

Diese Frage wurde vom EuGH bereits entsprechend ausjudiziert.¹¹ Vor diesem Hintergrund erklären sich daher jene Ausführungen in Lehrbüchern und -behelfen, die betonen, dass zu den Dienstleistungen auch die Einfuhr von Werbematerial und Losen für eine Lotterie gehören.¹² Darüber hinaus zeigt das Beispiel erneut, wie wenig eindeutig sich Lebenssachverhalte häufig lediglich einer einzigen Grundfreiheit unterstellen lassen. Insoweit können, je nach Faktenlage, Grundfreiheiten miteinander konkurrieren. Dem Rechtsanwendenden obliegt es dann zu argumentieren und zu begründen, weshalb die eine oder doch die andere Grundfreiheit in einem konkreten Fall zur Anwendung kommen soll bzw welches der Tatbestandsmerkmale überwiegt.

Am Beispiel des erforderlichen Unionscharakters einer Ware (Art 28 Abs 2 AEUV)

Neben der Qualifikation eines Gutes als „Ware“ iSd Art 28 ff AEUV – alle Abgrenzungsschwierigkeiten und möglichen Konkurrenzen außer Acht – muss es darüber hinaus sog Unionscharakter haben. Damit der persönliche Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit – siehe dazu sogleich unter 4.a.2. – als eröffnet gilt, bedarf es daher einer Ware (entsprechend unserer oben skizzierten Definition) *mit Unionscharakter*. Die nächste Frage, die sich stellt, ist daher: Was bedeutet *mit Unionscharakter*? Art 28 Abs 2 AEUV besagt, dass die relevanten Bestimmungen der Warenverkehrsfreiheit¹³ für (1) die aus den Mitgliedstaaten stammenden Waren sowie (2) für diejenigen Waren aus dritten Ländern, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden, gelten.

Somit gibt es zwei Varianten, denen zufolge eine Ware Unionscharakter hat. Entweder stammt sie aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder aber sie wurde innerhalb der Union rechtmäßig in Verkehr gebracht, weshalb sie sich dort im freien Verkehr befindet. Die Rechtsgrundlage in diesem Fall findet sich – im Unterschied zu den Tatbestandsmerkmalen der Ware – im Vertragstext des AEUV selbst! Insoweit liefert die *Ware mit Unionscharakter* ein Beispiel für unterschiedliche, mögliche Varianten von Rechtsgrundlagen im Unionsrecht. Während der Begriff der *Ware* von den Unionsgerichten geprägt wurde und daher die erforderlichen Merkmale eines Gegenstandes zur Qualifizierung als Ware im unionsrechtlichen Sinne durch die Rechtsprechung entwickelt wurden, findet sich die Bedeutung des Erfordernisses *des Unionscharakters* im AEUV, nämlich Art 28 Abs 2, selbst.

¹¹ Ebenda.

¹² Jaeger, Materielles Europarecht³ (2024) 41 f; Schroeder, Grundkurs Europarecht⁸ (2024) § 14 Rz 5; Piska in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV³¹⁵, Lfg (2024) Art 34 AEUV, Rz 23.

¹³ Art 30 sowie Art 34 ff AEUV.

b.2. Arten des Eingriffes (Art 30, 34 oder 35 AEUV)

Nachdem eine staatliche Maßnahme (inklusive sämtlicher alternativer Tatbestandsvarianten, dh ein dem Staat zurechenbares Verhalten Privater oder aber Verhalten Privater, das in der Wirkung einer staatlichen Maßnahme gleichkommt) festgestellt wurde, gilt es nach der Art des Eingriffes zu fragen. Der AEUV bietet dafür im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit drei unterschiedliche Anspruchsgrundlagen:²⁹

- b.2.1. Art 30 AEUV = Zoll und zollgleiche Abgaben
- b.2.2. Art 34 AEUV = Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung
- b.2.3. Art 35 AEUV = Mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung

Diese drei Tatbestände werden im Folgenden überblicksmäßig dargestellt. Außerdem wird der Prozess der Subsumption anhand unterschiedlicher Beispiele illustriert.

b.2.1. Zoll und zollgleiche Abgaben (Art 30 AEUV)

