

Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2006

*Astrid Epiney, Freiburg i.Ue.**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2006, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2007, S. 1012-1023. 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 2006, 1244 ff.) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Entscheidungen des *EuGH* im Jahr 2006 und damit auch die Entwicklung des Rechts in der Europäischen Union geben. 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. Weiter wird keine Vollständigkeit angestrebt, sondern es werden nur ausgewählte Urteile und Bereiche berücksichtigt.

I. Institutionen und Rechtsordnung¹

1. Bindungswirkung gemeinschaftlicher Grundrechte

In der Rs. C-540/03² ging es um die Vereinbarkeit einiger Regelungen der RL 2003/86 über die Familienzusammenführung³ mit Art. 8 EMRK, die der *EuGH* – nach der Feststellung der Zulässigkeit der Klage, da nicht allein mitgliedstaatliche Bestimmungen zur Debatte stünden, sondern es möglich sei, dass die Grundrechte als solche missachtet würden⁴ – im Ergebnis bejaht, wobei er erstmals ausdrücklich die Grundrechtecharta erwähnt⁵:

* 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. über die im Text erwähnten Urteile hinaus noch *EuGH*, Rs. C-154/04, Urt. v. 12.9.2006 – Spanien/Vereinigtes Königreich (Vereinbarkeit mit dem Vertrag, gewissen Angehörigen des Commonwealth, die in Gibraltar wohnhaft, aber keine Unionsbürger sind, das Wahlrecht zum EP einzuräumen); *EuGH*, Rs. C-300/04, Urt. v. 12.9.2006 – Eman und Sevinger, wo der *EuGH* betont, dass bei der Regelung des aktiven und passiven Wahlrechts zum EP (wobei es den Mitgliedstaaten erlaubt sei, das Wahlrecht vom Wohnsitz in der EU abhängig zu machen), der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten sei, der es verbiete, dass die gewählten Kriterien eine Ungleichbehandlung von Staatsangehörigen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, bewirke, ohne dass diese Ungleichbehandlung objektiv gerechtfertigt ist. Weiter hält der Gerichtshof fest, dass sich Unionsbürger, die in einem Gebiet wohnhaft sind, das zu den überseeischen Gebieten im Sinne des Art. 299 III EG gehört, auf die den Unionsbürgern eingeräumten Rechte berufen können.

² *EuGH*, EuZW 2006, 566 – EP/Rat.

³ ABIEG Nr. L 251, 12.

⁴ Denn es sei möglich, dass eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung als solche die Grundrechte missachtet, wenn sie den Mitgliedstaaten vorschreibt oder ihnen ausdrücklich oder implizit gestattet, nationale Gesetze zu erlassen oder beizubehalten, die die Grundrechte missachten. Dieser Ansatz ist schon deshalb zwingend, weil erst im Rahmen der Begründetheit der Klage die Frage der Grundrechtskonformität der jeweiligen Bestimmungen geprüft werden kann.

⁵ Hierzu *Fremuth*, EuZW 2006, 566 (571 ff.), der auch noch auf einige Aspekte der rechtlichen Tragweite des Art. 8 EMRK eingeht und auf den vom *EuGH* in diesem Urteil erneut erwähnten Grundsatz des Verbots der Alterdiskriminierung hinweist.

