

# JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

- must know** Die Strafgesetznovelle 2017  
Wissenswertes zum Missbrauch der Amtsgewalt  
Geltendmachung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen  
Grundzüge der gleitenden Arbeitszeit  
Die „vereinfachte Gründung“  
Gleichstellung im Aufsichtsrat
- Judikatur** Kein Recht des biologischen Vaters, in jedem Fall die Feststellung der Abstammung im Rahmen des Kontaktrechtsverfahrens zu erwirken
- Musterfall** Römisches Recht, Strafrecht, Europarecht und Bürgerliches Recht

**Redaktionsleitung**  
Verena T. Halbwachs

**Redaktion**  
Florian Burger  
Ulrike Frauenberger-Pfeiler  
Thomas Klicka  
Roman Alexander Rauter  
Alexander Reidinger  
Hannes Schütz  
Eva Schulev-Steindl

**Korrespondenten**  
Erwin Bernat  
Christoph Grabenwarter  
Friedrich Harrer  
Ferdinand Kerschner  
Alexander Schopper

2017/2018

**02**

**MANZ** 

ISSN 1022-9426

📎 Meine Notizen:

Prüfer: Thomas Jaeger

# FÜM I (Europarecht)

Wien, 27. Juni 2017

## SACHVERHALT

### 1. Frage (2P):

In welche zwei Hauptgruppen lassen sich die Formen möglichen Marktmissbrauchs teilen (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)?

### 2. Frage (6P):

Das Europäische Parlament setzt sich aus den Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen.

- Auf wie viele Jahre werden die Mitglieder des Europäischen Parlaments gewählt? (1P)
- Wie ist das Europäische Parlament in die Bestimmung des Präsidenten der Europäischen Kommission involviert? (1P)
- Wie kann das Europäische Parlament die Amtsniederlegung der Europäischen Kommission bewirken? (1P)
- Der EU-Haushalt finanziert sich aus einem Mix unterschiedlicher Quellen. Nennen Sie zwei dieser Quellen! Nennen Sie auch eine Aufgabe, die dem Europäischen Parlament im Zusammenhang mit dem EU-Haushalt zukommt! (3P)

### 3. Frage (5P):

Nehmen Sie zu folgenden Aussagen Stellung und geben Sie an, ob diese richtig oder falsch sind. Begründen Sie Ihre Antwort!

- Durch die unionsrechtskonforme Auslegung kann im Extremfall eine (kriminal- oder verwaltungs)strafrechtliche Verantwortlichkeit Einzelner begründet werden. (1P)
- Behörden und Gerichte sind niemals verpflichtet, einen bestandskräftigen Bescheid oder ein Urteil zurückzunehmen, wenn sich später deren Unvereinbarkeit mit Unionsrecht herausstellt. (1P)
- Ob ein mit einem EU-Rechtsakt in Konflikt stehendes nationales Gesetz absolut oder relativ nichtig ist, entscheidet alleine die nationale Rechtsordnung und wird vom Prinzip des Vorrangs nicht geregelt. (1P)
- Der Begriff des Staates im Unionsrecht umfasst nicht nur Träger der Hoheitsverwaltung wie zB Bund oder Länder, sondern – unabhängig von der konkreten Rechtsform – auch jede Einrichtung, über die ein Träger der Hoheitsverwaltung Kontrolle ausübt oder der die öffentliche Hand besondere Rechte verliehen hat. (1P)
- Verschulden ist keine Voraussetzung für die Staatshaftung. (1P)

### 4. Frage (4P):

Der Begriff des Rechtsetzungsverfahrens bezieht sich im Regelfall auf die Erzeugung von Sekundärrecht iSd Art 288 AEUV.

- Die sogenannten besonderen Gesetzgebungsverfahren sehen im Vergleich zu dem sogenannten ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Abweichungen vor. Nennen Sie ein Beispiel für eine solche Abweichung! (1P)
- Für eine Verordnung kommen die erforderlichen Mehrheiten im Rat nicht zustande. Neun Mitgliedstaaten finden dies sehr schade. Was können diese nun versuchen? (1P)
- Es soll eine auf Art 83 Abs 2 AEUV gestützte Richtlinie zur Angleichung der nationalen Strafrechtsvorschriften erlassen werden. Ein Mitgliedstaat findet allerdings, dass hierdurch „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung“ bedroht sind. Was kann er nun versuchen? (1P)
- Definieren Sie den Begriff „atypischer Rechtsakt“ oder nennen Sie ein Beispiel für einen solchen! (1P)

## 5. Frage (6P):

 Meine Notizen:

Die EU erließ kürzlich eine Verordnung über den Handel mit Robbenerzeugnissen. Diese sieht vor, dass der Handel mit Robbenerzeugnissen in der EU gänzlich verboten sein soll. Ein schwedisches Unternehmen verarbeitet und vertreibt bereits seit vielen Jahren Textilien aus Robbenhäuten und -fellen in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Durch die neue Verordnung sieht das Unternehmen seine Existenzgrundlage gefährdet. Es überlegt, gerichtliche Schritte einzuleiten.<sup>1)</sup>