Artikel 30 AEUV verbietet Zölle sowie zollgleiche Abgaben. Zölle sind all jene Abgaben, die ausdrücklich als solche („Zoll“) bezeichnet werden. Zollgleiche Abgaben sind Abgaben, die zwar nicht als Zoll bezeichnet werden, aber aufgrund des Grenzüberschritts anfallen. Mit anderen Worten: Wenn eine Abgabe für eine ausländische Ware anfällt, gerade weil sie über die Grenze verbracht wurde, handelt es sich um eine zollgleiche Abgabe. Die zollgleiche Abgabe erfordert daher eine sog Grenzkausalität. Das ist insbesondere für die Abgrenzung zu Art 110 AEUV von besonderer Bedeutung!

Beispiel³⁰

Variante 1

Für Kühe, die in Österreich zum Schlachthof gebracht werden, wird eine Gebühr von EUR 10,00 eingehoben. Für inländische, dh österreichische Kühe, wird den liefernden Bauern die Gebühr im Nachhinein zu 100 % gutgeschrieben. Zollgleiche Abgabe?

Die 100-%-Gutschrift für österreichische Kühe führt letztlich dazu, dass die Grenzkausalität der Abgabe bejaht werden kann. Am Beispiel einer Kuh aus Deutschland: Wäre die Kuh nicht aus Deutschland, sondern innerhalb Österreichs zum Schlachthof verbracht worden, wäre die Gebühr nicht angefallen. Bei der gegenständlichen Abgabe handelt es sich daher um eine zollgleiche Abgabe gemäß Art 30 AEUV.

29 So der EuGH ausdrücklich auch kürzlich in: EuGH 7.3.2024, Rs C-558/22, *Fallimento Esperia und GSE*, ECLI:EU:C:2024:209, Rz 96 ff.

30 Angelehnt an EuGH 23.4.2002, Rs C-234/99, *Nygård*, ECLI:EU:C:2002:244.

Musterantwort zu Beispiel 2

b.2.1. Nachdem die staatliche Maßnahme bejaht wurde, kommen auf Eingriffsebene drei Anspruchsgrundlagen in Frage: Art 30, 34 und 35 AEUV. Art 30 verbietet Zölle und zollgleiche Abgaben. Da es sich bei der staatlichen Maßnahme im gegenständlichen Sachverhalt aber um keine Abgabe handelt, die entweder ausdrücklich als Zoll bezeichnet oder aber eine Abgabe ist, die aufgrund eines Grenzübertritts anfällt (= zollgleiche Abgabe), findet Art 30 AEUV als Anspruchsgrundlage keine Anwendung (= Subsumption samt Begründung).

b.2.2. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung (Art 34 1. Fall AEUV)

Die zweite mögliche Anspruchsgrundlage für einen Eingriff bietet Art 34 AEUV und die dort genannte „mengenmäßige Einfuhrbeschränkung“. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sind typischerweise Warenkontingente nach Wert oder Menge. So ist zB eine Bestimmung, wonach die Einfuhr von Kartoffeln aus Spanien wertmäßig auf EUR 50.000,00 pro Händlerin und Monat beschränkt ist, vom Begriff der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung gleichermaßen erfasst, wie eine, der zufolge die Einfuhr von italienischen Kartoffeln lediglich im Ausmaß von 1 Tonne pro Händlerin und Monat gestattet ist. Was bedeutet das für die in unserem *Beispiel 2* beschriebene Maßnahme, dh das französische Gesetz, wonach Salami in Frankreich nur dann als Salami in Verkehr gebracht und verkauft werden darf, sofern die Wurstware eine bestimmte Zusammensetzung aufweist? Da es sich bei der gesetzlichen Bestimmung um keine handelt, welche die Einfuhr von Salami dem Wert oder der Menge nach beschränkt, handelt es sich um keine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung gemäß Art 34 Fall 1 AEUV. Die Musterantwort auf Eingriffsebene, welche beide der bisher behandelten Anspruchsgrundlagen (Art 30, Art 34 1. Fall AEUV) umfasst, liest sich daher wie folgt:

Musterantwort zu Beispiel 2

b.2. Nachdem die staatliche Maßnahme bejaht wurde, kommen auf Eingriffsebene drei Anspruchsgrundlagen in Frage: Art 30, 34 und 35 AEUV.

