

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) 2004, S. 1067-1078. 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, XX 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 2003 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 (selbstverständlich) 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 Rechtsordnung¹

1. Staatshaftung

In der Rs. C-224/01² führte der EuGH seine Rechtsprechung zur Haftung der Mitgliedstaaten für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Mitgliedstaat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, fort. Im Ausgangsfall ging es um die Klage eines Universitätsprofessors für eine Dienstaltermzulage, die ihm nur deshalb verweigert wurde, weil er eine gewisse Zeit an ausländischen Universitäten tätig gewesen war. Eine entsprechende Klage des Professors wurde vom österreichischen Verwaltungsgerichtshof abgewiesen,

* 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 S. im Übrigen zum Rechtsschutz EuGH, Rs. C-193/01 P (Pitsiorlas/Rat und EZB), Urteil vom 15.5.2003, in dem der EuGH in Bezug auf die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage feststellte, dass eine Fristversäumnis aufgrund eines entschuldbaren Irrtums – der durch das Verhalten des Gemeinschaftsorgans, das zu einer verständlichen Verwirrung über den Charakter der angefochtenen Entscheidung geführt habe, hervorgerufen worden sei – nicht zur Unzulässigkeit der Klage führen müsse. In EuGH, Rs. C-318/00 (Bacardi-Martini u.a./Newcastle United), Urteil vom 21.1.2003, lehnte der EuGH die Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens ab, da die gestellte Frage letztlich die Prüfung der Gemeinschaftsrechtskonformität einer nationalen Regelung eines anderen Mitgliedstaats ermöglicht hätte und keine Gründe dargelegt worden seien, warum die Frage für die Beantwortung des Ausgangsrechtsstreits erheblich sei bzw. sein solle. Zur Unzulässigkeit einer Vertragsverletzungsklage EuGH, Rs. C-145/01 (Kommission/Italien), Urteil vom 5.6.2003. Zur Zulässigkeit einer Untätigkeitsklage (Art. 232 EGV) EuGH, Rs. C-179/02 P (Moser u.a./Kommission), Urteil vom 25.9.2003.

² EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Urteil vom 30.9.2003.

woraufhin der Betroffene eine neue Klage auf Schadensersatz gegen die Republik Österreich anstrebte. Der in diesem Verfahren um Vorabentscheidung ersuchte EuGH sah zwar in dem ablehnenden Urteil des Verwaltungsgerichtshofs einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht (nämlich gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit); eine Haftung Österreichs wurde jedoch abgelehnt, da der Verstoß nicht offenkundig gewesen sei.

Das Urteil ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil nunmehr klar feststeht, dass auch Gerichtsentscheidungen eine Staatshaftung auslösen können. Trotz der Besonderheiten der richterlichen Funktion (insbesondere Rechtssicherheit nach Rechtskraft eines Urteils und Unabhängigkeit der Richter) erscheint dieser Ansatz schon deshalb – neben den auch vom EuGH angeführten Argumenten des wirksamen Schutzes der Rechte Einzelner – folgerichtig, weil es sich auch bei Gerichten um staatliche Einrichtungen handelt, deren Verhalten eben dem Staat zuzurechnen ist. Im Übrigen wäre der gegenteilige Ansatz auch im Verhältnis zu der im Rahmen des Art. 226 EGV angenommenen Verantwortlichkeit des Staates für durch Gerichte zu verantwortende Gemeinschaftsrechtsverstöße nicht stimmig, und die richterlichen Funktionen werden auch nicht wirklich durch eine Staatshaftung in Frage gestellt, wie der EuGH in der Sache überzeugend aufzeigt. Immerhin sollten die Konsequenzen dieses Ansatzes – zumindest auf der Grundlage dieses Urteils – nicht überschätzt werden: Denn „offenkundig“ dürfte ein solcher Verstoß nur in schwer vorstellbaren Ausnahmefällen sein, wenn eine solche Offenkundigkeit schon im vorliegenden Fall – in dem das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs angesichts der bisherigen Rechtsprechung des EuGH³ klar gegen Gemeinschaftsrecht verstieß, auch wenn der EuGH subtil zwischen „Vorrückungssystemen“ (über die bereits entschieden worden sei) und „Treueprämien“ (über die eine Entscheidung noch ausstehe) unterscheidet – verneint wurde. Deutlich wird damit, dass der EuGH die Besonderheiten der richterlichen Funktion in der Sache offenbar doch berücksichtigt, und zwar bei der Begründetheit einer Schadensersatzklage: Der Gerichtshof dürfte nämlich im Rahmen der Prüfung des Kriteriums des hinreichend qualifizierten Verstoßes bzw. der Offenkundigkeit bei letztinstanzlichen Gerichtsurteilen doch spürbar strengere Maßstäbe anlegen als beim Verhalten sonstiger staatlicher Organe, worauf auch der Umstand hindeutet, dass er die Haftung jedenfalls für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen als „Ausnahme“ bezeichnet. Hierfür mag es gute Gründe geben, wenn auch die Maschen im konkreten Fall möglicherweise etwas weit gespannt wurden. Wünschenswert wäre aber jedenfalls gewesen, wenn der EuGH diese Gründe genau offen gelegt und im Einzelnen dargelegt hätte, nach welchem Maßstab die Offenkundigkeit geprüft wird. Der Hinweis des EuGH auf die Besonderheiten der richterlichen Funktion genügt jedenfalls nicht, zumal gerade kurz vorher nachgewiesen wurde, dass diese durch den Grundsatz der Staatshaftung nicht in Frage gestellt werden. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass es auch auf der Grundlage dieses Urteils offen bleibt, ob auch die Verletzung der Vorlagepflicht

³ EuGH, Rs. C-15/96 (Schöning-Kougebetepoulou/Hamburg), EuZW 1998, 118.

als solche eine Staatshaftung auslösen kann⁴. Diese Problematik kann durchaus insofern sehr praxisrelevant werden, als hier die „Offenkundigkeit“ des Verstoßes möglicherweise leichter nachzuweisen sein wird. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist, ob die Vorlagepflicht Einzelnen Rechte einräumen soll. Angesichts der Rolle des Einzelnen für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts und der „Multifunktionalität“ des Art. 234 EGV dürfte einiges für die Bejahung dieser Frage sprechen.

2. Zugang zu Dokumenten auf EU-Ebene

Im Hinblick auf den Zugang zu bei den Gemeinschaftsorganen vorhandenen Dokumenten ist auf die Rs. T-76/02⁵ hinzuweisen, in der es um den im Rahmen der Vorbereitung einer Studie gestellten Antrag einer wissenschaftlichen Assistentin auf Zugang zu bestimmten Dokumenten betreffend staatliche Beihilfen in Süditalien, die durch die Kommission als mit dem Gemeinsamen Markt als vereinbar angesehen worden waren, ging. Insbesondere wurde Zugang zum Schriftwechsel der italienischen Behörden mit der Kommission in dieser Sache beantragt, wobei es nach der inzwischen doch erfolgten Übermittlung der von der Kommission verfassten Schriftstücke letztlich nur noch um den Zugang zu den von den italienischen Behörden verfassten Schreiben ging. Die Kommission lehnte den Antrag unter Berufung auf Art. 4 V VO 1049/2001⁶ ab, da Italien der Übermittlung der Dokumente nicht zugestimmt habe. Das Gericht hielt zunächst fest, dass sich der aus der VO 1049/2001 ergebende Anspruch auf Zugang zu bei den betroffenen Organen vorhandenen Dokumenten auch auf solche Dokumente beziehe, deren Urheber Dritte sind, was angesichts der Regelung in Art. 2 III, 4 V VO 1049/2001 zwingend ist⁷, unter dem Verhaltenskodex⁸ (der Vorgängerregelung der VO 1049/2001) aber noch umstritten und vom Gericht abgelehnt worden war⁹. Die Verweigerung des Zugangs sei aber gleichwohl rechtmäßig, da Italien keine Zustimmung zur Herausgabe gegeben habe, so dass die Tragweite des Art. 4 V VO 1049/2001 nicht verkannt worden sei. Nicht ausdrücklich beantwortet wird damit die Frage,

⁴ Der EuGH hat diese Frage nicht erörtert, obwohl sie sich an sich gestellt hätte, hatte der Verwaltungsgerichtshof doch ein bereits hängiges Vorabentscheidungsersuchen zurückgezogen.

⁵ EuG, Rs. T-76/02 (Messina/Kommission), Urteil vom 17.9.2003.

⁶ VO 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des EP, des Rates und der Kommission (ABl. 2001 L 145, 43).

⁷ Vgl. hierzu bereits nur *Epiney*, in: Fluck/Theuer (Hrsg.), Informationsfreiheitsrecht, D.III.2.2 (Stand September 2002), Rdnr. 38.

⁸ Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten (ABl. 1993 L 340, 41).

⁹ Vgl. jüngst EuG, Rs. T-47/01 (Co-Frutta/Kommission), Urteil vom 16.10.2003, in der es um die sog. „Urheberregel“ im Verhaltenskodex ging, wonach unter der Rubrik „Bearbeitung der Erstanträge“ in Abs. 3 vorgesehen ist, dass in dem Fall, in dem der Urheber eines Dokuments nicht die betreffende Gemeinschaftsinstitution ist, der Antrag direkt an den Urheber des Dokuments zu richten ist. Das Gericht hielt hier fest, dass sich dieser Regel entnehmen lasse, dass kein Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten Dritter bestehe, auch dann nicht, wenn diese dem gemeinschaftlichen Entscheidungsprozess zugrunde liegen. S. im Übrigen EuGH, Rs. 41/00 P (Interporc/Kommission), Urteil vom 6.3.2003, wo der EuGH insbesondere festhält, dass die Festschreibung der Urheberregel im Verhaltenskodex nicht mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht in Konflikt stehe.

ob eine solche Weigerung eines Mitgliedstaates zwingend zur Verweigerung des Zugangs führen muss, wobei die Formulierungen des Gerichts aber darauf hindeuten, dass es diese Frage offenbar bejahen will. Zu überzeugen vermag ein solcher Ansatz jedoch nicht: Denn er bedeutete letztlich, dass die Anwendung des Grundsatzes des voraussetzungslosen Zugangs zu Dokumenten für einen Teil derselben – nämlich die von den Mitgliedstaaten stammenden – zur freien Disposition der Urheber der Dokumente gestellt wird, was weder dem Grundsatz der Art. 2 I, 4 VO 1049/2001 noch dem in Art. 255 EGV zum Ausdruck gebrachten Prinzip gerecht würde. Im Übrigen würde damit der Grundsatz, dass auch von Dritten stammende Dokumente vom Zugangsanspruch erfasst sind, letztlich teilweise wieder ausgehebelt. Der hier vertretene Ansatz steht auch mit dem Wortlaut des Art. 4 V VO 1049/2001 in Einklang, der davon spricht, dass ein Mitgliedstaat das Organ „ersuchen“ kann, das Dokument nicht ohne vorherige Zustimmung bekannt zu geben. Einem Ersuchen muss aber nicht zwingend stattgegeben werden.

3. *Zur „Komitologie“ und zur Begründungspflicht*

Grundlegende Ausführungen zu der Rolle des sog. zweiten Komitologiebeschlusses (1999/468)¹⁰ sind der Rs. C-378/00¹¹, in der es um die Rechtmäßigkeit der die „Komitologie“ betreffenden Regelungen der VO 1655/2000 über das Finanzierungsinstrument für die Umwelt (LIFE)¹² ging, zu entnehmen. Von Bedeutung sind in erster Linie folgende Aspekte des Urteils:

- Zwar stehe es dem Gemeinschaftsgesetzgeber auf der Grundlage von Art. 202 EGV zu, verbindliche Regeln zur Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse zu definieren; diese seien ggf. bei der sonstigen Sekundärrechtsetzung zu beachten. Dieser Ansatz des Gerichtshofs impliziert letztlich die Möglichkeit einer Art Hierarchie im Rahmen der Sekundärrechtsnormen; allerdings muss diese wohl bereits im Primärrecht angelegt sein.
- In Bezug auf Art. 2 Beschluss 1999/468 hielt der EuGH aber fest, dass diese Bestimmung gerade nicht solche verbindlichen Regeln aufstellen, sondern nur entsprechende Hinweise geben gebe, so dass die Nichteinhaltung dieser Kriterien als solche nicht die Nichtigkeit eines Rechtsakts begründen könne. Allerdings schließe diese fehlende Verbindlichkeit der Kriterien nicht aus, dass sie gewisse rechtliche Wirkungen entfalten könnten, die insbesondere darin zu sehen seien, dass im Falle einer Abweichung hierfür eine Begründung zu geben sei.
- Im konkreten Fall habe der Gemeinschaftsgesetzgeber die Begründungspflicht verletzt, da aus dem (lediglich erfolgten) pauschalen Hinweis auf den Komitologiebeschluss

¹⁰ Beschluss 1999/468 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. 1999 L 184, 23.