- a. Welche Klage ist hier grundsätzlich einschlägig? Wo ist diese normiert? (1P)
- b. Ist das Unternehmen aktivlegitimiert? Nennen und erklären Sie die in diesem Fall einschlägigen Voraussetzungen und begründen Sie, ob diese vorliegen oder nicht. (4P)
- c. Da auch die Ausnahmebestimmungen für traditionelle Volksgruppen in dieser Verordnung eng ausgefallen sind, kündigt die Europäische Kommission in einer Stellungnahme an, diesbezüglich starke Lockerungen zu überlegen. Österreich findet dies skandalös und möchte klagen. Was muss Österreich beachten? (1P)

## 6. Frage (7P):

Herr Mag. Moretti, ein in Italien wohnender italienischer Staatsangehöriger, dessen Muttersprache auch Deutsch ist, bewirbt sich nach seinem Studium in Österreich bei einer privaten Bank in Bozen (Italien) als Bankangestellter. Für die Zulassung zu dem Auswahlverfahren ist zwingend die Vorlage einer bestimmten Bescheinigung über die Zweisprachigkeit (Italienisch/Deutsch) erforderlich. Diese wird nur von der öffentlichen Verwaltung an einem einzigen Prüfungsort in Bozen und nur einmal im Jahr ausgestellt. Personen mit Wohnsitz in Bozen beschaffen sich diese Bescheinigung standardmäßig iR der Ausbildung. Herr Mag. Moretti verwendet ein anderes Sprachzertifikat. In der Folge darf er am Auswahlverfahren nicht teilnehmen. Er ist der Auffassung, dass diese Bedingung im Widerspruch zu Unionsrecht steht.<sup>2)</sup>

- a. Gegen welche Grundfreiheit könnte hier verstoßen worden sein? Begründen Sie dies anhand der Sachverhaltselemente! (2P)
- b. Kann sich Herr Mag. Moretti in diesem Fall auf diese Bestimmung berufen? Was könnte hier ein Problem darstellen? (2P)
- c. Wodurch ist hier der Auslandsbezug (Zwischenstaatlichkeitsschwelle) gegeben? (1P)
- d. Liegt eine Diskriminierung oder eine Beschränkung vor? Begründen Sie! (2P)

**Schwerpunkte:** Europäische und internationale Grundlagen des Rechts; Einführung in das Europarecht – Europäisches Verfassungsrecht (maximal 30 Punkte)

## MUSTERLÖSUNG<sup>3)</sup>

Von Suzan Topal-Gökceli und Agnes Balthasar-Wach

### 1. Frage (2P):

Das Missbrauchsverbot des Art 102 AEUV soll in Bezug auf marktbeherrschende Unternehmen den Mangel an Wettbewerb ausgleichen. So verbietet Art 102 AEUV Unternehmen jede missbräuchliche Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung und nennt beispielhaft einige typische Missbrauchsfälle. Im Einzelnen werden die verbotenen Verhaltensweisen in die Fallgruppen „Behinderungsmissbrauch“ und „Ausbeutungsmissbrauch“ unterteilt.<sup>4)</sup> →

1) Modell für diesen Sachverhalt war die Rs EuGH 3. 10. 2013, C-583/11 P, *Inuit*.

2) Modell für diesen Sachverhalt war die Rs EuGH 6. 6. 2000, C-281/98, *Angonese*.

3) Diese Musterlösung wurde in Abstimmung mit dem Prüfer, Univ.-Prof. Dr. *Thomas Jaeger*, erstellt. Die Musterlösung wurde ausführlicher, als es von den Studierenden bei der Modulprüfung erwartet wurde, gestaltet, um einen tieferen Einblick in die Materie zu bieten. Die fett gedruckten Stichworte geben eine Orientierung hinsichtlich dessen, was für das Erreichen der vollen Punkteanzahl erforderlich war. Stoffabgrenzung war folgende Lernunterlage: *Jaeger*, Einführung in das Europarecht (2016). Daher orientiert sich diese Musterlösung an der in dieser Lernunterlage verwendeten Terminologie.

Dr. *Suzan Topal-Gökceli* ist Senior Scientist am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien. Dr. *Agnes Balthasar-Wach* ist Rechtsanwaltsanwältin der Schönherr Rechtsanwälte GmbH.

4) *Lewisch* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 102 AEUV Rz 2 (rdb.at). Alle Onlinewerke bzw Internetquellen wurden zuletzt am 30. 7. 2017 aufgerufen.

📎 Meine Notizen:

Unter **Behinderungsmissbrauch** (Mitbewerberbehinderung) versteht man die – nicht mit Mitteln des Leistungswettbewerbs (zB bessere Qualität) erfolgende – Behinderung aktueller oder potentieller Wettbewerber mit dem Ziel, diese am Eindringen oder Verbleiben am Markt zu hindern<sup>5)</sup> (zB Lieferverweigerung, Untergraben der Preisbasis durch Kampfpreise, Untergraben der Marktbasis durch weitreichende Abnehmer- oder Lieferantenbindungen, Kopplungsgeschäfte).