b.2.1. Art 30 AEUV verbietet Zölle und zollgleiche Abgaben. Da es sich bei der staatlichen Maßnahme im gegenständlichen Sachverhalt aber um keine Abgabe handelt, die entweder ausdrücklich als Zoll bezeichnet oder aber eine zollgleiche Abgabe ist, die aufgrund eines Grenzübertritts anfällt (= Tatbestandsmerkmale bzw Definition der Begriffe Zoll und zollgleiche Abgabe), findet Art 30 AEUV als Anspruchsgrundlage keine Anwendung (= Subsumption samt Begründung).

b.2.2. Art 34 AEUV verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen. Vom Begriff der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung erfasst sind idR Warenkontingente nach Wert oder Menge (= Tatbestandsmerkmale bzw Definition der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung). Da das französische Gesetz jedoch die Einfuhr von nicht-französischer Salami weder der Menge noch dem Wert nach beschränkt, handelt es sich um keine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung (= Subsumption samt Begründung).

Zu unterscheiden sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen von Maßnahmen, die einen bestimmten Vertriebskanal an sich verbieten: So zB das Verbot des Ver-

Abschließend ein Beispielfall, anhand dessen die gesamte Prüfung illustriert wird.⁷⁰

Verbot des Verkaufs von rezeptpflichtigen Medikamenten über das Internet⁷¹

Eine Bestimmung des österreichischen Arzneimittelgesetzes normiert ein Verbot des Internetversandhandels für rezeptpflichtige Medikamente. Daher ist es in- und ausländischen Apothekern untersagt, rezeptpflichtige Medikamente in Österreich über das Internet zu vertreiben. Rezeptpflichtige Medikamente können grundsätzlich nur in Apotheken erworben werden. Die niederländische Apotheke Holland-Apo möchte den österreichischen Markt erschließen und rezeptpflichtige Medikamente aus den Niederlanden über das Internet in Österreich vertreiben. Holland-Apo bittet Sie um eine Beurteilung des gegenständlichen Sachverhaltes aus unionsrechtlicher Perspektive.

Zu welchem Ergebnis kommen Sie?

a. Anwendungsbereich

a. Damit ein Sachverhalt vom Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit erfasst ist, müssen der sachliche (1.) sowie der persönliche Schutzbereich (2.) eröffnet sein. Darüber hinaus darf der Sachverhalt unter keine Ausnahme (3.) fallen und nicht durch einen Sekundärrechtsakt/lex specialis (4.) geregelt sein.

a.1.1. Der sachliche Schutzbereich setzt einen Sachverhalt voraus, welcher ein grenzüberschreitendes Element aufweist (= Tatbestandsmerkmal des sachlichen Schutzbereiches; Rechtsgrundlage Art 28 Abs 1 AEUV).

a.1.2. Holland-Apo möchte rezeptpflichtige Medikamente aus den Niederlanden in Österreich über das Internet verkaufen. Sie kann dies jedoch aufgrund des österreichischen Gesetzes nicht. Im gegenständlichen Fall handelt es sich daher um einen Sachverhalt mit grenzüberschreitendem Element, da rezeptpflichtige Medikamente aus den Niederlanden in Österreich verkauft werden sollen. Der sachliche Schutzbereich ist somit eröffnet (= Subsumption unter das Tatbestandsmerkmal des grenzüberschreitenden Elements als Erfordernis zur Bejahung des sachlichen Schutzbereiches samt Begründung).

a.2. Darüber hinaus bedarf es für die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Warenverkehrsfreiheit, wie einleitend ausgeführt, noch der Eröffnung des persönlichen Schutzbereiches und somit einer Ware mit Unionscharakter.

a.2.1.1. Vom Begriff der Ware iSd Bestimmungen zur EU-Warenverkehrsfreiheit sind körperliche Gegenstände erfasst, die in Hinblick auf Handelsgeschäfte über eine Grenze verbracht werden können (= Tatbestandsmerkmale einer Ware, von der Rechtsprechung entwickelt).

a.2.1.2. Im gegenständlichen Sachverhalt handelt es sich um Medikamente und damit um einen körperlichen Gegenstand, der in Hinblick auf Handelsgeschäfte über eine Grenze verbracht werden kann. Die Qualifikation der Medikamente als Ware iSd Art 28 ff AEUV ist somit zu bejahen (= Subsumption unter dem Warenbegriff samt Begründung).