¹¹ EuGH, Rs. C-378/00 (Kommission/Rat und EP), Urteil vom 21.1.2003.

¹² ABl. 2000 L 192, 1.

nicht die besonderen Gründe erkennbar seien, die den Gemeinschaftsgesetzgeber dazu bewogen haben, von dem Komitologiebeschluss abzuweichen. Damit stellt dieses Urteil einen der ausgesprochen seltenen Fälle dar, in denen ein Begründungsmangel angenommen wird. Angesichts der besonderen Ausgangslage – der Präambel der Verordnung ist kein Hinweis auf die Abweichung vom Komitologiebeschluss zu entnehmen – dürfte damit aber wohl keine allgemeine Verschärfung der an die Begründungspflicht zu stellenden Anforderungen einhergehen.

4. *Zu den Befugnissen des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF)*

Dem durch einen auf die Organisationsgewalt der Kommission gestützten Beschluss derselben eingesetzten¹³ Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) kommen auf der Grundlage der VO 1073/99¹⁴ zahlreiche Untersuchungsbefugnisse sowohl in den Mitgliedstaaten als auch bei den Unionsorganen selbst zu. In den Rs. C-15/00¹⁵ und C-11/00¹⁶ klärte der EuGH grundsätzlich den Anwendungsbereich dieser Untersuchungsbefugnisse, der sich auf alle Organe und Einrichtungen der EG – unter Einschluss der Europäischen Zentralbank und der Europäischen Investitionsbank – erstreckte. Weiter betonte der Gerichtshof, dass sich die eigentlichen Untersuchungsbefugnisse zwingend aus den Verordnungen ergäben und die Beschlüsse der Organe über die bei ihrer konkreten Durchführung zu beachtenden Modalitäten diesen Vorgaben nicht widersprechen dürften, sondern vielmehr sicherstellen müssten, dass die VO 1073/1999 auch effektiv wirksam werden könne. Im Übrigen sei Art. 280 EGV durchaus die zutreffende und ausreichende Rechtsgrundlage für den Erlass der VO 1073/99 gewesen.

Die Urteile sind insbesondere in dreierlei Hinsicht von Bedeutung: Erstens klären sie den Anwendungsbereich des Art. 280 EGV in dem Sinn, dass auf diese Bestimmung eben allgemein Maßnahmen zum Schutz vor Betrugereien gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft gestützt werden können. Diese Maßnahmen sind in Bezug auf ihre Adressaten grundsätzlich nicht eingeschränkt – so dass sowohl die mitgliedstaatliche als auch die gemeinschaftliche Ebene erfasst werden – und auch in Bezug auf die herangezogenen Mittel wird dem Gemeinschaftsgesetzgeber ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Zweitens klären die Urteile die genaue Reichweite der Untersuchungsbefugnisse von OLAF. Schließlich zeigen sie ganz allgemein die Flexibilität, die die Gemeinschaftsrechtsordnung bei der institutionellen Ausgestaltung auf der sog. tertiären Ebene (also derjenigen Einrichtungen, die in den Verträgen nicht explizit vorgesehen sind) ermöglicht. Spezifisch in Bezug auf die EZB ist noch zu erwähnen, dass sich aus dem sie betreffenden Urteil klar ableiten lässt, dass die EZB in jeder Beziehung Teil des Gemeinschaftsrechtssystems ist, womit der These einer Art „Sonderorganisation“ für diese Einrichtung eine Absage erteilt wird; diese stünde auch kaum mit den institutionellen Strukturen der Gemeinschaft in Einklang. Die Unabhängigkeit der EZB – die daher (nur) eine begrenzte und funktional ausgerichtete ist – dürfte damit gleichwohl gewahrt werden, da die Untersuchungsbefugnisse des OLAF nichts an den Kompetenzen der EZB, die ihr obliegenden Entscheidungen zu treffen, ändern. Insofern gilt nichts anderes als z.B. für den EuGH. Man wird diesen Ansatz insofern verallgemeinern können, als auf der Grundlage des Vertrages bestehende oder geschaffene Einrichtungen Teil des Gemeinschaftsrechtssystems sind und den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts unterliegen; Durchbrechungen sind funktional zu begründen und müssen entsprechend rechtlich verankert sein.

II. „Europäisches Verwaltungsrecht“

In der Rs. C-13/01¹⁷ hatte sich der EuGH insbesondere zu der Frage zu äußern, ob sich aus dem Gemeinschaftsrecht eine Verpflichtung zu gerichtlichem Zugang ableiten lässt und dieser im konkreten Fall gegeben war. Der Gerichtshof betonte hier, dass es zwar grundsätzlich Sache des nationalen Rechts sei, die Klagebefugnis und das Rechtsschutzinteresse des

¹³ ABl. 1999 L 136, 20.

¹⁴ ABl. 1999 L 136, 1

¹⁵ EuGH, Rs. C-15/00 (Kommission/EIB), Urteil vom 10.7.2003.

¹⁶ EuGH Rs. C-11/00 (Kommission/EZB), Urteil vom 10.7.2003.

¹⁷ EuGH, Rs. C-13/01 (Safalero/Prefetto di Genova), Urteil vom 11.9.2003.

Einzelnen zu bestimmen; jedoch verlange das Gemeinschaftsrecht, dass die nationalen Rechtsvorschriften das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nicht beeinträchtigen. Im konkreten Fall habe aber der betroffene Importeur eine Klagemöglichkeit gehabt, um in der Sache geltend zu machen, dass die Beschlagnahme von durch ihn eingeführten Waren bei einem Einzelhändler rechtswidrig gewesen sei, so dass ein effektiver gerichtlicher Schutz in Bezug auf die Rechte, die ihm aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsen, gegeben gewesen sei. Interessant ist sodann, dass der EuGH zusätzlich noch anführt, dass das Interesse eines solchen Importeurs, nicht durch eine gemeinschaftsrechtswidrige Vorschrift des nationalen Rechts in seinen Geschäften behindert zu werden, hier hinreichend geschützt sei, da er eine Gerichtsentscheidung erwirken könne, die ggf. die Unvereinbarkeit dieser Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht feststellte. Im Gegenschluss wird man aus dieser Begründung ableiten können, dass in den Fällen, in denen kein solcher Rechtsweg besteht, eine irgendwie geartete effektive Klagemöglichkeit eröffnet werden müsste und dies allein deshalb, weil es um das Interesse eines Wirtschaftsteilnehmers, durch eine gemeinschaftsrechtswidrige Vorschrift des nationalen Rechts nicht in seinen Geschäften behindert zu werden, geht. Deutlich wird damit die denkbar weite Konzeption des Gemeinschaftsrechts in Bezug auf die Verpflichtung, gerichtlichen Zugang zu eröffnen: Ausreichend ist offenbar, dass die betreffende gemeinschaftsrechtliche Vorschrift zumindest auch dem Interesse eines Einzelnen dient, damit den Betroffenen ein effektiver gerichtlicher Zugang einzuräumen ist¹⁸.

In der Rs. C-129/00¹⁹ ging es um die bei der Rückerstattung von unter Verletzung des Gemeinschaftsrechts erhobenen Abgaben zu beachtenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Zur Debatte stand eine italienische Regelung, wonach die Erstattung solcher zu Unrecht erhobener Abgaben nur dann möglich ist, wenn die Belastung nicht auf andere Personen abgewälzt wurde, wobei diese Bestimmung durch die italienischen Behörden und Gerichte im Ergebnis so ausgelegt wird, dass sich die Verwaltung, wenn sie die Erstattung zu Unrecht gezahlter Abgaben ablehnt, in der Regel (insbesondere bei Handelsunternehmen) auf die Vermutung stützen kann, dass diese Abgaben auf Dritte abgewälzt würden. In Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung²⁰ hielt der Gerichtshof fest, dass es zwar den Mitgliedstaaten freistehe, eine erfolgte Abwälzung einer zu Unrecht gezahlten Abgabe auf Dritte zu berücksichtigen, da hierdurch einer ungerechtfertigten Bereicherung vorgebeugt werde. Allerdings laufe es dem Effektivitätsgrundsatz zuwider, wenn ausdrücklich oder de facto eine Vermutung der Überwälzung der Abgaben auf Dritte aufgestellt wird, die der Antragsteller zu widerlegen hat. Im Übrigen dürfe dem Antragsteller die Ausübung seines Rechts auf Erstattung auch nicht übermäßig erschwert werden, etwa durch bestimmte Vorlagepflichten.

III. Grundfreiheiten

Bevor auf die Rechtsprechung zu den einzelnen Grundfreiheiten eingegangen wird, ist auf ein die Art. 12 und 17, 18 EGV betreffendes Urteil hinzuweisen²¹: In der Rs. C-148/02²² ging es

¹⁸ Vgl. vertiefend zur Problematik für den Bereich des Umweltrechts *Astrid Epiney/Kaspar Sollberger*, Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht, 2002.

¹⁹ EuGH, Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Urteil vom 9.12.2003. S. ähnlich auch EuGH, Rs. C-147/01 (Weber's Wine World Handels-GmbH u.a./Abgabenberufungskommission Wien), Urteil vom 2.10.2003.

²⁰ Insbesondere EuGH, Rs. 104/86 (Kommission/Italien, Slg 1988, 1799).

²¹ S. darüber hinaus in Bezug auf Art. 12 EGV noch EuGH, Rs. C-361/01 P (Kik/Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt), Urteil vom 9.9.2003: Hier stand die Sprachenregelung des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) zur Debatte. Der EuGH stellte hier fest, dass sich aus

um die belgische Regelung, wonach Kinder den Namen ihres Vaters, nicht denjenigen der Mutter oder beider Eltern, tragen. Der Kläger des Ausgangsverfahrens, ein Spanier, beantragte gleichwohl, dass seine Kinder – die belgisch-spanische Doppelbürger sind und mit ihren Eltern (die Mutter ist Belgierin) in Belgien wohnen – den ersten Namen des Vaters gefolgt vom ersten Namen der Mutter erhalten sollen. Der Antrag wurde unter Berufung auf die erwähnte belgische Regelung abgelehnt, und in dem der Vorabentscheidung zugrunde liegenden Gerichtsverfahren stellte sich die Frage der Rechtmäßigkeit dieser Ablehnung. In Anknüpfung an seine Rechtsprechung²³ betonte der EuGH zunächst, dass alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten aufgrund ihres Status' als Unionsbürger im sachlichen Anwendungsbereich des EG-Vertrages vorbehaltlich der ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung haben. In den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages fielen auch und gerade Situationen, in denen es um die Ausübung der im EG-Vertrag garantierten „Grundfreiheiten“ gehe, namentlich um die in Art. 18 EGV gewährleistete Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit. Zwar bezweckten diese Rechte nicht die Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs auf interne Sachverhalte; ein Bezug zum Gemeinschaftsrecht bestehe aber bei Kindern, die Angehörige eines Mitgliedstaates sind und sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhalten, woran auch die Doppelstaatsangehörigkeit der Kinder nichts ändere. Damit sei im vorliegenden Fall der sachliche Anwendungsbereich des Vertrages eröffnet, so dass sich die Frage stelle, ob eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit besteht, wobei es hier darum ging, ob die Kinder als Doppelstaatsbürger aufgrund sachlicher Unterschiede anders hätten behandelt werden sollen als belgische Staatsangehörige. Der EuGH bejahte auch diese Frage mit dem Argument, dass im Falle einer belgisch-spanischen Doppelstaatsbürgerschaft die Kinder nach beiden Rechtsordnungen unterschiedliche Familiennamen führten und ihnen verwehrt werde, den Namen zu führen, der sich aus der Anwendung des Rechts desjenigen Mitgliedstaats ergibt, nach dem der Familienname ihres Vaters bestimmt worden ist. Aus dieser Situation könnten rechtliche Schwierigkeiten resultieren, sich auf Urkunden oder Schriftstücke zu berufen, die auf den Namen, der in dem anderen Mitgliedstaat anerkannt ist, ausgestellt sind. Eine Rechtfertigung dieser Regelung

