

Fabian Dammann

Diskriminierungen im Bereich der Grundfreiheiten  
und deren Rechtfertigung aus zwingenden  
Gründen des Allgemeininteresses





Heidelberger Schriften  
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Band 85

Fabian Dammann

Diskriminierungen im Bereich der Grundfreiheiten  
und deren Rechtfertigung aus zwingenden  
Gründen des Allgemeininteresses



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5236-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9416-2 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mai 2018 berücksichtigt werden.

Ich bedanke mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Peter-Christian Müller-Graff* für die Betreuung und für die Erlaubnis, dieses Werk in den Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht zu veröffentlichen. Ebenso möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. *Christian Baldus* für das hilfreiche Zweitgutachten bedanken.

Mein besonderer Dank gilt weiterhin meinen "Doktorkollegen" und Freunden *Claudia Dressing* und *Fabian Herbst*, die während meiner Promotionszeit bei unzähligen Kaffeepausen immer ein offenes Ohr für mich hatten.

Schließlich möchte ich mich noch bei meiner Mutter Frau Dr. *Aglaja Sedelmeier* und meinem Großvater Herrn *Klaus Sedelmeier* bedanken, die das Manuskript kritisch durchgesehen haben.

Berlin, im August 2018

Fabian Dammann



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	5
Erstes Kapitel: Das Diskriminierungsverbot im grundfreiheitlichen Kontext	23
I. Diskriminierungsbegriff	24
1. Der Begriff der Diskriminierung im Wortlaut der Verträge	24
2. Diskriminierung als Differenzierung	26
3. Diskriminierung als Benachteiligung	28
4. Die »Vergleichbarkeit« der verglichenen Gruppen	31
a. Vergleichbarkeit in der Rechtsprechung des EuGHs	32
b. Feststellung vergleichbarer Sachverhalte	35
(1) Tatbestand der Verbotsnorm	36
(2) Die diskriminierende Maßnahme als Bezugspunkt	38
c. Zwischenergebnis	40
5. »Rechtfertigung« als Teil des Diskriminierungsbegriffs?	41
a. Das Verhältnis von Vergleichbarkeit und Rechtfertigung	41
b. Die formale Anknüpfung der Rechtfertigungsprüfung	44
6. Gleichbehandlung von Ungleichen?	45
7. Zusammenfassung	47
II. Konkretisierung des Diskriminierungsbegriffs im Normzusammenhang der Grundfreiheiten	47
1. Diskriminierung von Gesellschaften	48
a. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Gesellschaften	48
b. »Staatszugehörigkeit« von Gesellschaften	49
2. Diskriminierungen durch den Herkunftsstaat – Erweiterung der verbotenen Differenzierungskriterien?	52
a. Diskriminierung bei Wegzug bzw. Export	53
b. Rückkehrer-Fälle	59
c. Diskriminierung passiver Marktteilnehmer durch inländische Regelungen?	62
d. Schlechterstellung inländischer Sachverhalte	64
e. Zwischenergebnis	66



III.	Diskriminierungsformen: Offene und verdeckte Ungleichbehandlungen	66
1.	Verbotenes Differenzierungsmerkmal als Anknüpfungspunkt (offene Diskriminierungen)	67
2.	Verdeckte bzw. mittelbare Diskriminierungen in Primärrecht und Rechtsprechung	69
3.	Voraussetzungen einer verdeckten Diskriminierung	70
a.	»Verdächtige« Unterscheidungskriterien	71
b.	Faktische Differenzierungen: Ungleiche tatsächliche Belastungswirkung	73
c.	Zwischenergebnis	77
IV.	Die Auslegung des Diskriminierungsverbots in den einzelnen Vorschriften	78
1.	Die Arbeitnehmerfreizügigkeit als Diskriminierungsverbot, Art. 45 AEUV	78
2.	Die Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungsverbot, Art. 49 AEUV	81
3.	Die Warenverkehrsfreiheit als Diskriminierungsverbot, Art. 34 f. AEUV	82
a.	Warenherkunft als verbotenes Differenzierungskriterium, Art. 34 AEUV	82
b.	Warendestination als verbotenes Differenzierungskriterium, Art. 35 AEUV	83
4.	Die Kapitalverkehrsfreiheit als Diskriminierungsverbot, Art. 63 AEUV	84
a.	Staatsangehörigkeit des Kapitalanlegers?	85
b.	Kapitalanlageort?	86
c.	Ansässigkeit?	87
5.	Die Dienstleistungsfreiheit als Diskriminierungsverbot	88
a.	Staatsangehörigkeit	88
b.	Herkunft der Dienstleistung?	89
c.	Ansässigkeit?	91
d.	Zwischenergebnis zur Dienstleistungsfreiheit	92
V.	Zusammenfassung: Diskriminierungsbegriff	93
Kapitel 2: Geschriebene Rechtfertigungsgründe und sog. zwingende Erfordernisse		95
I.	Die vertraglichen Rechtfertigungsgründe	95
1.	Funktion und Inhalt der vertraglichen Rechtfertigungsgründe	95
2.	Die »enge« Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe durch den EuGH	97