a.2.2.1. Eine Ware bedarf darüber hinaus Unionscharakter. Gemäß Art 28 Abs 2 AEUV ist der Unionscharakter zu bejahen, wenn eine Ware aus einem Mitgliedstaat stammt oder in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den freien Verkehr gebracht wurde (relevant bei Waren aus Drittländern) (= Tatbestandsmerkmale des Unionscharakters einer Ware; Rechtsgrundlage Art 28 Abs 2 AEUV).

70 EuGH 11.12.2003, Rs C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, ECLI:EU:C:2003:664.

71 Ebenda.

dort erwerbstätig wird und nach einer gewissen Zeit wieder in ihren Heimatstaat zurückkehrt (sog Rückkehrerinnen oder Heimkehrerinnen).¹²⁵ In diesem Fall hat die Unionsbürgerin von ihrem Freizügigkeitsrecht bereits Gebrauch gemacht.

Beispiel

Eine österreichische Medizinerin zieht von Wien nach Frankreich, um dort als Ärztin an der Sorbonne Universität in Paris zu arbeiten. Nach vier Jahren kehrt sie nach Wien zurück, um ihre berufliche Laufbahn an der Medizinischen Universität Wien fortzusetzen.

- **Die „Wohnsitzverlegerin“**

Ein grenzüberschreitendes Element liegt zudem in jenen Fällen vor, in welchen eine Unionsbürgerin unter Beibehaltung ihres im Heimatstaat bestehenden Dienstverhältnisses ihren Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt und seitdem ihren Beruf als Grenzgängerin ausübt.¹²⁶ Auch in diesem Fall ist die Unionsbürgerin als Wanderarbeitnehmerin zu qualifizieren.

Beispiel

Eine deutsche Staatsangehörige ist als angestellte Steuerberaterin in einer Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungskanzlei in Garmisch-Partenkirchen tätig und verlegt ihren Wohnsitz aus privaten Gründen nach Seefeld in Tirol.

- **Die Staatsbürgerin eines anderen Mitgliedstaats**

In allen bislang genannten Fällen ist ein grenzüberschreitendes Element durch einen physischen Grenzübertritt erfüllt. Es gibt jedoch auch Fälle, in welchen der EuGH den sachlichen Schutzbereich als eröffnet anerkannt hat, obwohl die Grenze eines Mitgliedstaates physisch nicht übertreten wurde. So hat der Gerichtshof entschieden, dass ein grenzüberschreitendes Element auch in jenen Fällen gegeben ist, in denen sich eine Staatsangehörige eines Mitgliedstaates in einem anderen Mitgliedstaat befindet, jedoch die Staatsbürgerschaft eben dieses Mitgliedstaates, in dem sie sich aufhält, nicht hat.¹²⁷

Beispiel

Zwei italienische Staatsbürgerinnen leben in Tirol und bekommen ein Kind, das in Innsbruck zur Welt kommt, jedoch nur die italienische Staatsbürgerschaft erhält. Die Tochter wächst in Tirol auf und genießt dort ihre Ausbildung. Nach Abschluss ihres rechtswissenschaftlichen Studiums entschließt sie sich, nach Wien zu ziehen, um dort nach absolvierter Gerichtspraxis als Konzipientin (Berufsanwärtlerin) in einer Kanzlei zu arbeiten. Sie kann sich daher aufgrund ihrer italienischen Staatsbürgerschaft in Wien auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen.

125 Siehe zB EuGH 31.3.1993, Rs C-19/92, *Kraus*, ECLI:EU:C:1993:125, Rz 15; EuGH 26.1.1999, Rs C-18/95, *Terhoeve* ECLI:EU:C:1999:22, Rz 27 f.

