AEUV in Betracht, also Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Der *EuGH* erkannte im konkreten Fall an, dass das Fremdbesitzverbot dem Gesundheitsschutz dienen kann und bejahte auch die für geschriebene sowie für ungeschriebene Schranken erforderliche Verhältnismäßigkeit: Der Ausschluss von Nichtapothekern sei beispielsweise zur Vermeidung schwerer Gesundheitsschädigungen bei falscher Einnahme oder Verschreibung von Medikamenten geeignet. Es müsse anerkannt werden, dass die Mitgliedstaaten den Verkauf von Arzneimitteln im Einzelhandel grundsätzlich Apothekern vorbehalten können, da

nur diese durch ihre Ausbildung, Erfahrung und Verantwortung wesentliche Garantien für den Gesundheitsschutz der Bevölkerung böten. Betreiber, die selbst keine Apotheker sind, könnten die Unabhängigkeit ihrer angestellten Apotheker etwa dadurch beeinträchtigen, indem sie diese dazu anhielten, besonders gewinnbringende Arzneimittel zu verkaufen. Der Ausschluss von Nichtapothekern sei deshalb angesichts des Einschätzungsspielraums der Mitgliedstaaten zum Schutz dieser Unabhängigkeit erforderlich wie angemessen. Folgt man dem, so ist hier keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit festzustellen.

3. Zu Fall 3

Mangels eines vorrangigen *lex specialis* im Unionsrecht stellt sich die Frage, ob das Handeln des A dem Schutzbereich einer Grundfreiheit zugeordnet werden kann. In Betracht kommt die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV, nach der unter einer Niederlassung die durch feste Basis dauerhafte und selbstständige Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats zu verstehen ist. Hier beabsichtigt A die dauerhafte Niederlassung als Architekt in Florenz, er ist insofern an einer festen Teilnahme am italienischen Wirtschaftsleben interessiert. Als selbstständiger Architekt ist er kein Arbeitnehmer. Wegen der von ihm angestrebten dauerhaften Integration in Italien kommt auch die subsidiäre (Art. 57 I AEUV) Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV nicht in Betracht. Eine staatliche Maßnahme liegt mit dem Handeln der italienischen Behörden vor und auch der grenzüberschreitende Bezug des Falls ist gegeben. Schließlich scheidet der Anwendungsausschluss der Niederlassungsfreiheit durch die Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt gem. Art. 51 I AEUV aus. Es muss auch in die Niederlassungsfreiheit eingegriffen worden sein. Das ist wie bei allen Grundfreiheiten jedenfalls dann der Fall, wenn eine Diskriminierung wegen der Herkunft vorliegt. Die italienische Regelung knüpft zwar nicht offen an eine Herkunft als solche an (benachteiligt werden nicht explizit „deutsche“ Architekten), sie benachteiligt aber typischerweise alle Architekten aus anderen Mitgliedstaaten als Italien, weil jene überwiegend keinen einschlägigen Studienabschluss einer italienischen Hochschule aufzuweisen haben. Es handelt sich also um eine tatbestandsmäßige mittelbare Diskriminierung, die allerdings gerechtfertigt sein könnte. Da die geschriebene Schranke des Art. 52 I AEUV nicht einschlägig ist, kommt nur noch eine Rechtfertigung nach den ungeschriebenen Schranken der *Cassis*-Rechtsprechung in Betracht, deren Anwendbarkeit auf mittelbare Diskriminierungen umstritten ist, aber mit guten Gründen angenommen werden kann (str.). Als zwingendes Erfordernis des Gemeinwohls kann diesbezüglich der Verbraucherschutz bzw. die Qualitätssicherung der Auftrags erledigung durch Architekten ohne italienischen Hochschulabschluss in den Blick genommen werden. Dabei müssen sowohl die geschriebenen als auch die ungeschriebenen Schranken einer Verhältnismäßigkeitskontrolle genügen. Auch wenn also insbesondere der Verbraucherschutz durch den *EuGH* als legitimes Ziel eines Eingriffs in die Grundfreiheiten anerkannt ist, muss dieser Eingriff verhältnismäßig sein. Hier fehlt es an der Erforderlichkeit des Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit: Gleich effektiv aber milder wären beispielsweise Äquivalenzprüfungen gewesen, mit denen festgestellt wird, inwieweit ein aus-

ländischer Hochschulabschluss als gleichwertig anzuerkennen ist und was von ausländischen Kandidaten beispielsweise im Wege einer Zusatzprüfung noch verlangt werden kann. Der Eingriff ist deshalb unverhältnismäßig und es liegt eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit vor.