Unter **Ausbeutungsmissbrauch** versteht man die Ausbeutung der eigenen Abnehmer oder Geschäftspartner. Das Unternehmen verwendet seine Marktmacht, um von seinen Vertragspartnern auf der Marktgegenseite Vorteile zu erhalten, die ohne marktbeherrschende Stellung nicht zu erzielen gewesen wären<sup>6)</sup> (zB Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, Produktionsbeschränkungen zum Schaden der Verbraucher, Diskriminierung von Handelspartnern).

Darüber hinaus wird daneben bisweilen auch der **Marktstrukturmissbrauch** als Gruppe genannt. Hiermit sind marktstrukturverändernde Maßnahmen eines marktbeherrschenden Unternehmens (zB Erwerb von Exklusivlizenzen, Übernahme verbleibender Konkurrenten) gemeint, welcher seit Erlass der FusionskontrollVO an Bedeutung verloren hat.<sup>7)</sup>

## 2. Frage (6P):

a. Seit 1979 wird das EP von den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern auf **fünf Jahre** gewählt, Art 14 Abs 3 EUV.

b. Das **EP wählt** gem Art 17 Abs 7 EUV iVm Art 117 GO-EP den von dem Europäischen Rat für das Amt des **Präsidenten der EK** vorgeschlagenen Kandidaten in geheimer Abstimmung mit der Mehrheit seiner Mitglieder (im Vertrag von Nizza war die Mehrheit der abgegebenen Stimmen vorgesehen. Diese Neuregelung führt durch höhere Anforderungen zu einer höheren demokratischen Legitimation).<sup>8)</sup> Wird dieses Quorum nicht erreicht, schlägt der Europäische Rat dem EP innerhalb eines Monats einen neuen Kandidaten vor.

Darüber hinaus haben auch bereits dem Vorschlag des Europäischen Rates **Konsultationen mit dem EP** voranzugehen (Erklärung Nr 11 Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon betreffend Art 17 Abs 6 und 7 EUV).

c. Das EP kann auf Antrag eines Zehntels seiner Mitglieder mit der Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen und mit der Mehrheit der Mitglieder einen **Misstrauensantrag** gegenüber der EK als Ganzes – nicht jedoch gegenüber einzelnen EK-Mitgliedern – annehmen. Als Konsequenz müssen die EK-Mitglieder – einschließlich des hohen Vertreters für Außen- und Sicherheitspolitik in Bezug auf sein iRd EK ausgeübtes Amt – ihr Amt geschlossen niederlegen (Art 17 Abs 8 EUV iVm Art 234 AEUV und Art 119 GO-EP). Trotz Niederlegung des Amtes hat die EK bis zur Ernennung ihrer Nachfolger die laufenden Geschäfte fortzuführen.<sup>9)</sup>

d. Der EU-Haushalt wird aus Eigenmitteln der EU (98%) und sonstigen Einnahmequellen (2%) finanziert. Die **Eigenmittel** setzen sich aus „traditionellen Eigenmitteln“ wie den Zöllen auf Einfuhren aus Nicht-EU-Staaten und Zuckerabgaben, Eigenmitteln aus der Mehrwertsteuer sowie Eigenmitteln auf der Grundlage des Bruttonationaleinkommens jedes MS zusammen. Unter **sonstige Einnahmequellen** fallen Steuern auf die Gehälter der EU-Bediensteten oder Geldbußen, die Unternehmen bei Wettbewerbsverstößen auferlegt werden.<sup>10)</sup>

IZm dem EU-Haushalt kommt dem EP gemeinsam mit dem Rat zB die Aufgabe der Erstellung des **mehrwährigen Finanzrahmens** (Art 312 Abs 2 AEUV) und der einzelnen Jahreshaushaltspläne (Art 314 AEUV) zu. Auch übt das EP gemeinsam mit dem Rat die Kontrolle der tatsächlichen Mittelverwendung aus und entscheidet über die Entlastung der EK hinsichtlich der Ausführung des Haushaltsplans (Art 319 AEUV).

## 3. Frage (5P):

a. **Falsch!** Die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung – dh Auslegung des nationalen Rechts unter Zuhilfenahme nationaler Auslegungsmethoden mit dem Ziel,

5) *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht<sup>3</sup> (2016) 438.

6) *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht<sup>3</sup> (2016) 437.

7) *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht<sup>3</sup> (2016) 439.

8) *Hable in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 17 EUV Rz 97 (rdB.at).

9) *Hable in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 17 EUV Rz 85, 104, 105, 106 (rdB.at).

10) *EK*, Woher kommt das Geld? [http://ec.europa.eu/budget/explained/budg\\_system/financing/fin\\_de.cfm](http://ec.europa.eu/budget/explained/budg_system/financing/fin_de.cfm).

die unionsrechtlichen Vorgaben in das nationale Recht hineinzulesen, um unionsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden (Anwendungsfall: zB nichtumgesetzte RL nach Ablauf der Umsetzungsfrist) – besteht nicht schrankenlos: Neben einer methodischen Grenze (Auslegung contra legem) liegt die sachliche Grenze dort, wo die strafrechtliche Verantwortlichkeit Einzelner begründet oder verstärkt wird.<sup>11)</sup>

