

Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht

*Astrid Epiney, Freiburg i.Ue.**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2006, S. 407-420. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Der vorliegende Beitrag will – im Anschluss an den vorherigen Bericht in der NVwZ (NVwZ 2004, 1067 ff.) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Entscheidungen des EuGH und damit auch die Entwicklung des Rechts in der Europäischen Union geben. Er behandelt im Wesentlichen die im Jahr 2004 ergangenen Urteile. Thematisch erfolgt eine Beschränkung auf institutionelle Aspekte, das „europäische Verwaltungsrecht“, die Grundfreiheiten sowie das Umwelt- und Gleichstellungsrecht. Der Akzent liegt auf der Zusammenfassung der neueren Entwicklungen und ggf. einer kurzen Kommentierung, während auf bibliographische Hinweise weitgehend verzichtet wird. Auch erfolgt angesichts der großen Zahl der in den genannten Bereichen erlassenen Urteile eine gewisse Auswahl, und auf zahlreiche Urteile kann nur in den Anmerkungen hingewiesen werden.

I. Institutionen und Rechtsordnung

1. Wahl der Rechtsgrundlage - Doppelabstützungen

In der Rs. C-338/01¹ führte der EuGH seine Rechtsprechung zur Abgrenzung der Kompetenzgrundlagen fort. Der Fall betrifft die Frage, ob die RL 2001/44 zur Änderung der RL 76/308² – die Fragen der gegenseitigen Unterstützung bei der Beibehaltung bestimmter Forderungen betrifft – auf Art. 93, 94 EG (Ansicht des Rates) oder aber auf Art. 95 EG (Ansicht der Kommission) zu stützen war. Der Gerichtshof hält – in Anknüpfung an den Grundsatz, die Wahl der Rechtsgrundlage müsse auf objektiven und gerichtlich nachprüfbaren Umständen beruhen, zu denen insbesondere Ziel und Inhalt des Rechtsaktes gehörten –

* Die Autorin ist Professorin und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg i.Ue. Herrn Rechtsassessor *Robert Mosters* sei herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts gedankt.

¹ EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – Rs. C-338/01 – Kommission/Rat. S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Urt. v. 9.9.2004 – verb. Rs. C-184/02, C-223/02 = EuZW 2004, 660 = EWS 2004, 479 – Spanien und Finnland/EP und Rat: Unbegründetheit der Nichtigkeitsklage gegen die RL 2002/15 zur Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben (ABl. 2002 Nr. L 80, S. 35) mangels Verstoßes gegen die Begründungspflicht, diverse Grundrechte (Berufsausübung, unternehmerische Freiheit, Gleichbehandlung) und die Verhältnismäßigkeit; Zulässigkeit der Heranziehung des Art. 71 EG und des Art. 137 II EG wegen des parallelen Rechtsetzungsverfahrens. Zur Rechtmäßigkeit des Art. 8 RL 2001/37 über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabak (ABl. 2001 Nr. L 194, S. 26), Verbot des Inverkehrbringens von Tabak zum oralen Gebrauch, EuGH, Urt. v. 14.12.2004 – Rs. C-434/02 = EWS 2005, 36 – Arnold André (Art. 95 EG als zutreffende Rechtsgrundlage, Verhältnismäßigkeit, Begründungsgebot und Art. 28 EG). I. Erg. ebenso EuGH, Urt. v. 14.12.2004 – Rs. C-210/03 = EWS 2005, 40 – Swedish Match AB.

² ABIEG 2001 Nr. L, 175, S. 17.

ausdrücklich fest, dass eine Abstützung auf mehrere Rechtsgrundlagen die Ausnahme sei; eine solche komme nur in Betracht, wenn tatsächlich und ausnahmsweise gleichzeitig mehrere Ziel verfolgt werden, die untrennbar miteinander verbunden sind, ohne dass das eine gegenüber dem anderen nur zweitrangig und mittelbar ist. Eine Doppelabstützung sei jedoch immer dann ausgeschlossen, wenn die jeweils vorgesehenen Rechtsetzungsverfahren nicht miteinander vereinbar seien³. Dies sei aber im Verhältnis von Art. 93, 94 EG einerseits und 95 EG andererseits der Fall, da erstere Einstimmigkeit vorsehen, während bei letzterem eine qualifizierte Mehrheit ausreichend ist. In Bezug auf das damit zu klärende Verhältnis beider „Kategorien“ enthalten Art. 93, 94 EG nach Ansicht des EuGH die spezifischeren Bestimmungen; zudem schließe Art. 95 II EG ohnedies „Bestimmungen über Steuern“ – wozu neben den steuerlichen Bestimmungen i.e.S. auch solche über die Modalitäten der Eintreibung zu verstehen seien – vom Anwendungsbereich des Art. 95 I EGV aus. Nach der Prüfung von Inhalt und Zielsetzungen der RL 2001/44 kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass schwerpunktmäßig steuerliche Bestimmungen geregelt werden, so dass Art. 93, 94 EGV zutreffend als Rechtsgrundlage herangezogen worden sei.

Damit kann – in Anknüpfung an die Rechtsprechung – der Grundsatz formuliert werden, dass Doppel- und Mehrfachabstützungen jedenfalls dann unzulässig sind, wenn die Ermächtigungsnormen unterschiedliche Ratsmehrheiten vorsehen. Hingegen dürfte keine solche Unvereinbarkeit vorliegen, wenn nur zusätzlich in einer der beiden Rechtsgrundlagen weitere Verfahrenserfordernisse – wie z.B. die Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses – vorgesehen sind. Weiter dürfte die Rechtsprechung auch die Kompatibilität der Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit und dem Mitentscheidungsverfahren bejahen, was angesichts dieses spezifischen, durch mehrere Schritte und ggf. ein besonderes Vermittlungsverfahren gekennzeichneten Verfahrens zumindest nicht völlig zweifelsfrei ist. Bislang in der Rechtsprechung noch nicht erörtert ist die Frage, ob neben der Inkompatibilität von Rechtsetzungsverfahren auch sonstige Unterschiede in den Rechtsgrundlagen die Unzulässigkeit von Doppelabstützungen nach sich ziehen können, wobei auf zwei Beispiele hingewiesen sei: Schließt eine Rechtsgrundlage eine Harmonisierung aus oder lässt sie nur Mindestregeln zu, die andere Rechtsgrundlage aber nicht, so ist eine Doppelabstützung jedenfalls dann äußerst problematisch, wenn der erlassene Rechtsakt diese materiellen Grenzen der erstgenannten Rechtsgrundlage nicht beachtet, birgt doch dann eine Doppelabstützung die Gefahr der Umgehung dieser Grenzen mit sich. Sodann ist eine Doppelabstützung wohl immer dann ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit der „nationalen Alleingänge“ – also der mitgliedstaatlichen Abweichungen vom

³ Gerade letzterer Grundsatz war aus der Rechtsprechung nicht immer eindeutig ableitbar, vgl. etwa die Formulierungen in EuGH, Slg. 2002, I-12049 - Kommission/Rat, Ziff. 35, wo der EuGH allgemein feststellt, dass „ausnahmsweise“ zwei Rechtsgrundlagen herangezogen werden können, wenn gleichzeitig mehrere untrennbar miteinander verbundene Ziele verfolgt werden, ohne dass das eine im Verhältnis zum anderen zweitrangig ist. In EuGH, Slg. 2002, I-11453 - British American Tobacco, Ziff. 108 f, betont der EuGH aber auch, dass eine Doppelabstützung jedenfalls nicht dazu führen dürfe, dass der „Wesenskern“ der jeweiligen Rechtsetzungsverfahren beeinträchtigt wird.

Sekundärrechtsstandard – unterschiedlich ausgestaltet sind, wie etwa bei Art. 95 und 175 EGV. Deutlich wird damit insgesamt, dass Doppelabstützungen häufig mehr Probleme schaffen als sie lösen, so dass auf sie im Einklang mit der Rechtsprechung nur ausnahmsweise zurückgegriffen werden sollte.

2. *Zugang zu Dokumenten auf EU-Ebene*

In der Rs. C-353/01 P⁴ standen die Pflicht der Gemeinschaftsbehörden, bei Einschlägigkeit von Ausnahmebestimmungen, die die Ablehnung des Zugangs zu gewissen Dokumenten erlauben, die Möglichkeit eines teilweisen Zugangs zu prüfen, und die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Pflicht zur Debatte. Konkret ging es um Anträge auf Zugang zu verschiedenen, die Beziehungen zwischen der EU und Russland betreffende Dokumenten, die auf Grund der Betroffenheit internationaler Beziehungen abgelehnt worden waren. Der EuGH präzierte in Bezug auf die Beschlüsse von Rat und Kommission über den Zugang der Öffentlichkeit zu den bei diesen Organen vorhanden Dokumenten⁵, dass der Umstand, dass ein solcher teilweiser Zugang von den beklagten Organen erst gar nicht in Erwägung gezogen wurde, zwingend zur Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung führe, unabhängig von der Frage, ob ein solcher teilweiser Zugang angesichts der Umstände überhaupt in Betracht gekommen wäre (was im vorliegenden Fall verneint wurde). Denn ansonsten würde den Verfahrensgarantien der Antragsteller – insbesondere das Recht auf ausreichende Begründung von Entscheidungen – jegliche praktische Wirksamkeit genommen, könne doch der Antragsteller bei fehlender Erwägung eines teilweisen Zugangs nicht erkennen, ob die betreffende Entscheidung sachlich richtig ist oder nicht. Das Urteil ist ein weiteres Beispiel dafür, dass der EuGH grundsätzlich davon ausgeht, dass die Nichtbeachtung von Verfahrensvorschriften die Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsaktes nach sich zieht, unabhängig davon, ob und inwieweit diese Rechtsfehler Auswirkungen auf den Inhalt des letztlich erlassenen Rechtsakts entfalten, eine Sichtweise, die nicht in allen Mitgliedstaaten vorzufinden ist. Jedenfalls wird man die in dem Urteil des EuGH getroffene Aussage auch auf die Rechtslage unter der VO 1049/2001 übertragen können, die in Art. 4 Abs. 6 das Recht auf teilweisen Zugang gewährt, was implizit auch eine entsprechende Prüfungspflicht des jeweiligen Organs impliziert.

Da der EuGH die Nichtigkeit der Entscheidungen bereits aufgrund des erwähnten Verfahrensfehlers annahm und die Anträge des Rechtsmittelführers, soweit sie auf den Erlass von „Anordnungen“ an die beteiligten Organe gerichtet waren, für unzulässig erklärte, kam er nicht dazu, einen weiteren Aspekt des angefochtenen Urteils zu prüfen, nämlich die Frage, ob auf eine auszugsweise Übermittlung von Dokumenten und damit auf einen

⁴ EuGH, Urt. v. 22.1.2004 – Rs. C-353/01 P - Mattila.

⁵ Beschluss 93/731/EG des Rates, ABIEG 1993 Nr. L 340, S. 43; Beschluss 94/90/EGKS, EG, Euratom der Kommission, ABIEG 1994 Nr. L 46, S. 58. Diese Beschlüsse wurden im Zuge des Inkrafttretens der VO 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABIEG 2001 Nr. L 145, S. 43, aufgehoben, wobei sich die VO 1049/2001 trotz einiger Abweichungen aber in weiten Teilen eng an die erwähnten Beschlüsse anlehnt. Vgl. im Einzelnen hierzu *Epiney*, in: Fluck/Theuer (Hrsg.), Informationsfreiheitsrecht, D.III.2.2 (Stand September 2002)

teilweisen Zugang zu Dokumenten dann verzichtet werden kann, wenn der durch die teilweise Unkenntlichmachung der Informationen entstehende Arbeits- bzw. Verwaltungsaufwand unangemessen hoch ist und die nach diesem Vorgehen kenntlich bleibenden Informationen für den Antragsteller völlig wertlos sind⁶. Dieser Ansatz erscheint nämlich vor dem Hintergrund der Grundentscheidung des Art. 255 EGV bedenklich⁷.

In der Rs. T-168/02⁸ hatte sich das Gericht zu der Frage zu äußern, ob bei durch Mitgliedstaaten übermittelten Dokumenten – die in Anbetracht der Art. 2 III, 4 V VO 1049/2001 sicherlich in den Anwendungsbereich des Auskunftsanspruchs fallen⁹ – der Zugang nur unter der Voraussetzung der Zustimmung des betreffenden Mitgliedstaates gewährt werden darf¹⁰. Das EuG bejahte im Ergebnis ein „Vetorecht“ der Mitgliedstaaten, dies unter Hinweis auf den systematischen Zusammenhang mit Art. 4 IV VO 1049/2001, der von sonstigen Dritten stammende Dokumente betrifft und nur eine Konsultationspflicht vorsieht: Das EuG leitet hieraus ab, dass für Mitgliedstaaten eine Sonderregelung gelte, die ihnen besondere Rechte einräume, nämlich die Organe zu ersuchen, ein von ihnen stammendes Dokument nicht ohne ihre Zustimmung zu verbreiten. Dieses „Ersuchen“ müsse aber im Sinne eines „Vetorechts“ ausgelegt werden, da es ansonsten „toter Buchstabe“ bleiben könne. Weiter führe eine andere Auslegung dazu, in der Sache das Recht der Mitgliedstaaten über den Zugang abzuändern, was nach den einschlägigen Erklärungen zur VO 1049/2001 weder bezweckt noch bewirkt werden solle. Diese Argumentation des EuG ist jedoch weder in der Begründung noch im Ergebnis zwingend: Das systematische Argument vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil es nichts zur Beantwortung der Frage beiträgt, welche Sonderregelung in Bezug auf die Mitgliedstaaten zur Anwendung kommen soll. Der Wortlaut des Art. 4 V VO 1049/2001 – den das EuG m.E. zu wenig berücksichtigt – legt es nämlich nahe, dass die Sonderregelung eben in der Möglichkeit des Ersuchens besteht, wobei dieses Anliegen dann in die Interessenabwägung bei der Entscheidung über den Antrag zu berücksichtigen ist. Ebenso wenig ist die Bezugnahme auf eine „Modifikation“ des mitgliedstaatlichen Rechts: Denn es geht ja um Dokumente, die in den Besitz der Gemeinschaftsorgane aufgrund der Übermittlung durch die Mitgliedstaaten gelangt sind, so dass sie aufgrund dieser Tatsache den diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Regeln unterstehen, was auch und gerade deshalb sinnvoll ist, weil solche Dokumente – trotz ihres Ursprungs – in der Regel in engem Zusammenhang mit gemeinschaftlichen Entscheidungen stehen und daher für deren Erfassen von (großer) Bedeutung sein können. Immerhin stellt auch das Gericht für die Frage des Zugangs ausschließlich auf die Verordnung ab. Insgesamt dürfte das vom Gericht angenommene „Vetorecht“ der Mitgliedstaaten weder dem Grundsatz des Zugangs in Art. 4 I, IV VO 1049/2001 noch dem in Art. 255 EGV zum Ausdruck

⁶ So EuG, Slg. 2001, II-2265 – Matilla, Ziff. 68 f.

⁷ Im Einzelnen *Epiney*, in: Informationsfreiheitsrecht (Fn. 5), Rn. 83.