- In Bezug auf Art. 4 I letzter Uabs. (Möglichkeit der Prüfung der Integration beim Familiennachzug von Kindern über 12 Jahren) prüft der *EuGH* nach ausführlicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des *EGMR*, ob gerade diese Ausnahmebestimmung mit den Vorgaben der EMRK in Widerspruch steht, was im Ergebnis verneint wird. Denn der den Mitgliedstaaten hier eingeräumte Gestaltungsspielraum sei begrenzt und stimme letztlich mit demjenigen, den der *EGMR* den Vertragsstaaten zugestehe, überein. Die Mitgliedstaaten seien bei der Umsetzung und Anwendung im Einzelfall verpflichtet, Art. 8 EMRK Rechnung zu tragen.
- Was Art. 4 VI (Möglichkeit der Mitgliedstaaten vorzusehen, dass Anträge auf Familienzusammenführung für minderjährige Kinder gestellt werden müssen, bevor diese das 15. Lebensjahr vollendet haben) betrifft, erachtet es der *EuGH* als entscheidend, ob die angefochtene Bestimmung als solche die Grundrechte beachtet, wobei insbesondere zu prüfen sei, ob die Mitgliedstaaten ausdrücklich oder implizit zur Missachtung von Grundrechten ermächtigt werden. Im Ergebnis verneint der *Gerichtshof* diese Frage, insbesondere da die Bestimmung nicht so ausgelegt werden könne, als würde sie es den Mitgliedstaaten verbieten, einen Antrag in Bezug auf ein über 15 Jahre altes Kind zu prüfen, oder sie dazu ermächtige, von der Prüfung abzusehen. Weiter verpflichte die Richtlinie die Mitgliedstaaten, den Antrag im Hinblick auf das Kindeswohl und im Bemühen um eine Förderung des Familienlebens zu prüfen.
- Die in Art. 8 figurierenden „Wartefristen“ für die Familienzusammenführung verstießen nicht als solche gegen Art. 8 EMRK, insbesondere auch angesichts des Umstandes, dass die Mitgliedstaaten durch die Richtlinie verpflichtet werden, das Wohl der Kinder und das Interesse an der Familienzusammenführung zu berücksichtigen. Soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten also einen Ermessensspielraum belässt, sei dieser weit genug, um ihnen die Anwendung der Vorschriften der Richtlinie in einer mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes im Einklang stehenden Weise zu ermöglichen. Die Mitgliedstaaten seien denn auch im Rahmen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts gehalten, die Grundrechte zu beachten.

Der *Gerichtshof* geht also davon aus, dass die Einräumung eines Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten auch im grundrechtsrelevanten Bereich grundsätzlich zulässig ist; jedoch dürfe die betreffende Richtlinienbestimmung nicht ausdrücklich oder implizit zum Erlass von nationalen Umsetzungsmaßnahmen ermächtigen, die gegen gemeinschaftliche Grundrechte verstoßen. Versucht man die Voraussetzungen zu präzisieren, unter denen eine ausdrückliche oder implizite Ermächtigung zur Grundrechtsverletzung bejaht werden kann, so dürften im Wesentlichen folgende Konstellationen zu unterscheiden sein:

- Wird eine (potentiell) grundrechtsrelevante Frage in dem entsprechenden Gemeinschaftsrechtsakt gar nicht angesprochen, auch wenn ihre Erwähnung in dem Umsetzungs- oder Durchführungsakt notwendig oder sachdienlich sein kann, dürfte in

der Regel ein Verstoß des Gemeinschaftsrechtsakts gegen gemeinschaftliche Grundrechte zu verneinen sein. Denn der Gemeinschaftsgesetzgeber ist nicht verpflichtet, in einem zu erlassenden Rechtsakt alle möglichen grundrechtlichen Vorgaben ausdrücklich zu formulieren; vielmehr haben die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung sich ggf. aufdrängende oder als notwendig erweisende grundrechtliche Fragen zu regeln, wobei sie im Rahmen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sind. Etwas anderes kann nur gelten, wenn aus den möglicherweise einschlägigen Grundrechten Schutzpflichten des Gemeinschaftsgesetzgebers abzuleiten sind, was jedoch nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein wird.