**b. Falsch!** Der Grundsatz der Rechtskraft wird vom Unionsrecht generell anerkannt (Anwendungsvorrang vs Rechtssicherheit). Allerdings sind Behörden und Gerichte innerhalb enger<sup>12)</sup> Grenzen verpflichtet, einen bestandskräftigen Bescheid bzw ein Urteil zurückzunehmen, wenn sich später deren Unvereinbarkeit mit Unionsrecht herausstellt. In der Rs *Kühne & Heitz*<sup>13)</sup> definierte der EuGH die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Verwaltungsbehörde verpflichtet ist, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zu überprüfen, um einer in der Zwischenzeit vom EuGH ergangenen Auslegung Rechnung zu tragen: Befugnis der Behörde, die Entscheidung zurückzunehmen, letztinstanzliche Entscheidung, unrichtige Auslegung des Unionsrechts ohne Vorabentscheidungsverfahren, Betroffener wendet sich an die Behörde unmittelbar nach Kenntnis der EuGH-Entscheidung.

**c. Richtig!** Das Prinzip des Vorrangs konzentriert sich ausschließlich darauf, dass Unionsrecht zur Anwendung gelangt und nationales Recht unanwendbar ist (Anwendungsvorrang). Was diese Unanwendbarkeit im Einzelfall bedeutet (absolute Nichtigkeit, relative Nichtigkeit oder bloß schwebende Unwirksamkeit), ist den MS überlassen. Die Unanwendbarkeit tritt jedenfalls „automatisch“ ein, ohne dass es dazu einer vorherigen Beseitigung der betreffenden nationalen Norm bedürfte.<sup>14)</sup>

**d. Richtig!** Der Begriff des Staates ist im Unionsrecht weit zu verstehen (wirkungsorientierte Betrachtungsweise). Die MS sollen sich nicht durch formale Maßnahmen ihren unionsrechtlichen Verpflichtungen entziehen können.

**e. Richtig!** Verschulden iS einer subjektiven Vorwerfbarkeit des Organwalters (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) ist keine Voraussetzung der Staatshaftung, kann aber Indiz für die Beurteilung sein, ob ein hinreichend qualifizierter Verstoß – das heißt eine offenkundige und erhebliche Überschreitung der Befugnisse – vorliegt.<sup>15)</sup>

#### 4. Frage (4P):

**a.** In besonderen Gesetzgebungsverfahren werden ebenso wie im oGGV nach Art 289 Abs 2 iVm Art 294 AEUV verbindliche Rechtsakte (VO, RL, Beschluss) angenommen. Besondere Gesetzgebungsverfahren unterscheiden sich von dem oGGV durch die **Mitwirkungsrechte der Organe** und/oder deren **Beschlussfassungsquoten**. So kommt zB dem EP im Gegensatz zu dem vollumfänglichen Abänderungsrecht des oGGV in manchen Gebieten nur ein **Anhörungsrecht** (zB Art 81 Abs 3 AEUV: Justizielle Zusammenarbeit im Familienrecht) oder **Zustimmungsrecht** (zB Art 352 AEUV: Vertragsabrundungskompetenz) zu.

**b.** Diese neun MS können versuchen zu erreichen, dass dieser Rechtsakt iRd **Verstärkten Zusammenarbeit** erlassen wird, Art 20 EUV iVm Art 326 ff AEUV. Hierzu müssen mind neun MS grds<sup>16)</sup> einen Antrag an die EK richten, welche dem Rat einen

📝 Meine Notizen:

11) Vgl zB „Diese Verpflichtung des innerstaatlichen Gerichts, bei der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen seines nationalen Rechts auf den Inhalt der RL abzustellen, findet jedoch ihre Grenzen in den allgemeinen Rgrs, die Teil des Gemeinschaftsrechts sind, und insbes in dem Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot (...). Auf die dritte Frage ist demgemäß zu antworten, dass das Gericht eines MS bei der Anwendung seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften diese im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der RL auszulegen hat, um das (...) Ziel zu erreichen, dass eine RL jedoch nicht für sich allein und unabhängig von zu ihrer Durchführung erlassenen Rechtsvorschriften die Wirkung haben kann, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften der RL verstoßen, festzulegen oder zu verschärfen.“ (EuGH 8. 10. 1987, Rs 80/86, *Kolpinghuis*, Rz 13, 14).

12) Vgl EuGH 12. 2. 2008, C-2/06, *Kempter*, Rz 37, 38: „Insoweit ist festzustellen, dass die Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung (...) zur Rechtssicherheit beiträgt und das Gemeinschaftsrecht daher nicht verlangt, dass eine Verwaltungsbehörde grds verpflichtet ist, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen (...). Der Gerichtshof hat allerdings entschieden, dass besondere Umstände eine nationale Verwaltungsbehörde nach dem in Art 10 EG verankerten Grundsatz der Zusammenarbeit [Art 4 Abs 3 EUV] verpflichten können, eine infolge der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zu überprüfen, um einer später vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung einer einschlägigen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen“.

13) EuGH 13. 1. 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, Rz 28.

14) Vgl nur EuGH 18. 9. 2003, C-416/00, *Morelato* bzw zuvor schon 9. 3. 1978, Rs 106/77, *Simmenthal*, Rz 16 ff.