dem Gemeinschaftsrecht kein allgemeiner Grundsatz der „Gleichheit der Sprachen“ ableiten lasse, auch nicht aus Art. 12 EGV. Vielmehr sei die Frage der Verwendung der Sprachen in verschiedenen vertraglichen Bestimmungen geregelt und ergebe sich im Einzelnen aus diesen Bestimmungen. Daher sei bei der Sprachenregelung in einem Amt auch nicht zwingend eine „Gleichberechtigung“ der verschiedenen Sprachen sicherzustellen; vielmehr gehe es hier darum, einen Ausgleich zwischen den Interessen der Wirtschaftsteilnehmer und denen der Allgemeinheit, was die Verfahrenskosten betreffe, zu finden. S. sodann EuGH, Rs. C-92/01 (Stylianakis/Dimosio), Urteil vom 6.2.2003, wo der EuGH in Bezug auf das Verhältnis von Art. 18 EGV zu Art. 49 EGV festhält, dass das Bewegungs- und Aufenthaltsrecht der Unionsbürger seinen spezifischen Ausdruck in den Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr finde. Man wird daraus allgemein ableiten können, dass immer dann, wenn der Anwendungsbereich einer der Grundfreiheiten betroffen ist, diese vorrangig heranzuziehen sind und auf Art. 18 EGV nicht mehr zurückgegriffen werden muss.

²² EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello/Belgien), Urteil vom 2.10.2003.

²³ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191.

lehnte der EuGH ebenfalls ab; insbesondere sei die Maßnahme nicht erforderlich, Verwechslungen hinsichtlich der Identität oder der Abstammung vorzubeugen. Bemerkenswert an diesem Urteil – das in der Sache die bisherige Rechtsprechung letztlich konsequent fortführt – sind insbesondere zwei Aspekte:

- Erstens ist das Urteil wohl dahin auszulegen, dass der sachliche Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 12 EGV immer bereits dann eröffnet ist, wenn sich ein Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig aufhält oder bewegt. Damit greift schon bei Vorliegen dieser Voraussetzung das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV, wobei der EuGH nicht eigens prüft, ob die geltend gemachten (anscheinend) diskriminierenden Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht stehen oder nicht. Einen solchen wird man aber verlangen müssen, da ansonsten der Bezug zum Aufenthalts- und Bewegungsrecht der Unionsbürger nicht gegeben wäre. Eine wirkliche Eingrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV dürfte sich hieraus aber nicht ergeben, denn praktisch alle nationalen Bestimmungen stehen in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit dem Aufenthalt der Unionsbürger, wie der Ausgangsfall zeigt. Damit werden wohl weite Bereiche der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auf Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit zu überprüfen sein, deren Umfang kaum abzusehen ist. Im Übrigen werden sich die Mitgliedstaaten auch die Frage stellen müssen, ob und inwieweit sie für ihre Staatsangehörigen bzw. rein interne Situationen an den bisherigen Regelungen festhalten wollen.
- Zweitens ist auf die weite Auslegung des grenzüberschreitenden Bezugs durch den EuGH hinzuweisen: In Bezug auf die Kläger – die betroffenen Kinder – reichte bereits die Doppelstaatsangehörigkeit aus; weder war es notwendig, dass sie nicht die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates hatten, noch dass sie effektiv von ihrer Bewegungsfreiheit Gebrauch gemacht hatten (sie waren ja in Belgien geboren und lebten immer noch dort). Man wird davon ausgehen dürfen, dass diese weite Auslegung des grenzüberschreitenden Bezugs auch auf die Grundfreiheiten zu übertragen ist. Dadurch wird einmal mehr die Frage aufgeworfen, ob die Aufrechterhaltung des Kriteriums des grenzüberschreitenden Bezugs als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten noch sinnvoll sein kann.

*I. Freier Warenverkehr*²⁴

²⁴ S. neben den im Text erwähnten Urteilen noch EuGH, Rs. C-115/02 (Administration des douanes et droits indirects/Rioglass SA), Urteil vom 23.10.2003, wo der EuGH einerseits bestätigt, dass Art. 28 EGV auch auf Durchfuhren von Waren Anwendung findet, andererseits bei einer bloßen Durchfuhr grundsätzlich die Möglichkeit der Berufung auf das Markenrecht ausschließt, da in diesem Fall keine Vermarktung der Ware erfolge und daher der Gegenstand des Markenrechts nicht verletzt werden könne; EuGH, Rs. C-15/01 (Paranova u.a./Läkemedelsverk), Urteil vom 8.5.2003; EuGH, Rs. C-113/01 (Verfahren der Paranova Oy), Urteil vom 8.5.2003 (beide betr. die Zulässigkeit von Parallelimporten); EuGH, Rs. C-14/00 (Kommission/Italien), Urteil vom 16.1.2003; EuGH, Rs. C-12/00 (Kommission/Spanien), Urteil vom 16.1.2003 (Unzulässigkeit der italienischen und spanischen

Von besonderer Bedeutung im Bereichszeitraum ist sicherlich die Rs. C-112/00²⁵. Hier hatte sich der EuGH – nach dem Urteil gegen Frankreich, in dem der EuGH den Grundsatz festhielt, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen müssen, um gegen Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit vorzugehen, deren Ursachen nicht auf den Staat zurückgehen²⁶ – erneut mit der Problematik der Handlungspflichten der Staaten zur Verwirklichung der Grundfreiheiten zu befassen. Im Ausgangsfall ging es um eine Demonstration auf der Brenner-Autobahn, die zu einer 30-stündigen Blockade der Autobahn führte und durch die österreichischen Behörden nicht unterbunden wurde. Der klagende Spediteur beantragte Schadensersatz für den dadurch entstandenen Verdienstausfall. Der EuGH bestätigte zunächst den Grundsatz, dass Art. 28 i.V.m. Art. 10 EGV die Mitgliedstaaten dazu verpflichte, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die Verwirklichung dieser Grundfreiheit nicht durch Private beeinträchtigt wird. Dies gelte auch dann, wenn sich Waren nur auf der Durchfahrt durch einen Staat befinden. Daher stelle die Genehmigung der besagten Demonstration eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung dar. Allerdings könne diese Einschränkung des freien Warenverkehrs durch den Schutz der Grundrechte, namentlich der in Art. 10, 11 EMRK garantierten Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit, gerechtfertigt werden. Damit stünden sich zwei Interessen – die Verwirklichung der Freiheit des Warenverkehrs auf der einen und der genannten Grundrechte auf der anderen Seite – gegenüber, die abzuwägen seien. Unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls²⁷ kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass im konkreten Fall diese Abwägung – bei der den mitgliedstaatlichen Behörden ein weites

Regelungen, dass ein Produkt dann nicht als „Schokolade“ bezeichnet werden darf, wenn es neben einem bestimmten Mindestgehalt an Kakaobutter noch andere pflanzliche Fette enthält); EuGH, Rs. C-216/01 (Budejovický Budvar/Rudolf Ammersin GmbH), Urteil vom 18.11.2003: Hier ging es um einen vor dem Beitritt Österreichs zur EU abgeschlossenen Vertrag Österreichs mit der Tschechoslowakei, in dem der Schutz einer Ursprungsbezeichnung („Bud“) für aus dem Gebiet dem heutigen Tschechien stammendes Bier vereinbart wurde. Der EuGH stellte zunächst klar, dass die Ursprungsbezeichnung nur dann Schutz verdiene, wenn sie tatsächlich ein geografisches Herkunftsgebiet bezeichnet; sodann ging er aufgrund der Anwendung der einschlägigen völkerrechtlichen Grundsätze von der grundsätzlichen Fortgeltung des Vertrages für die heutige Tschechische Republik aus. S. auch EuGH, Rs. C-383/01 (de Danske Bilimportører/Skatteministeriet), Urteil vom 17.6.2003, in der der EuGH festhält, dass im Falle der Besteuerung eines Produkts, für das es im Inland keine Produktion gibt (im konkreten Fall ging es um Kraftfahrzeuge), Art. 90 EGV mangels eines gleichartigen inländischen Produkts nicht zur Anwendung gelangen könne, es sei denn, das Produkt werde mit einer derart hohen Steuer belegt, dass der freie Warenverkehr hinsichtlich dieses Erzeugnisses beeinträchtigt würde. Offen lässt der Gerichtshof aber die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Beeinträchtigung anzunehmen sein soll; die Erwägungen deuten immerhin darauf hin, dass der EuGH eine solche nur im Falle wirklich spürbaren Rückgangs des Umsatzes annehmen möchte. S. zur Qualifizierung des Beitrags zum Solidarfonds, der bei der Ausfuhr von Abfällen fällig wird, als Abgabe zollgleicher Wirkung EuGH, Rs. C-389/00 (Kommission/Deutschland), Urteil vom 27.2.2003.

²⁵ EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger/Österreich), Urteil vom 12.6.2003.

²⁶ EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-6759.

²⁷ Insbesondere dem Umstand, dass ein Antrag auf Genehmigung der Demonstration vorlag und die Behörden beschlossen hatten, diese nicht zu untersagen, dass es sich um eine einmalige Aktion handelte, dass es um die Grundrechtsausübung der Bürger gegangen sei und dass die Behörden verschiedene Begleitmaßnahmen getroffen hatten.

Ermessen zustehe – nicht unvertretbar gewesen sei, so dass keine Verletzung des Vertrages angenommen wurde. Das Urteil gibt insbesondere Anlass zu vier Bemerkungen:

- Einmal deuten die Formulierungen des EuGH darauf hin, dass die Mitgliedstaaten umfassend allen Behinderungen des freien Warenverkehrs entgegen zu treten haben, die durch nicht dem Staat zurechenbare Umstände entstehen. Diese weite Auslegung des Tatbestandes des Art. 28 EGV umfasst – neben etwa durch Naturkatastrophen verursachten Behinderungen – auch jegliches Verhalten Privater, so etwa Boykottaufrufe gegen ausländische Produkte, aber auch diverse an sich legale Geschäftspraktiken (z.B. in der Werbung und Absatzförderung), die sich zum Nachteil ausländischer Produkte auswirken können. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob der EuGH wirklich umfassend alle Verhaltensweisen oder Umstände, die sich in irgendeiner Form auf die Einfuhr von Produkten auswirken, vom Tatbestand des Art. 28 EGV erfassen wollte oder ob er eine Art Spürbarkeitskriterium – im Sinne der Notwendigkeit einer bestimmten Beeinträchtigungsschwelle – annimmt. Vieles spricht für die „Korrektur“ einer zu weiten Auslegung des Tatbestandes in diesem Sinn, womit dann der Tatbestand des Art. 28 EGV eingeschränkt würde.
- Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang weiter, dass der EuGH andeutet, dass die in Bezug auf Art. 28 EGV angestellten Überlegungen auch auf andere Grundfreiheiten übertragen werden können²⁸. Angesichts der in zahlreichen Aspekten zu beobachtenden Konvergenz der Dogmatik der Grundfreiheiten erscheint dies nur folgerichtig, wobei aber die weite Auslegung des Tatbestandes durch den EuGH durchaus Probleme aufwirft, so etwa wenn einzelne Arbeitgeber grundsätzlich keine Ausländer einstellen. Damit stellt sich wieder die Frage, ob nicht eine Eingrenzung des Tatbestandes in dem Sinn, dass nur spürbare und ins Gewicht fallende Beeinträchtigungen erfasst werden, sinnvoll sein könnte. Weiter wird dadurch die Frage aufgeworfen, in welchem Verhältnis die vom EuGH angenommene Drittwirkung jedenfalls des Art. 39 EGV²⁹ zu der hier erörterten Schutzpflicht steht.
- Deutlicher als in dem ersten Urteil zu diesem Fragenkomplex unterscheidet der EuGH hier zwischen Tatbestand und Rechtfertigung: Der Tatbestand liegt in der Unterlassung der erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zur Verwirklichung des freien Warenverkehrs, wobei der EuGH hier die Frage, ob solche Maßnahmen ergriffen wurden, nicht aufwirft, was an der Fallkonstellation liegen dürfte. Zu erinnern ist hier jedenfalls daran, dass den Mitgliedstaaten bei der Wahl der Maßnahmen ein weiter Gestaltungsspielraum einzuräumen ist. Bei der Rechtfertigung greift der EuGH bemerkenswerterweise nicht den Ausdruck „zwingende Erfordernisse“ auf, sondern er spricht davon, dass der Schutz der Grundrechte ein „berechtigtes Interesse“ darstelle,

²⁸ Ziff. 62: „Folglich haben die zuständigen nationalen Stellen, wenn sie in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren streitigen damit konfrontiert sind, dass eine im Vertrag verankerte Grundfreiheit wie der freie Warenverkehr durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird (...).“

²⁹ EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4161.