3.	Integration der zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses in den Tatbestand der Ausnahmeregelungen, insb. die öffentliche Ordnung?	99
II.	Die »ungeschriebenen« Rechtfertigungsgründe	100
1.	»Gründe des Allgemeininteresses« – das Urteil <i>van Binsbergen</i>	100
2.	»Zwingende Erfordernisse« – das Urteil <i>Cassis-de-Dijon</i>	101
3.	»Übertragung« auf andere Grundfreiheiten	102
4.	Allgemeine grundfreiheitsübergreifende Voraussetzungen	103
5.	Die »unterschiedslos anwendbare« bzw. »nichtdiskriminierende« Maßnahme – Eine Bestandsaufnahme	104
a.	Begriffliche Vorklärung	104
b.	Rechtfertigung verdeckter Diskriminierungen?	105
6.	Abweichungstendenzen in der Rechtsprechung zur Rechtfertigung offen diskriminierender Maßnahmen	108
a.	Rechtfertigung aus Gründen des Umweltschutzes	108
(1)	Rs. C-2/90 (Wallonischer Abfall)	109
(2)	Rs. C-203/96 (Dusseldorp)	111
(3)	Rs. C-389/96 (Aher-Waggon)	112
(4)	Rs. C-379/98 (PreussenElektra)	113
(5)	Rs. C-320/03 u. C-28/09 (Kommission/Österreich)	115
(6)	Rs. C-524/07 (Kommission/Österreich)	116
(7)	Verb. Rs. C-204 bis 208/12 (Essent Belgium) u. Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft)	117
b.	Rechtfertigung aus Gründen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs	118
(1)	Rs. 113/80 (Kommission/Irland)	119
(2)	Rs. 16/83 (Prantl)	120
(3)	Rs. C-240/95 (Schmit)	120
(4)	Rs. C-410/96 (Ambry)	121
(5)	Rs. C-577/10 (Kommission/Belgien)	122
c.	Rechtfertigung aus Gründen der sozialen Sicherheit	124
(1)	Rs. C-120/95 (Decker) und C- 158/96 (Kohll)	125
(2)	Rs. C-368/98 (Vanbraekel) und Folgerechtsprechung	127
(3)	Rs. C-255/09 (Kommission/Portugal)	128
d.	Rechtfertigung im Bereich des Steuerrechts	130
(1)	Rs. C-204/90 (Bachmann) und C-484/93 (Svensson)	130
(2)	Rs. C-250/95 (Futura Participations)	132
(3)	Rs. C-118/96 (Safir)	134
(4)	Rs. C-264/96 (ICI)	135
(5)	Rs. C-18/95 (Terhoeve)	136

(6) Rs. C-55/98 (Vestergaard)	137
(7) Rs. C-136/00 (Danner)	138
(8) C-422/01 (Ramstedt)	139
(9) C-150/04 (Kommission/Dänemark)	140
(10) C-105/07 (Lammers)	141
(11) Rs. C-371/10 (National Grid Indus)	143
e. Rechtfertigung im Bereich des Gesellschaftsrechts	144
(1) Rs. C-212/97 (Centros)	144
(2) Rs. C-208/00 (Überseering)	146
(3) Rs. C-411/03 (Sevic)	148
(4) Rs. C-378/10 (Vale)	149
f. Sonstige Rechtfertigungsgründe	150
(1) Rs. C-415/93 (Bosman)	150
(2) Rs. C-101/94 (Kommission/Italien)	151
(3) Rs. C-42/02 (Lindman)	152
(4) Rs. C-54/05 (Kommission/Finnland) und C-297/05 (Kommission/Niederlande)	153
(5) Rs. C-531/07 (LIBRO)	153
(6) Rs. C-87/13 (X) u. C-133/13 (Q)	154
g. Zwischenergebnis	156

Kapitel 3: Das Dogma der unterschiedslos anwendbaren  
Maßnahmen – Kategoriale Unterscheidung offener und  
verdeckter Diskriminierungen 161

I. Methode der Primärrechtsauslegung	162
1. Mehrsprachigkeit und Normtextgrenze	164
2. Das systematische Argument	166
3. Argumentation mit dem »Willen« der Vertragsparteien?	167
4. Rechtsvergleichende Auslegung	169
5. Das teleologische Argument	170
a. Zielbindung – Die Funktionalität des EU-Rechts	171
b. Effektive Zielverwirklichung – das »effet-utile«-Prinzip	173
c. Teleologische Auslegung und Rechtsfortbildung	174
6. Der Verweis auf frühere Rechtsprechung	176
7. Zwischenergebnis	177
II. Der Wortlaut der Ausnahmenvorschriften	179
III. Die historische Entwicklung	180
IV. Das Verhältnis zu den geschriebenen Rechtfertigungsgründen	183
1. Formelle Unterscheidung zwischen geschriebenen Rechtfertigungsgründen und zwingenden Erfordernissen?	184

a.	Zwingende Erfordernisse als tatbestandsausschließende Allgemeinwohlinteressen	184
b.	Kritik	185
c.	Zwingende Erfordernisse als außertatbestandliche Rechtfertigungsgründe	186
2.	Materielle Unterschiede zwischen geschriebenen Rechtfertigungsgründen und zwingenden Gründen des Allgemeinwohls	187
a.	Inhaltliche Unterschiede?	187
(1)	»Richterliche Rechtsschöpfung«?	188
(2)	Mitgliedstaatliche Interessen	189
(3)	»Rule of Reason«	191
(4)	Primärrechtlich legitimierte Interessen	192
(5)	Keine »wirtschaftlichen« Interessen?	195
(6)	Zwischenergebnis	196
b.	Unterschiedliche Wertigkeit?	197
3.	Abschließende Auslegung der »geschriebenen« Rechtfertigungsgründe?	199
V.	Teleologische Argumente	201
1.	Funktion und Grenzen der Grundfreiheiten – Das Binnenmarktkonzept	202
2.	Die Abgrenzung zwischen offenen und verdeckten Diskriminierungen	203
a.	Diskriminierung von Gesellschaften	204
b.	Beeinträchtigungen durch den Herkunftsstaat	206
3.	Offene Diskriminierungen »wiegen besonders schwer«	207
4.	Kohärente Auslegung der Grundfreiheiten	208
VI.	Zwischenergebnis	210
Kapitel 4: Der Anwendungsbereich der zwingenden Erfordernisse		211
I.	Privilegierung einzelner Rechtfertigungsgründe	211
1.	Privilegierung des Umweltschutzes?	212
2.	Besondere Sensibilität im Steuerrecht?	213
a.	Sonderstellung steuerrechtlicher Maßnahmen im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit	214
b.	Privilegierung steuerrechtlicher Rechtfertigungsgründe?	214
c.	Abgrenzung zwischen Vergleichbarkeits- und Rechtfertigungsprüfung	218
3.	Sonderstellung des Sports?	219
4.	Zusammenfassung	221