15) EuGH 5. 3. 1996, verb Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, Rz 75–80. Vgl auch *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 340 AEUV Rz 82 (rdb.at).

16) Anders zB iRv Art 86 Abs 1 AEUV (Europäische Staatsanwaltschaft). In diesem Fall gilt die Ermächtigung als erteilt, wenn mind neun MS eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des betreffenden Entwurfs einer VO begründen möchten und dies dem EP, dem Rat und der EK binnen vier Monaten mitteilen.

✎ Meine Notizen:

entsprechenden Vorschlag vorlegt, wenn sie diesen befürwortet. Der Rat kann nach Zustimmung des EP die Ermächtigung als letztes Mittel erteilen, wenn dieser feststellt, dass die mit dieser Zusammenarbeit angestrebten Ziele von der EU in ihrer Gesamtheit nicht innerhalb eines vertretbaren Zeitraums verwirklicht werden können. So sollen einige MS die Möglichkeit bekommen, die **Integration** in bestimmten Bereichen – allerdings nicht, wenn es sich um die ausschließliche Zuständigkeit der EU handelt – zu **vertiefen**.<sup>17)</sup> Sie muss sämtlichen MS zur Teilnahme offenstehen. IRD Verstärkten Zusammenarbeit wurde zB die Rom III-VO<sup>18)</sup> erlassen.

c. Der MS kann, da er der Ansicht ist, dass grundlegende Aspekte seiner nationalen Strafrechtsordnung (zB Verhältnismäßigkeit, Subsidiaritätsprinzip, die Beschränkung auf einen legitimen Schutzzweck, Gesetzlichkeitsprinzip, Kohärenzprinzip, Bestimmtheitsgebot, Ultima-Ratio-Grundsatz, Schuldgrundsatz und Rückwirkungsverbot<sup>19)</sup>) gefährdet sind, den **Europäischen Rat anrufen**, Art 83 Abs 3 AEUV („Vetorecht“<sup>20)</sup>). Das Verfahren wird für vier Monate ausgesetzt. Der Europäische Rat kann entweder den Entwurf zur Fortsetzung des Gesetzgebungsverfahrens an den Rat zurückverweisen oder das Verfahren endgültig beenden und gegebenenfalls die EK um einen neuen Vorschlag ersuchen. Diese Bestimmung wird als **Notbremse-Mechanismus** bezeichnet. Diese Verfahrensverzögerung war nötig, damit diese Materien vom Einstimmigkeitserfordernis ins oGGV überführt werden konnten.

d. **Atypische Rechtsakte** sind außerhalb des Systems von Art 288 AEUV bestehende Handlungsformen, die tw eine primärrechtliche Grundlage haben (zB völkerrechtliche Abkommen, Urteile des Gerichtshofs) oder die sich tw in der Praxis herausgebildet haben (zB Grün- und Weißbücher, Leitlinien). Deren Rechtswirkungen (Drittverbindlichkeit – Selbstbindungswirkung) sind im Einzelfall unterschiedlich.

## 5. Frage (6P):

a. In diesem Fall ist die **Nichtigkeitsklage** (Art 263 AEUV) einschlägig.

b. Es stellt sich die Frage, ob das Unternehmen aktivlegitimiert ist. Als **nichtprivilegiertes Kläger** muss das Unternehmen in diesem Fall gem Art 263 Abs 4 zweite Variante AEUV<sup>21)</sup> **unmittelbar** und **individuell** betroffen sein:

Unmittelbare Betroffenheit bedeutet, dass die Rechtswirkungen für den Kläger aufgrund des Rechtsaktes zwangsweise eintreten werden, diese also nicht vom Hinzutreten weiterer, ungewisser Umstände abhängig sind. Diese Voraussetzung ist grds gegeben, da es bei einem gänzlichen Verbot bestimmter Produkte keinen Ermessensspielraum gibt und die VO nicht umsetzungspflichtig ist.<sup>22)</sup>

Individuelle Betroffenheit bedeutet, dass der Rechtsakt den Kläger aufgrund persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt, sodass er in ähnlicher Weise wie ein Adressat individualisiert ist (sog **Plaumann-Formel**<sup>23)</sup>). Dies stellt eine Hürde dar, die wohl nicht übersprungen ist, da das Unternehmen, wie jedes andere, das diese Produkte vertreibt, betroffen ist.

Der EuGH bejaht die individuelle Betroffenheit, wenn der Kreis der von einer Handlung betroffenen natürlichen und juristischen Personen fest umgrenzt ist – insb bei namentlicher Aufzählung der betroffenen Personen in einer VO<sup>24)</sup>; darüber hinaus bei Beteiligung der betroffenen Personen an einem (vorangegangenen) Verwaltungsverfahren<sup>25)</sup> bzw wenn in rechtlich geschützte Verfahrensrechte (Beteiligungs-, Infor-

17) Klamert, EU-Recht (2015) Rz 269.

18) VO (EU) 1259/2010 v 20. 12. 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl L 2010/343, 10.

19) Murschelt in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 83 AEUV Rz 20 (rdb.at).

20) Rosenau/Petrus in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg), Europäisches Unionsrecht (2012) Art 83 AEUV Rz 26.