⁸ EuG, Urt. v. 30.11.2004 - T-168/02 – Internationaler Tierschutz-Fonds/Kommission.

⁹ Vgl. bereits mit Hinweisen auf die Rspr. *Epiney*, NVwZ 2004, 1067 (1068).

¹⁰ Zur Debatte standen verschiedene von Deutschland an die Kommission im Zusammenhang mit der Umwidmung des „Mühlenberger Loches“ – das ursprünglich Teil von Natura 2000 sein sollte – übermittelte Dokumente; die Kommission verweigerte den Zugang unter Hinweis auf die fehlende Zustimmung Deutschlands.

gebrachten Prinzip Rechnung tragen, bringt es doch mit sich, dass der Zugang zu einem Teil der bei den Organen vorhandenen Dokumenten allgemein unter den Vorbehalt der Zustimmung der Urheber gestellt wird, womit der Einbezug dieser Dokumente in den Anwendungsbereich des Zugangsanspruchs wieder teilweise ausgehebelt wird, zumal das Gericht in seinem Urteil auch betont, die Mitgliedstaaten müssten eine Verweigerung der Zustimmung nicht begründen. Dem möglicherweise bestehenden Interesse der Mitgliedstaaten an einer Nichtverbreitung der von ihnen stammenden Dokumente kann m.E. in genügender Form durch die in der VO 1049/2001 niedergelegten Ausnahmetatbestände sowie den (zwingenden) Einbezug in die Interessenabwägung bei der Zugangsentscheidung Rechnung getragen werden, was im Übrigen auch die Rationalität der Zugangsentscheidungen oder -verweigerungen erhöhte.

3. *Rechtsschutz*¹¹

Grundfragen des Verhältnisses zwischen der Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG und der Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EGV¹² wurden in der Rs. C-475/01¹³ angesprochen. Die Kommission machte in ihrer Klageschrift geltend, Griechenland habe dadurch gegen Art. 90 EG verstoßen, dass es auf Ouzo, eine griechische Spirituose, einen im Vergleich zu anderen gleichartigen alkoholischen Getränken einen um 50 % niedrigeren Steuersatz anwende, was gegen Art. 90 EG verstoße. Der EuGH wies die Klage mit der Begründung ab, die griechische Regelung setze nur um, was eindeutig in der (Ausnahme-) Regelung des Art. 23 Nr. 2 RL 92/83¹⁴ vorgesehen sei: Denn unter diesen Umständen laufe die Klage der Kommission letztlich darauf hinaus, die Rechtmäßigkeit des erwähnten Artikels in Frage zu stellen;

¹¹ S. auch EuGH, Urt. v. 30.3.2004 – Rs. C-C-167/02 P – Rothley u.a.: Hier bestätigte der EuGH ein Urteil des EuG, wonach die Durchführungsbestimmungen des EP, die in Anknüpfung an die OLAF-Verordnung 1073/99 (ABIEG 1999 Nr. L 136, S. 1) die Bedingungen definieren, um den reibungslosen Ablauf der (möglichen) Untersuchungen von OLAF im EP zu erleichtern, mangels individueller Betroffenheit nicht von Abgeordneten angefochten werden könnten; effektiver Rechtsschutz sei gleichwohl gewährleistet, da grundsätzlich Rechtsschutz dann möglich sei, wenn OLAF tatsächlich aktiv werde. S. sodann EuGH, Urt. v. 9.9.2004 – Rs. C-125/03 = EWS 2004, 461 – Kommission/Deutschland (Zulässigkeit einer Vertragsverletzungsklage auch im Falle der „Anerkennung“ der Vertragswidrigkeit des Verhaltens durch den Mitgliedstaat, möglicher Vertragsverstoß bei gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht zustande gekommenen Verträgen jedenfalls bei weiterem Fortwirken der Verträge). Zum vorläufigen Rechtsschutz im Zusammenhang mit einem sektoralen Fahrverbot Österreichs auf der Inntalautobahn EuGH, Beschl. v. 2.10.2003 – Rs. C-320/03 R = EuZW 2004, 177 – Kommission u.a./Österreich. Zur Schadensersatzklage gegen den Bürgerbeauftragten EuGH, Urt. v. 23.3.2004 – Rs. C-234/02 P = EuZW 2004, 436 – Lamberts. In verschiedenen Urteilen bestätigte der Gerichtshof sodann die enge Auslegung des Art. 230 IV EGV, vgl. insbesondere EuG, Urt. v. 15.3.2004 – Rs. T-139/02 – Idiotiko; EuG, Beschl. v. 6.9.2004 – Rs. T-213/02 – SNF SA; EuGH, Urt. v. 1.4.2004 – Rs. C-263/02 P = EuZW 2004, 343 = EWS 2004, 228 – Jégé-Quéré. Vgl. zu dieser Thematik *Epiney*, NVwZ 2004, 555 ff.

¹² Zur Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage EuGH, Urt. v. 9.12.2004 – Rs. C-123/03 P – EWS 2005, 46 – Kommission/Greencore: Bloßes Schweigen eines Organs bedeute keine konkludente Ablehnung eines Antrags, so dass die spätere Ablehnung nicht als Bestätigungsschreiben anzusehen sei, sondern eine mit Nichtigkeitsklage anfechtbare Entscheidung darstelle.

¹³ EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-475/01 = EuZW 2004, 729 = EWS 2004, 575 – Kommission/Griechenland.

¹⁴ RL 92/83 zur Harmonisierung der Struktur der Verbrauchsteuern auf Alkohol und alkoholische Getränke, ABIEG 1992 Nr. L 316, S. 21.

gemeinschaftsrechtliche Rechtsakte seien aber grundsätzlich – außer sie seien mit derart schweren und offensichtlichen Fehlern behaftet, dass sie eindeutig von der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht geduldet werden könnten – als rechtlich existent zu erachten, so dass sie – wenn auch ggf. nur vorläufig – Wirkungen entfalten. Verallgemeinert man diesen Ansatz des Gerichtshofes, so sind Vertragsverletzungsklagen immer dann unzulässig, wenn das Vorliegen der geltend gemachten Vertragsverletzung davon abhängt, dass eine Bestimmung des Sekundärrechts rechtswidrig ist. Diese nämlich hätte von der Kommission nach Art. 230 EG angefochten werden können. Art. 241 EG (inzidente Normenkontrolle) kommt damit im Verfahren des Art. 226 EG nicht zum Zuge, was auch vor dem Hintergrund zu sehen sein dürfte, dass die Kommission zu den nach Art. 230 EG privilegierten Klagebefugten gehört. Dieser Grundsatz wird sicherlich auch auf Art. 227 EG ausgedehnt werden können. Darüber hinaus erschiene es sachgerecht, diesen Grundsatz auch allgemein auf Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorgane anzuwenden, so dass eine Berufung auf Art. 241 EG diesen privilegiert Klagebefugten immer dann zu verweigern ist, wenn sich die Rechtswidrigkeit eines anderen Rechtsakts klar aus einem nicht innerhalb der Klagefrist des Art. 230 EG angefochtenen Sekundärrechtsakt ergibt. Materiell ist dieser Ausschluss aber wohl – jedenfalls dürfte das Urteil des EuGH in diese Richtung gehen – so einzugrenzen, dass er nur dann zum Zuge kommt, wenn die Rechtswidrigkeit zwingend auf einen anderen, nicht angefochtenen Rechtsakt zurückzuführen ist, wobei das Vorliegen dieser Voraussetzung mitunter auch streitig bzw. unklar sein kann.

In der Rs. T-29/03¹⁵ ging es in der Sache um einen Bericht des OLAF über betrügerische Praktiken im Zusammenhang mit dem Handel mit Olivenöl in Spanien durch verschiedene Unternehmen. OLAF hatte nach Kontrollen bei einigen betroffenen Wirtschaftsteilnehmern einen entsprechenden Bericht erstellt, woraufhin die Klägerin – eine öffentlich-rechtliche Körperschaft – bei OLAF beantragte, der Abschlussbericht sei in Bezug auf bestimmte Passagen über ein Unternehmen zu ändern. OLAF lehnte dies ab, woraufhin die Klägerin beim EuG Klage erhob, mit den Anträgen, die in dem erwähnten Schreiben enthaltene Entscheidung für nichtig zu erklären und das Amt zu verpflichten, die Beschwerde zuzulassen und den darin aufgeworfenen Sachfragen nachzugehen. Das Gericht erklärte den zweiten Antrag für unzulässig, könne es doch Gemeinschaftsorganen keine Weisungen erteilen, sondern lediglich Rechtsakte für nichtig erklären, woraufhin es gemäß Art. 233 EG dem betroffenen Organ obliege, die sich aus einem Nichtigkeitssurteil ergebenden Maßnahmen zu ergreifen. Aber auch der erste Antrag sei unzulässig, da es an einem Rechtsakt, der die Interessen der Klägerin dadurch beeinträchtigt, dass er ihre Rechtslage erheblich verändert, fehle. Insbesondere stelle das erwähnte Schreiben selbst keinen solchen Rechtsakt dar, weil bereits der Abschlussbericht, auf den sich das Schreiben bezog, keine verbindliche Wirkung entfalte. Denn Abschlussberichte des OLAF über externe Untersuchungen werden nach Art. 9 VO 1073/1999¹⁶ (lediglich) den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten übermittelt und erzeugten als solche keine verbindlichen Rechtswirkungen, sondern stellten für diese nur Empfehlungen und Stellungnahmen dar. Es obliege den staatlichen Behörden sowie ggf. (anderen) gemeinschaftlichen Organen, auf der Grundlage der vom Amt erstellten Berichte Folgemaßnahmen im Anschluss an abgeschlossene Untersuchungen zu treffen. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass die Berichte des OLAF nach Art. 9 VO 1073/1999 in der gleichen Weise und unter denselben Bedingungen wie die Verwaltungsberichte der Kontrolleure der mitgliedstaatlichen Verwaltungen Beweismittel in den Verwaltungs- und Gerichtsverfahren der Mitgliedstaaten darstellen. Allgemein wird man aus diesem Urteil folgern können, dass gegen Berichte des OLAF im Rahmen externer Untersuchungen vor Gemeinschaftsgerichten nicht vorgegangen werden kann, auch nicht durch ggf. betroffene Unternehmen, sondern dass die entsprechenden Schlussfolgerungen des OLAF erst in möglichen späteren Gerichts- oder Verwaltungsverfahren bestritten werden können. Auch wenn dieser Schluss auf den ersten Blick überraschen mag, da er dem Betroffenen die Möglichkeit nimmt, gegen sie belastende Berichte vorzugehen, ist

¹⁵ EuG, Ur. v. 13.7.2004 - Rs. T-29/03 – Comunidad Autonoma de Andalucia/Kommission.

¹⁶ ABIEG 1999 Nr. L 136, S. 1.

er vor dem Hintergrund des Rechtsschutzsystems des Vertrages und von Sinn und Zweck des Art. 230 EG zwingend: Rechtsschutz wird eben nur gegen rechtsverbindliche Akte bzw. gegen solche Akte, die Rechtswirkungen erzeugen, gewährt, wozu die Berichte – wie das EuG zutreffend darlegt – eben nicht gehören. Die Auslegung des EuG bringt auch keine Rechtsschutzlücke mit sich, da Rechtsschutz im Rahmen von ggf. einzuleitenden Verwaltungsverfahren zu gewähren ist. Der Umstand, dass die betroffenen Unternehmen bzw. Regionen möglicherweise eine „Rufschädigung“ im Gefolge eines für sie negativen OLAF-Berichts hinnehmen müssen, vermag an dieser Beurteilung in Bezug auf Art. 230 EG nichts zu ändern. Zu bemerken bleibt, dass eine Schadensersatzklage (Art. 235 i.V.m. 288 II EG) unabhängig vom Vorliegen eines rechtsverbindlichen Aktes möglich ist und gerade bei solchen Berichten des OLAF jedenfalls zulässig wäre und auch begründet sein kann, die unter Missachtung der Rechts- und Sorgfaltspflichten erstellt wurden.

4. Zur Zuständigkeit für den „Abschluss informeller außenpolitischer Akte“

In der Rs. C-233/02¹⁷ ging es um eine Klage Frankreichs gegen die Entscheidung der Kommission, mit der diese mit den USA ein „Abkommen“ über „Leitlinien für die Zusammenarbeit in Regelungsfragen und die Transparenz“ geschlossen hat. Nachdem der EuGH die Frage der Zulässigkeit der Klage – die von der Kommission bestritten wurde, da die Leitlinien nicht verbindlich seien – offen gelassen hatte, verneinte er jedenfalls ihre Begründetheit: Denn die Leitlinien entfalteten keine Bindungswirkung, so dass Art. 300 EG nicht anwendbar sei. Offen gelassen – da von Frankreich nicht geltend gemacht – hatte der EuGH die Frage, ob die Leitlinien trotz ihres nicht verbindlichen Charakters vom Rat hätten verabschiedet werden müssen. Jedenfalls reiche die fehlende Bindungswirkung allein nicht aus, um eine Kompetenz der Kommission zu bejahen, sondern hier hätten die Zuständigkeitsverteilung und das institutionelle Gleichgewicht angemessen berücksichtigt werden müssen. Es bleibt im Wesentlichen im Dunkeln, was der EuGH mit dieser Aussage meint; jedenfalls der Hinweis auf das „institutionelle Gleichgewicht“ ist nicht wirklich weiterführend, bleibt doch unklar, inwiefern diesem Grundsatz neben der vertraglichen Zuständigkeitsverteilung oder über sie hinaus weitere Anforderungen an die Ausübung der Kompetenzen durch die Gemeinschaftsorgane zu entnehmen sind. Im Ergebnis dürfte die Kompetenz eines Organs, unverbindliche Handlungen zu setzen, immer dann zu verneinen sein, wenn die Zuständigkeiten der anderen Organe (oder auch der Mitgliedstaaten, wobei dies im vorliegenden Fall nicht relevant wurde, da es um den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik – die ja in der ausschließlichen Kompetenz der Gemeinschaft steht – ging) unterlaufen würden. M.a.W.: Die Gemeinschaftsorgane sollten hier auch den anderen Organen gegenüber eine der Gemeinschaftstreue nach Art. 10 EGV entsprechende Pflicht beachten, die Wahrnehmung von deren Kompetenzen nicht zu beeinträchtigen.

II. „Europäisches Verwaltungsrecht“¹⁸

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, seine effektive Anwendung und der in Art. 10 EG verankerte „Grundsatz der Gemeinschaftstreue“ – wobei diese Prinzipien auch eng zusammenhängen und miteinander verflochten sind – können in bestimmten Fällen in Konflikt mit im nationalen Recht im Hinblick auf die Sicherstellung einer gewissen Rechtssicherheit verankerten Prinzipien geraten. Die Konstellation in der Rs. C-435/00¹⁹ illustriert dies sehr anschaulich: Zur Debatte stand die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine nach nationalem Recht bestandkräftige Verwaltungsentscheidung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen (gleichwohl) nochmals zu überprüfen ist. Der EuGH bejahte diese Frage grundsätzlich im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit über Ausfuhrerstattungen: Dieser war von den niederländischen Gerichten zunächst rechtskräftig zuungunsten des betroffenen Unternehmens entschieden worden; aus einem späteren Urteil

¹⁷ EuGH, Urt. v. 23.3.2004, Rs. C-233/02 = EuZW 2004, 433 – Frankreich/Kommission.