II.	Unterscheidung zwischen den verbotenen Differenzierungskriterien: Ausschluss offener Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit?	221
1.	Kategorisch verbotene mitgliedstaatliche Maßnahmen	222
2.	Vergleich mit Art 18 I AEUV	223
3.	Zwischenergebnis	227
III.	Strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung bei offenen Diskriminierungen	229
1.	Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als primärrechtlicher Rechtsgrundsatz	229
2.	Inhalt der Verhältnismäßigkeitsprüfung	231
a.	Geeignetheit	233
b.	Erforderlichkeit	234
c.	Abwägung zwischen Mittel und Zweck?	236
3.	»Strengere« Verhältnismäßigkeitsprüfung	240
4.	Beweislast und Prognoseentscheidungen	241
5.	Zwischenergebnis zur Verhältnismäßigkeitsprüfung	244
IV.	Stringente Verhältnismäßigkeitsprüfung statt grob schematischer Unterscheidung	245
V.	Zusammenfassung in Thesen	248
	Literaturverzeichnis	255

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht
AGP	Archiv für Geschichte der Philosophie
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
CMLRev.	Common Market Law Review
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
Ders./Dies.	Derselbe/Dieselbe
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EBLRev.	European Business Law Review
EC Tax Rev.	EC Tax Review
ELJ	European Law Journal
ELRev.	European Law Review
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA/in	Generalanwalt/-anwältin
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Gem.	Gemäß

## *Abkürzungsverzeichnis*

GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IStR	Internationales Steuerrecht – Zeitschrift für europäische und internationale Steuer- und Wirtschaftsberatung
Jhd.	Jahrhundert
JIR	Jahrbuch für internationales Recht
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
n. n. v.	noch nicht veröffentlicht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAE	Revue des Affaires Européennes
Rdnr.	Randnummer
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RUE	Revue de l'Union Européenne
Slg.	Sammlung
UAbs.	Unterabsatz
Verb. Rs.	Verbundene Rechtssachen
Vgl.	Vergleiche
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
YEL	Yearbook of European Law
ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Zit.	Zitiert





## Einleitung

Die vorliegende Arbeit versteht sich als Beitrag zu einer transparenten und widerspruchsfreien Auslegung der Grundfreiheiten<sup>1</sup>. Trotz der umfangreichen EuGH-Rechtsprechung bleiben grundlegende Fragen zur grundfreiheitlichen Dogmatik weiterhin ungeklärt.<sup>2</sup> Dabei soll die Arbeit den zahlreichen Monographien, die versucht haben, systematisch die Rechtsprobleme im Bereich der Grundfreiheiten zu einer allgemeinen Dogmatik zusammenzufügen, keine weitere hinzufügen.<sup>3</sup> So kann etwa auf die für die Auslegung der Grundfreiheiten entscheidende Frage, wie grundfreiheitsrelevante Beeinträchtigungen von den für die Grundfreiheiten irrelevanten sonstigen Hemmnissen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit abzugrenzen sind, hier nur am Rande eingegangen werden.<sup>4</sup> Ziel ist es stattdessen, eine dogmatisch fundierte Antwort auf eine spezifische, grundfreiheitsübergreifende Frage zu liefern:

*Können diskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden?*

- 
- 1 Die Verwendung des Begriffs „Grundfreiheiten“ beschränkt sich (inzwischen) nicht mehr auf den deutschen Sprachraum und hat sich auch in der Rechtsprechung des EuGH etabliert, vgl. etwa EuGH, Rs. C-250/95 (*Futura Participations*), Slg. 1997, I-2473, Rdnr. 31; EuGH, Rs. C-176/96 (*Lehtonen*), Slg. 2000, I-2681, Rdnr. 42; EuGH, Rs. C-438/05 (*Viking Line*), Slg. 2007, I-10779, Rdnr. 59 „fundamental freedoms“, „libertés fondamentales“, „libertades fundamentales“; siehe etwa *Tryfonidou*, ELRev. 2010, 36 ff.; *Picod*, RAE 2014, 669 (670).
  - 2 Für eine stärkere Dogmatik im Unionsrecht plädieren etwa *Kühling/Lieth*, EuR 2003, 371 (383 ff.).
  - 3 Vgl. etwa *Brigola*, System der EG-Grundfreiheiten, 2004; *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, 2002, S. 39-376; *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004; *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrecht, 2000; *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, 1999; *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999; *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, 2001; *Strassburger*, Dogmatik der EU-Grundfreiheiten, 2012; *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, 2013.
  - 4 Nach *Kingreen*, S. 82, das „Kardinalproblem“ der Grundfreiheitsauslegung, dazu Kapitel 1, III. 3. c.