- das eine Beschränkung des freien Warenverkehrs „rechtfertigen“ könne. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob sich diese berechtigten Interessen von den zwingenden Erfordernissen unterscheiden, ggf. worin der Unterschied liegen soll und ob es – neben dem Schutz der Grundrechte – noch andere berechnigte Interessen gibt. Im Ergebnis geht es aber in jedem Fall um eine Güterabwägung, die durch den EuGH hier in der Sache nicht anders vorgenommen wird als bei der Prüfung des Vorliegens zwingender Erfordernisse und der Verhältnismäßigkeit der zu ihrem Schutz getroffenen Maßnahmen. Ein weiterer Aspekt wird bei der Rechtfertigung nicht ganz deutlich: Der EuGH stellt ausdrücklich darauf ab, dass die hier relevanten Grundrechte auch Teile des Gemeinschaftsrechts sind. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob auch „nur“ nationale Grundrechte eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtfertigen könnten. Man wird diese Frage nur bejahen können, denn wenn schon relativ „beliebige“ zwingende Erfordernisse hier greifen können, muss dies erst recht für nationale Grundrechte gelten.
- Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Urteil – soweit ersichtlich erstmals in dieser Form und Tiefe – eingehend eine Grundfreiheit „gegen“ ein Grundrecht abgewogen wird. Die Ausführungen des EuGH muten hier in der Begründung und im Ergebnis durchweg überzeugend an, wobei bemerkenswert ist, dass der EuGH offenbar von einer „Gleichrangigkeit“ dieser beiden „Interessen“ ausgeht.

Hinzuweisen ist sodann auf die Rs. C-322/01³⁰, in der es um das deutsche Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln ging. Der EuGH stellte hier insbesondere fest, dass ein solches Verbot nur in Bezug auf verschreibungspflichtige Medikamente mit Art. 28, 30 EGV vereinbar sei, nicht hingegen in Bezug auf nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel. Denn im letzteren Fall könne der Gesundheitsschutz nicht greifen, da auch „virtuelle Apotheken“ einer staatlichen Aufsicht unterständen und daher als Gründe für das Verbot nur die Erfordernisse der individuellen Betreuung der Kunden, sein Schutz bei der Abgabe von Arzneimitteln sowie die Kontrolle der Echtheit von Attesten in Betracht kämen. Diese Gründe seien zwar für verschreibungspflichtige Medikamente einschlägig, nicht aber für die nicht verschreibungspflichtigen, da diese in jedem Fall sozusagen frei zugänglich seien und eine hinreichende Information der Verbraucher auch über das Internet sichergestellt werden könne. Aus dogmatischer Sicht interessant ist an diesem Urteil, dass der EuGH das Verbot des Versandhandels nicht unter die Ausnahme der „Keck“-Rechtsprechung subsumierte, da es die ausländischen Apotheken (und damit die eingeführten Produkte), die als solche auf dem deutschen Markt nicht tätig sind, stärker betreffe als die inländischen; für erstere sei das Internet als Zugang zum deutschen Markt von ungleich größerer Bedeutung als für letztere. Das Urteil zieht letztlich die Konsequenz – die sich übrigens bereits im der Rs. C-405/98³¹ angedeutet hatte – nach sich, dass tendenziell all solche Vermarktungs- und Werberegulungen mit spürbaren Auswirkungen auf den Umsatz der betreffenden Produkte, die unmittelbar oder

³⁰ EuGH, Rs. C-322/01 (Deutscher Apothekerverband e.V./0800 DocMorris NV u.a.), Urteil vom 11.12.2003.

³¹ EuGH, Rs. C-405/98 (Gourmet International), Slg. 2001, I-1795.

mittelbar Auswirkungen auf den Bekanntheitsgrad von Produkten entfalten, nicht als von der Ausnahme der „Keck“-Rechtsprechung erfasst werden, da sie aufgrund der prinzipiell besseren Markteinführung nationaler Produkte die eingeführten Produkte regelmäßig stärker „belasten“. Deutlich wird damit auch, dass die Reichweite der „Keck-Rechtsprechung“ aufgrund der umfassenden Prüfung der auch tatsächlich gleichen Auswirkungen der betreffenden Regelungen auf eingeführte und einheimische Produkte weniger weit ausfällt als ursprünglich häufig angenommen, dürften doch die erwähnten Voraussetzungen bei zahlreichen Vermarktungs- und Werberegeln gegeben sein³².

In der Rs. C-192/01³³ ging es um die Vereinbarkeit des dänischen Verbotes, mit bestimmten Vitaminen und Mineralstoffen angereicherte Lebensmittel in den Verkehr zu bringen, sofern nicht in einem eigenen Verfahren nachgewiesen wird, dass in der dänischen Bevölkerung ein entsprechendes Ernährungsbedürfnis bestehe. Der EuGH hielt hier im Ergebnis fest, dass eine solche Maßnahme, die unter den Tatbestand des Art. 28 EGV falle, nicht durch Art. 30 EGV gerechtfertigt werden könne: Zwar stehe es den Mitgliedstaaten frei, im Falle von wissenschaftlichen Unsicherheiten in Bezug auf die mögliche schädliche Wirkung von Zusatzstoffen in Lebensmitteln zu entscheiden, in welchem Umfang sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollten, so dass ein Erfordernis der vorherigen Zulassung von mit bestimmten Zusatzstoffen versetzten Lebensmitteln grundsätzlich möglich sei. Allerdings sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und die Existenz einer Gesundheitsgefahr müsse durch eine eingehende Prüfung des entsprechenden Risikos gestützt werden können. Ein Vermarktungsverbot könne nur erlassen werden, wenn die geltend gemachte Gefahr für die öffentliche Gesundheit auf der Grundlage der verfügbaren wissenschaftlichen Informationen als hinreichend nachgewiesen anzusehen ist, wobei die Beurteilung des Wahrscheinlichkeitsgrades der schädlichen Auswirkungen sowie die potenzielle Schwere zu berücksichtigen seien. Die dänische Maßnahme allerdings sei jedenfalls unverhältnismäßig, da sie systematisch das Inverkehrbringen aller Lebensmittel verbiete, denen Vitamine und Mineralstoffe zugesetzt sind, ohne nach den verschiedenen Vitaminen und Mineralstoffen zu unterscheiden; damit gehe einher, dass keine eingehende Prüfung des Risikos erfolgt sei. Der EuGH hält aber auch fest, dass im Falle der Durchführung einer spezifischen Risikobewertung aufgrund der Heranziehung des Vorsorgeprinzips ein Vermarktungsverbot begründet werden könne, falls die Bewertung der relevanten Elemente ergibt, dass in Bezug auf das Risiko erhebliche wissenschaftliche und praktische Unsicherheiten bestehen und gleichwohl eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens für die öffentliche Gesundheit fortbesteht, falls sich das Risiko doch realisieren sollte. Deutlich wird damit, dass das Urteil keineswegs bedeutet, dass den

³² S. im Übrigen EuGH, Rs. C-416/00 (Morellato/Comune di Padova), Urteil vom 18.9.2003, in der es um die Frage ging, ob das Erfordernis der vorherigen Verpackung für die Vermarktung von tiefgefrorenem Brot – während frisch gebackenes Brot ohne Verpackung verkauft werden darf – eine nicht diskriminierende Verkaufsmodalität darstellt.

³³ EuGH, Rs. C-192/01 (Kommission/Dänemark), Urteil vom 23.9.2003.

Mitgliedstaaten im Falle eines nicht eindeutig nachweisbaren Risikos das Handeln verwehrt wäre, sondern vielmehr, dass sie das Bestehen eines Risikos jeweils spezifisch nachweisen müssen, womit sich zu „pauschale“ Maßnahmen verbieten. Im Übrigen ist das Urteil ein weiterer Beleg für die über den Umweltschutz hinausgehende Geltung des Vorsorgeprinzips als gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz.

In der Rs. C-108/01³⁴ hatte sich der EuGH u.a. mit der Frage zu befassen, ob die italienische Regelung, wonach ein Schinken nur dann als Parma-Schinken bezeichnet werden darf, wenn er nicht nur in der betreffenden Region hergestellt, sondern dort auch geschnitten und verpackt wurde, gegen Art. 29 EGV verstößt³⁵. Der EuGH stellte zwar das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung fest, bejahte aber die Möglichkeit der Rechtfertigung, da es hier um eine Ursprungsbezeichnung gehe und die Maßnahme auch verhältnismäßig sei, handle es sich doch beim Aufschneiden und Verpacken des Schinkens um für den Geschmack wichtige Vorgänge, die besondere Sachkenntnisse voraussetzten und die auch genau in der betreffenden Region kontrolliert würden. Eine Verarbeitung außerhalb des Erzeugergebiets brächte demgegenüber weniger genaue Kontrollen mit sich, so dass die Qualität des Produkts nicht zwingend aufrecht erhalten werden könne. Eine Etikettierungspflicht sei schon deshalb nicht ausreichend, weil der Ruf des Produkts gleichwohl geschädigt werden könne. Zwar vermag das Urteil angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht zu überraschen; gleichwohl sei aber nochmals³⁶ darauf hingewiesen, dass der Ansatz des EuGH in merkwürdigem Gegensatz zu seinem ansonsten im Bereich des Verbraucherschutzes angelegten strengen Maßstab³⁷ steht. Im Übrigen fragt es sich, ob nicht mildere Maßnahmen – insbesondere die Einhaltung von Qualitätsstandards – möglich gewesen wären.

2. *Freizügigkeit der Arbeitnehmer*

In der Rs. C-285/01³⁸ stand der Zugang eines ausländischen Bewerbers zum Beamten in der öffentlichen Krankenhausverwaltung zur Debatte, der ihm im Wesentlichen deshalb verweigert wurde, weil er nicht im Besitz des hierfür erforderlichen Diploms der Ecole nationale de la santé publique sei. Der EuGH ging in erster Linie auf zwei Aspekte ein:

- Erstens sei das Examen, das die Ausbildung an der Ecole nationale de la santé publique abschließt, als Diplom im Sinne der RL 89/48³⁹ anzusehen. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass das Bestehen dieses Examins quasi „automatisch“ zur Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit in der öffentlichen Krankenhausverwaltung führt.
- Zweitens verstoße es zwar nicht gegen die RL 89/48, wenn ein Mitgliedstaat den Zugang zu besagter Beamtenlaufbahn einem Einstellungsauswahlverfahren unterzieht, das im vorliegenden Fall beim Eintritt in die Ecole nationale de la santé publique zu absolvieren ist. Allerdings stehe Art. 39 EGV einer solchen Regelung entgegen, denn

³⁴ EuGH, Rs. C-108/01 (Consorzio del Prosciutto di Parma/Asda Stores Ltd.), Urteil vom 20.5.2003. S. auch die parallel gelagerte Fallgestaltung (in Bezug auf Reiben und Verpacken von Parmesankäse) in EuGH, Rs. C-469/00 (Ravil/Bellon), Urteil vom 20.5.2003.