¹⁸ S. im Übrigen noch EuGH, Urt. v. 13.7.2004 – Rs. C-82/03 – Kommission/Italien (Pflicht der Mitgliedstaaten aus Art. 10 EG zur Zusammenarbeit mit der Kommission durch Auskunftserteilung im Rahmen des Verfahrens des Art. 226 EG); EuGH, Urt. v. 17.6.2004 – Rs. C-30/02 - Recheio (Zulässigkeit einer Ausschlussfrist von 90 Tagen für die Erhebung einer Klage).

¹⁹ EuGH, Urt. v. 13.1.2004 - C-453/00 = EuZW 2004, 215 = EWS 2004, 86 – Kühne & Heitz.

des EuGH folgt jedoch, dass das entsprechende Urteil nicht in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen stand. Das Unternehmen verlangte daher in einem neuen Verfahren die Zahlung einer höheren Ausfuhrerstattung, womit die grundsätzliche Frage aufgeworfen wurde, ob eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung im Gefolge der Entwicklung der Rechtsprechung wieder „aufzurollen“ ist. Der EuGH bejahte diese Frage im Grundsatz, formulierte jedoch eher restriktive (kumulativ zu verstehende) Bedingungen:

- Die entsprechende Behörde muss nach nationalem Recht befugt sein, die Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen;
- die Bestandskraft der Entscheidung muss auf einem nationalen Gerichtsurteil letzter Instanz beruhen;
- das nationale Urteil ist erfolgt, ohne dass der Vorlagepflicht nach Art. 234 III EG genügt wurde;
- der Betroffene hat sich unmittelbar nach Kenntniserlangung von der Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung an die Verwaltungsbehörde gewandt.

Aus dem Urteil folgt zwingend, dass die Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen in dem durch den Gerichtshof formulierten Ausmaß zu durchbrechen ist. Damit wird ein auch das deutsche Verwaltungsrecht prägendes Prinzip etwas relativiert. Allerdings sollte diese Relativierung nicht überbewertet werden: Die vom EuGH formulierten Voraussetzungen einer (erneuten) Prüfungspflicht bestandskräftiger Verwaltungsentscheidungen sind doch sehr restriktiv formuliert, wobei von besonderer Bedeutung ist, dass eine solche erneute Prüfung nur dann erfolgen muss, wenn das nationale Recht eine Zurücknahme einer Entscheidung vorsieht und wenn die Bestandskraft auf einem letztinstanzlichen Gerichtsurteil beruht und das Gericht seiner Vorlagepflicht nicht nachgekommen ist. Der Gerichtshof folgerte also aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts – wobei er diesen Grundsatz wohlgemerkt nicht erwähnt, sondern die Argumentation auf Art. 10 EG abstützt – gerade nicht, dass bestandskräftige, gemeinschaftsrechtswidrige Verwaltungsentscheidungen ganz allgemein keine Wirkungen entfalten, sondern nimmt hier in der Sache eine Abwägung zwischen Aspekten der Rechtssicherheit (die eben auch ein im Gemeinschaftsrecht anerkannter Grundsatz ist) und dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor, wobei zu betonen ist, dass diese Abwägung zwischen gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien untereinander und nicht etwa zwischen dem Vorrang und mitgliedstaatlichem Recht stattfindet, kann doch der Vorrang nicht durch mitgliedstaatliche Grundsätze in Frage gestellt werden. Vor diesem Hintergrund dürfte die Bedeutung des Urteils – entgegen dem ersten Anschein – weniger in der grundsätzlichen Infragestellung des Instituts der Bestandskraft (auch wenn dieses natürlich betroffen ist), denn in der Eröffnung einer Art „Kontroll- bzw. Sanktionsmechanismus“ für die Einhaltung der in Art. 234 EG vorgesehenen Vorlagepflicht letztinstanzlicher nationaler Gerichte liegen, der durch Einzelne in Gang gesetzt wird. Insofern werden also die „dezentralen Durchsetzungsmechanismen“ des Gemeinschaftsrechts (Stichworte unmittelbare Wirkung und Schadensersatzpflicht bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht) um eine

zusätzliche Facette erweitert. Angesichts des Umstandes, dass die Handlungsmöglichkeiten der Kommission im Rahmen des Art. 226 EG hier in der Sache eher beschränkt sind, genießen die Gerichte doch Unabhängigkeit, dürfte dieser Aspekt des Urteils jedenfalls mittelfristig der bedeutendere sein.

Ergänzend sei aber gleichwohl darauf hingewiesen, dass das Urteil die Frage nach der Reichweite der „Infragestellung“ der Bestandskraft von Verwaltungsakten gerade nicht abschließend beantwortet: Denn der EuGH beschränkt die Tragweite seines Urteils ausdrücklich auf Umstände wie die im Ausgangsfall vorliegenden, so dass der Gegenschluss, wonach im Falle des Fehlens der formulierten Voraussetzungen die Bestandskraft nicht durchbrochen werden könnte, aus dem Urteil nicht abgeleitet werden kann. Immerhin sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bestandskräftige, aber gemeinschaftsrechtswidrige Verwaltungsakte keine Grundlage für den Erlass neuer Verwaltungsentscheidungen bilden dürfen²⁰. Weiter dürfte sich aus dem hier erwähnten Urteil auch ergeben, dass gemeinschaftsrechtswidrige bestandskräftige Verwaltungsakte grundsätzlich Rechtswirkungen entfalten können, entspricht ein solches Institut doch dem (auch im Gemeinschaftsrecht anerkannten) Grundsatz der Rechtssicherheit; m.a.W. dürfte der EuGH das Institut der Bestandskraft im Grundsatz anerkennen. Wo aber genau die Grenzen zu ziehen sind und wie die Abwägung zwischen Vorrang einerseits und Rechtssicherheit andererseits vorzunehmen ist, wird erst die zukünftige Rechtsprechung zeigen. Vieles spricht jedenfalls dafür, dass die Rechtsprechung der Inanspruchnahme von Rechtsschutz hier eine gewisse, wenn nicht gar entscheidende Rolle einräumt.

III. Unionsbürgerschaft und allgemeines Diskriminierungsverbot

²⁰ Vgl. EuGH, Slg. 1999, 2517 – Ciola. Hierzu bereits *Epiney*, NVwZ 2000, 36 (37). S. auch EuGH, Slg. 2001, I-5063 – Lasy.

In der Rs. C-200/02²¹ präzisierte der EuGH die Tragweite des sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Aufenthaltsrechts der Unionsbürger. Zur Debatte stand die Frage, ob ein minderjähriger Unionsbürger im Kleinkindalter und seine die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzende Mutter ein Aufenthaltsrecht in der Union haben. Das Kind hatte aufgrund des in Irland geltenden *Ius soli* die irische Staatsangehörigkeit erworben, nachdem sich die Mutter zu diesem Zweck für die Geburt nach Irland begeben hatte. Der EuGH bejahte im Ergebnis die Frage nach dem Aufenthaltsrecht unter der Voraussetzung des Bestehens einer Krankenversicherung des Kindes sowie der Sicherung des Unterhalts, damit eine Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates durch den Minderjährigen verhindert werde. Dem für das Kind sorgenden Elternteil stehe ebenfalls ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht zu, würde doch ansonsten dem Aufenthaltsrecht des Kindes seine effektive Wirksamkeit entzogen. Das Urteil ist insbesondere auch vor dem Hintergrund einiger grundsätzlicher Ausführungen des EuGH zu den sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Rechten von Bedeutung:

- So besteht das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger auf der Grundlage des Urteils unabhängig von dem grenzüberschreitenden Gebrauch der Freizügigkeitsrechte. Damit hebt der Gerichtshof das sich aus der Unionsbürgerschaft ergebende Freizügigkeitsrecht von den Grundfreiheiten merklich ab und anerkennt den grundrechtlichen Charakter von Art. 18 EGV, eine sich bereits in der Rs. C-148/02²² abzeichnende Entwicklung.
- Im Übrigen betont der EuGH im Zusammenhang mit der Notwendigkeit der ausreichenden Existenzmittel (die nicht notwendigerweise durch den Unionsbürger erbracht werden müssen, sondern über die dieser nur „verfügen“ muss, unabhängig von deren Herkunft), dass ein „fundamentaler Grundsatz wie der der Freizügigkeit“ weit auszulegen sei und hier im Übrigen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Bedeutung sei. Offen bleibt hier allerdings, ob die Gewährung der Unterhaltsmittel nur

²¹ EuGH, Urt. vom 19.10.2004 – Rs. C-200/02 – Zhu, Chen. S. im Übrigen EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – Rs. C-224/02 = EWS 2004, 369 – Pusa: Der EuGH bestätigte hier seine Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung von Art. 12, 18 EG und wandte sie auf nationale Vorschriften im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung an, indem er betonte, dass Art. 12, 18 EG einer Bestimmung des nationalen Zwangsvollstreckungsrecht entgegen stünden, die im Falle der Pfändung eines Teils einer Rente für die Bestimmung des pfändbaren Betrags die zu entrichtende Steuer nur für in Inland wohnhafte, nicht hingegen (in gleicher Weise) für im EU-Ausland wohnhafte Personen berücksichtigt. S. sodann EuGH, Rs. C-65/03 - Urt. v. 1.7.2004 = EWS 2004, 477 – Kommission/Belgien: Hier ging es um die Fortführung der Gravier-Rechtsprechung (EuGH, Slg. 1985, 593), indem der EuGH betonte, dass auch die unterschiedliche Behandlung von Diplomen aus anderen Mitgliedstaaten (deren Inhaber mussten sich für den Zugang zum Hochschulstudium einer Eignungsprüfung unterziehen) gegen Art. 12 verstoße; eine Rechtfertigung wurde mangels eines entsprechenden Vorbringens Belgiens nicht geprüft. Das Urteil legt somit den Schluss nahe, dass ausländische Diplome grundsätzlich anzuerkennen sind, wobei es aber die Möglichkeit einer Rechtfertigung (etwa aufgrund unterschiedlichen Inhalts der Diplome) nicht grundsätzlich ausschließt. S. auch EuGH, Urt. v. 8.7.2004 – verb. Rs. C-502/01, C-31/02 = EuZW 2004, 573 = EWS 2004, 383 – Gaumain-Cerri: Hier stellte der EuGH fest, dass die deutsche Pflegeversicherung von der VO 1408/71 erfasst wird und dass es mit Art. 17 EG unvereinbar sei, eine besondere Leistung der Pflegeversicherung (nämlich die Tragung der Rentenversicherungsbeiträge des einen Pflegebedürftigen betreuenden Dritten) zu verweigern, weil der Dritte nicht im Gebiet des zuständigen Mitgliedstaats wohnt.

²² EuGH, Urt. v. 2.10.2003 – Rs. C-148/02 – Garcia Avello; hierzu *Epiney*, NVwZ 2004, 1067 (1070 f.).

tatsächlich vorliegen muss oder ob – wie im vorliegenden Verhältnis zwischen Kind und Mutter – auf die Unterhaltsgewährung ein Rechtsanspruch bestehen muss. Die Formulierungen des Gerichtshofs legen hier eher eine weite Auslegung nahe.

- Weiter stehe dem sich aus Art. 18 EG ergebenden Aufenthaltsrecht des Kindes auch nicht das Missbrauchsverbot entgegen, da es allein darauf ankomme, ob die Staatsangehörigkeit rechtmäßig erworben worden sei. Dieser letzte Punkt legt den Schluss nahe, dass ein Missbrauch jedenfalls von Freizügigkeitsrechten im Wesentlichen nur dann in Betracht kommt, wenn über Tatsachen getäuscht wird (wie z.B. im Falle einer „Scheinehe“), nicht hingegen, wenn es um Beweggründe für ein bestimmtes rechtmäßiges Verhalten, das tatsächlich stattfand, geht.
- Schließlich leitet der EuGH das Aufenthaltsrecht der Mutter offenbar direkt aus dem Aufenthaltsrecht des Kindes nach Art. 18 EG ab, wobei sich dieses abgeleitete Recht wohl auch auf eine andere, tatsächlich für das Kind sorgende Person beziehen kann.

In der Rs. C-456/02²³ bestätigte bzw. präzierte der Gerichtshof seine Rechtsprechung zu der Frage, ob und inwieweit ein Unionsbürger auf der Grundlage von Art. 12, 18 EG ein Recht auf eine beitragsunabhängige Sozialleistung wie das belgische Minimex hat. Hinzuweisen ist in erster Linie auf zwei Aspekte des Urteils:

- Das sich aus Art. 18 EG ergebende Freizügigkeitsrecht sei nicht „absolut“, sondern bestehe nur vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen, wozu auch die Verfügbarkeit von Existenzmitteln gehöre, wobei diese Bedingungen allerdings unter Einhaltung der „einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ anzuwenden seien. Falls ein Unionsbürger aus Mangel an Existenzmitteln eine Leistung wie das Minimex beantragt und keine besonderen Umstände – wie insbesondere im Fall Baumbast²⁴ – vorliegen, gehe eine Verneinung des Aufenthaltsrechts nicht über das hinaus, was zur Erreichung der Zielsetzungen der einschlägigen RL 90/364²⁵ notwendig sei.
- Anders sei die Situation jedoch dann zu beurteilen, wenn ein rechtmäßiger Aufenthalt des Unionsbürgers vorliegt. Ein nicht wirtschaftlich aktiver Unionsbürger könne sich nämlich auf Art. 12 EG berufen, wenn er sich im Aufenthaltsmitgliedstaat für eine bestimmte Dauer rechtmäßig aufgehalten hat, und damit auch eine in den Anwendungsbereich des Vertrages fallende Leistung wie das Minimex unter denselben Voraussetzungen wie die Staatsangehörigen des Aufenthaltsmitgliedstaates beanspruchen. Unbenommen bleibe es dem Aufenthaltsmitgliedstaat festzustellen, dass eine Beanspruchung einer solchen Sozialleistung dazu führt, dass die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts nicht mehr erfüllt sind, so dass eine Ausweisungsmaßnahme möglich sei, die aber nicht automatisch als Folge der Inanspruchnahme des Sozialhilfesystems ergriffen werden dürfe.

Von Bedeutung ist an dem Urteil – neben der Bestätigung der unmittelbaren Wirkung des sich aus Art. 18 EG ergebenden Aufenthaltsrechts sowie der Maßgeblichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips als „Schrankschranke“ bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Schranken dieses Rechts – insbesondere die Klarstellung, dass Art. 12 EG nur unter der Voraussetzung einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfeleistungen gibt, wenn vor dieser Inanspruchnahme bereits ein rechtmäßiger Aufenthalt begründet worden war. Damit ist die Reichweite der sich aus Art. 12, 18 EG ergebenden Rechte (auch) davon abhängig, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten Unionsbürgern – obwohl diesen möglicherweise kein Aufenthaltsrecht aus dem Unionsrecht zusteht – nach nationalem Recht ein solches einräumen. Im Übrigen bleibt auch auf der Grundlage dieses Urteils unklar, unter welchen Voraussetzungen die Beendigung des Aufenthalts eines Unionsbürgers eingeleitet werden kann, der Sozialhilfe beansprucht, darf diese doch nicht „automatisch“ an diese Inanspruchnahme anknüpfen, dies obwohl das Aufenthaltsrecht damit nicht mehr besteht.