- Soweit Richtlinien zwingende, von den Mitgliedstaaten also jedenfalls umzusetzende Vorgaben enthalten, wirft die Reichweite bzw. der Inhalt der Grundrechtsbindung des Gemeinschaftsgesetzgebers keine besonderen Probleme auf: Hier hat die entsprechende gemeinschaftliche Regelung zwingend in Einklang mit den Gemeinschaftsgrundrechten zu stehen.
- Die Einräumung von Gestaltungsspielräumen durch Richtlinienbestimmungen, die sich insbesondere aus der Befugnis zum Erlass von Ausnahmebestimmungen, aber auch aus der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ergeben können, muss als solche mit Grundrechten vereinbar sein. Die bloße Möglichkeit einer grundrechtswidrigen „Ausnutzung“ des eingeräumten Gestaltungsspielraums führt also nicht zwingend zur Nichtigkeit des Gemeinschaftsrechtsakts bzw. der betreffenden Bestimmung, es sei denn, die Mitgliedstaaten werden ausdrücklich oder implizit ermächtigt, Umsetzungsbestimmungen zu erlassen, die den Anforderungen der Grundrechte nicht entsprechen. Ob dies der Fall ist oder nicht, wird von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Dabei dürfte entscheidend sein, ob sich aus dem Gesamtzusammenhang der jeweiligen Regelung eine ausdrückliche Umschreibung gewisser grundrechtskonformer Umsetzungsmaßstäbe insofern als notwendig erweist, als ansonsten die Regelung als implizite Ermächtigung zu einer grundrechtswidrigen Umsetzung verstanden werden könnte.
- Schließlich ist noch auf den Sonderfall der in Richtlinien häufig eingeräumten Möglichkeit, zu bestimmten Regelungen Ausnahmen oder Abweichungen vorzusehen, einzugehen, insbesondere auch angesichts des Umstandes, dass das Urteil des *EuGH* in Bezug auf Art. 4 VI RL 2003/86 zumindest missverständlich ist. In Anknüpfung an den Grundsatz, dass das Gemeinschaftsrecht weder explizit noch implizit zu einer Grundrechtsverletzung ermächtigen darf, genügt es nämlich nicht – wie die Rechtsprechung nahe legen könnte –, dass keine Pflicht besteht, sich auf eine Ausnahmebestimmung zu berufen. Vielmehr muss die vorgesehene Ausnahme selbst in vollem Umfang grundsätzlich mit den einschlägigen Grundrechten vereinbar sein. Im Hinblick auf die Formulierung solcher Ausnahmen ist dann wieder der bereits erwähnte

Grundsatz zu beachten, wonach diese keine Ermächtigung zur Grundrechtsverletzung implizieren darf, was ggf. eine Präzisierung der bei der Anwendung der Ausnahme heranzuziehenden Kriterien erfordert.

2. *Kompetenzen und Rechtsetzung*

Auf der sog. Tertiärebene der Gemeinschaftsinstitutionen sind solche Einrichtungen anzusiedeln, die weder durch die Verträge eingesetzt werden (Primärebene) noch aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung in den Verträgen errichtet werden sollen, sondern durch den Gemeinschaftsgesetzgeber geschaffen werden⁶, wobei hierfür eine Rechtsgrundlage notwendig ist. Zunächst wurde die Errichtung solcher Einrichtungen auf Art. 308 EG gestützt; später wurden vermehrt auch Rechtsgrundlagen in spezifischen Politikbereichen herangezogen. In der Rs. C-217/04⁷ – in der es um die Rechtsgrundlage für die Errichtung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA) ging – hält der *EuGH* nun erstmals fest, dass auch Art. 95 EG als Rechtsgrundlage für die Errichtung einer Agentur dienen könne und im Fall der ENISA zu Recht herangezogen worden sei.

Diese Bestimmung könne immer dann herangezogen werden, wenn sich aus dem Rechtsakt objektiv und tatsächlich ergibt, dass er die Voraussetzungen für Errichtung und Funktionieren des Binnenmarktes verbessern soll, wobei dem Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Beurteilung des Vorliegens dieser Voraussetzungen und der gewählten Angleichungstechnik insbesondere in technisch komplexen Bereichen ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen sei⁸. Im Rahmen dieses Gestaltungsspielraums könnten auch Einrichtungen geschaffen werden, die durch den Erlass nicht zwingender Begleit- und Rahmenmaßnahmen zur Erleichterung der einheitlichen Durchführung und Anwendung von auf Art. 95 EG gestützten Rechtsakten beitragen und damit den Harmonisierungsprozess fördern sollen. Jedenfalls müssten die einer solchen Einrichtung übertragenen Aufgaben in engem Zusammenhang mit den Bereichen stehen, auf die sich die Harmonisierungsmaßnahmen beziehen, was insbesondere dann der Fall sei, wenn die Einrichtung Behörden bzw. Wirtschaftsteilnehmern Dienstleistungen erbringt, die sich auf die einheitliche Durchführung der Harmonisierungsmaßnahmen auswirken und deren Anwendung erleichtern können. Nach ausführlicher Analyse der Einrichtungsverordnung bejahte der *Gerichtshof* in Bezug auf die ENISA das Vorliegen dieser Voraussetzungen.