Die Rechtsprechung zu dieser Frage ist inkonsequent bis widersprüchlich.<sup>5</sup> Die ursprüngliche Konzeption sah vor, dass der Anwendungsbereich der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses allein für nichtdiskriminierende Maßnahmen eröffnet ist.<sup>6</sup> Neuere Urteile wecken Zweifel, ob der EuGH weiterhin an dieser Einschränkung festhält.<sup>7</sup> Das Schrifttum beschränkt sich meist auf die Deutung der EuGH-Rechtsprechung zu dieser Frage. Seltener finden sich inhaltliche Argumente für oder gegen eine Ausweitung auf (offen) diskriminierende Maßnahmen. Die Palette reicht dabei von grundsätzlicher Ablehnung<sup>8</sup> über Zustimmung in begrenzten Fällen<sup>9</sup> bis hin zur vorsichtigen Befürwortung<sup>10</sup> eines einheitlichen Rechtfertigungsmaßstabs. Die praktischen Auswirkungen dieser Frage liegen auf der Hand: Ist eine Rechtfertigung diskriminierender Maßnahmen auch neben den ausdrücklich vertraglich normierten Ausnahmeklauseln möglich, erweitert sich (jedenfalls zunächst) der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten.

Die wissenschaftliche Diskussion zu dieser Frage leidet schon im Ansatz am fehlend eines Konsenses hinsichtlich der Begrifflichkeiten. Oft wird ein bestimmtes Diskriminierungsverständnis implizit zugrunde gelegt.<sup>11</sup> Diese begriffliche Unklarheit verwundert nicht. Das Diskriminie-

- 
- 5 So auch *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 890; *Meßerschmidt*, S. 144: „bleibt eine saubere rechtsdogmatische Konstruktion schuldig“; *Kühling/Lieth*, EuR 2003, 371 (378): „mangelnde dogmatische Klarheit“; *Mayer*, EuR 2003, 793 (808): „offen und ungeklärt“; *Epiney*, in: Ehlers (Hrsg.), § 8, Rdnr. 70: „nicht ganz konsistent“.
  - 6 Zuerst in EuGH, Rs. 788/79 (Gilli), Slg. 1980, 2071, Rdnr. 6; EuGH, Rs. 261/81 (Rau), Slg. 1982, 3961, Rdnr. 12; seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhardt), Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37.
  - 7 Vgl. dazu ausführlich unten, Kapitel 2, II. 6.
  - 8 Vgl. beispielhaft *Gundel*, JURA 2001, 79 (82); *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 56 AEUV, Rdnr. 44 f.; *Hatje*, JURA 2003, 160 (165); *Blanke/Böttner*, in: Niedobitek (Hrsg.), § 2, Rdnr. 328.
  - 9 Vgl. etwa *Lyal*, EC-Tax Rev. 2003, 68 (74); *Müller-Graff*, EuR Beiheft 1/02, 7 (54); *Mühl*, S. 168 ff., 354 ff.; ausführlich dazu unter Kapitel 4, I.
  - 10 So *Enchelmaier*, in: Oliver (Hrsg.), Free Movement of Goods, § 8.04 ff., S. 216-220; *Englisch*, Dividendenbesteuerung, 2005, S. 276 ff.; *Cordewener*, S. 150 ff.; *Middeke*, Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, 1994, S. 176 ff.; *Barnard*, ELRev. 2001, 35 (52 ff.); *Hindelang*, Free Movement of Capital, 2009, S. 257 ff.; *Prete*, LIEI 2008, 133 (152 ff.); zu Art. 18 I AEUV auch *Rossi*, EuR 2000, 197 (213 f.).
  - 11 So auch *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 68; *Hilson*, ELRev. 1999, 445: „curious lack of definitional precision“.

rungsverbot hat seinen Ursprung im Gleichheitssatz. Der genaue Inhalt des Gleichheitssatzes beschäftigt die Menschheit schon seit der Antike.<sup>12</sup> Die Pflicht zur Gleichbehandlung dessen, was Gleichbehandlung verdient, bedeutet schon an sich einen logischen Zirkelschluss.<sup>13</sup> So bedarf bereits die tatbestandliche Feststellung einer Diskriminierung im Unionsrecht einer Wertung, deren Maßstäbe nicht immer klar sind. Wissenschaftliche Auseinandersetzungen mit dem Diskriminierungsbegriff im Unionsrecht fanden sich zunächst nur vereinzelt.<sup>14</sup> Inzwischen haben mehrere Autoren versucht, dessen inhaltliche Voraussetzungen im Unionsrecht und auch speziell im Bereich der Grundfreiheiten herauszuarbeiten.<sup>15</sup>

Bei der Auseinandersetzung mit dem Diskriminierungsbegriff ist der Versuchung zu widerstehen, nationales Rechtsverständnis unbesehen auf unionsrechtliche Normen zu übertragen. Zwar haben nationales Recht und die Rechtsprechung nationaler Gerichte die Entwicklung des Unionsrechts und dessen Auslegung in weitem Maße beeinflusst.<sup>16</sup> Trotzdem hat sich im Unionsrecht eine ganz eigene Methodik entwickelt, die nicht notwendigerweise mit dem vertrauten nationalem Rechtsverständnis übereinstimmen muss.<sup>17</sup> So »übertragen« deutsche Monographien oft Diskussio-