²³ EuGH, Urt. v. 7.9.2004 – Rs. C-456/02 = EWS 2005, 33 - Trojani.

²⁴ In dem grundsätzlich Existenzmittel vorhanden waren. Vgl. EuGH, Slg. 2002, I-7091 – Baumbast. Hierzu bereits Epiney, NVwZ 2004, 555 (560).

²⁵ ABIEG 1990 Nr. L 180 S. 26. Die sekundärrechtlichen Gewährleistungen des Aufenthaltsrechts wurden 2004 durch den Erlass der RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABIEG 2004 Nr. L 158, S. 7) grundlegend revidiert. Hierzu Hailbronner, ZAR 2004, 259 ff.

IV. Grundfreiheiten²⁶

1. Freier Warenverkehr²⁷

In der Rs. C-71/02²⁸ hatte der EuGH (erneut) zu beurteilen, ob eine Werberegung – konkret ging es um das Verbot, in Bezug auf aus Konkursmasse erworbener Ware (die aber nicht mehr zur Konkursmasse gehören) auf deren Ursprung hinzuweisen – in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fällt. Der Gerichtshof prüft hier – in enger Anlehnung an die Formulierung im Urteil Keck und Mithouard – das Vorliegen einer Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Rechtsprechung in drei sauber getrennten Schritten: Erstens dürfe die Maßnahme nicht produktbezogen sein, also keine Anforderungen an die Waren stellen. Zweitens müsse sie auf alle im Inland eine entsprechende Tätigkeit ausübenden Wirtschaftsteilnehmer anwendbar sein, und drittens müsse der Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berührt sein. Der EuGH bejahte i. Erg. das Vorliegen dieser Voraussetzungen; er hob insbesondere hervor, dass es sich gerade nicht um ein vollständiges Verbot einer Form der Absatzförderung handele, sondern lediglich die Herkunftsangabe einer Ware verboten werde, so dass keinerlei Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Wirkung auf in- und ausländische Erzeugnisse ersichtlich seien. Der Gerichtshof stellt damit bei der Prüfung der „Keck-Formel“ streng auf die dort formulierten drei Voraussetzungen ab und erteilt damit den

²⁶ Zum freien Kapitalverkehr aus dem Berichtszeitraum EuGH, Urt. v. 15.7.2004 – Rs. C-242/03, EWS 2004, 365 – Weidert (Unzulässigkeit gewisser Beschränkungen des Einkommensteuerfreibetrags); EuGH, Urt. v. 4.3.2004 – Rs. C-334/02 – Kommission/Frankreich (Anwendungsbereich von Steuersätzen); EuGH, Urt. v. 15.7.2004 – Rs. C-315/02 = EuZW 2004, 594 = EWS 2004, 361 – Lenz (Unzulässigkeit der Beschränkung von Steuervorteilen auf Bezieher inländischer Kapitalerträge); EuGH, Urt. v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02, EWS 2004, 454 – Manninen (Unzulässigkeit des Ausschlusses von Steuergutschriften für Dividenden, die von im Ausland ansässigen Aktiengesellschaften gezahlt werden).

²⁷ S. neben den im Text erwähnten Urteilen noch EuGH, Urt. v. 8.7.2004 – Rs. C-166/03 – Kommission/Frankreich (Unzulässigkeit einer Verpflichtung zur Verwendung der Bezeichnung „Goldlegierung“ statt „Gold“); EuGH, Urt. v. 1.4.2004 – Rs. C-112/02 = EuZW 2004, 530 – Kohlpharma (Unzulässigkeit der Ablehnung eines Genehmigungsantrages für das Inverkehrbringen eines Arzneimittels, das sich in gleicher Zusammensetzung, aber mit anderem Ursprung schon auf dem Markt befindet); EuGH, Urt. v. 15.7.2004 – Rs. C-443/02 = EuZW 2004, 600 – Schreiber (Zulässigkeit eines Zulassungserfordernisses für das Inverkehrbringen von Holzstückchen aus roter Zeder, Kompetenz der Mitgliedstaaten, über das Niveau des zu gewährenden Gesundheitsschutzes zu entscheiden); in drei Urteilen vom 5.2.2005 (Rs. C-95/01 = EuZW 2004, 442 = EWS 2004, 377 – Greenham, Rs. C-24/00 = EWS 2004, 373 – Kommission/Frankreich, Rs. C-270/02 = EWS 2004, 380 – Kommission/Italien) führte der EuGH seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Verbots, mit bestimmten Stoffen (Vitaminen und andere Zusätze) angereicherte Lebensmittel in den Verkehr zu bringen (vgl. EuGH, Slg. 2003, I-9693, hierzu *Epiney*, NVwZ 2004, 1067 (1072)) fort und wandte sie auf die Notwendigkeit einer vorherigen Genehmigung an, dies unter Betonung der Bedeutung des Vorsorgeprinzips; s. auch den Rückgriff auf das Vorsorgeprinzip sowie die in Art. 174 EG verankerten Ziele in EuGH, Urt. v. 2.12.2004 – Rs. C-41/02 = EuZW 2005, 54 – Kommission/Niederlande. S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – Rs. C-150/00 – Kommission/Österreich; EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – Rs. C-387/99 = EuZW 2004, 375 – Kommission/Deutschland (Unvereinbarkeit der allgemeinen Einstufung von mit bestimmten Vitaminen angereicherten Lebensmitteln als Arzneimittel mit Art. 28 EG); EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – Rs. C-387/01 = EuZW 2004, 413 – Weigel (Unvereinbarkeit mit Art. 90 EG eines Zuschlags auf eine an sich mit Art. 90 EG vereinbare Verbrauchsabgabe bei Einfuhr eines Gebrauchtfahrzeugs).

²⁸ EuGH, Urt. v. 25.3.2004 – Rs. C-71/02 = EuZW 2004, 439 = EWS 2004, 221 – Karner.

zahlreichen, in der Literatur entwickelten Interpretationen der „Keck-Formel“ – insbesondere dem Rückgriff auf die Beeinträchtigung des Marktzugangs, der nach diesem Urteil wohl nur im Rahmen der Prüfung der Diskriminierung zwischen in- und ausländischen Produkten zum Zuge kommt – eine Absage.

Der Gerichtshof prüft an diese Erwägungen anschließend noch, ob das nationale Verbot gegen die Meinungsäußerungsfreiheit verstößt (was i. Erg. verneint wird), dies unter Berufung darauf, dass der EuGH in den Fällen, in denen eine nationale Regelung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, alle Auslegungshinweise zu geben habe, um es dem nationalen Gericht zu ermöglichen, die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Grundrechten beurteilen zu können, deren Wahrung der Gerichtshof sichert. Unklar bleibt, auf welcher dogmatischen Grundlage der EuGH annimmt, die nationale Maßnahme müsse mit dem gemeinschaftlichen Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit – nur dieses kann der EuGH anwenden, auch wenn er in der Sache auf Art. 10 EMRK zurückgreift – in Einklang stehen: Zwar weist der EuGH auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts hin; offen bleibt aber, warum dieser eröffnet sein soll, wurde doch gerade vorher die Einschlägigkeit des Art. 28 EG verneint, womit der tatbestandliche Anwendungsbereich dieser Bestimmung gerade nicht betroffen ist. Damit könnte der Gerichtshof von der Annahme ausgehen, dass jedenfalls in Konstellationen wie der vorliegenden nicht nur Art. 28 EG, sondern darüber hinaus (separat) auch noch die Vereinbarkeit der nationalen Maßnahme mit den gemeinschaftlichen Grundrechten zu prüfen ist, worin sich diese Fallgestaltung von der Heranziehung der Grundrechte im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung – die ja gerade die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheit voraussetzt – unterscheidet. Dieser Ansatz dürfte aber nicht mit dem auch und gerade durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, wonach die gemeinschaftlichen Grundrechte gerade keinen generellen Prüfungsmaßstab für nationale Rechtsakte darstellen, vereinbar sein. Eine andere mögliche Auslegung dieses Hinweises auf Art. 10 EMRK – die durch die Bezugnahme auf das Bestreben, dem nationalen Gericht alle sachdienlichen Hinweise zu geben, nahe gelegt werden könnte – könnte aber darin gesehen werden, dass der EuGH klarstellen wollte, dass Werbung zwar vom Schutzbereich des Art. 10 EMRK erfasst wird, jedoch erheblich leichter Beschränkungen zugänglich ist als sonstige allgemein interessierenden Meinungsäußerungen.

Aspekte der Keck-Rechtsprechung waren auch in der Rs. C-239/02²⁹ betroffen, wo u.a. ein nationales Verbot, in Bezug auf Lebensmittel in der (nicht auf der Etikettierung befindlichen) Werbung auf „Schlankerwerden“ oder auf ärztliche Aussagen zu verweisen, zur Debatte stand. Eine solche Regelung beschränke den Marktzugang für in anderen Mitgliedstaaten (in denen gesundheitsbezogene Angaben zulässig sind) rechtmäßig hergestellte Lebensmittel, da es ein Einfuhrhindernis darstellen könne, wenn ein möglicherweise besonders wirksames Werbesystem aufgegeben werden muss. Auch sei ein absolutes Verbot der Werbung mit bestimmten Eigenschaften eines Erzeugnisses geeignet, den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse. Wenn auch die zweitgenannte Erwägung eine logische Folge der bisherigen Rechtsprechung³⁰ ist und insofern nicht zu überraschen vermag, ist doch der erstgenannte

²⁹ EuGH, Urt. v. 15.7.2004 – Rs. C-239/02 = EuZW 2004, 657 – Douwe Egberts.

³⁰ EuGH, Slg. 2001, I-1795 – Gourmet International.

Aspekt überraschend: Hier wird nämlich offenbar bei der Prüfung der „Ausnahme“ der „Keck-Formel“ auf die Elemente der Dassonville-Formel (Einfluss auf das Einfuhrvolumen) abgestellt, nicht auf deren „Relativierung“ durch die Keck-Formel, die doch unabhängig davon eintreten soll, ob das Einfuhrvolumen reduziert werden kann oder nicht. Auf der Rechtfertigungsebene verneinte der EuGH die Verhältnismäßigkeit des zur Debatte stehenden absoluten Verbots.

2. *Freizügigkeit der Arbeitnehmer*³¹

Von besonderer Bedeutung im Berichtszeitraum dürfte das Urteil des EuGH in der Rs. C-138/02³² sein, in der es im Wesentlichen um die Frage ging, ob einem irischen Staatsangehörigen, der allerdings nie in Irland gelebt hatte, in einem anderen Mitgliedstaat – in casu Großbritannien – ein Recht auf „Beihilfe für Arbeitssuchende“ zusteht, während er in diesem Land auf Arbeitssuche ist. Der EuGH hielt insbesondere Folgendes fest:

- Der Kläger im Ausgangsfall sei nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Ersten Teils der VO 1612/68³³ anzusehen, erfasse dieser doch nur solche Arbeitnehmer, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben, nicht hingegen Arbeitnehmer, die sich – wie im vorliegenden Fall – erstmals in einem Mitgliedstaat auf Arbeitssuche begeben.
- Art. 39 EG stelle (auch) eine Ausprägung des Diskriminierungsverbots nach Art. 12 EG dar, so dass der Anwendungsbereich des Art. 39 EG im Lichte des Art. 12 EG auszulegen sei. In Bezug auf letzteren ergebe sich aber aus der Rechtsprechung³⁴, dass die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung in ihren Anwendungsbereich falle. Daher könne angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der diesbezüglichen Rechtsprechung in Bezug auf Art. 12 EG eine finanzielle Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, nicht (mehr³⁵) vom Anwendungsbereich des Art. 39 EG ausgenommen werden, so dass in Bezug auf solche finanziellen Leistungen aus Art. 39 EG ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit abzuleiten sei. Im Ausgangsfall liege eine solche Diskriminierung vor, da die in Frage stehende Sozialleistung lediglich Personen mit ihrem gewöhnlichen

³¹ S. über die im Text aufgeführten Urteile hinaus noch EuGH, Urt. v. 1.7.2004 – Rs. C-169/03 = EWS 2004, 367 – Wallentin (Unvereinbarkeit mit Art. 39 EG, einem im EG-Ausland wohnhaften Arbeitnehmer, der im Wohnsitzstaat nicht besteuert wird bzw. kein entsprechendes Einkommen erzielt, einen durch persönliche Verhältnisse begründeten Steuerfreibetrag zu verweigern, während dies im Inland ansässigen Personen ermöglicht wird); EuGH, Urt. v. 16.9.2004 – Rs. C-386/02 – Baldinger (Unanwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auf eine Entschädigungsleistung für von Bürgern in Kriegszeiten geleistete Dienste); EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – verb. Rs. C-482/01, C-493/01 = EuZW 2004, 402 – Orfanopoulos (keine „automatische“ Ausweisung eines Ausländers aus Gründen der öffentlichen Ordnung bei einer strafrechtlichen Verurteilung wegen bestimmter Delikte, Abstellen auf das persönliche Verhalten der Person und die von ihm ausgehende konkrete Gefährdung; Berücksichtigung besonderer familiärer Umstände (vgl. Art. 8 EMRK); Einbezug bei der gerichtlichen Prüfung der Verbesserung des Verhaltens der betreffenden Person in der Zeit zwischen dem Erlass der Ausweisungsverfügung und der Gerichtsentscheidung, insbesondere, wenn es sich um einen langen Zeitraum handelt).

³² EuGH, Urt. v. 23.3.2004 – Rs. C-138/02 = EuZW 2004, 507 – Collins.

³³ ABl. 1968 Nr. L 257, S. 2. Dieser Teil der VO sieht insbesondere auch das Recht auf gleiche soziale und steuerliche Vergünstigungen wie diejenigen, die inländischen Arbeitnehmern zustehen, vor.

³⁴ S. insbesondere EuGH, Sgl. 2001, I-6193 – Grzelczyk.

³⁵ S. unter Bezugnahme auf die VO 1612/68 EuGH, Slg. 1987, 2811.

- Aufenthalt im Vereinigten Königreich gewährt werde und diese Voraussetzung von Inländern „leichter“ erfüllt werden könne als von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.
- Ein solches Erfordernis könne aber aus objektiven Gründen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt werden. Ein legitimes Anliegen sei die Sicherstellung einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Leistungsempfänger und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt. Ein Wohnortfordernis sei zur Erreichung dieser Zielsetzung zwar grundsätzlich geeignet, jedoch sei auch der Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten, dem insbesondere zu entnehmen sei, dass die Anwendung des Wohnortfordernisses auf klaren und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müsse; auch sei ein Erfordernis einer Mindestaufenthaltsdauer nur soweit zulässig, als es notwendig ist, damit die Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Arbeitssuche auf dem entsprechenden Arbeitsmarkt ist.