21) Da Gesetzgebungsakte nicht vom Begriff „Rechtsakte mit Verordnungsscharakter“ (Art 263 Abs 4 dritte Variante AEUV) umfasst sind, ist diese weniger strenge Zulässigkeitsvariante – die individuelle Betroffenheit muss nicht nachgewiesen werden – in diesem Fall nicht anwendbar (EuGH 3. 10. 2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit*, Rz 58–61).

22) Die Maßnahme muss sich unmittelbar auf die Rechtsstellung des Einzelnen auswirken, vgl *Borchardt in Lenz* (Hrsg), EU-Verträge Kommentar (2012) Art 263 AEUV Rz 32. Auf die Unterscheidung in materielle und formelle unmittelbare Betroffenheit ist bei Beantwortung der Frage nicht näher einzugehen.

23) EuGH 16. 6. 1963, Rs 25/62, *Plaumann*; seitdem stRsp. Vgl nur EuGH 25. 7. 2002, Rs C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Rat*.

24) Sog „Sammelentscheidungen“ oder „Bündel von Entscheidungen“ (Lengauer in Mayer/Stöger [Hrsg], EUV/AEUV, Art 263 AEUV Rz 56, 57 [rdb.at]).

25) Vgl insb Grundsatzentscheidung des EuGH 25. 10. 1977, Rs 26/76, *Metro/Kommission*: Der EuGH hatte der Klägerin („Metro“) in diesem Fall Klagebefugnis zuerkannt, da sie durch Beschwerde gegen ein sog

mations- oder sonstige Mitwirkungsrechte) des Klägers eingegriffen wird.<sup>26)</sup> Des Weiteren anerkennt der EuGH die Klagebefugnis bei Beeinträchtigung spezifischer Rechte eines Wirtschaftsteilnehmers.<sup>27)</sup>

✎ Meine Notizen:

Aus alledem folgt, dass das Unternehmen nicht aktivlegitimiert ist.<sup>28)</sup>

c. Österreich ist als MS ein privilegierter Kläger, der klagen kann, ohne Betroffenheit vom angefochtenen Rechtsakt nachweisen zu müssen.<sup>29)</sup> Allerdings muss sich der Gegenstand der Klage gegen eine **rechtlich bindende Handlung** des beklagten Organs richten.<sup>30)</sup> Gegen Handlungen ohne verbindliche Rechtswirkungen steht im Regelfall keine Nichtigkeitsklage zu. Da eine **Stellungnahme** (Art 288 Abs 5 AEUV) **nicht verbindlich** ist bzw keine Rechtswirkungen hat, ist eine Nichtigkeitsklage in diesem Fall nicht möglich, Art 263 Abs 1 AEUV.

## 6. Frage (7P):

a. In diesem Fall ist die **Arbeitnehmerfreizügigkeit** einschlägig. Gem Art 45 AEUV umfasst sie die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der MS in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Die von Herrn Mag. Moretti angestrebte Tätigkeit als Bankangestellter fällt unter den **Arbeitnehmerbegriff**: Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht für den EuGH darin, dass jemand für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen von gewissem wirtschaftlichen Wert erbringt und für diese als Gegenleistung eine Vergütung erhält.<sup>31)</sup>

b. Es geht um die Frage, ob die Arbeitnehmerfreizügigkeit im „horizontalen Durchsetzungsverhältnis“ anwendbar ist. Im Grundsatz sind die Grundfreiheiten staatsgerichtet, dh es kommt grundsätzlich nicht zur Anwendung der Grundfreiheiten

„Negativattest“ der EK – die EK hatte in ihrer Entscheidung vom 15. 12. 1975 festgehalten, dass das Verhalten eines „Mitbewerbers“ (konkret das Vertriebssystem der SABA GmbH) nicht gegen das Europäische Wettbewerbsrecht verstoße – ein **EU-Verwaltungsverfahren in Gang gesetzt** hatte. Wer einen Antrag auf Feststellung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot bei der EK stellen dürfe, müsse bei vollständiger oder teilweiser Ablehnung des Antrages durch die EK auch über eine Klagemöglichkeit zum Schutz berechtigter Interessen verfügen – dies liege im Interesse eines sachgerechten Rechtsschutzes, EuGH 25. 10. 1977, Rs 26/76, *Metro/Kommission*, Rz 13. Siehe auch *Schwarze in Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar (2012) Art 263 AEUV Rz 58. Im zweiten „Metro-Urteil“ wurde das Vorliegen der individuellen Betroffenheit ebenfalls bejaht, da die Klägerin im Verfahren gegen Freistellungsentscheidungen der EK schriftliche Einwände erhoben hatte (und die EK das berechnete Interesse der Klägerin festgestellt hatte), EuGH 22. 10. 1986, Rs 75/84, *Metro/Kommission*. Weitere relevante Entscheidungen des EuGH betreffen das **Antidumpingrecht** (EuGH 20. 3. 1985, Rs 264/82, *Timex/Rat und Kommission*), das **Antisubventionsrecht** (EuGH 4. 10. 1983, Rs 191/82, *Fediol/Kommission*), das **Beihilfenaufsichtsrecht** (EuGH 12. 7. 1990, Rs 169/84, *Cofaz/Kommission*) sowie die **Fusionskontrolle** (EuGH 19. 5. 1994, T-2/93, *Air France/Kommission*). Zu weiteren EuGH-Entscheidungen s *Cremer in Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV (2011) Art 263 AEUV Rz 42 Fn 131.