- 
- 12 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1131a (20-25): „Vielmehr kommen Zank und Streit eben daher, dass entweder Gleiche nicht Gleiches oder nicht Gleiche Gleiches bekommen“; *Platon*, Phaidon, 74, 75; siehe dazu *Brown*, The Idea of Equality on the Phaedo, AGP 1972, S. 24 (32 ff.); vgl. auch zum Gerechten in der Staatsverfassung *Aristoteles*, Politik, 1280a 1.
- 13 So *Börner*, in: Ders./Carstens (Hrsg.), Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der EG, S. 215 (219).
- 14 Vgl. etwa *Bode*, Diskriminierungsverbote im EWG-Vertrag, 1968; *Feige*, Der Gleichheitssatz im Recht der EWG, 1973; *Sundberg-Weitman*, Discrimination on grounds of nationality, 1977; *Reitmaier*, Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, 1984; *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, 1990.
- 15 *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995; *Bell*, Anti-Discrimination Law and the European Union, 2002; *Meyer*, Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts, 2002; *Davies*, Nationality Discrimination in the European Internal Market, 2003; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, 2004; *Görlitz*, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten, 2005; *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005; *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, 2008; *Bammens*, The Principle of Non-Discrimination in International and European Tax Law, 2012, S. 495-1013.
- 16 Vgl. dazu Richter am EuGH *von Danwitz*, ZESAR 2008, 57 (58 ff.).
- 17 Vgl. etwa die dem Unionsrecht eigene Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Wege wertender Rechtsvergleichung; grundlegend EuGH, Rs. 7/56

nen zu Art. 3 I GG auf die europäische Ebene.<sup>18</sup> Auf solche Vergleiche soll hier weitgehend verzichtet werden. Sie bergen erstens die Gefahr, die möglichen Eigenheiten der unionalen Rechtsnormen zu übersehen. Zweitens besteht das Risiko, dass solche Bezugnahmen auf das nationale Recht – ohne dies zu beabsichtigen – geschlossene Diskurskreise in den einzelnen Mitgliedstaaten fördern.<sup>19</sup>

Nicht weniger problematisch ist die Einordnung der sog. »zwingenden Allgemeinwohlintereessen«. Obwohl diese inzwischen fast ein halbes Jahrhundert in der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten anerkannt sind, beschränkt sich die Auseinandersetzung in der Wissenschaft zumeist darauf, auf deren »richterrechtlichen« Ursprung zu verweisen, sodann die einzelnen vom EuGH anerkannten Interessen aufzuzählen und schließlich deren nichtabschließenden Charakter zu betonen.<sup>20</sup> Einzig die formelle Einordnung der Allgemeinwohlintereessen (immanente Tatbestandsschranke oder doch ungeschriebener Rechtfertigungsgrund?) hat das (deutsche) Schrifttum eine Zeit lang bewegt.<sup>21</sup> Für die vorliegende Untersuchung spielt jedoch weniger die formelle Einordnung der Allgemeinwohlintereessen eine Rolle als vielmehr deren inhaltlich und systematisch stimmiges Verhältnis zu den ausdrücklich vorgesehenen Rechtfertigungsgründen.

Da die zwingenden Allgemeininteressen entscheidend durch den EuGH »geprägt« wurden, stellen sie auch methodisch eine Herausforderung dar. Dabei lassen sich in der Literatur grob zwei Ansätze unterscheiden: Ent-

(Algera), Slg. 1957, 81, A. III.; *Daig* in FS-Zweigert, S. 395 (397 ff.); *Schroeder*, JuS 2004, 180 (183 f.); *Calliess*, NJW 2005, 929 (932); siehe zur rechtsvergleichenden Auslegung noch Kapitel 3, I. 4.

18 Siehe etwa *Görlitz*, Mittelbare Diskriminierungen, 2005, S.76 ff., der die „im Zusammenhang mit Art. 3 GG diskutierten grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich einer gleichheitsrechtlichen Verwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips“ für die Frage der „Zulässigkeit einer Heranziehung von Verhältnismäßigkeitsabwägungen gerade im Rahmen der besonderen Diskriminierungsverbote des EG-Vertrages“ fruchtbar machen will.

19 So auch *Kühling/Lieth*, EuR 2003, 371 (384); *Kingreen*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), S. 705 (709); zum „disziplinären Provinzialismus“ vgl. *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (1 f.).

20 Siehe aber ausführlich *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV, 1997; vgl. auch *Millarg*, Schranken des freien Warenverkehrs, 2001.

21 Vgl. dazu Kapitel 3, IV. 1.

weder beschränkt man sich »im Sinne einer Rechtsprechungskunde«<sup>22</sup> darauf, die Entscheidungen des EuGH auszuwerten und in einen möglichst widerspruchsfreien Zusammenhang zu bringen, oder man entwickelt eine »eigene« Dogmatik auf Grundlage des Vertragstexts und beurteilt die Entscheidungen dann an deren Maßstab.<sup>23</sup> Solcherlei Systematisierungsversuche bergen das Risiko, durch die Verwendung eigener Begrifflichkeiten Widersprüche in der EuGH-Rechtsprechung zu konstruieren, welche nicht zwingend bestehen.<sup>24</sup> Ebenso wenig lässt sich jedoch die EuGH-Rechtsprechung *allein* einer Auseinandersetzung mit dem Primärrecht zugrunde legen: Zum einen begründet der EuGH anders als etwa das deutsche Verfassungsgericht seine Auslegung oft nur bruchstückhaft. Zum anderen liegt es in der Eigenart des Vorabentscheidungsverfahrens, dass der EuGH nur die ihm gestellte Frage beantwortet. Teilweise übernimmt er daher die Terminologie, die die Verfahrensbeteiligten verwenden. Vorscheinbare Schlüsse auf ein bestimmtes Begriffsverständnis über das konkrete Urteil hinaus sind mithin nicht immer angebracht.<sup>25</sup>

Diese Arbeit versucht die Mitte zwischen beiden Ansätzen zu finden. Ausgangspunkt bilden sowohl der Vertragstext selbst als auch dessen Auslegung durch den EuGH. Lässt sich eine klare Rechtsprechungslinie erkennen und ist diese widerspruchsfrei zu begründen, so hat diese Auslegung Vorrang, auch wenn möglicherweise andere ebenso gut zu begründende Auslegungen des Vertragstexts möglich gewesen wären.<sup>26</sup> An den Stellen, an denen sich hingegen kein widerspruchsfreies Auslegungsergebnis erkennen lässt, muss eine eigenständige Auslegung der Primärrechtsnormen erfolgen, die jedoch die spezifischen methodischen Prämissen des EuGH zugrunde legt.