Das Urteil des EuGH ist in mehrerer Hinsicht bemerkenswert: In Bezug auf das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht ist zunächst zu erwähnen, dass der EuGH im Ergebnis ein Recht direkt aus Art. 39 EG ableitet, das in dem anwendbaren Sekundärrecht – das ja die sich aus Art. 39 EG ergebenden Rechte konkretisieren, präzisieren und ergänzen soll – gerade nicht niedergelegt ist. Hintergrund hierfür ist die direkte Verankerung des entsprechenden Rechts in Art. 39 EG, der durch Sekundärrecht nicht relativiert werden kann. Materiell von Bedeutung ist die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EG auf finanzielle Zuwendungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern (sollen). Führt man den vom EuGH entwickelten Gedanken konsequent zu Ende, sind damit vom Diskriminierungsverbot des Art. 39 EG all diejenigen Maßnahmen erfasst, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern (sollen), worunter nicht nur direkte finanzielle Leistungen, sondern auch sonstige Maßnahmen (etwa die Hilfestellung bei der beruflichen Eingliederung, Weiterbildungsangebote oder Beschäftigungsprogramme) fallen können. In Bezug auf die tatbestandliche Reichweite des Art. 39 EG legt es die Begründung des EuGH nahe, dass diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 39 EG nur für das Diskriminierungsverbot, nicht hingegen für das dieser Bestimmung ebenfalls zu entnehmende Beschränkungsverbot gilt, nimmt der EuGH doch maßgeblich auf seine Rechtsprechung zu Art. 12 EG Bezug. Damit dürfte der EuGH davon ausgehen, dass in Bezug auf direkt den Zugang zum Arbeitsmarkt betreffende Regeln (auch) ein Beschränkungsverbot zur Anwendung kommt, in Bezug auf den Zugang nur beeinflussende „Begleitumstände“ hingegen (nur) ein Diskriminierungsverbot. Es liegt auf der Hand, dass die Abgrenzung aber auch große Schwierigkeiten bereiten kann, wobei immerhin darauf hinzuweisen ist, dass aus Art. 39 EG jedenfalls kein allgemeines (unabhängig von einer Diskriminierung zum Zuge kommendes) Leistungsrecht des Einzelnen auf Unterstützung irgendwelcher Art abgeleitet werden kann. Nicht beantwortet hat der EuGH die Frage, ob die vorgenommene Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EG auch Drittwirkung

entfaltet und damit gegen Private geltend gemacht werden kann. Im Fall Angonese³⁶ geht der EuGH offenbar in Bezug auf Diskriminierungen von einer umfassenden Drittwirkung aus.

Deutlich wird damit auch, dass die Dogmatik der Grundfreiheiten noch keineswegs abschließend geklärt ist und dass auch die zweifellos festzustellende „Konvergenz“ der Grundfreiheiten durchaus ihre Grenzen aufweist, gibt es im Rahmen der einzelnen Freiheiten doch immer wieder spezifische Fallgestaltungen, die sich nur bedingt – wenn überhaupt – mit Konstellationen im Rahmen anderer Grundfreiheiten vergleichen lassen.

Nur am Rande sei schließlich bemerkt, dass auch dieses Urteil ein Beispiel dafür ist, dass der EuGH bei der Prüfung des Vorliegens einer materiellen Diskriminierung sehr auslegungsbedürftige und letztlich kaum weiterhelfende Kriterien verwendet, wie dasjenige, dass Inländer ein bestimmtes Erfordernis „leichter“ erfüllen können. Letztlich dürfte es hier weniger auf eine „leichtere“ Erfüllbarkeit von Voraussetzungen ankommen denn darauf, ob eine Bestimmung aufgrund ihrer inhaltlichen Ausgestaltung die Gefahr in sich birgt, dass EU-Ausländer benachteiligt werden³⁷.

Grundlegende Aussagen über die Auslegung von „Integrationsverträgen“ der EG mit Drittstaaten, in denen Teile des Gemeinschaftsrechts – so häufig auch und gerade die Freizügigkeitsrechte – auf die Beziehungen zu Drittstaaten ausgedehnt werden, sind der Rs. C-465/01³⁸ zu entnehmen. Der EuGH formuliert hier allgemein, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des Vertrages. Hieran änderten auch ggf. abweichende Formulierungen (im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht) in einem solchen Abkommen nichts. Zur Begründung verweist der Gerichtshof insbesondere auf die Zielsetzungen der Übereinkommen, die mit denjenigen des Vertrages in den erfassten Bereichen übereinstimmen. Zur Klarstellung ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich diese Auslegung – auch wenn dies der EuGH nicht ausdrücklich betont – nicht etwa aus gemeinschaftsrechtlichen, sondern aus völkerrechtlichen Grundsätzen ergibt, geht es doch um die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages. Der vom EuGH formulierte Grundsatz dürfte sich in dem Sinn verallgemeinern lassen, dass in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis communautaire* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens eben gerade dahin geht, das in der Gemeinschaft geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen parallel wie die einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen sind. Vieles dürfte hier dafür sprechen, dass dieser Grundsatz auch soweit geht oder zumindest gehen kann, dass auch nach Unterzeichnung des jeweiligen Abkommens ergangene EuGH-Rechtsprechung zu beachten ist, kann doch nur auf diese Weise die Zielsetzung der Parallelität der Rechtsregime erreicht werden. Praktisch relevant werden diese Grundsätze etwa auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens der EG (und ihrer Mitgliedstaaten) mit der Schweiz³⁹.

³⁶ EuGH, Slg. 2000, I-4161.

³⁷ Wie dies der EuGH in anderen Fällen denn auch formuliert. S. aus dem Berichtszeitraum etwa EuGH, Urt. v. 16.9.2004 – Rs. C-400/02 – Merida: Hier hält der EuGH fest, dass eine mittelbare Diskriminierung dann vorliege, wenn sich eine Vorschrift „ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt“. Der Gerichtshof stellte hier auch – einmal mehr – klar, dass allein eine Erhöhung finanzieller Lasten und administrativer Schwierigkeiten für einen Mitgliedstaat eine mittelbare Diskriminierung nicht rechtfertigen können. S. auch EuGH, Urt. v. 28.4.2004 – Rs. C-373/02 – Öztürk.

³⁸ EuGH, Urt. v. 16.9.2004 – Rs. C-465/01 – Kommission/Österreich. S. auch im Ansatz ähnliche Ausführungen in EuGH, Urt. v. 11.11.2004, Rs. C-467/02 – Cetinkaya.

³⁹ Hierzu etwa *Epiney*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2005, 1 ff.

3. Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Niederlassungsfreiheit⁴⁰

Grundsätzliche Fragen der Rechtfertigung einer Beschränkung von Grundfreiheiten werden in der Rs. C-36/02⁴¹ aufgeworfen. Zur Debatte stand die Zulässigkeit eines von den zuständigen deutschen Behörden erlassenen Verbots, ein Laserspiel zu betreiben, das aufgrund einer simulierten Beschießung ein „spielerisches Töten“ von Menschen impliziert. Der EuGH stellte zunächst die Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit fest, dies vor dem Hintergrund, dass auch künftige Beeinträchtigungen der Waren- und Dienstleistungsfreiheit relevant seien, und dass die Verbotsverfügung aufgrund (erwarteter) Lieferungen aus dem Ausland diese beiden Freiheiten beschränke, wobei letztere aber klar im Vordergrund stehe. Diese Beschränkung könne aber gerechtfertigt werden: Einschlägig sei die öffentliche Ordnung, die eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, voraussetze, was hier gegeben sei, da die Maßnahme gegen die Menschenwürde verstoße. Diese sei in der (nationalen) Verfassung verankert, ihr Schutz sei aber auch Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, so dass sie ein „berechtigtes Interesse“ darstelle, das grundsätzlich geeignet sei, eine Beschränkung von Grundfreiheiten zu rechtfertigen. Es sei in diesem Zusammenhang nicht notwendig, dass eine solche Maßnahme einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Auffassung darüber entspreche, wie das betreffende Grundrecht oder berechnigte Interessen zu schützen sind. Die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sei gegeben. Das Urteil ist schon deshalb bemerkenswert, weil es – soweit ersichtlich zum ersten Mal – auf der Rechtfertigungsebene auf den Schutz der Menschenwürde abstellt⁴². Die dogmatischen Grundlagen des Urteils werden aber nicht ganz klar, ganz abgesehen davon, dass der EuGH es unterlässt, eine Definition der Menschenwürde im Gemeinschaftsrecht zu entwickeln. Immerhin legen die Formulierungen des Urteils den Schluss nahe, dass die Menschenwürde als mitgliedstaatliches Grundrecht ein „berechtigtes Interesse“ darstellt, so dass der Bezug zur Verankerung der Menschenwürde im

⁴⁰ S. über die im Text aufgeführten Urteile hinaus noch EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – Rs. C-171/02 – Kommission/Portugal; EuGH, Urt. v. 7.10.2004 – Rs. C-189/03 – Kommission/Niederlande (Unvereinbarkeit verschiedener Anforderungen für die Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste); EuGH, Urt. v. 12.10.2004 – Rs. C-60/03, EWS 2004, 507 – Wolff & Müller (Vereinbarkeit der Verpflichtung der Haftung als Bürge mit Art. 49 EG); EuGH, Urt. v. 11.3.2004 – Rs. C-496/01 – Kommission/Frankreich (Unzulässigkeit des Erfordernisses einer betrieblichen Niederlassung für biomedizinische Analyselabors als Voraussetzung für die Zulässigkeit ihrer Tätigkeiten und für die Erstattungsfähigkeit der Kosten im Zuge der Durchführung von Analysen); EuGH, Urt. vom 14.10.2004 – Rs. C-299/02 – Kommission/Niederlande (Unzulässigkeit verschiedener Anforderungen für die Registrierung von Schiffen); EuGH, Urt. v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02 = EuZW 2004, 273 = EWS 2004, 180 – Hughes de Lasteyrie du Saillant (Unzulässigkeit der Besteuerung latenter Wertsteigerungen aus Steuerfluchtgründen im Falle der Verlegung des steuerpflichtigen Wohnsitzes eines Steuerpflichtigen ins Ausland). S. auch EuGH, Urt. v. 18.3.2004 – Rs. C-8/02 – Leichtle, wonach die Erstattung von Aufwendungen im Zusammenhang mit einer in einem anderen Mitgliedstaat absolvierten Heilkur nicht davon abhängig gemacht werden dürfe, dass die Erfolgsaussichten einer Kur im Ausland höher sind als im Inland.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 14.10.2004 – Rs. C-36/02 = EuZW 2004, 753 = EWS 2004, 19 – Omega Spielhallen- und Automatenaufstellung.

⁴² S. aber die Erwähnung der Menschenwürde im Zusammenhang mit der Gültigkeitsprüfung einer Richtlinie in EuGH, Slg. 2001, I-7079 = EuZW 2001, 691 – Kommission/Niederlande. Hierzu *Epiney*, NVwZ 2002, 1429 f.

Gemeinschaftsrecht nur, aber immerhin, der Prüfung der Vereinbarkeit eines solchen berechtigten Interesses mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben dient. Damit stellt nicht das gemeinschaftliche Grundrecht das berechnigte Interesse dar, was auch insofern widersinnig wäre, als der EuGH ja betont, dass die Ausfüllung des gemeinschaftlichen Begriffs der öffentlichen Ordnung den Mitgliedstaaten obliegt und er es als unschädlich ansieht, dass in anderen Mitgliedstaaten offenbar andere Vorstellungen zum Schutz der Menschenwürde existieren als in Deutschland. Aber auch auf dieser Grundlage bleibt die Frage, ob nationale Grundrechte nur dann berechnigte Interessen – die die Beschränkung von Grundfreiheiten rechtfertigen können – darstellen, wenn sie auch gleichzeitig im Gemeinschaftsrecht als Grundrechte anerkannt sind. Diese Frage ist m.E. klar zu verneinen, da die Formulierung der berechtigten Interessen ja in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegt und nicht ersichtlich ist, warum eine gleichzeitige Anerkennung auf Gemeinschaftsebene notwendig sein soll. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH die Menschenwürde im Rahmen des geschriebenen Rechtfertigungsgrunds der öffentlichen Ordnung heranzieht; dies ändert aber wohl nichts daran, dass Grundrechte nicht auch als solche „berechnigte Interessen“ darstellen (können), die die Beschränkung von Grundfreiheiten rechtfertigen können.

Weiter legt das Urteil – durchaus in der Logik der jüngeren Entwicklung der Rechtsprechung⁴³ – das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements für die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten denkbar weit aus, soll es doch bereits genügen, dass ein Verbot geeignet ist, die künftige Entwicklung von Vertragsbeziehungen zwischen in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Geschäftspartnern einzuschränken. Diese sehr weit formulierte Voraussetzung des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Sachverhalts dürfte aber bei sehr vielen, wenn nicht gar fast allen Geschäftsbeziehungen vorliegen, so dass dieses Merkmal letztlich sehr an Bedeutung verliert und sich (einmal mehr) die Frage stellt, ob seine Aufrechterhaltung zu überzeugen vermag.

In den Rs. C-262/02⁴⁴ und C-429/02⁴⁵ ging es um die sog. „Loi Evin“ – ein französisches Gesetz, das die Fernsehwerbung für im Inland vertriebene alkoholische Getränke verbietet, soweit es sich dabei um indirekte Fernsehwerbung in der Form handelt, dass während der Übertragung bestimmter Sportveranstaltungen Werbetafeln auf dem Bildschirm zu sehen sind. Eine solche Regelung der Fernsehwerbung stelle eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, da sie zum einen die Eigentümer von Werbetafeln im Ergebnis dazu „zwinge“, die Werbung für alkoholische Getränke vorsorglich abzulehnen, wenn die Möglichkeit der Fernsehübertragung besteht. Zum anderen werde die Dienstleistung der Ausstrahlung von Fernsehprogrammen behindert, da die Sender jede Übertragung von Sportereignissen abzulehnen haben, bei der entsprechende Werbetafeln zu sehen wären. Auch könnten Veranstalter von außerhalb Frankreichs stattfindenden Sportereignissen die Übertragungsrechte nicht an französische Sender verkaufen, wenn entsprechende Werbetafeln zu sehen sind. An der Einschlägigkeit des Art. 49 EG ändere auch der Umstand nichts, dass eine „Maskierung“ der Werbetafeln allenfalls möglich wäre, seien damit doch jedenfalls hohe

⁴³ S. insbesondere EuGH, Slg. 2002, I-6249 – Carpenter. Hierzu *Epiney*, NVwZ 2004, 555 (562 f.).

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 13.7.2004 – Rs. C-262/02 = EuZW 2004, 499 = EWS 2004, 411 – Kommission/Frankreich.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 13.7.2004 – Rs. C-429/02 = EuZW 2004, 497 = EWS 2004, 413 – Bacardi France.