Entscheidend für die Errichtung einer Gemeinschaftseinrichtung auf der Grundlage des Art. 95 EG ist damit offenbar, dass eine solche die tatsächliche Verwirklichung bzw. Durchführung von auf Art. 95 EG gestützten materiellen Harmonisierungsmaßnahmen erleichtert, so dass letztlich auf die Verwirklichung des für die Heranziehung des Art. 95 EG entscheidenden Binnenmarktziels abgestellt wird. Dieser Ansatz steht durchaus in einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung und Auslegung final formulierter Rechtsgrundlagen, für deren Anwendungsbereich es weniger auf die Betroffenheit bestimmter Sachbereiche denn den Beitrag zur Zielverwirklichung ankommt⁹. Das Urteil impliziert letztlich, dass Gemeinschaftsagenturen grundsätzlich immer schon dann gestützt auf Art. 95 EG (und damit

⁶ Grundlegend hierzu *Hilf*, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, 1982. Vgl. kurz zu den Agenturen m.w.N. *Ohler*, EuZW 2006, 372 f.

⁷ *EuGH*, Rs. C-217/04, EuZW 2006, 369 – Vereinigtes Königreich/EP und Rat.

⁸ Vgl. in diesem Sinn auch schon *EuGH*, Rs. C-66/04, Urt. v. 5.12.2005 – Vereinigtes Königreich/EP und Rat.

⁹ Sehr kritisch zu dem Urteil aber *Ohler*, EuZW 2006, 372 (373 f.).

nach dem Mitentscheidungsverfahren, so dass – im Gegensatz zu Art. 308 EG – keine Einstimmigkeit notwendig ist) errichtet werden können, wenn die Gemeinschaft auf der Grundlage des Art. 95 EG rechtsangleichend tätig geworden ist, wobei die genannten Voraussetzungen vorliegen müssen, die jedoch eher weit gesteckt sind und dem Gemeinschaftsgesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum einräumen. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass es sich im vorliegenden Fall um eine Agentur mit (nur) beratenden Aufgaben handelte; bei Agenturen mit koordinierenden oder gar hoheitlichen Aufgaben dürfte die Prüfungsdichte des *EuGH* in Bezug auf das Vorliegen der in dem Urteil formulierten Voraussetzungen erheblich dichter ausfallen.

In der Rs. C-436/03¹⁰ verneinte der *EuGH* hingegen die Einschlägigkeit des Art. 95 EG in Bezug auf die VO 1435/2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft¹¹: Denn durch die Verordnung solle eine neue Rechtsform geschaffen werden, die die nationalen Genossenschaftsformen überlagere; die bestehenden nationalen Rechtsordnungen würden daher gerade nicht (nur) angeglichen.

Ebenfalls um die Abgrenzung bzw. die Reichweite der Rechtsgrundlagen ging es in folgenden Urteilen¹²:

- In der Rs. C-380/03¹³ scheiterte die Klage Deutschlands gegen die (neue) Tabakwerberichtlinie¹⁴. Im Gegensatz zum Urteil betreffend die Vorgängerrichtlinie¹⁵ erachtete der *EuGH* hier Art. 95 I EG für einschlägig: Denn diese Bestimmung sei schon dann heranzuziehen, wenn Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen geeignet seien, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen, und / oder wenn neuen Hindernissen für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorgebeugt werden soll, solange das Entstehen solcher Hindernisse wahrscheinlich ist und die betreffende Maßnahme ihre Vermeidung bezweckt. Weiter komme dem Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Wahl der Angleichungstechnik ein Gestaltungsspielraum zu. Diesen Anforderungen entspreche die Richtlinie, da die fraglichen Regelungen über Werbung und Sponsoring in verschiedenen Mitgliedstaaten durchaus sehr unterschiedlich ausgestaltet seien, womit der Binnenmarkt beeinträchtigt sei, da dem durch die Richtlinie geregelten Markt für Presseerzeugnisse und dem Rundfunkmarkt grenzüberschreitende Bedeutung zukomme (wie im Einzelnen nachgewiesen wird). Diesem Ergebnis stehe der Umstand, dass nicht jede der Situationen, die von dem Rechtsakt erfasst werden, ein Zusammenhang mit dem Binnenmarkt aufweist, nicht entgegen, sei doch entscheidend, dass der Rechtsakt (insgesamt) tatsächlich die Bedingungen und das Funktionieren des Binnenmarkts verbessern soll. Der gewählte Anwendungsbereich sei nämlich objektiv begründet. Dieser Hinweis bleibt etwas unklar, unterlässt es der *EuGH* doch, Kriterien zu formulieren, aus denen sich ergeben könnte, unter welchen Voraussetzungen solche an sich grundsätzlich nicht zulässigen „Nebenwirkungen“ eines auf Art. 95 I EG gestützten Rechtsakts noch hinnehmbar sein sollen¹⁶.