³⁵ S. bereits die in der Sache parallel gelagerte Fallgestaltung in Bezug auf die Bezeichnung von Wein als Rioja, EuGH, Rs. C-388/95 (Belgien/Spanien), Slg. 2000, I-3123.

³⁶ Vgl. schon die Bemerkungen bei *Epiney*, NVwZ 2001, 528.

³⁷ Vgl. aus dem Berichtszeitraum EuGH, Rs. C-358/01 (Kommission/Spanien), Urteil vom 6.11.2003, wo der EuGH bestätigt, dass der „Referenzverbraucher“ ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher ist.

³⁸ EuGH, Rs. C-285/01 (Burbaud/Ministère de l'Emploi et de la Solidarité), Urteil vom 9.9.2003.

³⁹ RL 89/48 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. 1989 L 19, 16.

sie führe de facto dazu, dass die ggf. bereits erworbene gleichwertige Ausbildung in einem anderen Mitgliedstaat nicht berücksichtigt werden könne, so dass ein Hindernis für die Freizügigkeit geschaffen werde; diese könne auch nicht durch das Bestreben, die möglichst geeigneten Bewerber auszuwählen, gerechtfertigt werden, da hierzu mildere Verfahren zur Verfügung stünden.

Das aus rechtlicher Sicht an sich nicht wirklich überraschende Urteil dürfte in gewissen Mitgliedstaaten, insbesondere Frankreich, erhebliche Auswirkungen entfalten: Denn es führt in letzter Konsequenz dazu, dass eigentliche „Kaderschulen“ – deren Konzept davon ausgeht, dass nur die in einer bestimmten Lehranstalt ausgebildeten Personen für bestimmte Laufbahnen, insbesondere im öffentlichen Dienst, zugelassen werden – nicht mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehen und letztlich „Quereinsteigermöglichkeiten“ zu schaffen sind, wobei die Anforderungen der RL 89/48 zu beachten sind.

Auslegung und Tragweite der Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV (Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung) waren Gegenstand der Rs. C-47/02⁴⁰ und C-405/01⁴¹. In der Sache ging es hier darum, ob die Beschäftigung als Kapitän oder Erster Offizier auf Handelsschiffen oder als Kapitän der in der sog. Kleinen Seeschifffahrt eingesetzten Schiffe unter der Flagge des Heimatstaates als Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung anzusehen ist, da diesen Personen im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Sicherheit, insbesondere bei Gefahr an Bord, bestimmte polizeiliche Befugnisse zukommen, ggf. in Verbindung mit Untersuchungs-, Zwangs- oder Sanktionsbefugnissen. Im Übrigen obliegen den Kapitänen einige nicht nur durch die Erfordernisse der Schiffsführung zu erklärende personenstandsrechtliche Funktionen. All diese Kompetenzen stellen nach Ansicht des EuGH zweifellos eine Ausübung hoheitlicher Befugnisse zur Wahrung der allgemeinen Belange des Flaggenstaates dar, so dass an sich die Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 4 EGV gegeben wären. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Kapitäne von Privatpersonen angestellt werden, seien sie doch jedenfalls als Vertreter der öffentlichen Gewalt im Dienste des Flaggenstaates tätig. Gleichwohl sei Art. 39 Abs. 4 EGV aber nicht einschlägig, da die entsprechenden Befugnisse von den Stelleninhabern nicht regelmäßig ausgeübt würden und einen nur sehr geringen Teil ihrer Tätigkeit ausmachten. Denn die allgemeinen Belange des Staates würden gerade nicht gefährdet, wenn solche Hoheitsbefugnisse nur ausnahmsweise und sporadisch von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten ausgeübt würden. Damit greift der EuGH auch bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des Art. 39 Abs. 4 EGV letztlich auf der Verhältnismäßigkeit zuzuordnende Erwägungen zurück. Verallgemeinert man dieses Urteil, so greift Art. 39 Abs. 4 EGV also immer dann nicht, wenn die Ausübung hoheitlicher Gewalt nur sporadisch stattfindet und nur einen sehr geringen Teil der Tätigkeit ausmacht. Offen bleibt aber auf der Grundlage des Urteils, wie die Fälle zu beurteilen wären, in denen zwar eine regelmäßige

⁴⁰ EuGH, Rs. C-47/02 (Anker u.a./Deutschland), Urteil vom 30.9.2003.

⁴¹ EuGH, Rs. C-405/01 (Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola/Administración del Estado), Urteil vom 30.9.2003.

Ausübung hoheitlicher Gewalt zu bejahen ist, diese aber nur einen sehr geringen Teil der Tätigkeit des jeweiligen Amtsinhabers ausmacht. Die Erwägungen des Gerichtshofs deuten eher darauf hin, dass in einem solchen Fall die Ausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV wieder greifen würde, da im Falle der regelmäßigen Ausübung von Hoheitsrechten das Interesse des Staates, dass nur ihm besonderes verbundene Bürger solche Aufgaben wahrnehmen können sollen, wieder greifen könnte.

Hingewiesen sei sodann noch auf die Rs. C-109/01⁴², in der es um Grundfragen der Auslegung von Art. 10 VO 1612/68⁴³, der das Recht der Ehegatten und bestimmter naher Verwandter eines Arbeitnehmers enthält, im Staatsgebiet des Aufenthalts des Arbeitnehmers Wohnsitz zu nehmen, ging. Anlass zu dem Urteil gab die Situation eines Drittausländers, der mit einer britischen Staatsangehörigen verheiratet war, allerdings wegen verschiedener Vergehen aus dem Vereinigten Königreich ausgewiesen worden war. Nachdem die Eheleute einige Monate in Irland gelebt hatten, wollten sie wieder nach Großbritannien zurückkehren, und der Ehemann beantragte den Widerruf seiner Ausweisungsverfügung, da ihm als Ehegatten einer britischen Staatsangehörigen aufgrund des Art. 10 VO 1612/68 ein Aufenthaltsrecht in Großbritannien zustehe. Dieser Antrag wurde abgelehnt mit dem Argument, die britische Ehefrau habe nur zum Schein während kurzer Zeit (sechs Monate) eine Stelle in Irland angenommen, um letztlich die britischen Bestimmungen über das Aufenthaltsrecht von Drittausländern zu umgehen. Der EuGH betonte, dass die VO 1612/68 nur die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft betreffe; ihr könnten hingegen keine Hinweise darauf entnommen werden, welche Rechte ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger im Hinblick auf den Zugang zum Gemeinschaftsgebiet hat. Daher müsse sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, wenn er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, in den der Unionsbürger abwandern möchte, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 VO 1612/68 zu kommen. Art. 10 sei also nur unter der Voraussetzung einschlägig, dass sich der Drittstaatsangehörige bereits rechtmäßig im Unionsgebiet aufhalte. Weiter komme es im Fall der tatsächlichen Ausübung der Freizügigkeitsrechte des Vertrages nicht darauf an, in welcher Absicht dies geschehen ist, so dass die Ausübung dieser Rechte jedenfalls keinen Missbrauch darstelle. Ein solcher liege aber im Falle einer Scheinehe vor.

3. Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Niederlassungsfreiheit⁴⁴

Im Anschluss an die Rs. C-368/98⁴⁵ und C-157/99⁴⁶ hatte sich der EuGH erneut mit der Frage des Kostenersatzes für in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch genommene medizinische Leistungen durch die Krankenkassen der Patienten zu befassen. Der EuGH präziserte in der Rs. C-385/99⁴⁷ seine Rechtsprechung zu diesem Problemkreis, wobei in erster Linie auf folgende, vom EuGH vorgenommene Unterscheidung hinzuweisen ist:

⁴² EuGH, Rs. C-109/01 (Secretary of State for the Home Department/Akrich), Urteil vom 23.9.2003.

⁴³ VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, 2.

⁴⁴ S. über die im Text aufgeführten Urteile hinaus noch EuGH, Rs. C-131/01 (Kommission/Italien), Urteil vom 13.12.2003, wonach die italienischen Regelungen, nach denen Patentanwälte vor dem Italienischen Patentamt Dienstleistungen nur erbringen können, wenn sie in das italienische Register der Patentanwälte eingetragen sind und einen Wohnsitz oder eine berufliche Niederlassung in Italien haben, mit Art. 49 ff. EGV nicht in Einklang stehen. Zur Unzulässigkeit von durch Luxemburg Patentanwälten auferlegten Beschränkungen EuGH, Rs. C-478/01 (Kommission/Luxemburg, Urteil vom 6.3.2003. Zur Unzulässigkeit einer Pauschalbesteuerung von in einem Mitgliedstaat erzielten Honoraren unter Ausschluss der Möglichkeit der Geltendmachung von Betriebsausgaben EuGH, Rs. C-234/01 (Gerritse/Finanzamt Neukölln-Nord), Urteil vom 12.6.2003. Zur Zulässigkeit von Glücksspielen EuGH, Rs. C-6/01 (Associacao Nacional/Estado portuges), Urteil vom 11.9.2003.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-368/98 (Vanbraekel), Slg. 2001, I-5363.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-157/99 (Geraets-Smits/Peerbooms), Slg. 2001, I-5473.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-385/99 (Müller-Fauré/Onderlinge Waarborgmaatschappij), Urteil vom 13.5.2003. S. auch in Bezug auf Krankenhausbehandlungen EuGH, Rs. C-56/01 (Inizan/Caisse primaire d'assurance maladie), Urteil vom 23.10.2003.

- Das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung einer im Ausland erfolgenden Behandlung durch die Krankenkasse als Voraussetzung für die Kostenerstattung der Behandlung stelle zwar eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, könne aber grundsätzlich bei Krankenhausbehandlungen durch das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit sowie – damit in engem Zusammenhang stehend – durch das Bestreben, eine rationelle, ausgewogene und gut zugängliche medizinische Versorgung zu gewährleisten, gerechtfertigt werden. Allerdings sei dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit nur dann Rechnung getragen, wenn die Gründe, die zur Verweigerung der Genehmigung führen können, auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, eine leicht zugängliche Verfahrensregelung besteht und eine zügige und objektive Bearbeitung des Antrags gewährleistet ist. Eine Versagung der Genehmigung sei unter diesem Gesichtswinkel nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn eine gleichwertige Behandlung rechtzeitig in einer Einrichtung erlangt werden könne, mit der die Krankenkasse eine Vereinbarung geschlossen hat. Bestehen jedoch Wartelisten im Inland, auf die der Patient unabhängig von seinem Gesundheitszustand gesetzt wird, sei eine Rechtfertigung auszuschließen, da es hier in erster Linie um wirtschaftliche Erwägungen gehe.
- Grundsätzlich anders sei die Situation bei der Konsultation von frei praktizierenden Ärzten gelagert: Hier sei nicht ersichtlich, dass die „Bewegungsströme“ in andere Mitgliedstaaten von derart großem Ausmaß seien, dass das finanzielle Gleichgewicht bei der medizinischen Versorgung gefährdet wäre, so dass eine Rechtfertigung des Erfordernisses der vorherigen Genehmigung ausscheide. Eine Deckungspflicht durch die Krankenkasse bestehe aber (selbstverständlich) nur insoweit, als das Krankenversicherungssystem des Mitgliedstaats eine solche grundsätzlich gewährleistet. Etwas anderes gelte auch nicht im Falle des speziellen Systems in den Niederlanden, wo die Kosten für eine Behandlung direkt vom Staat bezahlt werden, so dass es um eine Art Sachleistungssystem geht. Denn einmal liege auch in diesem Fall eine Dienstleistung des Arztes am Patienten vor; zum anderen sei nicht ersichtlich, warum dieses Systems durch einen Wegfall der Genehmigungspflicht in Frage gestellt würde. Insbesondere könnten die auch für inländische Behandlungen aufgestellten Bedingungen und Leistungsgrenzen beachtet werden und es stehe dem Mitgliedstaat frei, Erstattungsfreibeträge nach objektiven und transparenten Kriterien festzulegen.