26) So *Lengauer in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 263 AEUV Rz 60 (rdb.at).

27) Bejaht wurde die „**individuelle Betroffenheit aufgrund eines Eingriffs in besondere Rechte des Wirtschaftsteilnehmers**“, zB in der Rs EuGH 18. 5. 1994, C-309/89, *Codorniu/Rat* Rz 20–22. Ein spanisches Unternehmen klagte gegen eine VO-Bestimmung, wonach die Verwendung des Begriffs „*crémant*“ bestimmten Qualitätsschaumweinen vorbehalten war, die unter einem bestimmten Herstellungsverfahren – dem sich auch das spanische Unternehmen bediente – in Frankreich oder Luxemburg hergestellt wurden. Die individuelle Betroffenheit wurde bejaht, da das spanische Unternehmen **Inhaberin** des spanischen **Markenzeichens** „*Gran Cremant de Codorniu*“ war, das es seit 1924 zur Bezeichnung seiner Qualitätsschaumweine verwendet hatte und die streitige VO-Bestimmung das Unternehmen dadurch, dass sie das Recht zur Verwendung des Begriffs „*crémant*“ den französischen und luxemburgischen Erzeugern vorbehielt, an der Nutzung ihres Markenzeichens hinderte. „**Mangelnde Berücksichtigung der negativen Auswirkungen**“ wurde vom EuGH ebenfalls als ausreichend anerkannt, vgl EuGH 17. 1. 1985, Rs 11/82, *Piraiiki-Patraiki/Kommission*, Rz 28 ff. In Fortschreibung dieser Judikatur stellte der EuGH fest, dass die individuelle Betroffenheit auch dann vorliegt, wenn Unionsorgane **verpflichtet** sind, aufgrund unionsrechtlicher Bestimmungen die **Folgen der Handlung auf die Lage bestimmter Personen zu berücksichtigen**, vgl EuGH 14. 9. 1995, verb Rs T-480/93 und T-483/93, *Antillean Rice Mills NV ua/Kommission*, bestätigt durch EuGH verb Rs 13. 12. 1995, T-481/93 und T-484/93, *Vereinigting van Exporteurs in Levende Varkens ua/Kommission*, Rz 61. Vgl auch *Schwarze in Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar (2012) Art 263 AEUV Rz 49.

28) Zu Bedenken, dass die strenge Auslegung womöglich zu eng ist: EuG 3. 5. 2002, T-177/01, *Jégo-Quééré* Rz 50.

29) Als privilegierter Kläger muss der MS kein Rechtsschutzinteresse nachweisen; diese besondere Klagebefugnis wurde durch den EuGH bisher ausdrücklich den MS sowie der EK zuerkannt (EuGH 26. 3. 1987, Rs 45/86, *Kommission/Rat*; 20. 3. 1985, Rs 41/83, *Italien/Kommission*), sie gilt aber gem Art 263 Abs 2 AEUV auch für Rat und EP.

30) Es muss sich um eine der EU zurechenbare Handlung mit verbindlichen Rechtswirkungen nach außen handeln, wobei dies vom Inhalt der Maßnahme, nicht aber von Form und Bezeichnung des Rechtsaktes abhängt. Vgl *Cremer in Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV (2011) Art 263 AEUV Rz 13.

31) *Windisch-Graetz in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 45 AEUV Rz 10 (rdb.at); vgl zB EuGH 14. 10. 2010, C-345/09, *van Delft*, Rz 89: „In Bezug auf Art 45 AEUV ist es st Rsp, dass der Begriff ‚Arbeitnehmer‘ iSd Vorschrift ein autonomer Begriff des Unionsrechts ist, der nicht eng ausgelegt werden darf. Als Arbeitnehmer ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rsp darin, dass jemand während einer **bestimmten Zeit** für einen anderen nach dessen **Weisung Leistungen** erbringt, für die er als **Gegenleistung** eine **Vergütung** erhält“.

✎ Meine Notizen:

ten zwischen Privaten. In Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit gibt es hiervon allerdings weitreichende Ausnahmen<sup>32)</sup>:

Da die Arbeitsbedingungen in den verschiedenen MS teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch von Privatpersonen geschlossene Verträge oder sonstige von ihnen vorgenommene Akte geregelt sind, betrifft das Verbot der auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung nicht nur Akte staatlicher Behörden, sondern gilt auch für alle die abhängige Erwerbstätigkeit *kollektiv regelnden Tarifverträge* und alle *Verträge zwischen Privatpersonen*. Denn eine Beschränkung auf nur behördliche Maßnahmen könnte vor diesem Hintergrund zu Ungleichheiten führen und die Beseitigung der Hindernisse zwischen den MS gefährden, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen zunichtegemacht werden könnte.<sup>33)</sup>