Aufbauend auf dem Gesagten gliedert sich die vorliegende Arbeit in vier Kapitel. Zunächst fokussiert sich die Untersuchung auf den Begriff der Diskriminierung in seiner Bedeutung in den Verträgen und in seiner

---

22 So *Bachmann*, AcP 2010, 424 (427); ausdrücklich für einen solchen Ansatz, *Mayer*, EuR 2003, 793 (794); *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, S. 12: „case study“.

23 Ausdrücklich (jedenfalls zunächst) „unter Außerachtlassung der Rechtsprechung“ etwa die Untersuchung von *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrecht, 2000, S. 27 f.

24 Vgl. *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, 1999, S. 40.

25 *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, 2004, S. 41.

26 Vgl. etwa die Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Ordnung“ in Art. 36 AEUV, dazu Kapitel 2, I. 3.

Auslegung durch den EuGH. Zweitens soll die Rechtsprechung des EuGH zu den geschriebenen Rechtfertigungsgründen und den »zwingenden Erfordernissen«, insbesondere die »Ausreißer«, analysiert werden. Das Für und Wider einer prinzipiellen Beschränkung der zwingenden Erfordernisse auf »nichtdiskriminierende« bzw. »unterschiedslos anwendbare Maßnahmen« wird dann in einem dritten Kapitel umfassend diskutiert. Dabei soll dieser Abschnitt die Erkenntnisse zum Diskriminierungsbegriff und zu den zwingenden Erfordernissen zusammenführen. Das abschließende vierte Kapitel beleuchtet die Konsequenzen einer Auslegung, nach der – jedenfalls prinzipiell – die zwingenden Erfordernisse auch »unterschiedlich anwendbare Maßnahmen« rechtfertigen können und zeigt mögliche Lösungswege auf.

## Erstes Kapitel: Das Diskriminierungsverbot im grundfreiheitlichen Kontext

Dieses erste Kapitel beinhaltet eine begriffliche Vorklärung auf *Tatbestandsebene* der Grundfreiheiten. Eine sinnvolle Auseinandersetzung mit dem Bearbeitungsthema erfordert vorab eine einheitliche und präzise Begriffsbestimmung. Es muss mit anderen Worten klar sein, was unter »Diskriminierung« bzw. »unterschiedlicher Anwendbarkeit« zu verstehen ist. Zwar mag der gleichheitsrechtliche Aspekt für den Tatbestand der Grundfreiheiten keine Rolle mehr spielen – der EuGH legt diese inzwischen einheitlich (auch) als freiheitsrechtliche Beschränkungsverbote aus.<sup>27</sup> Eine Diskriminierung ist somit nicht mehr zwingende Voraussetzung für einen Verstoß gegen Grundfreiheiten. Für eine mögliche Rechtfertigung bleibt die präzise Bestimmung des Diskriminierungsbegriffs jedoch weiter von Bedeutung. Denn der EuGH hat (jedenfalls nach »traditioneller« Rechtsprechung<sup>28</sup>) die Auflösung der Kategorien auf Tatbestandsseite auf Rechtfertigungsebene nicht nachvollzogen.

Die Untersuchung erfolgt in vier Schritten. *Erstens* soll – ausgehend vom Wortlaut der Verträge und der Rechtsprechung des EuGHs – der Begriff der Diskriminierung im Primärrecht unter Außerachtlassung der Eigenheiten der jeweiligen Normzusammenhänge untersucht werden. Wann liegt eine »Diskriminierung im Rechtssinne« vor? Welche Voraussetzungen lassen sich der Rechtsprechung des EuGHs entnehmen? Gehört etwa dazu, dass es sich um eine Ungleichbehandlung »vergleichbarer« Sachverhalte handelt? Nach welchem Maßstab ließe sich diese »Vergleichbarkeit« bestimmen? Muss die Ungleichbehandlung mit einem Nachteil ver-

---

27 Vgl. für die Warenverkehrsfreiheit zuerst in EuGH, Rs. 120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649, Rdnr. 8, 14; für die Dienstleistungsfreiheit spätestens in EuGH, Rs. C-76/90 (Säger), Slg. 1991, I-4221, Rdnr. 12; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 94 ff.; für die Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, Rdnr. 32; bestätigt für alle Grundfreiheiten in EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 17; für die Kapitalverkehrsfreiheit ausdrücklich erst in EuGH, Rs. C-367/98 (Goldene Aktie I), Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 44.

28 So *Brigola*, in: FS-Daues, S. 17 (41); diese ständige Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der zwingenden Erfordernisse und eventuell davon abweichende Urteile werden im nächsten Teil (Kapitel 2, II.) behandelt.



## *I. Diskriminierungsbegriff*

bunden sein? Setzt sie vielleicht sogar eine bestimmte subjektive Haltung des Benachteiligten voraus? Gehört zum Tatbestand der Diskriminierung, dass die Unterscheidung unsachlich, ja willkürlich ist? Kann es also überhaupt (unionsrechtlich) zulässige Diskriminierungen geben?