126 EuGH 18.7.2007, Rs C-212/05, *Hartmann*, ECLI:EU:C:2007:437, Rz 20.

127 EuGH 19.10.2004, Rs C-200/02, *Zhu und Chen*, ECLI:EU:C:2004:639.

b. Eingriff

b.1. Maßnahme

b.1.1. Durch den Staat

Auf der Ebene des Eingriffs ist zunächst zu prüfen, wer die Maßnahme setzt. Der Wortlaut des Art 45 Abs 2 AEUV normiert Folgendes: „[Die Arbeitnehmerfreizügigkeit] umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.“

Aus dieser primärrechtlichen Bestimmung des Art 45 Abs 2 AEUV ist jedoch nicht ersichtlich, *wer* durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit verpflichtet ist, dh wer sich an die Bestimmungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit halten muss. Wie bereits im einleitenden Kapitel zur Warenverkehrsfreiheit ausgeführt, sind die Adressaten sämtlicher Grundfreiheiten grundsätzlich die Mitgliedstaaten. Ein Eingriff kann daher durch (1.) eine staatliche Maßnahme (unmittelbar durch einen Rechtsakt), (2.) eine dem Mitgliedstaat zurechenbare Maßnahme Privater oder (3.) Handlungen Privater, die in ihrer Wirkung einer staatlichen Maßnahme gleichkommen, erfolgen. In den meisten Prüfungsfällen dürfte es sich bei der zu prüfenden Maßnahme (nach den bescheidenen Beobachtungen der Autorinnen) um ein nationales Gesetz bzw eine nationale Verordnung handeln.

b.1.2. Durch Private

Die Arbeitsbedingungen werden auf nationaler Ebene auf unterschiedlichste Weisen normiert. Das Arbeitsrecht wird einerseits durch Gesetze und Verordnungen geregelt, andererseits bieten die durch Privatpersonen abgeschlossenen Verträge (mangels Dispositivität oft nach Maßgabe der durch Interessenvertretungen verhandelten Kollektivverträge oder Betriebsvereinbarungen) ebenfalls eine rechtliche Grundlage für die Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen. Damit es bei der Anwendung der Bestimmungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht zu Ungleichheiten in den jeweiligen Mitgliedstaaten kommt, sind die Art 45 ff AEUV nicht auf behördliche Maßnahmen beschränkt.¹⁴⁹ So hat der Gerichtshof entschieden, dass auch Verbände, die kollektive Maßnahmen setzen (zB Kollektiv- bzw Tarifverträge), vom Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst sind und somit durch die Art 45 ff AEUV verpflichtet werden.¹⁵⁰

Darüber hinaus hat der EuGH für die Arbeitnehmerfreizügigkeit (und bislang ausschließlich für diese) entschieden, dass das Diskriminierungsverbot (dazu sogleich unter b.2.) auch für Privatpersonen (!) gilt.¹⁵¹ Daraus folgt, dass auch Privat-

149 EuGH 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463, Rz 83 ff und die dort angeführte Rsp.

150 EuGH 12.12.1974, Rs 36/74, *Walrave*, ECLI:EU:C:1974:140; EuGH 15.1.1998, Rs C-15/96, *Kallipe Schöning*, ECLI:EU:C:1998:3; EuGH 8.7.1999, Rs C-234/97, *de Bobadilla*, ECLI:EU:C:1999:367.

151 EuGH 6.6.2000, Rs C-281/98, *Angonese*, ECLI:EU:C:2000:296, Rz 36; *Jaeger*, Materielles Europarecht³ (2024) 137 f.

6. Die Niederlassungsfreiheit

Wie bereits ausgeführt, wird der freie Verkehr von Personen (= Personenverkehrsfreiheit) in zwei Teilgrundfreiheiten unterteilt:

1. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art 45 ff AEUV) und
2. Niederlassungsfreiheit (Art 49 ff AEUV).

Im folgenden Kapitel wird die Niederlassungsfreiheit behandelt. Die Niederlassungsfreiheit soll (natürlichen und diesen gleichgestellten juristischen) Personen die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit (= Niederlassung) ermöglichen. Durch die Niederlassungsfreiheit soll das Unternehmen die Möglichkeit erhalten, seine Produktionsfaktoren dort zu investieren, wo es seinen Nutzen maximieren kann.¹⁸³ Der der Union zugrundeliegende Grundgedanke einer Verflechtung der Nationalstaaten durch Marktintegration spiegelt sich daher, wie in den weiteren Grundfreiheiten, auch im Kontext der Niederlassungsfreiheit wider.¹⁸⁴