Kosten verbunden. Allerdings seien diese Beschränkungen durch den Gesundheitsschutz – dessen Niveau die Mitgliedstaaten im nicht harmonisierten Bereich selbst bestimmen können – gerechtfertigt. Die Maßnahme sei auch nicht unverhältnismäßig. Insbesondere stehe es Frankreich frei, nur die indirekte Werbung für alkoholische Getränke, nicht aber für andere schädliche Substanzen, wie etwa Tabak, zu verbieten, und auch der sehr einschneidende Charakter der Maßnahme ändere nichts daran, dass keine milderer Mittel ersichtlich seien. Der EuGH knüpft damit bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung sehr konsequent an den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Definition des Schutzniveaus an und prüft – ausgehend von dem hohen diesbezüglich angestrebten Schutzniveau – insbesondere die Erforderlichkeit der Maßnahme. So dürfte denn zur Erreichung gerade des anvisierten ehrgeizigen Schutzziels eine mildere Maßnahme nicht möglich sein, wenn auch der Spielraum des nationalen Gesetzgebers hier relativ weit gehalten wird: So reiche es aus, dass die Regelung geeignet ist, den Kontakt zwischen dem Publikum und der Werbung für das gesundheitsschädliche Produkt zu verringern (wobei die Frage der Wirksamkeit eines solchen Werbeverbots nicht in Frage gestellt wird), und eine unterschiedliche Ausgestaltung der Werbeverbote für Tabak und Alkohol stehe ebenfalls im Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers. Weiter bildet dieses Urteil einen zusätzlichen Anhaltspunkt dafür, dass der EuGH bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit die Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit i.e.S. nicht prüft, hätte sich eine solche Prüfung doch gerade hier aufgedrängt, da derartige Werbetafeln, wie der EuGH selbst betont, in der Regel nur einige Sekunden auf dem Bildschirm zu sehen sind, während die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit doch beachtlich ist.

In der Rs. C-445/03⁴⁶ ging es u.a. um die Vereinbarkeit einer luxemburgischen Regelung, die im Falle der Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten durch ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat nach Luxemburg eine vorherige Arbeitsgenehmigung vorsah. Der EuGH nahm zwar an, dass eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs grundsätzlich durch den Schutz der sozialen Sicherheit und das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, gerechtfertigt werden könne, erachtete die Maßnahmen aber als unverhältnismäßig, da entsprechende Anzeigepflichten genügte. Eine Rechtfertigung dürfe im Übrigen den freien Dienstleistungsverkehr in den entsprechenden Sektoren „nicht illusorisch“ machen. Dieser Ansatz erinnert an die Garantie eines „Kerngehalts“ an grundfreiheitlichen Rechten, entsprechend dem diesbezüglichen Prinzip in der Grundrechtsdogmatik, so dass die bislang in der Rechtsprechung nicht geklärte Frage aufgeworfen wird, ob und inwieweit auch im Rahmen der Beschränkung der Grundfreiheiten ein „Kerngehalt“ – wie auch immer man diesen dann bestimmen mag – zu beachten ist. Angesichts der hohen Bedeutung der Grundfreiheiten im EG-Vertrag sowie der in vielen Aspekten im Vergleich zu Grundrechten parallel ausgestalteten Dogmatik spricht im Grundsatz vieles für die Anerkennung eines solchen Konzepts auch im Rahmen der Grundfreiheiten.

Die Frage, ob Anti-Doping-Regeln – insbesondere Regeln, die die Sperre von Sportlern im Falle positiver Doping-Tests vorsehen – in den Anwendungsbereich der vertraglichen Bestimmungen, insbesondere des Art. 49 EG, fallen, war Gegenstand der Rs. T-313/02⁴⁷. Das EuG knüpfte an seine diesbezügliche bisherige Rechtsprechung an und stellte insbesondere fest, dass diejenigen Regeln, die den wirtschaftlichen Aspekt des Sports betreffen, in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen, im Gegensatz zu denjenigen Bestimmungen, die allein von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben. Doping-Regeln fielen unter die zweitgenannte Kategorie, gehe es hier doch um Regeln über die Art und Weise der Austragung sportlicher Wettkämpfe, so dass die Dopingbekämpfung keinen wirtschaftlichen Zweck

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 21.10.2004 – Rs. C-445/03, EWS 2004, 561 – Kommission/Luxemburg.

⁴⁷ EuG, Urt. v. 30.9.2004 – Rs. T-313/02 – David Meca-Medina.

verfolge. Deutlich wird damit auch, dass die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und sportlichen Aspekten sehr schwierig ist, entfaltet doch gerade eine Sperrung der Sportler durchaus nachhaltige wirtschaftliche Implikationen, da es hier in der Sache um ein zeitlich befristetes Berufsverbot geht. Es mutet daher merkwürdig an, wenn das Gericht hier nicht auf die Wirkungen einer Maßnahme, sondern auf ihre Zielsetzung – nicht wirtschaftlicher Natur – abstellt. Im Ergebnis dürfte das EuG aber durchaus davon ausgehen, dass solche Regeln ähnlich wie „normale“ in den Anwendungsbereich des Art. 49 EG fallende Maßnahmen zu prüfen sind, wird doch untersucht, ob und inwieweit diese „Beschränkung des Geltungsbereichs“ der vertraglichen Bestimmungen den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügt, wenn dies auch im vorliegenden Fall keine entscheidende Rolle gespielt hat (immerhin untersucht das Gericht aber auch, ob es um diskriminierende Praktiken geht). Vor diesem Hintergrund wäre es aus dogmatischer Sicht überzeugender, auch bei sportlichen Regeln, die die Grundfreiheiten beschränken können, die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten zu bejahen und dann auf der Rechtfertigungsebene zu prüfen, ob und inwieweit sportliche Anliegen diese Beschränkungen zu rechtfertigen vermögen; dabei muss bei der Definition dessen, was als sportliches Anliegen verstanden wird, den zuständigen Verbänden ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt werden.

IV. Umweltrecht⁴⁸

1. Umwelt und freier Warenverkehr

Um grundlegende Fragen des Verhältnisses von Umwelt und freiem Warenverkehr sowie die rechtliche Tragweite der „Verpackungsrichtlinie“⁴⁹ ging es in den Rs. C-463/01⁵⁰ und C-309/02⁵¹, in denen letztlich die Vereinbarkeit des deutschen „Dosenpfandes“ mit dem EG-Recht zur Debatte stand. Zu erwähnen sind insbesondere folgende Erwägungen des EuGH:

- Nach eingehender Auseinandersetzung mit einzelnen Bestimmungen der RL 94/62 kommt der EuGH zum Schluss, diese stelle keine Rangfolge zwischen der Wiederverwendung und der stofflichen Verwertung von Verpackungsabfällen auf. Auch sei der RL 94/62 keine abschließende Harmonisierung der Organisation der nationalen Systeme zur Förderung der Wiederverwendung von Verpackungen zu entnehmen, nehme die RL 94/62 doch nur sehr allgemein auf die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, die Wiederverwendung von Verpackungen zu fördern, Bezug, ohne die Kriterien zu präzisieren, die hierbei zu beachten sind. Daher sei für die Prüfung der Vereinbarkeit der strittigen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht Art. 28 EG ausschlaggebend.

⁴⁸ S. neben den im Text genannten Urteilen noch EuGH, Urt. v. 11.3.2004 – Rs. C-396/01 – Kommission/Irland (verschiedene Verstöße Irlands gegen die RL 91/676 zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigungen durch Nitrat aus landwirtschaftlichen Quellen, ABIEG 1991 Nr. L 375, S. 1); EuGH, Urt. v. 15.7.2004 – Rs. C-272/01 – Kommission/Portugal (Nichteinhaltung verschiedener Vorgaben der Badegewässerrichtlinie 76/160, ABIEG 1976 Nr. L, 31, S. 1); EuGH, Urt. v. 23.9.2004 – Rs. C-280/02 – Kommission/Frankreich (Verletzung der sich aus der RL 91/271 über die Behandlung von kommunalem Abwasser, ABIEG 1991 Nr. L 135, S. 40, ergebenden Pflicht zur Ausweisung empfindlicher Gebiete und der Unterlassung der Behandlung kommunaler Abwässer verschiedener Gemeinden).

⁴⁹ RL 94/62, ABIEG 1994 Nr. L 365, S. 10. Zur Auslegung der RL 94/62 auch noch EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – Rs. C-341/01 = EuZW 2004, 541 – Plato Plastik, wonach den Kunden in Einzelhandelsgeschäften zur Verfügung gestellte Plastiktragetaschen Verpackungen im Sinne der RL 94/62 darstellen, unabhängig davon, ob der Kunde die Tasche kauft oder ob sie ihm unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird. Weiter meine der Begriff „Hersteller“ im Kontext des Art. 3 Nr. 1 Abs. 1 RL 94/62 den Hersteller der verpackten Waren, nicht hingegen den Hersteller der Verpackungserzeugnisse.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 14.12.2004 – Rs. C-463/01 = EWS 2005, 22 = EuZW 2005, 49 – Kommission/Deutschland.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 14.12.2004 – Rs. C-309/02 = EWS 2005, 28 – Radlberger Getränkegesellschaft.

- In Bezug auf Art. 28 EG liege eine materielle Diskriminierung ausländischer Hersteller (insbesondere, aber nicht nur, von natürlichen Mineralwassern) vor: Einmal liege der Anteil an Mehrwegverpackungen bei deutschen Herstellern viel höher als bei ausländischen; zum anderen sei eine Wiederverwendung der Verpackungen bei ausländischen Getränken häufig aufwendiger, habe der Exporteur doch den Vertrieb seiner Erzeugnisse den spezifischen Erfordernissen des deutschen Marktes anzupassen. Schließlich handele es sich bei den deutschen Bestimmungen auch schon deshalb nicht um Verkaufsmodalitäten, da die Verpackung des Produkts betroffen sei.
- Allerdings komme eine Rechtfertigung aus Gründen des Umweltschutzes in Betracht, denn ein Pfand- und Rücknahmesystem könne die Rücklaufquote von Leerverpackungen erhöhen und führe zu einer Sortenreinheit der Verpackungsabfälle, wodurch eine Verbesserung der Verpackungsabfallverwertung erreicht werden könne. Auch stelle die Erhebung eines Pfandes einen Anreiz für den Verbraucher dar, die Leerverpackungen zu den Verkaufsstellen zurückzubringen, so dass es einen Beitrag zur Verringerung von Abfällen in der Natur leiste. Soweit das Inkrafttreten eines neuen Systems von dem Anteil der Mehrwegverpackungen auf dem Markt abhängig gemacht wird, werden die Hersteller und Vertreiber angehalten, Mehrwegverpackungen zu benutzen, womit zu einer Verringerung der zu beseitigenden Abfälle beigetragen wird, die eines der allgemeinen Ziele der Umweltpolitik sei. Trotz dieser grundsätzlichen Rechtfertigungsmöglichkeit verneint der EuGH aber die Vereinbarkeit der deutschen Regelung mit dem Vertrag, da den Herstellern und Vertreibern keine ausreichende Übergangsfrist eingeräumt wurde, um sich dem neuen System anzupassen, so dass dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht Rechnung getragen werde.

Das Urteil bestätigt – trotz des für Deutschland negativen Ausgangs – einmal mehr die grundsätzlich recht weitgehenden Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, aus Gründen des Umweltschutzes auch den freien Warenverkehr beschränkende Regeln zu erlassen. Man wird nämlich im Gegenschluss aus dem Urteil ableiten können, dass der Grundgedanke des Pfandsystems – so wie es in der Verpackungsverordnung vorgesehen ist – mit den Vorgaben des Art. 28 EG in Einklang steht.

Aus dogmatischer Sicht interessant ist weiter, dass der EuGH im Zusammenhang mit der Anwendung der „Dassonville-Formel“ ausdrücklich darauf hinweist, dass der Anwendungsbereich des Art. 28 EG auch dann eröffnet ist, wenn die Behinderung des freien Warenverkehrs geringfügig ist, womit der Gerichtshof wohl davon ausgeht, dass eine irgendwie geartete „Spürbarkeit“ der Beschränkung des Warenverkehrs nicht erforderlich ist.

2. *Rechtswirkungen umweltrechtlicher Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen*

In den Rs. C-213/03⁵² und C-239/03⁵³ ging es um die rechtliche Tragweite der in Art. 6 I, III des Protokolls über den Schutz des Mittelmeers gegen Verschmutzung vom Lande aus⁵⁴ niedergelegten Verpflichtungen. Aus Art. 6

⁵² EuGH, Urt. v. 15.7.2004 – Rs. C-213/03 – Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre/Electricité de France.

⁵³ EuGH, Urt. v. 7.10.2004 - Rs. C-239/03 - Kommission/Frankreich.

⁵⁴ In seiner Fassung nach Genehmigung von Änderungen, vgl. ABIEG 1983 Nr. L 67, S. 1 (ursprüngliche Fassung des Protokolls), ABIEG 1999 Nr. L 322, S. 18 (Modifikationen).

I des Protokolls ergebe sich eine „besonders strikte Verpflichtung“ zur „strengen Beschränkung“ der Verschmutzung durch die Einleitung bestimmter, in Anhang II genannter Stoffe. Aus den Akten ergebe sich, dass die Einleitungen eines am Etang de Berre gelegenen Kraftwerks sowohl in Bezug auf ihr übermäßiges Volumen im Vergleich zu dem des Etang als auch auf ihre Schwankungen allgemein bekannt waren, so dass davon auszugehen sei, dass Frankreich nicht alle geeigneten Maßnahmen ergriffen habe, um die massive und andauernde Verschmutzung des Etang de Berre zu verhüten, zu verringern und zu bekämpfen. Art. 6 III des Protokolls sei insofern hinreichend klar, präzise und unbedingt formuliert, als die Einleitung der in Anhang II genannten Stoffe einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen ist, so dass diese Bestimmung unmittelbare Wirkung entfalte und jeder Betroffene damit das Recht habe, sich vor nationalen Gerichten darauf zu berufen. Dasselbe gelte für die erwähnte Verpflichtung aus Art. 6 I des Protokolls. Dieses Urteil illustriert, dass auch solche völkervertragsrechtlichen Vorgaben, die einen gewissen Spielraum offenlassen, unmittelbare Wirkung entfalten können, soweit ihr „Kernbereich“ betroffen ist, so dass entsprechende Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten festgestellt werden können und sich Einzelne im Falle ihrer Betroffenheit auf diese Bestimmungen berufen können. Weiter zeigt das Urteil einmal mehr die weite Auslegung von durch das Gemeinschaftsrecht begründeten Rechten Einzelner, die von den „Betroffenen“ gerichtlich geltend gemacht werden können, dürfte es doch nach der Konzeption des EuGH ausreichend sein, dass die entsprechenden Vorschriften auch im Interesse Einzelner bestehen, was offenbar bei Vorschriften, die die Emission gefährlicher Stoffe in Gewässer betreffen, bejaht wird⁵⁵.

3. Unmittelbare Wirkung der RL 85/337⁵⁶

Die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen⁵⁷, die nicht auf ein rein vertikales oder rein horizontales Verhältnis reduziert werden können, sondern eine „Dreiecksstruktur“ aufweisen, ist angesichts des grundsätzlichen Ausschlusses der unmittelbaren Wirkung zu Lasten Einzelner durch die ständige Rechtsprechung⁵⁸ problematisch. Denn bei diesen gerade im Umweltbereich häufigen Konstellationen bezwecken die Richtlinienbestimmungen zwar (auch) den Schutz Einzelner, dessen Gewährung jedoch mit der Inpflichtnahme anderer Privater einhergeht. Ähnliches gilt für die staatliche Pflicht, bestimmte umweltrechtliche Bestimmungen anzuwenden, was dann ggf. Nachteile für bestimmte Personen nach sich ziehen kann. Typisches Beispiel sind hier anlagenbezogene Standards, die einerseits den Gesundheitsschutz der Bevölkerung und auch insgesamt den Umweltschutz fördern sollen, die aber durch den Staat über die Auferlegung entsprechender Pflichten der Anlagenbetreiber zu verwirklichen sind. Die entscheidende Frage geht damit in diesem Zusammenhang dahin, ob eine Richtlinie auch dann unmittelbar wirksam sein kann, wenn die Gewährung der Rechte Einzelner durch den Staat⁵⁹ oder die Anwendung umweltrechtlicher Vorgaben durch mitgliedstaatliche Behörden (auch) nachteilige Folgen für andere Private nach sich zieht.