Diese allgemeinen Aussagen über den Diskriminierungsbegriff sollen dann *zweitens* mit Blick auf die in den Grundfreiheiten enthaltenen Diskriminierungsverbote konkretisiert werden. Es stellt sich die Frage, ob der Diskriminierungsbegriff im Hinblick auf Systematik und Zielsetzung der Grundfreiheiten in deren speziellem Normzusammenhang zu modifizieren ist. Eine Diskriminierung anhand welcher Kriterien verbieten die Grundfreiheiten? Kann auch der Herkunftsstaat seine eigenen Angehörigen diskriminieren? Lassen sich die Tabukriterien auch auf Gesellschaften anwenden?

*Drittens* stehen die konkreten diskriminierenden Maßnahmen im Mittelpunkt. Es geht also um die für diese Arbeit so überaus wichtigen Diskriminierungsformen. Kann eine mitgliedstaatliche Maßnahme auch dann diskriminieren, wenn sie nicht (ausdrücklich) auf Grund des verbotenen Differenzierungsmerkmals unterscheidet? Wie wären solche »versteckten«, »mittelbaren«, »faktischen« Ungleichbehandlungen von sonstigen Beschränkungen abzugrenzen?

*Viertens* und *letztens* sollen die Art. 34, 45, 49, 56 und 63 AEUV ausgehend von den gewonnenen Erkenntnissen und unter kritischer Würdigung der Rechtsprechung ausgelegt werden.

### *I. Diskriminierungsbegriff*

#### *1. Der Begriff der Diskriminierung im Wortlaut der Verträge*

Der Diskriminierungsbegriff ist ein »Zentralbegriff des EU-Rechts«<sup>29</sup>. Die Verträge verwenden ihn in den unterschiedlichsten Normzusammenhängen. Nichtdiskriminierung zeichnet gem. Art. 2 S. 2 EUV die Wertegemeinschaft der Mitgliedstaaten der Union aus. Bekämpfung von »sozialer Ausgrenzung und Diskriminierung« ist nach Art. 3 III UAbs. 2 AEUV *Ziel* der Union. Gem. der Querschnittsklausel des Art. 10 AEUV zielt die Union dabei insbesondere darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der

---

29 Streinz, in: Ders. (Hrsg.), Art. 18 AEUV, Rdnr. 4.

Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Direkt nach den Grundsätzen der Union schließt zudem im Ausführungsvertrag ein zweiter Teil an, der »Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft« betitelt ist. Darin statuiert Art. 18 I AEUV als einleitende Norm, dass im Anwendungsbereich der Verträge »jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten« ist. Gem. Art. 18 II, 19 I AEUV hat die Union die Kompetenz, Regelungen für das Verbot bestimmter Diskriminierungen zu erlassen.

Diskriminierungsverbote durchziehen weiterhin sämtliche Sachgebiete des Unionsrechts. So müssen die Mitgliedstaaten gem. Art. 37 I AEUV ihre staatlichen Handelsmonopole derart ausgestalten, dass »jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist«. Im Bereich der Landwirtschaft verbietet Art. 40 II 2 AEUV jede Diskriminierung zwischen Erzeugern oder Verbrauchern innerhalb der Union. Auch im Sachbereich »Verkehr« enthält Art. 95 I AEUV ein Diskriminierungsverbot von Gütern je nach ihrem Herkunfts- oder Bestimmungsort. Im Beihilfenrecht sind gem. Art. 107 II lit. a AEUV bestimmte Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie »ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren« gewährt werden. Art. 157 I AEUV verbietet zudem Diskriminierungen hinsichtlich des Arbeitsentgelts aufgrund des Geschlechts.

Erwartet man nun eine ähnlich prominente Betonung des Diskriminierungsbegriffs im Bereich der Grundfreiheiten, so wird man (zumindest in der deutschen Fassung) auf den ersten Blick enttäuscht: Ausdrücklich findet sich der Begriff »Diskriminierung« nämlich nur in Art. 36 S. 2 AEUV und in Art 65 III AEUV. Danach dürfen Beschränkungen der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit kein »Mittel zur willkürlichen Diskriminierung« darstellen. Allerdings umfasst die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 II AEUV die »Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung«.<sup>30</sup> Die Art. 49 II und Art. 57 III AEUV gewähren nach ihrem Wortlaut ein Recht auf Gleichbehandlung mit Inländern<sup>31</sup>. Für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit enthält zudem

---

30 Deutlicher sind hier etwa die englische („discrimination based on nationality“), die französische („discrimination, fondée sur la nationalité“) oder die spanische Fassung („discriminación por razon de la nacionalidad“).

31 Dazu, dass Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot tatsächlich nur unterschiedliche Formulierungen des gleichen materiellen Grundsatzes sind, vgl. *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 590 f.; *Bode*, S. 6; *Mohn*,

der Wortlaut der Art. 51, 62 AEUV einen Hinweis, nach denen in diesen Bereichen eine »Sonderregelung für Ausländer« aus bestimmten Gründen gerechtfertigt werden kann. Insofern verwundert es nicht, dass der EuGH von Anfang an alle Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote ausgelegt hat.<sup>32</sup>

Dass der Diskriminierungsbegriff in so unterschiedlichen Sachbereichen Anwendung findet, deutet schon darauf hin, dass ihm materiell nur eine geringe Aussagekraft zukommt, sobald man ihn aus seinem jeweiligen Normzusammenhang löst.<sup>33</sup> Trotzdem sollen im Folgenden unter Zugrundelegung der EuGH-Rechtsprechung die allgemeinen Voraussetzungen für die Annahme einer Diskriminierung herausgefiltert und die angeblichen von den wirklichen Tatbestandsmerkmalen abgegrenzt werden.