Kernbestimmung der Niederlassungsfreiheit ist Art 49 AEUV. Diese Bestimmung entfaltet unmittelbare Wirkung.¹⁸⁵ Daraus folgt, dass sich Einzelne (dh natürliche und juristische Personen) direkt auf die Bestimmung des Art 49 AEUV stützen können. Des Weiteren sind die primärrechtlichen Grundlagen der Niederlassungsfreiheit durch eine Reihe von Sekundärrechtsakten ausführlich geregelt.¹⁸⁶

Abgrenzung zu den anderen Grundfreiheiten

Zur Arbeitnehmerfreizügigkeit¹⁸⁷

Im Kapitel über die Arbeitnehmerfreizügigkeit wurde ausgeführt, dass der Unterschied der beiden Teilgrundfreiheiten des freien Personenverkehrs darin liegt, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art 45 ff AEUV Arbeitnehmerinnen begünstigt, dh jene natürliche Personen, die einer *unselbständigen* Tätigkeit nachgehen, während die Niederlassungsfreiheit gemäß Art 49 ff AEUV Selbständige begünstigt, dh jene natürlichen und juristischen Personen, die einer (auf Dauer angelegten) *selbständigen* Tätigkeit nachgehen.¹⁸⁸ Maßgebliches Kriterium zur Unterscheidung zwischen den beiden Grundfreiheiten bildet daher die Qualifikation einer Tätigkeit als selbständige oder aber unselbständige Tätigkeit.

Zur Dienstleistungsfreiheit¹⁸⁹

Eine weitere Konkurrenz besteht zur Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 56 ff AEUV. Dieser und der Niederlassungsfreiheit gemäß Art 49 ff AEUV ist gemein, dass sie

183 Korte in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁶ (2022) Art 49 AEUV, Rz 1 f.

184 Vgl die Ausführungen in Kapitel 3.

185 EuGH 21.6.1974, Rs C-2/74, *Reyners*, ECLI:EU:C:1974:68, Rz 24/28.

186 Vgl die Ausführungen in Abschnitt a.4. dieses Kapitels.

187 Vgl die Ausführungen in 5.a.2.

188 EuGH 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463, Rz 97.

189 Vgl 7.a.2.

Ein grenzüberschreitender Sachverhalt liegt grundsätzlich immer dann vor, wenn entweder (i) die Dienstleistungserbringerin, (ii) die Dienstleistungsempfängerin, (iii) beide, das heißt sowohl die Dienstleistungserbringerin als auch die Dienstleistungsempfängerin, oder aber (iv) lediglich die Dienstleistung als solche die Grenze überschreitet. Mit anderen Worten: *Eine muss immer über die Grenze!* (Dienstleistungserbringerin, Dienstleistungsempfängerin oder die Dienstleistung selbst).

Zu den Konstellationen im Detail:

a.1.1. Aktive Dienstleistungsfreiheit²⁴⁸

In dieser – vom Wortlaut des Art 56 Abs 1 AEUV erfassten – Fallkonstellation überquert jene Person, die die Dienstleistung erbringt (sog *Dienstleistungserbringerin*) die Grenze, um in einem anderen Mitgliedstaat eine Dienstleistung gegenüber jener Person, die die Dienstleistung empfängt (sog *Dienstleistungsempfängerin*), zu erbringen. Unerheblich ist dabei, welche Staatsangehörigkeit die Dienstleistungserbringerin und die Dienstleistungsempfängerin haben. Dies bedeutet, dass beide auch die gleiche Staatsangehörigkeit besitzen können. Entscheidend ist lediglich, dass die Dienstleistungserbringerin nicht in dem Staat ansässig ist, in welchem sie ihre Dienstleistung erbringt. Auch dahingehend unterscheidet sich die Dienstleistungsfreiheit von der Niederlassungsfreiheit.

Merksatz → Die Dienstleistungserbringerin überschreitet die Grenze.

Beispiel 1

Eine österreichische Friseurin fährt von ihrem Friseursalon in Köln nach Wien, um dort den Debütantinnen am Wiener Opernball die Haare zu frisieren. Entscheidend für die Anwendung des Art 56 Abs 1 AEUV ist, dass die Dienstleistungserbringerin die Grenze überschreitet. Die österreichische Friseurin hat einen Friseursalon in Köln (= Deutschland) und fährt über die Grenze von Deutschland nach Wien, um dort Debütantinnen die Haare zu frisieren. Der sachliche Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit ist somit eröffnet.