So müssen die Einstellungsbedingungen, deren Urheber in diesem Fall eine private Bank ist, am Maßstab der Arbeitnehmerfreizügigkeit geprüft werden. Herr Mag. Morretti kann sich also auf Art 45 AEUV berufen und aus der Grundfreiheit Rechte gegenüber der privaten Bank ableiten.

c. In der als Modell für diesen SV dienenden Rs *Angonese* brachte die italienische Regierung vor, dass der Kläger von Geburt an Bewohner der Provinz Bozen gewesen sei und die Vorlagefrage daher „*gekünstelt*“<sup>34)</sup> sei und sich nicht auf Gemeinschaftsrecht beziehe. Der EuGH ist allerdings **großzügig** bei der Prüfung der Schwelle für den Auslandsbezug, sodass das **Studium in Österreich** im Ergebnis ausreichend war. Der EuGH erachtete die Vorlage für zulässig, da es nicht offensichtlich an einem Zusammenhang zwischen der erbetenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts und der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens fehlt.<sup>35)</sup>

d. Es liegt hier eine **indirekte Diskriminierung** vor.<sup>36)</sup> Da die Zulassung zum Bewerbungsverfahren vom Besitz einer Bescheinigung über die Zweisprachigkeit, die nur in der Provinz Bozen erlangt werden kann, abhängig ist, haben Personen, die nicht in dieser Provinz wohnen, wenige Möglichkeiten, eine solche Bescheinigung zu erwerben. Da die Mehrheit der Einwohner der Provinz Bozen die italienische Staatsangehörigkeit besitzt, benachteiligt die in Rede stehende Regelung die Staatsangehörigen der anderen MS im Verhältnis zu diesen Einwohnern. An diesem Ergebnis ändert nichts, dass die betreffende Auflage auch die außerhalb der Provinz Bozen, aber in anderen Teilen Italiens wohnenden italienischen Staatsangehörigen ebenso trifft wie die Staatsangehörigen der sonstigen EU-MS. Damit eine Regelung/Maßnahme als (indirekt) diskriminierend qualifiziert werden kann, ist es nämlich nicht erforderlich, dass diese alle inländischen Arbeitnehmer begünstigt bzw dass ausschließlich Arbeitnehmer aus anderen MS benachteiligt werden. Für die Qualifizierung dieser Regelung als **direkte** Diskriminierung hätte nicht nach dem Ort der Erlangung der Bescheinigung der Zweisprachigkeit, sondern „**direkt**“ nach der Staatsangehörigkeit der Bewerber differenziert werden müssen; eine **Beschränkung**<sup>37)</sup> läge hingegen vor, wenn der Rückschluss auf die Staatsangehörigkeit nicht mehr möglich wäre, sodass es sich zwar um eine insgesamt benachteiligende, aber neutrale (eben In- und Ausländer in gleicher Weise treffende) Regelung handelte.<sup>38)</sup>

32) Klamert, EU-Recht (2015) Rz 461, 465.

33) EuGH 6. 6. 2000, C-281/98, *Angonese*, Rz 31–36.

34) EuGH 6. 6. 2000, C-281/98, *Angonese*, Rz 17.

35) EuGH 6. 6. 2000, C-281/98, *Angonese*, Rz 19.

36) EuGH 6. 6. 2000, C-281/98, *Angonese*, Rz 37–45. Er bezieht sich auf die Rs *Groener*, in der der EuGH eine Regelung wie die irische, wonach Bedingung für die Anstellung als Lehrerin war, dass die Kenntnis der gälischen Sprache in Irland erworben sein musste, als diskriminierend eingestuft hatte (EuGH 28. 11. 1989, Rs 379/87, *Groener*, Rz 23).

37) Das im Vertragstext angelegte „bloße“ Diskriminierungsverbot wurde schrittweise zum Beschränkungsverbot ausgeweitet (vgl. zB EuGH 15. 12. 1995, C-415/93, *Bosman*).

38) Vgl. hierzu *Windisch-Graetz* in *Mayer/Stöger* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art 45 AEUV Rz 60–62, 66, 67 (rdb.at). In der Rs *Angonese* hält der EuGH darüber hinaus unter Verweis auf die Rs *Groener* (FN 34) die Prüfung der (iRd Angabe nicht gefragten) Rechtfertigungsebene kurz: „Eine Bedingung wie die im Ausgangsverfahren streitige (...) könnte nur gerechtfertigt werden, wenn sie auf sachliche Erwägungen gestützt wäre, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen und in Bezug auf das berechtigterweise verfolgte Ziel verhältnismäßig sind. Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass (...). Daher kann es **zwar legitim** sein, von einem Bewerber um eine Stelle **Sprachkenntnisse eines bestimmten Niveaus** zu verlangen, und es kann der Besitz eines Diploms wie der Bescheinigung ein Kriterium darstellen, anhand dessen sich diese Kenntnisse beurteilen lassen, es muss aber als in Bezug auf das angestrebte Ziel **unverhältnismäßig** angesehen werden, wenn es **unmöglich** ist, den **Nachweis** dieser Kenntnisse auf andere Weise, insbes **durch** andere in anderen MS erlangte gleichwertige Qualifikationen, zu erbringen.“