Das Urteil bedeutet einen weiteren Schritt auf dem Weg zur grenzüberschreitenden Liberalisierung der ärztlichen Dienstleistungen und gewährt letztlich jedem Patienten das Recht, sich im Ausland außerhalb eines Krankenhauses ärztlich behandeln zu lassen und die Kosten hierfür in der ihm nach dem nationalen System zustehenden Höhe von seiner Krankenkasse erstattet zu bekommen. Der im Urteil Kohll⁴⁸ bereits in Bezug auf ein System,

⁴⁸ EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931.

das auf dem Kostenerstattungsprinzip beruht, anerkannte Grundsatz wird im vorliegenden Urteil nämlich auf ein dem Sachleistungsgrundsatz folgendes System übertragen, so dass ihm nunmehr allgemeine Anwendung zukommen dürfte. Ob und inwieweit hierdurch ein gewisser Wettbewerb der nationalen Gesundheitssysteme gefördert wird, bleibt wohl abzuwarten.

In der Rs. C-388/01⁴⁹ ging es um die Frage, ob die italienische Praxis, einen kostenlosen Eintritt in gewisse Museen und Kulturgüter für italienische Staatsangehörige und in den betreffenden Gemeinden ansässige Personen, die über 60 bzw. 65 Jahre alt sind, vorzusehen, während die übrigen Personen – also insbesondere ausländische Touristen – zur Kasse gebeten werden, gegen den Vertrag verstößt. Der EuGH bejahte – im Anschluss an einen ähnlichen, Spanien betreffenden Fall⁵⁰ – einen Verstoß gegen Art. 12 und 49 EGV, wobei folgende Aspekte des Urteils hervorzuheben sind:

- Zunächst stellte der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 12 und 49 EGV fest, ohne zu prüfen, ob Art. 49 EGV einschlägig ist. Letzteres ergibt sich allerdings aus dem bereits erwähnten Urteil des EuGH aus dem Jahr 1994. Gleichwohl hätte es nahe gelegen, im Falle der Einschlägigkeit des Art. 49 EGV – die vom EuGH auch im Rahmen der Rechtfertigung angenommen wird – auf den Rückgriff auf Art. 12 EGV zu verzichten. Sind nämlich „besondere Bestimmungen“ anwendbar, sind eben diese – und nicht Art. 12 EGV – heranzuziehen.
- In Bezug auf die Rechtfertigung betont der EuGH in erfreulich klarer Weise, dass im Falle formell diskriminierender Regelungen – also solchen, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellen – nur die ausdrücklich im Vertrag vorgesehenen Rechtfertigungsgründe (hier die in Art. 46 EGV genannten) einschlägig sein könnten. Fraglich bleibt, ob dieser Grundsatz auch im Rahmen der anderen Grundfreiheiten des Vertrages heranzuziehen ist; die Rechtsprechung geht grundsätzlich in diese Richtung, wobei aber im Bereich der Warenverkehrsfreiheit diesbezüglich eine gewisse „Auflockerung“ zu verzeichnen ist⁵¹, deren Tragweite sich erst noch zeigen muss. Im Bereich des freien Personenverkehrs dürfte der Ansatz des EuGH auch überzeugender sein als in demjenigen des freien Warenverkehrs, wo es – wie die Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen – durchaus Konstellationen gibt, bei denen eine Rechtfertigung auch bei formellen Diskriminierungen eröffnet sein sollte (z.B. Schutz bedrohter Arten). Im Personenverkehr ist es aber tatsächlich kaum denkbar, dass ein ausdrückliches Anknüpfen an die Staatsangehörigkeit in „Wirklichkeit“ auf anderen Gründen als eben der Staatsangehörigkeit beruht.
- Schließlich lehnt es der EuGH für den Bereich der Differenzierung nach dem Wohnsitz ab, diese Unterscheidung mit dem Steueraufkommen der Gebietsansässigen, das die betreffenden Einrichtungen mitfinanziert, zu rechtfertigen. Denn soweit es allein um die Kostendeckung gehe, liege ein wirtschaftlicher Grund vor, der keinen zwingenden

⁴⁹ EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Urteil vom 16.1.2003.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-45/93 (Kommission/Spanien), Slg. 1994, I-911.

⁵¹ Vgl. EuGH, Rs. C-379/98 (Preussen Elektra), Slg. 2001, I-2099.

Grund des Allgemeininteresses darstellen könne. Soweit es um die Kohärenz des Steuersystems gehe, liege kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen irgendeiner Besteuerung und der Anwendung von Vorzugstarifen zu öffentlichen Museen und Kultureinrichtungen vor. Damit wird unmissverständlich klargestellt, dass Vorzugstarife für Ortsansässige für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen grundsätzlich gegen den EG-Vertrag verstoßen und insbesondere nicht durch die Erwägung, die Ortsansässigen finanzierten diese Einrichtungen ja durch ihre Steuern mit, gerechtfertigt werden kann.

In der Rs. C-243/01⁵² stand eine italienische Regelung, die das Sammeln, die Annahme, die Bestellung und die Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, bestimmten konzessionierten Unternehmen (wobei nur bestimmte inländische Unternehmen solche Genehmigungen erhalten) vorbehält, zur Debatte. Der EuGH stellte zunächst sowohl eine Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit fest, wobei bemerkenswert ist, dass er bei der Prüfung der Niederlassungsfreiheit ausschließlich darauf abstellt, dass die betreffende Regelung „Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit“ enthalten muss. Schließen kann daraus wohl, dass der EuGH davon ausgehen dürfte, dass auch Art. 43 EGV – parallel zur Tragweite der Art. 28, 39, 49 – ein Beschränkungsverbot darstellt, jedenfalls soweit der Zugang zum inländischen Markt betroffen ist⁵³. In Bezug auf die Rechtfertigung verweist der EuGH zunächst auf seine Rechtsprechung zu Fragen der Zulässigkeit von Lotterieveranstaltungen⁵⁴, um im Ergebnis festzuhalten, dass es Sache des nationalen Gerichts sei zu prüfen, ob die Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (hier insbesondere die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen und die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, womit auch Aspekte des Verbraucherschutzes und der Betrugsbekämpfung betroffen sind) tatsächlich geeignet und erforderlich sind, die Verwirklichung dieser Ziele zu gewährleisten. Den Hinweisen, die der EuGH dem nationalen Gericht gibt und die es bei dieser Prüfung zu beachten hat, sind aber einige Vorgaben zu entnehmen: So müssten die getroffenen Maßnahmen „kohärent und systematisch“ zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen. Ferner seien die Beschränkungen in nicht diskriminierender Weise anzuwenden, und es sei die Verhältnismäßigkeit derjenigen Regelung, wonach die Verhängung einer Strafe gegen jede einzelne Person, die über das Internet von Italien aus mit in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Buchmachern Wetten durchführt, genau zu prüfen. Schließlich sei die Erforderlichkeit des Ausschlusses derjenigen Kapitalgesellschaften, die in anderen

⁵² EuGH, Rs. C-243/01 (Strafverfahren gegen Piergiorgio Gambelli u.a.), Urteil vom 6.11.2003.

⁵³ S. insoweit auch EuGH, Rs. C-167/01 (Kamer van Koophandel/Inspire Art Ltd), Urteil vom 30.9.2003, wo es um die Zulässigkeit der Gründung einer Zweigniederlassung in den Niederlanden einer nach britischem Recht gegründeten Gesellschaft ging und gemäß den niederländischen Vorschriften in dem Fall, in dem die Gesellschaft keine nennenswerten Aktivitäten in dem Staat ihrer Gründung entfaltet, die niederländischen Vorschriften über das Mindestkapital und die Haftung der Gesellschafter zum Zuge kommen. Das parallel zum Fall Centros (EuGH, Slg. 1999, I-1459) lautende Urteil geht auch davon aus, dass Art. 43 EGV ein Beschränkungsverbot darstellt; auch folgt der EuGH demselben „Rechtfertigungsschema“ wie im Rahmen des Art. 39 EGV.

⁵⁴ S. insbesondere EuGH, Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, I-1039; EuGH, Rs. C-124/97 (Läära u.a.), Slg. 1999, I-6067.

Mitgliedstaaten über Konzessionen verfügen, von diesem Markt aus Gründen der Betrugsbekämpfung genau zu prüfen, gebe es doch andere Mittel, dieses Ziel zu erreichen. Bemerkenswert an diesem Urteil ist, dass der EuGH die Frage der Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahmen nicht definitiv selbst beantwortet, obwohl die Faktenlage offenbar recht genau bekannt war. Aufgeworfen wird damit einmal mehr die Frage, nach welchen Kriterien der Gerichtshof diese Entscheidung den nationalen Gerichten überlässt oder sie selbst trifft. Jedenfalls erscheint es schwierig, in der Rechtsprechung hier eine klare Linie zu erkennen. Weiter – und in einem gewissen Kontrast zu dieser dem mitgliedstaatlichen Gericht eingeräumten Kompetenz – legen die Hinweise des EuGH die Annahme nahe, dass er von der Unzulässigkeit der in Frage stehenden Beschränkungen ausgeht, insbesondere aufgrund des Umstandes, dass die italienische Regierung ansonsten zu Wetttätigkeiten wegen der zu erwartenden Einnahmen für die Staatskasse ermuntert. Verallgemeinert man diesen Ansatz des Gerichtshofs, so sind Beschränkungen der Durchführung von Gewinnspielen nur unter der Voraussetzung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar, dass die entsprechenden Beschränkungen tatsächlich „flächendeckend“ Anwendung finden.

4. *Freier Kapitalverkehr*

In Bezug auf den freien Kapitalverkehr ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der EuGH in den Rs. C-463/00⁵⁵ und C-98/01⁵⁶ seine Rechtsprechung zu den sog. "Goldenen Aktien", worunter Regelungen verstanden werden, die dem Staat bei der Privatisierung von Staatsunternehmen Sonderrechte einräumen, insbesondere damit dieser gegen Übernahmen (etwa durch ausländische Konkurrenten) oder auch gegen bestimmte unternehmerische Entscheidungen ein Veto-Recht geltend machen kann, fortgeführt⁵⁷ hat. Neben der Feststellung dass die konkreten spanischen Regelungen nicht gerechtfertigt werden könnten, da sie zu unbestimmt seien, ist bei diesen Urteilen aus dogmatischer Sicht vor allem von Bedeutung, dass der EuGH im Rahmen des Art. 56 EGV dieselbe Struktur anwendet wie bei den anderen Grundfreiheiten und insbesondere auch prüft, ob die Voraussetzungen der „Keck-Rechtsprechung“ erfüllt sind (so dass diese Rechtsprechung offenbar anwendbar sein soll), was der EuGH aber angesichts der Betroffenheit des Marktzugangs verneint.

Weiter ist auf die Rs. C-452/01⁵⁸ hinzuweisen. Hier ging es um eine Vorarlberger Regelung, wonach der Erwerb landwirtschaftlicher Grundstücke einer Genehmigungspflicht untersteht und die Genehmigung grundsätzlich immer dann zu untersagen ist, wenn der Erwerber die betreffenden Grundstücke nicht selbst im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebes bewirtschaftet und im Betrieb seinen Wohnsitz hat. Der EuGH stellte zunächst fest, dass den einschlägigen Bestimmungen des EWR-Abkommens vor dem Hintergrund seines Sinns und Zwecks dieselbe rechtliche Tragweite zukomme wie den Art. 56 ff. EGV. Diese aber stünden der erwähnten österreichischen Bestimmung entgegen: Die Genehmigungspflicht stelle eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar, erschwere oder verunmögliche sie doch bestimmte Transaktionen. Eine Rechtfertigung sei zwar für die Genehmigungspflicht als solche möglich, da auf diese Weise die landwirtschaftliche Nutzung der Gebiete – ein zwingender Grund des Allgemeininteresses – sichergestellt werden könne. Jedoch sei das Erfordernis, dass der Erwerber selbst diese Nutzung sicherstellen müsse, nicht erforderlich.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-463/00 (Kommission/Spanien), Urteil vom 13.5.2003.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-98/01 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Urteil vom 13.5.2003.

⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-367/98 (Kommission/Portugal), Slg. 2002, I-4731; EuGH, Rs. C-483/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-4781; EuGH, Rs. C-503/99 (Kommission/Belgien), Slg. 2002, I-4809.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-452/01 (Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung), Urteil vom 23.9.2003.

IV. Umweltrecht⁵⁹

1. Tragweite der Art. 95 Abs. 4, 5 EGV

Im Berichtszeitraum hatte sich der EuGH zum ersten Mal zur Tragweite der Art. 95 Abs. 4, 5 EGV zu äußern. Diese Bestimmungen beruhen auf dem Vertrag von Amsterdam und unterscheiden in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten im Falle einer auf Art. 95 Abs. 1 EGV gestützten Harmonisierung strengere nationale Maßnahmen treffen dürfen, zwischen der Beibehaltung bereits geltender nationaler Bestimmungen und der Neueinführung (nach Erlass des Harmonisierungsaktes) nationaler Bestimmungen; für letztere gelten sehr strenge Voraussetzungen. Von Bedeutung ist insbesondere die Rs. C-3/00⁶⁰, in der es – in Abweichung von der RL 95/2⁶¹ – um die Beibehaltung dänischer Vorschriften zur Verwendung von Sulfiten, Nitriten und Nitraten in Lebensmitteln geht. Diese Zusatzstoffe haben konservierende Wirkung, können aber schwere allergische Reaktionen auslösen bzw. sind krebserzeugend. Die Kommission lehnte die Genehmigung dieser unter Berufung auf den Gesundheitsschutz beibehaltenen nationalen Bestimmungen ab, da sie nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügten. Der EuGH schloss sich in Bezug auf die Sulfite den Erwägungen der Kommission an, erklärte ihre Entscheidung

⁵⁹ S. neben den im Text genannten Urteilen noch EuGH, Rs. C-278/01 (Kommission/Spanien), Urteil vom 25.11.2003, wo der EuGH gegen Spanien wegen Nichtdurchführung eines die Badegewässerrichtlinie betreffenden Urteils ein Zwangsgeld verhängte und grundsätzliche Ausführungen zu der Berechnungsmethode macht. Zu verschiedenen Anforderungen an die Umsetzung der RL 90/219 und 90/220 (gentechnisch veränderte Mikroorganismen) EuGH, Rs. C-429/01 (Kommission/Frankreich), Urteil vom 27.11.2003, und EuGH, Rs. C-296/01 (Kommission/Frankreich), Urteil vom 20.11.2003. In beiden Urteilen werden auch grundsätzliche Ausführungen zu den Anforderungen an die Umsetzung formuliert, so insbesondere der Grundsatz, dass Richtlinienbestimmungen, die nur die Beziehungen zwischen Mitgliedstaat und Kommission und/oder anderen Mitgliedstaaten betreffen, grundsätzlich (es sei denn, aufgrund spezifischer Umstände gälte etwas anderes) nicht eigens umzusetzen seien. Zum Begriff der Umweltinformation im Sinne der RL 90/313 (die mittlerweile durch die RL 2003/4, ABl. 2003 L 41, 26, ersetzt wurde) EuGH, Rs. C-316/01 (Glawischnig/Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen), Urteil vom 12.6.2003; ebenfalls zur Auslegung der RL 90/313 EuGH, Rs. C-233/00 (Kommission/Frankreich), Urteil vom 26.6.2003. Zu den RL 79/409 und 92/43 EuGH, Rs. C-415/01 (Kommission/Belgien), Urteil vom 27.2.2003, in dem der EuGH insbesondere klarstellte, dass die Abgrenzung der Schutzgebiete nach der RL 79/409 jedenfalls eine unbestreitbare rechtliche Verbindlichkeit aufweisen müsse, damit die Schutzgebiete nicht jederzeit in Frage gestellt werden können. Zur Zulässigkeit von Ausnahmen zur RL 79/409 für die Jagd EuGH, Rs. C-182/02 (Ligue pour la protection des oiseaux/Premier ministre), Urteil vom 16.10.2003. Zu Fragen der Umsetzung der RL 92/43 EuGH, Rs. C-75/01 (Kommission/Luxemburg), Urteil vom 13.2.2003.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-3/00 (Dänemark/Kommission), Urteil vom 20.3.2003. S. darüber hinaus noch EuGH, Rs. C-512/99 (Deutschland/Kommission), Urteil vom 21.1.2003: Hier stellte der EuGH (in Bezug auf die Einführung strengerer nationaler Vorschriften als in der RL 97/69 vorgesehen für als krebserzeugend geltende künstliche Mineralfasern) zunächst fest, dass in dem Fall, in dem zwar die Mitteilung der nationalen Bestimmungen vor Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages erfolgte, die Kommission ihre Entscheidung aber nach seinem Inkrafttreten fällte, mangels anderer Anhaltspunkte die neue Rechtslage ausschlaggebend sei. Die Entscheidung der Kommission sei auch rechtmäßig gewesen, da Deutschland der Kommission nicht die Gründe für den Neuerlass nationaler Vorschriften mitgeteilt habe; die Bundesrepublik habe von dieser Rechtslage Kenntnis haben müssen.

⁶¹ RL 95/2 über andere Lebensmittelzusatzstoffe als Farbstoffe und Süßungsmittel, ABl. 1995 L 61, 1.

allerdings in Bezug auf die Verwendung von Nitriten und Nitraten für nichtig. Von Bedeutung sind insbesondere folgende Erwägungen des EuGH:

- Billigt die Kommission eine nationale Bestimmung nach Art. 95 Abs. 4, 6 EGV, so führe dies zur Änderung des Anwendungsbereichs der entsprechenden gemeinschaftlichen Handlung mit Wirkung erga omnes. Gleichwohl könne das Verfahren nicht als Teil des Rechtsetzungsverfahrens angesehen werden. Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens (mit der Folge gewisser Anhörungspflichten) gelte hier aufgrund der eindeutigen vertraglichen Regelungen nicht; auch könne der betroffene Mitgliedstaat – von dem die Initiative zu dem Verfahren ausgehe – seinen Standpunkt in seinem Antrag erläutern.
- Art. 95 Abs. 4, 5 EGV betreffen unterschiedliche Konstellationen; insbesondere könne im Fall der Anwendung des Art. 95 Abs. 4 EGV nicht verlangt werden, dass die Beibehaltung der einzelstaatlichen Bestimmungen auf einem spezifischen Problem des betreffenden Mitgliedstaates beruhe, sei diese Voraussetzung doch nur für die Neueinführung nationaler Bestimmungen in Art. 95 Abs. 5 EGV vorgesehen. Allerdings könne die Existenz eines solchen spezifischen Problems von Bedeutung für die Entscheidung der Kommission nach Art. 95 Abs. 4 EGV sein. Ähnliches gelte für das Erfordernis neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse.
- Im Rahmen des Art. 95 Abs. 4 EGV könne der Mitgliedstaat geltend machen, dass er die Gefahr für die öffentliche Gesundheit anders bewerte als es der Gemeinschaftsgesetzgeber in der Harmonisierungsmaßnahme getan hat; abweichende Bewertungen der Gesundheitsgefahren seien somit – auch und gerade angesichts der Unsicherheiten, die mit der Bewertung dieser Gefahren verbunden seien – möglich. Der Mitgliedstaat habe aber nachzuweisen, dass die nationalen Bestimmungen ein höheres Niveau des Gesundheitsschutzes als die gemeinschaftliche Maßnahme gewährleisten und dass sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.
- Die unterschiedliche Beurteilung von Sulfiten einerseits und Nitriten und Nitraten andererseits beruht in erster Linie darauf, dass der EuGH im Falle der Sulfite annahm, dass Dänemark die Gesundheitsgefahr nicht nachgewiesen habe, insbesondere auch im Hinblick darauf, dass Sulfite in Dänemark in einigen Lebensmitteln zugelassen sind. Bei den Nitriten und Nitraten hingegen sei die in der RL 95/2 festgelegte Höchstmenge bereits durch den wissenschaftlichen Lebensmittelausschuss in Frage gestellt worden, was durch die Kommission nicht berücksichtigt worden sei. Schon aus diesem Umstand folge, dass die Entscheidung der Kommission mit einem Fehler behaftet sei, der zu ihrer Nichtigkeit führe.

Auch auf der Grundlage dieser jüngsten Rechtsprechung bleibt ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen die ausgesprochen strengen Bedingungen des Art. 95 Abs. 5 EGV erfüllt sein können. Darüber hinaus ist anzumerken, dass der EuGH den Mitgliedstaaten im Rahmen des Art. 95 Abs. 4 EGV zwar grundsätzlich zugesteht, ein höheres Niveau des

Gesundheitsschutzes anzulegen als der Gemeinschaftsgesetzgeber; allerdings legt der EuGH bei der Prüfung, ob eine solche Gefahr durch den Mitgliedstaat nachgewiesen ist, sehr strenge Maßstäbe an. So hätte sich etwa bei den Sulfiten durchaus die – vom EuGH nicht eigens erörterte – Frage aufgedrängt, ob nicht durch eine Verwendung dieses Zusatzstoffes in weniger Lebensmitteln die mit seiner Verwendung einhergehende Gefahr reduziert würde. Fraglich bleibt auf der Grundlage des Urteils in jedem Fall, auf welche Weise diese Gefahrenbeurteilung im Falle des Umweltschutzes beurteilt werden müsste. Der Unterschied zum Gesundheitsschutz besteht hier jedenfalls darin, dass der Schutz insofern eher „teilbar“ ist, als bereits eine partielle Verbesserung einen Beitrag zur Erreichung des Schutzziels zu leisten vermag, so dass hier wohl bei der Frage des Bestehens einer Gefahr und der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Ergebnis „erleichterte“ Anforderungen gelten dürften.

2. *Abfallrecht*⁶²

Mehrere Urteile des Berichtszeitraums⁶³ betrafen die Abgrenzung von Verwertungs- und Beseitigungsvorgängen nach der VO 259/93⁶⁴, wobei es in allen drei Urteilen darum ging, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine Verbrennung von Abfällen als Verwertung eingestuft werden kann. Von Bedeutung ist diese Frage insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Einwände gegen die Abfallverbringung in beiden Konstellationen unterschiedlich zu beurteilen ist und im Falle der Beseitigung zusätzliche und weitergehende Einwände möglich sind. Die Ausführungen des EuGH in den verschiedenen Urteilen können wie folgt zusammengefasst werden:

- Eine Abfallbehandlung könne nur entweder als Verwertung oder als Beseitigung eingestuft werden.
- Werden Abfälle mehreren aufeinander folgenden Behandlungen unterzogen, dürfe dies im Hinblick auf die Einstufung als Verwertung oder Beseitigung nicht als Gesamtvorgang betrachtet werden, sondern maßgeblich für diese Einstufung sei der erste Vorgang, der nach der Verbringung der Abfälle stattfindet.
- Die Verbrennung von Abfällen stelle unter drei Voraussetzungen eine Verwertungsmaßnahme im Sinne der Verordnung dar: Erstens müsse der Hauptzweck der Verbrennung darin bestehen, die Abfälle für einen sinnvollen Zweck, nämlich zur Energieerzeugung einzusetzen und dadurch eine Primärenergiequelle zu ersetzen, die

⁶² S. noch EuGH, Rs. C-444/00 (Mayer Parry/Environment Agency), Urteil vom 19.6.2003, wo der EuGH festhält, dass die RL 94/62 über Verpackungsabfälle eine *lex specialis* im Verhältnis zur Rahmenrichtlinie 75/442 darstelle und den Begriff der „stofflichen Verwertung“ präzisiere.