Achtung! Entscheidend für die Anwendung des Art 56 Abs 1 AEUV ist, dass sie die Dienstleistung nicht in Deutschland, also dem Staat, in dem sie ansässig ist, dh ihren Friseursalon führt (= Niederlassung), erbringt, sondern in Österreich (im konkreten Fall Wien). Dass sowohl die Dienstleistungserbringerin als auch die Dienstleistungsempfängerinnen die österreichische Staatsbürgerschaft haben, schadet nicht.

Beispiel 2

Eine italienische Medizinerin mit einer privaten Ordination für plastische Chirurgie fliegt in die Niederlande, um dort eine operative Rekonstruktionsbehandlung an einem Handgelenk vorzunehmen. Auch in diesem Beispiel erbringt die Dienstleistungserbringerin (= italienische Medizinerin) die Dienstleistung außerhalb ihrer Praxis in Italien in

²⁴⁸ Wird in der Literatur auch *positive* Dienstleistungsfreiheit genannt, vgl zB Schroeder, Grundkurs Europarecht⁸ (2024) § 14 Rz 143.

Maßnahme muss folglich geeignet (d.1.), erforderlich (d.2.) und angemessen (d.3.) sein (vgl 4.d., 5.d. und 6.d.).

Nachstehendes Beispiel soll die gesamte Fallprüfung noch einmal illustrieren:

Fall: Die Skilehrerin²⁸⁹

Sachverhalt

Die französische Staatsbürgerin Chloé ist Skilehrerin und fährt für drei Wochen nach St. Anton am Arlberg, um dort einer Gruppe von österreichischen Schülerinnen das Skifahren beizubringen. Chloé meldet die beabsichtigte Tätigkeit beim österreichischen Skiverband an. Der österreichische Skiverband teilt Chloé mit, dass sie mangels Skilehrerinnenausbildung in Österreich lediglich eine Woche in St. Anton am Arlberg und damit in Tirol unterrichten darf. Der österreichische Skiverband will damit die heimischen Skilehrerinnen schützen. Chloé ist der Ansicht, dass diese Regelung gegen die Dienstleistungsfreiheit und damit das Unionsrecht verstößt.

Zu Recht?

Prüfen Sie den Sachverhalt aus unionsrechtlicher Perspektive!

a. Anwendungsbereich

a. Damit ein Sachverhalt vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit erfasst ist, müssen sowohl der sachliche (1.) als auch der persönliche Schutzbereich (2.) eröffnet sein. Darüber hinaus darf der Sachverhalt unter keine Ausnahme (3.) fallen und nicht durch einen Sekundärrechtsakt/lex specialis (4.) geregelt sein.

a.1.1. Der sachliche Schutzbereich setzt gemäß Art 56 Abs 1 AEUV (= Rechtsgrundlage) einen Sachverhalt voraus, der ein grenzüberschreitendes Element aufweist (= Tatbestandsmerkmal des sachlichen Schutzbereichs).

a.1.2. Die französische Skilehrerin Chloé geht von Frankreich nach St. Anton am Arlberg (= Österreich), um dort zu unterrichten. Es handelt sich im gegenständlichen Fall um einen Fall der aktiven Dienstleistungsfreiheit, da sich Chloé als Dienstleistungserbringerin zur Dienstleistungsabwicklung in einen anderen Mitgliedstaat (= Österreich) als demjenigen, in dem sie ansässig ist (= Frankreich), begibt. Es liegt somit ein grenzüberschreitendes Element vor, weil Chloé von Frankreich nach Österreich (= anderer Mitgliedstaat der Union) geht, um dort das Skifahren zu lehren (= Subsumption samt Begründung). Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.

a.2.1. Darüber hinaus bedarf es neben der Eröffnung des sachlichen Schutzbereiches (= grenzüberschreitendes Element) auch der Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs, also eine von einer Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates (1.) erbrachte Leistung gegen Entgelt (2.), dh einer vorübergehenden, wirtschaftlichen und selbständigen Erwerbstätigkeit (= Tatbestandsmerkmale einer Dienstleistung).