⁵⁵ Zum Problemkreis vertiefend *Epiney/Sollberger*, Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht, 2002; *Epiney*, VVDStRL 61 (2002), 362 ff.

⁵⁶ Zur Auslegung der RL 85/337 auch noch EuGH, Urt. v. 10.6.2004 – Rs. C-87/02 – Kommission/Italien (Pflicht zur Sicherstellung der Prüfung der potenziellen Umweltauswirkungen bei unter Art. 4 II RL 85/337 fallenden Projekten); s. sodann EuGH, Urt. v. 16.9.2004 – Rs. C-227/01 – Kommission/Spanien (Einschlägigkeit des Anhangs I Nr. 7 der RL 85/337 auch auf den zweigleisigen Ausbau einer bereits vorhandenen Eisenbahnstrecke).

⁵⁷ Zur unmittelbaren Wirkung gewisser Bestimmungen der RL 93/89 (die Vorgängerrichtlinie der RL 99/62 über Maut- und Benutzungsgebühren, ABl. 1999 Nr. L 187, S. 42) und zur Bindung privater juristischer Personen, die mit dem Einzug von Mautgebühren beauftragt wurden, an diese Richtlinie EuGH, Urt. v. 5.2.2004 – Rs. C-157/02 = EuZW 2004, 279 – Riesen Internationale Transporte.

⁵⁸ S. nur EuGH, Slg. 2000, I-7535, Ziff. 50 – Unilever; EuGH, Slg. 1994, I-3325, Ziff. 10 – Faccini Dori.

⁵⁹ Wobei die dogmatische Frage hier letztlich dahin geht, ob die betreffende Richtlinienbestimmung so auszulegen ist, dass dem Einzelnen gegen den Staat ein Schutzanspruch in dem Sinn gewährt wird, dass

In der Rs. C-201/02⁶⁰ hatte sich der EuGH soweit ersichtlich zum ersten Mal ausdrücklich mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Im Zusammenhang mit der Frage der unmittelbaren Wirkung von Bestimmungen der UVP-Richtlinie unterscheidet der EuGH zwischen staatlichen Verpflichtungen, die unmittelbar im Zusammenhang mit einer Verpflichtung eines Privaten stehen, und solchen, die bloße negative Auswirkungen auf Rechte Dritter entfalten: Bei ersteren sei eine unmittelbare Wirkung ausgeschlossen, bei letzteren hingegen gerade nicht, da es sich hier nur um negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter handele. Damit geht der Gerichtshof also davon aus, dass eine unmittelbare Anwendung einer Richtlinienbestimmung durch staatliche Behörden immer dann ausgeschlossen ist, wenn sich die staatliche Aktivität allein darauf beschränkt, den Einzelnen direkt zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten, wie etwa bei der Auferlegung von Verboten und ihrer Durchsetzung. Denn in einem solchen Fall geht es um eine klassische vertikale Wirkung der Richtlinie zu Lasten Einzelner. Hingegen sei die Möglichkeit einer unmittelbaren Wirkung dann zu bejahen, wenn die (umweltrechtlichen) Regelungen primär den Staat zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, von dem dann auch Private „mittelbar“ betroffen sein können, wie eben z.B. im Fall der Pflicht zur Durchführung einer UVP.

Wenn auch der Ansatz des EuGH schon deshalb zu begrüßen ist, weil er die Tragweite des Ausschlusses der unmittelbaren Wirkung bei Belastungen Einzelner mindert, bleiben insgesamt Zweifel an der Konsistenz der Rechtsprechung des EuGH: Zunächst dürfte die Unterscheidung zwischen einer (verbotenen) unmittelbaren und einer (erlaubten bzw. gar gebotenen) mittelbaren Benachteiligung Privater mitunter schwer durchzuführen sein. Auch lässt sich eine gewisse Inkonsistenz in der Rechtsprechung nicht ganz verneinen, leuchtet doch der Unterschied zwischen einer direkten Horizontalwirkung und einer (nur) mittelbaren (weil über den Staat gehenden) Direktwirkung nicht ein. Daher spricht im Ergebnis einiges für den Ansatz, im Vorrang des Gemeinschaftsrechts und seiner effektiven Anwendung den entscheidenden Grund für die Direktwirkung von Richtlinien zu sehen; diese Gesichtspunkte sind aber auch – sieht man einmal von strafrechtlichen oder sonstigen ins Gewicht fallenden Sanktionen oder wohl auch Grundrechtseingriffen ab, die auch nach den einschlägigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage bedürfen – bei Rechtswirkungen zulasten Privater einschlägig.

4. *Schutz natürlicher Lebensräume*⁶¹

In der Rs. C-127/02⁶² ging es um einige Probleme des nach der RL 92/43⁶³ anwendbaren Regimes in Schutzgebieten sowie verschiedene, teilweise bislang nur ansatzweise in der

er gegen den Staat einen Anspruch auf entsprechendes (richtlinienkonformes) Einschreiten gegenüber Dritten geltend machen kann.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 7.1.2004 - Rs. C-201/02, EWS 2004, 232 – Delena Wells.

⁶¹ S. in diesem Zusammenhang zur Unzulässigkeit der Drosseljagd mit Leimruten zur Tragweite der Art. 8, 9 RL 79/409 („Vogelschutzrichtlinie“, ABIEG 1979 Nr. L 103, S. 1) EuGH, Urt. v. 9.12.2004 – Rs. C-79/03 – Kommission/Spanien.

Rechtsprechung geklärte Fragen zur Auslegung der entsprechenden Bestimmungen der RL 92/43. Der Gerichtshof hielt insbesondere Folgendes fest:

- Pläne und Projekte im Sinne des Art. 6 III RL 92/43 – bei denen dann eine sog. Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist – seien auch wiederkehrende Aktivitäten (wie die im Ausgangsfall zur Debatte stehende Herzmuschelfischerei), können doch auch sie die Umwelt bzw. das Schutzgebiet beeinträchtigen. Der EuGH stellt hier maßgeblich auf die Definition des Begriffs Projekt in der UVP-Richtlinie ab und will diesen letztlich wohl auch im Rahmen der Habitatrichtlinie heranziehen.
- Art. 6 III RL 92/43 – der eine Verträglichkeitsprüfung bei Plänen und Projekten und die Genehmigung des Projekts nur unter der Voraussetzung, dass dieses das Gebiet nicht beeinträchtigt, vorsieht – stelle im Verhältnis zu der allgemeinen Schutzbestimmung des Art. 6 II RL 92/43 die spezifischere Bestimmung dar; im Falle ihrer Einschlägigkeit sei Art. 6 II nicht mehr heranzuziehen. Vorbehalten bleibe allerdings eine spätere Beeinträchtigung des Gebiets durch das fragliche Projekt: In diesem Fall greife die allgemeine Schutznorm des Art. 6 II RL 92/43.
- Die Anwendbarkeit des Art. 6 III RL 92/43 setze nicht die Gewissheit voraus, dass ein Projekt das Schutzgebiet erheblich beeinträchtigt, sondern lediglich eine entsprechende Wahrscheinlichkeit, die unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips dann gegeben sei, wenn aufgrund objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden könne, dass der betreffende Plan oder das betreffende Objekt das fragliche Gebiet erheblich beeinträchtigt. Maßgeblich sei hier die Gefahr der Beeinträchtigung der Erhaltungsziele.
- Zwar lege die Richtlinie keine spezifische Methode für die Durchführung der in Art. 6 III RL 92/43 vorgesehenen Verträglichkeitsprüfung fest. Immerhin ergebe sich aus dieser Bestimmung aber, dass die Verträglichkeitsprüfung zeitlich vor der Genehmigung durchzuführen sei und die Gesamtwirkungen aus der Kombination dieser Pläne oder Projekte mit anderen Plänen oder Projekten im Hinblick auf die einschlägigen Erhaltungsziele zu berücksichtigen seien. Damit seien unter Bezugnahme auf die besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse sämtliche Gesichtspunkte des Plans oder Projekts zu ermitteln, die für sich oder in Verbindung mit anderen Plänen oder Projekten diese Ziele beeinträchtigen könnten. Weiter dürfe die Genehmigung des in Rede stehenden Plans oder Projekts nur erteilt werden, wenn die zuständigen Behörden Gewissheit (die dann anzunehmen sei, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel besteht, dass es keine negativen Auswirkungen gibt⁶⁴) darüber erlangt haben, dass sich der Plan oder das Projekt nicht nachteilig auf das betreffende Gebiet auswirkt; andernfalls sei die Genehmigung zu versagen, also auch im Falle des

⁶² EuGH, Urt. v. 7.9.2004 – Rs. C-127/02 = EuZW 2004, 730 – Landelijke Vereniging.

⁶³ „Habitatrichtlinie“, ABIEG 1992 Nr. L 206, S. 7.

⁶⁴ Für ein Beispiel in diesem Zusammenhang EuGH, Urt. v. 29.1.2004 – Rs. C-209/02 = EuZW 2004, 187 – Kommission/Österreich, wo es darum ging, dass österreichische Behörden sich bei der Genehmigung der Erweiterung eines Golfplatzes über die Aussagen von zwei Fachgutachten hinwegsetzten.

Bestehens von Unsicherheiten hinsichtlich des Eintretens nachteiliger Auswirkungen. Obwohl der EuGH in diesem Zusammenhang das Vorsorgeprinzip nicht erwähnt, dürfte diese Auslegung doch ein Beispiel für eine stringente und schlüssige Heranziehung des Vorsorgeprinzips bei der Auslegung sekundärrechtlicher Normen sein.

- Schließlich hält der EuGH fest, dass Art. 6 III RL 92/43 grundsätzlich unmittelbare Wirkung entfalten könne und die nationalen Behörden diese Bestimmung daher anzuwenden haben, falls keine korrekte Umsetzung erfolgt ist. Nicht ganz klar ergibt sich aus dem Urteil, ob sich auch Einzelne auf diese Bestimmung berufen können; die Betroffenheit auch weit gefasster Interessen Einzelner könnte angesichts der Zielrichtung der Bestimmung – Erhaltung von Habitaten – zweifelhaft sein, wenn sie auch nicht von vornherein verneint werden sollten. Auch der EuGH dürfte das Bestehen von Rechten Einzelner nicht ausschließen, betont er doch in seinen allgemeinen Ausführungen zur unmittelbaren Wirkung, dass sich betroffene Personen auf die durch eine Richtlinie auferlegte Verpflichtung grundsätzlich berufen können.

5. *Abfallrecht*⁶⁵

Mehrere Urteile des Berichtszeitraums betrafen Grundfragen der Auslegung der Abfallrahmenrichtlinie 75/442⁶⁶. So wird zunächst der gemeinschaftliche Abfallbegriff problematisiert: In der Rs. C-194/01⁶⁷ hält der EuGH insbesondere fest, dass der Europäische Abfallkatalog⁶⁸ nicht wörtlich in das nationale Recht übernommen werden müsse; ausreichend sei die Gewährleistung der Verwendung und Geltung des EWC als Bezugsnomenklatur. Allerdings bleibe jedenfalls die Pflicht zur Umsetzung bestehen, die insbesondere nicht dadurch entfalle, dass die nationalen Bestimmungen (angeblich) „besser“ seien als die gemeinschaftlichen⁶⁹. In der Rs. C-1/03⁷⁰ stellt der EuGH klar, dass auch im Fall der unabsichtlichen Ausbringung von Kraftstoffen eine „Entledigung“ im Sinne des Art. 1 RL 75/442 vorliege, so dass es sich hier um Abfall im Sinne der RL 75/442

⁶⁵ S. noch EuGH, Urt. v. 15.7.2004 – Rs. C-424/02 – Kommission/Großbritannien (Vertragsverletzung aufgrund der Nichtergreifung der erforderlichen Maßnahmen, um der Behandlung von Altölen im Wege der Aufbereitung Vorrang einzuräumen, wie durch Art. 3 I RL 75/439, ABIEG 1975 Nr. L 194, S. 23, gefordert, womit der EuGH letztlich der Möglichkeit der Geltendmachung technischer, wirtschaftlicher und organisatorischer Sachzwänge Grenzen setzt); EuGH, Urt. v. 27.5.2004 – Rs. C-398/02 – Kommission/Spanien (Vertragsverletzung wegen des Betriebs einer Mülldeponie, die gegen Art. 4, 8, 13 RL 75/442 verstieß); ähnlich auch EuGH, Urt. v. 18.11.2004 – Rs. C-420/02 – Kommission/Griechenland, wo der Gerichtshof in Bestätigung seiner Rechtsprechung darauf hinweist, dass Art. 4 RL 75/442 zwar nicht hinreichend bestimmt sei, um unmittelbar wirksam zu sein, dass jedoch – wie im vorliegenden Fall – das durch diese Bestimmung eingeräumte weite Ermessen überschritten werden könne; EuGH, Urt. v. 14.10.2004 – Rs. C-113/02 – Kommission/Niederlande (Vertragsverletzung, da der Rahmen des Art. 7 IV lit. a VO 259/93, ABl. 1993 Nr. L 22, S. 13, überschritten werde, sowie Bestätigung der Rechtsprechung zur Frage, ob die Verwendung von Abfällen als Brennstoff eine Verwertung im Sinne der Verordnung darstellt, hierzu *Epiney*, NVwZ 2004, 1067 (1077); zum Verfahren nach der VO 259/93 auch EuGH, Urt. v. 19.10.2004 – Rs. C-472/02 = EuZW 2005, 63 – Siomab (Unzuständigkeit der Behörde am Versandort, die Zuordnung des Zweckes der Verbringung im Falle von zur Verwertung bestimmten Abfällen von Amts wegen zu modifizieren; Möglichkeit der Erhebung von Einwänden nach Art. 7 II); EuGH, Urt. v. 16.12.2004 – Rs. C-277/02 – EU-Wood-Trading (Möglichkeit des Versandstaates, bei der Erhebung von Einwänden gegen eine Verbringung zur Verwertung nationale Standards zugrunde zu legen, sofern es um die Auswirkungen der Verwertung auf Gesundheit und Umwelt geht).

⁶⁶ ABIEG 1975 L Nr. 194, 47.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – Rs. C-194/01 – Kommission/Österreich. Zum Abfallbegriff auch noch EuGH, Urt. v. 11.11.2004 – Rs. C-457/02 – Niselli (insbesondere in Bezug auf Produktionsrückstände).

⁶⁸ European Waste Catalogue, EWC, vgl. ABIEG 1994 Nr. L 5, S. 15.