⁶³ S. EuGH, Rs. C-228/00 (Kommission/Deutschland), Urteil vom 13.2.2003; EuGH, Rs. C-458/00 (Kommission/Luxemburg), Urteil vom 13.2.2003; EuGH, Rs. C-116/01 (SITA EcoService/Minister van Volkshuisvesting), Urteil vom 3.4.2003.

⁶⁴ VO 259/93 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 1993 L 22, 13.

sonst für diesen Zweck hätte eingesetzt werden müssen (vgl. auch R 1 Anhang II B RL 75/442). Zweitens müssten die Bedingungen, unter denen dieses Verfahren durchgeführt wird, die Annahme zulassen, dass es tatsächlich ein „Mittel der Energieerzeugung“ ist. Dies sei nur dann der Fall, wenn durch die Verbrennung der Abfälle mehr Energie erzeugt und zurück gewonnen wird, als beim Verbrennungsvorgang verbraucht wird. Im Übrigen sei zumindest ein Teil des bei dieser Verbrennung gewonnenen Energieüberschusses tatsächlich zu nutzen, und zwar entweder unmittelbar in Form von Verbrennungswärme oder nach Umwandlung in Form von Elektrizität. Drittens müsse der größere Teil der Abfälle bei dem Vorgang verbraucht und der größere Teil der freigesetzten Energie zurückgewonnen und genutzt werden.

- Der Hauptzweck der Verbringung von Abfällen zwecks Verbrennung in einer Abfallbeseitigungsanlage bestehe aber nicht in der Verwertung der Abfälle. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die bei der Verbrennung erzeugte Wärme ganz oder teilweise zurückgewonnen werde, stelle dies doch nur einen Nebeneffekt der Verbrennung dar, bei der die Beseitigung der Hauptzweck sei.

Die Urteile klären eine Grundfrage des Abfallverbringungsrechts und sind damit von großer Bedeutung. Der EuGH stellt bei der Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung auf die konkret den Abfällen zugedachte Behandlung, nicht hingegen auf deren stoffliche Eigenschaften ab, was angesichts der umweltpolitischen Relevanz der Behandlung der Abfälle auch grundsätzlich überzeugt. In Bezug auf die konkreten Auswirkungen dürfte dieser Ansatz implizieren, dass – von Ausnahmen abgesehen – die Verbrennung in Müllverbrennungsanlagen als Beseitigung anzusehen ist mit der Folge der Befugnis der Mitgliedstaaten, auf Nähe- und Autarkieprinzip gestützte Einwände gegen die Verbringung zu formulieren.

V. Gleichbehandlung von Mann und Frau⁶⁵

⁶⁵ S. neben den im Text erwähnten Urteilen noch EuGH, Rs. C-187/00 (Kutz-Bauer/Hamburg), Urteil vom 20.3.2003, und EuGH, Rs. C-77/02 (Steinicke/Bundesanstalt für Arbeit), Urteil vom 11.9.2003. In den Urteilen hält der EuGH fest, dass eine Regelung über die Verkürzung der Lebensarbeitszeit eine Arbeitsbedingung im Sinne der RL 76/207 darstellt und daher an ihrem Maßstab, nicht hingegen an demjenigen des Art. 141 EGV, zu prüfen sei, woran auch der Umstand, dass diese Regelung finanzielle Auswirkungen haben könne, nichts ändere. Im Übrigen steht der EuGH in diesem Urteil der Beschränkung des Zugangs zu Altersteilzeitarbeit auf Personen, die in den letzten fünf Jahren vor deren Beginn insgesamt mindestens drei Jahre vollzeitbeschäftigt gewesen sind, sehr skeptisch gegenüber; insbesondere wird die Rechtfertigungsmöglichkeit bei Berufung auf rein haushaltspolitische Erwägungen grundsätzlich abgelehnt. Weiter sei im Falle des Bestehens einer Diskriminierung sofort die günstigere Regelung auf die benachteiligte Personengruppe anzuwenden, ohne entsprechende Modifikationen der einschlägigen Bestimmungen abzuwarten. Zur Frage der Rückkehr einer schwangeren Arbeitnehmerin an ihren Arbeitsplatz vor Ende des Erziehungsurlaubs EuGH, Rs. C-320/01 (Wiebke Busch/Klinikum Neustadt), Urteil vom 27.2.2003, wo der EuGH seine Rechtsprechung zum Schutz der Schwangeren vor Diskriminierungen letztlich konsequent weiterführt.

In der Rs. C-186/01⁶⁶ ging es um die Vereinbarkeit der Wehrpflicht für Männer mit Art. 2 Abs. 1 RL 76/207⁶⁷, der die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Berufsleben vorsieht. Der EuGH verneinte hier die Anwendbarkeit der RL 76/207 unter Hinweis darauf, dass der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nicht betroffen sei; der Vertrag überlasse es nämlich den Mitgliedstaaten, die ihnen als sachdienlich erscheinenden Entscheidungen für die Organisation ihrer Streitkräfte zu treffen. Dieser Ansatz in der Rechtsprechung lässt sich nur schwerlich mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Fallgestaltungen, die den Zugang zu Beschäftigungen in der Armee betrafen, vereinbaren: Hier hatte der EuGH nämlich die Anwendbarkeit der RL 76/207 bejaht, dies unter Hinweis auf den umfassenden Anwendungsbereich der Richtlinie, der sich eben auch auf alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse, unabhängig von ihrer Natur, erstrecke⁶⁸. Es ist nämlich nicht nachvollziehbar, und der EuGH hat hierfür auch keine Begründung gegeben, warum einerseits im Hinblick auf den Zugang zu Beschäftigungen in der Armee – wodurch ja auch die Organisation der Streitkräfte berührt wird, wenn auch weniger „grundsätzlich“ als im Falle der Wehrpflicht – der Anwendungsbereich der RL 76/207 eröffnet sein soll, im Falle der Auswirkungen der Organisation der Armee auf den beruflichen Fortgang der Wehrpflichtigen jedoch nicht. Die Ausführungen des EuGH in dieser Sache erscheinen denn auch eher von politischen Erwägungen als von rechtsdogmatischen Grundsätzen geprägt zu sein: So ist schon auffallend, dass er im Zusammenhang mit der Erörterung der Frage der Anwendbarkeit der RL 76/207 auf diverse Bestimmungen des Vertrages Bezug nimmt, in denen es gerade nicht um Bereichsausnahmen, sondern um Rechtfertigungsgründe geht, so dass der Anwendungsbereich des Vertrages dort grundsätzlich eröffnet ist, wie z.B. beim Hinweis auf die öffentliche Sicherheit in Art. 30 oder in Art. 46 EGV. Auch überzeugt es wenig, wenn der EuGH einen Gegensatz zwischen dem Zugang zu militärischen Berufen (worauf die RL 76/207 anwendbar ist) und der „militärischen Organisation, die die Verteidigung ihres Hoheitsgebiets oder ihrer unabdingbaren Interessen zum Ziel haben“ (worauf die RL 76/207 nicht anwendbar sein soll) konstruiert. Insbesondere bleibt hier unklar, warum die konkrete Ausgestaltung einer Dienstverpflichtung – die die Mitgliedstaaten sicherlich im Rahmen ihrer Organisationsgewalt über die Streitkräfte vorsehen können – nicht ebenso wie die Frage des Zugangs zur Beschäftigung den Anforderungen der Gleichbehandlungsrichtlinie entsprechen müssen.

In der Rs. C-25/02⁶⁹ ging es in der Sache um die Frage, ob das in den einschlägigen gemeinschaftlichen Richtlinien vorgesehene Gebot, dass ein bestimmter Teil der Ausbildung zum Allgemeinmediziner eine 100%ige Tätigkeit umfasst, mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau in Einklang steht. Der EuGH

⁶⁶ EuGH, Rs. C-186/01 (Dory/Deutschland), Urteil vom 11.3.2003.

⁶⁷ RL 76/207 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976 L 39, 40.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-273/97 (Sirdar), Slg. 1999, I-7403; EuGH, Rs. C-285/98 (Kreil), Slg. 2000, I-69.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-25/02 (Rinke/Ärztchamber Hamburg), Urteil vom 9.9.2003.

untersuchte zunächst im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung, ob prozentual erheblich mehr Frauen als Männer nachteilig von einer solchen Regelung betroffen seien, was der Gerichtshof aufgrund der statistischen Daten bejahte. Allerdings sei die Maßnahme gerechtfertigt, da sie es erlaube, in der Ausbildung durch die Beobachtung von Krankheitsbildern bei Patienten in ihrer zeitlichen Entwicklung die erforderliche Erfahrung zu erwerben und ausreichende Erfahrung mit den unterschiedlichen Situationen zu sammeln, die sich speziell in einer allgemeinmedizinischen Praxis zeigen könnten. Es sei im Übrigen für die Tätigkeit als Allgemeinmediziner wichtig, dass der Arzt das soziale Umfeld seiner Patienten persönlich kenne und sie als Gesamtpersönlichkeit in Fragen der Krankheitsverhütung und des Gesundheitsschutzes berate und in geeigneter Weise behandle. Schließlich sei es den nationalen Gesetzgebern überlassen, Zahl und Dauer der Weiterbildungsabschnitte in Vollzeit festzulegen, so dass insgesamt der Beurteilungsspielraum des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht überschritten worden sei. Das Urteil gibt insbesondere Anlass zu zwei Bemerkungen:

- Erstens stellt der EuGH beim Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung auf die prozentuale Betroffenheit der verschiedenen Geschlechter ab, dies im Gegensatz zur Definition der mittelbaren Diskriminierung in der neuen Fassung des Art. 2 Abs. 2 RL 76/207, wonach die Gefahr der Benachteiligung eines Geschlechts entscheidend ist. Angesichts der Unzulänglichkeiten des „statistischen Ansatzes“ wäre es jedenfalls nicht fehl am Platz gewesen, den bei der Feststellung mittelbarer Diskriminierung zu verfolgenden Ansatz etwas näher zu problematisieren⁷⁰.
- Weiter fällt die ausgesprochen weitmaschige Rechtfertigungsprüfung des EuGH auf; insbesondere wird auf das Kriterium der Erforderlichkeit nicht eingegangen, sondern die Erfüllung der Geeignetheit offenbar als ausreichend angesehen. Darüber hinaus fällt es schwer festzustellen, welche objektiven Gründe der EuGH im Rahmen der Verhältnismäßigkeit prüft. Offenbar soll es um eine „gute“ Ausbildung der Ärzte gehen, wobei die genauen Fähigkeiten, die nur in einer (zeitweisen) Vollzeitstelle erworben werden können, nicht wirklich genannt werden. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, warum eine Beobachtung von Krankheitsbildern nur in einer Vollzeitstelle erlernt werden können soll und warum nicht etwa eine entsprechend längere Teilzeittätigkeit ausreichen soll. Ebenso wenig wird klar, warum die persönliche Betreuung einzelner Patienten nur mit einer Vollzeitstelle möglich sein soll; auch mit einem nicht allzu tiefen Teilzeitpensum ist dies in aller Regel zu bewerkstelligen, wenn auch weniger Patienten betreut werden können, was durch eine zeitliche Erstreckung der Ausbildung ja kompensiert werden könnte. Insgesamt steht diese weitmaschige und letztlich auch in Teilen ungenaue Prüfung des EuGH in seltsamem Kontrast zu den Anforderungen, die der Gerichtshof für mitgliedstaatliches Verhalten entwickelt hat. Es erscheint

⁷⁰ Zum Problemkreis *Epiney/Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 75 ff.

zweifelhaft, ob die Anwendung so deutlich unterschiedlicher Maßstäbe der Akzeptanz des Gemeinschaftsrechts und der Rechtsprechung des EuGH dienlich ist.