a.2.1. Als französische Staatsbürgerin besitzt Chloé jedenfalls die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates, da Frankreich Mitglied der Europäischen Union ist.

a.2.2. Chloé erbringt zudem eine Leistung gegen Entgelt (= Dienstleistung), da sie Unterricht (sie bringt Schülerinnen das Skifahren bei) gegen Entgelt anbietet. Daraus folgt das Vorliegen einer wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und damit einer auf Gewinn gerichteten Tätigkeit, da unstrittig ist, dass Chloé der Unterrichtstätigkeit zur Bestreitung

289 Angelehnt an EuGH 14.10.2004, Rs C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, ECLI:EU:C:2004:614.

Die folgenden Prüfschritte auf Ebene der Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit sind mit jenen im Rahmen der anderen Grundfreiheiten in ihren Grundzügen ident. Für allgemeine Ausführungen zu diesen Prüfschritten kann daher auf die vorangegangenen Kapitel (4–7) verwiesen werden. Die nachstehende, kurze Darstellung ist daher auf ein Minimum beschränkt und skizziert insbesondere die im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit bestehenden Besonderheiten.

c. Rechtfertigung

Auf Ebene der Rechtfertigung existieren, wie bei den übrigen Grundfreiheiten auch, geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.

Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe finden sich in Art 65 AEUV. Im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit sind daher Ungleichbehandlungen im Steuerrecht anerkannt (Art 65 Abs 1 lit a AEUV).

Achtung! Maßnahmen im nationalen Steuerrecht, wonach Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalort unterschiedlich behandelt werden, sind dem folgend uU erlaubt. Die im Steuerrecht anerkannten Anknüpfungspunkte für sich aus dem nationalen Steuerrecht ergebende Rechte und Pflichten sind daher als mögliche Differenzierungskriterien anerkannt. Aus dieser Besonderheit des Steuerrechts ergeben sich Besonderheiten bei der Eingriffsprüfung (s dazu oben S 217 f), die sich auf Ebene der Rechtfertigung fortsetzen. Wie bereits im Rahmen der Ausführungen zum Eingriffstatbestand erwähnt, wird auf eine ausführliche Darstellung der Prüfung steuerrechtlicher Maßnahmen, eben aufgrund der skizzierten Besonderheiten, in diesem Leitfaden verzichtet.

Weitere geschriebene Rechtfertigungsgründe sind: der Schutz der Rechtsordnung, Meldeverfahren und Ordre-Public-Maßnahmen (Art 65 Abs 1 lit b AEUV).

Achtung! Zu beachten gilt, dass – anders als im Kontext der Warenverkehrsfreiheit (vgl S 47 f) – die Unterscheidung, wonach nur bestimmte Maßnahmen durch „zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses“ (daher: ungeschriebene Rechtfertigungsgründe) gerechtfertigt werden können, im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit von Bedeutung ist. So sind durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses lediglich unterschiedslos geltende Beschränkungen rechtfertigbar,³⁰⁰ während diskriminierende Maßnahmen (idR und bei Beachtung der Besonderheiten von steuerrechtlichen Maßnahmen) nur nach Maßgabe der geschriebenen Rechtfertigungsgründe gemäß Art 65 AEUV gerechtfertigt werden können.³⁰¹

300 Vgl zB EuGH 15.5.2003, Rs C-300/01, *Salzmann*, ECLI:EU:C:2003:283, Rz 44; EuGH 5.3.2002, Rs C-515/99, *Reisch ua*, ECLI:EU:C:2002:135, Rz 33; EuGH 1.7.1999, Rs C-302/97, *Konle*, ECLI:EU:C:1999:271, Rz 40. Zum Thema der Beschränkung vom Erwerb von Immobilien: *Zelger/Abt*, Wohnungsnot in Europa – *what now?* Eine Analyse der unionsrechtlichen (Un)Möglichkeiten als Beitrag zur Lösung der Krise, EuR 2024, 136 mit umfassenden Nachweisen auf die einschlägige Literatur.

301 Vgl zB EuGH 4.6.2002, Rs C-367/98, *Kommission/Portugal*, ECLI:EU:C:2002:326, Rz 49; *Barnard*, *Substantive Law*⁷ (2022) 539.