⁶⁹ S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Urt. v. 7.10.2004 – Rs. C-103/02 – Kommission/Italien (Festlegung von Höchstmengen je Abfallart für Abfälle, die genehmigungsfrei verwertet werden können).

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 7.9.2004 – Rs. C-1/03 = EuZW 2004, 625 – Van de Walle.

handele. Weiter sei auch das so verunreinigte Erdreich allein aufgrund seiner unabsichtlichen Kontamination als Abfall anzusehen, was insofern von erheblicher Bedeutung ist, als damit auch nicht bewegliche Sachen als Abfall anzusehen sein können. Der Besitzer dieser Abfälle sei im Falle eines Austretens aus einer Tankstelle grundsätzlich die Betreiberin der Tankstelle, es sei denn, dass die Tankstelle beliefernde Mineralunternehmen sei für das Austreten des Mineralöls aus den Tanks der Tankstelle verantwortlich.

Die verb. Rs. C-53/02, C-217/02⁷¹ betreffen die sich aus Art. 7 RL 75/442 ergebende Pflicht zur Aufstellung von Abfallbewirtschaftungsplänen. Diese müssten nicht zwingend eine geografische Karte enthalten, auf denen der genaue Standort der Abfallbeseitigungsflächen festgelegt ist; allerdings folge aus der praktischen Wirksamkeit des Art. 7 I Uabs. 1 RL 75/442, dass die Kriterien für die Lage von Beseitigungsorten in den Plänen definiert werden müssen, gehe es doch in der Bestimmung um die Festlegung „geeigneter Flächen“, so dass die Behörden in der Lage sein müssten, auf der Grundlage der in den Plänen aufgenommenen Kriterien zu bestimmen, ob sich eine Anlage in den vom Plan vorgesehenen Bewirtschaftungsrahmen einfügt. Weiter sollten individuelle Genehmigungen von Deponien oder sonstige Abfallbeseitigungsanlagen zwar die Abfallbewirtschaftungspläne durchführen; dies bedeute aber nicht, dass im Falle fehlender Abfallbewirtschaftungspläne keine solchen individuellen Genehmigungen erteilt werden dürften. Nur auf diese Weise könne sichergestellt werden, dass die Umsetzung anderer Richtlinienbestimmungen nicht ungebührlich verzögert wird, was nichts an der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Unterlassung des Aufstellens der Pläne ändere.

V. Gleichbehandlung von Mann und Frau⁷²

In der Rs. C-117/01⁷³ stand die Frage zur Debatte, ob dem überlebenden Partner einer Frau ein Anspruch gegen seinen Arbeitgeber auf Witwerrente zusteht, wenn er aufgrund einer Geschlechtsumwandlung zum Mann geworden war, die beiden Personen jedoch nicht geheiratet hatten, da die Geschlechtsumwandlung nicht in der Geburtsurkunde vermerkt werden konnte bzw. diese nicht geändert werden konnte. Der EuGH bejahte zunächst den Entgeltcharakter der Witwerrente, hänge der Anspruch darauf doch von der früheren Arbeitstätigkeit ab. Der Umstand, dass derartige Hinterbliebenenrenten nur Verheirateten zustehen, sei im Lichte des Art. 141 EG nicht relevant, gehe es hier doch nicht um eine Unterscheidung aufgrund des Geschlechts. Im vorliegenden Fall beziehe sich die Ungleichbehandlung jedoch nicht auf die Zuerkennung der Hinterbliebenenrente selbst, sondern auf die für deren Gewährung notwendige Voraussetzung, nämlich die Fähigkeit, miteinander eine Ehe einzugehen. Diese Fähigkeit sei dem Partner unter Verstoß gegen Art. 12 EMRK – der ein Recht eines Transsexuellen, sein neues Geschlecht auch personenstandsrechtlich anerkennen zu lassen, enthalte – verweigert worden. Vor diesem

⁷¹ EuGH, Urt. v. 1.4.2004 – verb. Rs. C-53/02, C-217/02 = EuZW 2004, 406 – Commune de Braine-le-Château, Tillieut.

⁷² S. noch EuGH, Urt. v. 18.11.2004 – Rs. C-284/02 – Sass: Der „DDR-Wochenurlaub“ verfolge dieselben Ziele wie der Mutterschaftsurlaub, so dass er auf die für eine Lohnerhöhung maßgebliche „Bewährungszeit“ anzurechnen sei. Zur Vereinbarkeit einer vorzeitigen Alterspension, die für Männer und Frauen im Gefolge der unterschiedlichen Altersgrenze an ein unterschiedliches Alter anknüpft, mit der RL 79/7 zur Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. 1979 Nr. L 6, S. 24), EuGH Urt. v. 4.3.2004 – Rs. C-303/02 = EuZW 2004, 318 – Haackert. Zur Entgeltgleichheit noch EuGH, Urt. v. 27.5.2004 – Rs. C-285/02 = EuZW 2004, 476 = EWS 2004, 333 – Elsner-Lakeberg: Eine mittelbare Diskriminierung liege vor, wenn Teil- und Vollzeitbeschäftigte – damit der Anspruch auf Überstundenentschädigung entsteht – nominal gleich viele Überstunden leisten müssen, diese also nicht proportional zur Arbeitszeit definiert werden; EuGH, Urt. v. 9.12.2004 – Rs. C-19/02 – Hlozek (Vereinbarkeit mit Art. 141 EG einer Abstufung des Anspruchs auf „Überbrückungsgeld“ nach Alter zwischen Männern und Frauen, wenn auch das Rentenalter abgestuft ist); EuGH, Urt. v. 30.9.2004 – Rs. C-319/03 – Briheche (Unzulässigkeit der Befreiung von einer Altersgrenze für den Zugang zu einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst nur für Witwen, nicht hingegen für Witwer).

⁷³ EuGH, Urt. v. 7.1.2004 – Rs. C-117/01 – K.B.

Hintergrund sei eine Regelung, die es einem Paar unter Verstoß gegen die EMRK verunmöglicht zu heiraten und damit die Voraussetzungen zu erfüllen, dass eine Hinterbliebenenrente gewährt wird, grundsätzlich nicht mit Art. 141 EG vereinbar; allerdings sei es Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob tatsächlich ein Anspruch auf die personenstandsrechtliche Geschlechtsumwandlung besteht.

Etwas unklar bleibt aufgrund der sehr knappen Erwägungen des EuGH die dogmatische Grundlegung des Urteils: So fragt es sich, warum der Gerichtshof im vorliegenden Fall eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts annimmt; man ist geneigt anzunehmen, dass es für den Gerichtshof entscheidend war, dass der Partner eben legal eine Frau – und kein Mann – war, deshalb nicht eine Frau heiraten durfte, womit der Anspruch auf Witwenrente dahinfiel. Damit war das Geschlecht indirekt für die Nichtentstehung des Anspruchs entscheidend. Allerdings führte diese Argumentation letztlich dazu, dass indirekt bei allen nur Verheirateten vorbehaltenen Leistungen eine Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebenspartner vorläge. Diese Konsequenz wollte der EuGH aber offenbar nicht ziehen, beschränkt er doch im Tenor und im Urteil das Vorliegen einer Diskriminierung im Sinne des Art. 141 EG ausdrücklich auf diejenigen Fälle, in denen die Ehe aufgrund eines gegen die EMRK verstoßenden Verbots nicht eingegangen werden kann. Damit dürfte der Schluss nahe liegen – der sich dann auch in die bisherige Rechtsprechung einfügte, wonach die Differenzierung nach der sexuellen Orientierung gerade keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt –, dass eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hier nur deshalb bejaht wurde, weil eine Geschlechtsumwandlung unter Verstoß gegen die EMRK nicht anerkannt worden war, was wiederum die Frage aufwirft, warum genau hier nach dem Geschlecht differenziert wird, m.a.W., was das Vergleichspaar ist, und es nicht „nur“ um einen Verstoß gegen die EMRK geht.

Die Frage, ob und inwieweit auch bei nach nationalem Recht selbständig Erwerbenden unter gewissen Voraussetzungen der Grundsatz des gleichen Entgelts nach Art. 141 EG zum Zuge kommt, war Gegenstand der Rs. C-256/01⁷⁴. Der EuGH bejahte diese Frage auf der Grundlage eines spezifischen gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs in Art. 141 EG (gebe es doch keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff im Gemeinschaftsrecht), der eben darauf abstelle, dass jemand für einen anderen nach dessen Weisungen eine Leistung gegen Entgelt erbringt, die Anwendbarkeit, setzt aber voraus, dass die Selbständigkeit letztlich eine fiktive ist. Dieser Grundsatz dürfte relativ weitreichende Folgen in zahlreichen Bereichen der sog. selbständigen Tätigkeit haben, geht der EuGH doch von einem eher weiten Arbeitnehmerbegriff aus, dessen Merkmale jedenfalls immer dann erfüllt sind, wenn im Rahmen der selbständigen Tätigkeit letztlich weisungsabhängig gearbeitet wird, wobei sich diese Weisungsabhängigkeit wohl auch und gerade auf die Art und Weise der Durchführung der Tätigkeit beziehen muss. Deutlich wird damit auch, dass dieser „materielle Arbeitnehmerbegriff“ gewisse Abgrenzungsprobleme aufwirft⁷⁵.

In der Rs. C-220/02⁷⁶ war zu entscheiden, ob die Berücksichtigung der Zeit, während deren Militär- oder Zivildienst geleistet wird (inkl. einer möglichen freiwilligen Verlängerung dieser Zeit) für die Berechnung der Höhe einer Abfertigung herangezogen wird, während dies für den sog. Karenzurlaub – ein unbezahlter Urlaub zur Betreuung von Kindern – nicht gilt, mit

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 13.1.2004 – Rs. C-256/01 = EuZW 2004, 210 = EWS 2004, 140 – Debra Allonby.

⁷⁵ Weiter bestätigte der EuGH in diesem Urteil, dass Art. 141 EG von vornherein nur dann zum Zuge kommen könne, wenn sich die Entgeltbedingungen auf dieselbe Quelle zurückführen lassen. Soweit sich eine Diskriminierung auf eine staatliche Quelle zurückführen lässt, sei Art. 141 EG aber jedenfalls anwendbar.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 8.6.2004 – Rs. C-220/02 – Österreichischer Gewerkschaftsbund.

Art. 141 EG in Einklang steht. Der Gerichtshof bejahte diese Frage unter Hinweis auf die gesetzliche Verpflichtung des Militär- und Zivildienstes, der im öffentlichen Interesse liege, was auch im Falle der freiwilligen Verlängerung des Dienstes gelte, erfolge diese doch zur Deckung eines öffentlichen Bedarfs. Hingegen werde der Karenzurlaub freiwillig genommen, um ein Kind aufzuziehen, so dass eine andere Situation vorliege. Der Ansatz des EuGH ist jedoch alles andere als zwingend: Wenn nämlich tatsächlich – wie die Formulierungen des Gerichts es nahe legen – der Umstand des „öffentlichen Bedarfs“ oder des „öffentlichen Interesses“ im Vordergrund steht, hätte man auch argumentieren können, dass die Vergleichbarkeit jedenfalls im Verhältnis zur freiwilligen Verlängerung des Militär- oder Zivildienstes gegeben ist, dürfte es doch letztlich kaum vertretbar sein, die Aufziehung von Kindern als weniger im öffentlichen Interesse liegend als die freiwillige Leistung von Militärdienst zu bezeichnen.

In der Rs. C-147/02⁷⁷ formulierte der EuGH den Grundsatz, dass eine Lohnerhöhung, die nach dem für die Berechnung der Höhe des Entgelts während des Mutterschaftsurlaubs maßgeblichen Zeitraum festgelegt wurde, für die Berechnung des Entgelts während des Mutterschaftsurlaubs einzubeziehen sei. Denn der gegenteilige Ansatz bedeutete eine gegen Art. 141 EG verstoßende Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, wäre doch die betroffene Frau in den Genuss der Lohnerhöhung gekommen, wenn sie nicht schwanger gewesen wäre.

In der Rs. C-313/02⁷⁸ ging es um verschiedene Rechtsfragen im Zusammenhang mit einem Arbeitsvertrag, der eine „Arbeit auf Abruf“ oder „Bedarfsarbeit“ vorsah, wobei sich die Arbeitnehmerin in ihrem Arbeitsvertrag grundsätzlich zu einer bestimmten Höchstarbeitszeit – die im Umfang weit unter einer Vollzeitbeschäftigung lag – bereit erklärt hatte, sie aber während ihrer Beschäftigung mehrere Male nicht arbeiten konnte oder wollte. Die Arbeitnehmerin erhob nach Beendigung der Beschäftigung Klage auf Auszahlung der Differenz zwischen dem Lohn für die von ihr tatsächlich geleistete Arbeit und dem Lohn, den sie bekommen hätte, falls sie die von ihr angegebene Höchstzeit gearbeitet hätte. Der EuGH stellte zunächst fest, dass es hier um Arbeitsbedingungen und nicht um gleiches Entgelt gehe, da die Frage der Ausgestaltung der Bedarfsarbeit im Zentrum stehe; der Vertrag lege nämlich weder das Ausmaß der Wochenarbeitszeit noch die Ausgestaltung der Arbeitszeit fest; beides richte sich nach den Erfordernissen des Arbeitsanfalls. Damit sei Art. 5 I RL 76/207⁷⁹ einschlägig, woran auch der Umstand nichts ändere, dass die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen finanzielle Auswirkungen haben könne. Weiter liege keine unterschiedliche Behandlung von Teil- und Vollzeitangestellten vor, da die Vollzeitangestellten nicht auf Abruf arbeiten. Damit unterscheide sich das Bedarfsarbeitsverhältnis vom Vollzeitarbeitsverhältnis, so dass keine schlechtere Behandlung der Klägerin festgestellt werden könne. Das Urteil ist vor dem Hintergrund wohl zwingend, dass es hier tatsächlich nicht um eine unterschiedliche Behandlung von Teil- und Vollzeitangestellten (oder auch von Teilzeitangestellten untereinander), sondern die

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 30.3.2004 – Rs. C-147/02 = EuZW 2004, 471 – Alabaster.

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 12.10.2004 – Rs. C-313/02 = EuZW 2004, 724 – Wippel.

⁷⁹ „Gleichbehandlungsrichtlinie“, ABl. 1976 Nr. L 39, S. 40.

Ausgestaltung des Arbeitsvertrages auf Abruf geht; dies ist aber nicht Gegenstand der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften im Bereich der Gleichbehandlung von Mann und Frau.

In der Rs. C-342/01⁸⁰ hielt der Gerichtshof fest, dass Art. 5 I RL 76/207 – vor dem Hintergrund, dass die bei Schwangerschaft und Mutterschaft gewährten Rechte eine spezifische Zielsetzung, die von derjenigen des Jahresurlaubs zu unterscheiden sei, verfolgten – so auszulegen sei, dass eine Arbeitnehmerin den Jahresurlaub zu einer anderen Zeit nehmen können muss als den Mutterschaftsurlaub. Dies gelte auch dann, wenn der Mutterschaftsurlaub zeitlich mit dem durch eine Kollektivvereinbarung allgemein festgelegten Jahresurlaub für die gesamte Belegschaft zusammenfällt.

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 18.3.2004 – Rs. C-342/01 = EuZW 2004, 340 – Merino Gomez.