## 2. Diskriminierung als Differenzierung

Richtet man den Blick zunächst auf die Wortherkunft, so bedeutet »Diskriminierung« nichts anderes als Ungleichbehandlung. Der Begriff »Diskriminierung« geht auf das lateinische Wort »discriminare« zurück, welches man mit »trennen, unterscheiden, unterschiedlich behandeln« übersetzen kann.<sup>34</sup> Eine (negative) Wertung liegt darin noch nicht. Insoweit ist der Begriff noch gleichzusetzen mit der »Differenzierung«.<sup>35</sup>

Eine solche »Ungleichbehandlung« setzen auch die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote voraus. Schon dieses – konsensfähige – Merkmal des Diskriminierungsbegriffs führt in der Anwendung zu Schwierigkeiten. So muss die Ungleichbehandlung *singulär von einem Hoheitsträger ausgehen*. Mit den Worten des EuGH sind »Unterschiede in der Behandlung und Verzerrungen, die sich [...] aus Unterschieden zwischen den Rechtsordnungen [...] ergeben«, vom Diskriminierungsbegriff nicht

S. 3; GA Cosmas, Schlussanträge in der Rs. C-411/98 (Ferlini), Slg. 2000, I-8081, Rdnr. 40.

32 Vgl. zur Auslegung der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote außerdem die Ausführungen unter Kapitel 1, IV.

33 So schon *Feige*, S. 13.

34 Der Begriff „discriminare“ setzt sich wiederum aus dem Nomen „discrimen“ (trennender Zwischenraum, Unterschied) und dem Verb „cernere“ (scheiden) zusammen; vgl. *Drosdowski (Hrsg.)*, DUDEN-Band 7 „Etymologie“, 5. Aufl. 2014, Stichwort: Diskriminierung und Stichwort: Dezerent, vgl. zur Etymologie auch *Plötscher*, S. 26 ff.; *Bammens*, S. 3 f.

35 Vgl. etwa *Bode*, S. 4.

erfasst.<sup>36</sup> Ob und wie sich Maßnahmen anderer Hoheitsträger auf die verglichenen Sachverhalte auswirken, ist also für die Frage nach der ungleichen Behandlung durch eine nationale Regelung grundsätzlich unbeachtlich.<sup>37</sup> Ein Mitgliedstaat muss also Regelungen anderer Mitgliedstaaten (jedenfalls im Rahmen des Diskriminierungsverbots) nicht berücksichtigen, kann sich gleichzeitig aber auch nicht auf »Ausgleich« durch fremde Regelungen berufen.<sup>38</sup> In Anbetracht dessen erscheint es widersprüchlich, eine Vorschrift als (verdeckt) diskriminierend einzuordnen, nur weil EU-Ausländer bereits einer ähnlichen, belastenden Regelung ihres Herkunftsstaats unterworfen sind.<sup>39</sup> Denn »durch die Hintertür« bezieht man dann doch die Regelung eines anderen Hoheitsträgers wieder in die Prüfung mit ein. Diese Doppelbelastungsfälle sollen im weiteren Verlauf der Untersuchung noch vertieft untersucht werden.<sup>40</sup> An dieser Stelle ist dann auch der übergeordneten Frage nachzugehen, ob man eine Ungleichbehandlung auch dann annehmen kann, wenn die Norm zwar rechtlich beide Vergleichsgruppen gleichbehandelt, jedoch in der tatsächlichen Wirkung eine Gruppe benachteiligt.<sup>41</sup>

---

36 So schon EuGH, Rs. 14/68 (Walt Wilhelm), Slg. 1969, 1, Rdnr. 13; seitdem ständ. Rspr., vgl. EuGH, Rs. 155/80 (Oebel), Slg. 1981, 1993, Rdnr. 9; EuGH, Rs. 308/86 (Lambert), Slg. 1988, 4369, Rdnr. 21; EuGH, Rs. C-177/94 (Perfili), Slg. 1996, I-161, Rdnr. 17-19; EuGH, Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421, Rdnr. 34; EuGH, Rs. C-565/08 (Kommission/Italien), Slg. 2011, I-2101, Rdnr. 49. Auch die Erforderlichkeit einer Maßnahme kann nicht deswegen in Zweifel gezogen werden, weil ein anderer Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlassen hat; siehe nur EuGH, Rs. C-384/93 (Alpine Investment), Slg. 1995, I-1141, Rdnr. 51; EuGH, Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa), Slg. 2009, I-7633, Rdnr. 58.

37 Die dogmatische Verankerung dieser Problematik ist allerdings umstritten, wie hier *Mohn*, S. 104 f.; für eine Verankerung in der Vergleichbarkeitsprüfung siehe etwa *Görlitz*, S. 74 mit Fn. 274.

38 So deutlich GA Mischo, Schlussanträge in der Rs. C-204/90 (Bachmann), Slg. 1992, 249, Rdnr. 10; s. a. *Englisch*, S. 240; *Fastenrath*, JZ 1987, 170 (173 ff.).

39 Einige Entscheidungen des Gerichtshofs scheinen in diese Richtung zu gehen, siehe EuGH, Rs. 62/81 (Seco), Slg. 1982, 223, Rdnr. 7-9; missverständlich auch EuGH, Rs. 110/78 (van Wesemael), Slg. 1979, 35, Rdnr. 27-29; man kann diese Urteile allerdings auch als erste Anzeichen für ein Verständnis der Grundfreiheiten sehen, nach dem auch nichtdiskriminierende Beschränkungen tatbestandlich von ihnen erfasst werden, so etwa *Tobler*, S.153 f.

40 Im Rahmen der Auseinandersetzung mit den Diskriminierungsformen, siehe Kapitel 1, III.

41 Teilweise wird in diesen Fällen allgemein eine verdeckte Diskriminierung angenommen, vgl. Kapitel 1, III. 3. b.