4. Zu Fall 4

Da es keine vorrangigen Regelungen im Unionsrecht gibt, kann in diesem Fall die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 I-III AEUV einschlägig sein. Arbeitnehmer sind alle Unionsbürger (Art. 20 I AEUV), die unselbstständig gegen Entgelt eine wirtschaftlich verwertbare Tätigkeit verrichten (die Selbstständigkeit grenzt ab gegenüber der Dienstleistungsfreiheit). Die drei maltesischen Staatsangehörigen sind seit 2004 Unionsbürger und unselbstständig bei dem spanischen Tourismusunternehmen beschäftigt. Sie erhalten für die von ihnen erbrachten wirtschaftlich nutzbaren Dienste (die Führungen durch die Sehenswürdigkeiten Andalusiens) auch ein Entgelt, es greift also die Arbeitnehmerfreizügigkeit. In dem Handeln der spanischen Behörden liegt eine staatliche Maßnahme, der grenzüberschreitende Bezug des Falls ist ebenfalls unproblematisch. Die Bereichsausnahme des Art. 45 IV AEUV kommt schließlich nicht zum Tragen, da es sich um keine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung handelt. Der Tatbestand ist demnach erfüllt. Es muss dann auch in die Arbeitnehmerfreizügigkeit eingegriffen worden sein. Hier handelt die spanische Behörde deswegen, weil es sich nicht um spanische Mitarbeiter, sondern maltesische Staatsangehörige handelt. Die Maßnahme knüpft direkt an eine bestimmte Staatsangehörigkeit an, es handelt sich folglich um eine unmittelbare Diskriminierung. Unmittelbare Diskriminierungen können nur durch geschriebene Schranken, nicht aber die ungeschriebenen Schranken der Cassis-Rechtsprechung gerechtfertigt werden. Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art. 45 III AEUV) kommen aber nicht in Betracht. Die Maßnahme kann also nicht gerechtfertigt werden, so dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzt ist.

5. Zu Fall 5

Mangels vorrangiger *lex specialis* im Unionsrecht stellt sich die Frage, ob das Geschehen dem Schutzbereich einer Grundfreiheit zugeordnet werden kann. Dafür kommt nach dem *EuGH* nur die ansonsten subsidiäre Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 und 57 AEUV in Betracht, und zwar in Form der Inanspruchnahme von Dienstleistungen (der kostenlosen Inanspruchnahme der ansonsten gegen Entgelt erbrachten Museumsleistungen), denn die Dienstleistungsfreiheit erfasst nicht nur die Dienstleistungserbringer, sondern auch die Dienstleistungsempfänger oder sogar die Dienstleistung selbst (vgl. Art. 56 AEUV). Die einer kostenfreien Nutzung spanischer Museen für jedermann entgegenstehende spanische Regelung ist eine staatliche Maßnahme. Auch der zu fordernde grenzüberschreitende Bezug kann bejaht werden, wenn man annimmt, dass ein Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats, der die Altersgrenze überschritten hat, ein spanisches Museum kostenfrei besuchen möchte. Die Bereichsausnahme des Art. 62 iVm Art. 51 I AEUV spielt im vorliegenden Fall keine Rolle. Es muss aber auch in

die Dienstleistungsfreiheit eingegriffen worden sein. Wie alle Grundfreiheiten verbietet die Dienstleistungsfreiheit sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, so ausdrücklich Art. 57 III AEUV. Im Hinblick auf die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, die die Altersgrenze überschritten haben, knüpft die Regelung unmittelbar an deren Nationalität an, denn alle spanischen Staatsangehörigen können unabhängig von ihrem Wohnort die kostenfreien Museumsbesuche in Anspruch nehmen. Die vorgenommene Differenzierung ist daher eine unmittelbare Diskriminierung, die nur durch die geschriebenen Schranken gerechtfertigt sein kann. Eine verhältnismäßige Rechtfertigung nach Art. 62 iVm Art. 52 I AEUV scheidet jedoch aus. Es ist demnach eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit anzunehmen.

II. Zu Eingriffen und Rechtfertigungsanforderungen (Übung II)

Maßnahme	Maßnahme diskriminiert nach der Herkunft	Maßnahme diskriminiert nicht, behindert aber den Marktzutritt	Maßnahme diskriminiert nicht und behindert nicht den Marktzutritt
Eingriff	Ja	Ja (Dassonville!)	Nein (Keck!)
Rechtfertigung	nur geschriebene Schranken (für mittelbare Diskriminierungen str.)	geschriebene und ungeschriebene (Cassis de Dijon!) Schranken	

III. Zur Entwicklung des Gewährleistungsbereichs (Übung III)

Entwicklungsstufe	Tatbestand	Rechtfertigung
Ursprung	nur Diskriminierungen verboten	nur enge Rechtfertigungsmöglichkeiten
Dassonville	Entwicklung zum umfassenden Beschränkungsverbot	nur enge Rechtfertigungsmöglichkeiten
Keck	das Beschränkungsverbot gilt nur noch für den Marktzutritt	nur enge Rechtfertigungsmöglichkeiten
Cassis de Dijon	das Beschränkungsverbot gilt nur noch für den Marktzutritt	auch zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls kommen zur Rechtfertigung in Betracht