¹⁰ *EuGH*, Rs. C-436/03, *EuZW* 2006, 380 – EP/Kommission und Rat.

¹¹ ABIEG 2003 Nr. L 207, 1.

¹² S. weiter *EuGH*, Rs. C-479/04, *Urt. v. 12.9.2006* – Laserdisken, wo der *EuGH* u.a. festhält, dass die RL 2001/29 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABIEG 2001 Nr. L 167, 10, zutreffenderweise auf Art. 47 II, 55 und 95 EG gestützt wurde, da die Richtlinie „offenkundig“ den unverfälschten Wettbewerb und die Verwirklichung der vier Freiheiten sicherstellen wolle; *EuGH*, Rs. C-414/04, *Urt. v. 28.11.2006* – EP/Rat: In Bezug auf nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Beitrittsvertrages und der Beitrittsakte von 2003 erlassene Rechtsakte könnten auf den Beitrittsakt (Art. 57) keine allgemein anwendbaren Bestimmungen gestützt werden, die den Erlass vorübergehender Ausnahmemassnahmen zugunsten der neuen Mitgliedstaaten erlauben; diese müssten vielmehr unmittelbar auf die Bestimmungen des Vertrages gestützt werden; *EuGH*, Rs. C-533/03, *Urt. v. 26.1.2006* – Kommission/Rat: Verfahrensvorschriften im Bereich der Steuern, soweit es um die Anwendung des Art. 95 II EG geht, seien als „Bestimmungen über die Steuern“ im Sinne dieser Vorschrift anzusehen, so dass entsprechende Gemeinschaftsrechtsakte auf Art. 93, 94 EG zu stützen seien.

¹³ *EuGH*, Rs. C-380/03, *EuZW* 2007, 46 – Deutschland/EP und Rat.

¹⁴ RL 2003/33, ABIEG 2003 Nr. L 152, 16.

¹⁵ *EuGH*, Rs. C-376/98, *Slg.* 2000, I-8419 – Deutschland/EP und Rat, hierzu *Epiney*, *NVwZ* 2001, 524 f.

¹⁶ Weiter verneint der *EuGH* eine Umgehung des Art. 152 EG sowie Verstöße gegen die Begründungspflicht, das Mitentscheidungsverfahren und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

- In zwei Urteilen¹⁷ hatte sich der *EuGH* mit der Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Art. 133, 175 EG zu befassen: Auf der Grundlage seiner Rechtsprechung, wonach grundsätzlich nur eine Rechtsgrundlage heranzuziehen sei, wenn ein Gemeinschaftsrechtsakt zwei „Kategorien“ von Zielsetzungen oder / und Inhalten aufweist und eine „Doppelabstützung“ nur ausnahmsweise (bei „Gleichrangigkeit“ mehrerer Zielsetzungen / Inhalte) unter der Voraussetzung, dass sich die in beiden Rechtsgrundlagen jeweils vorgesehenen Verfahren miteinander vereinbaren lassen, in Betracht komme, stellt der *Gerichtshof* fest, dass im Falle der Regelung der Aus- und Einfuhr gefährlicher Chemikalien sowohl der entsprechende interne Rechtsakt als auch das einschlägige völkerrechtliche Abkommen auf Art. 133 und 175 EG zu stützen seien, da in den betreffenden Rechtsakten der Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt einerseits und die Regelung des Handels andererseits zwei untrennbar miteinander verbundene Komponenten darstellten, die gleichrangig seien. Die Gesetzgebungsverfahren seien miteinander vereinbar. Der *EuGH* geht nicht auf die Frage ein, ob nicht auch unterschiedliche Vorschriften über den „nationalen Alleingang“ – ebenso wie miteinander „unvereinbare“ Entscheidungsverfahren – zu einer Unzulässigkeit von Doppelabstützungen führen müssten. Eine Erörterung dieser Problematik wäre angesichts des Art. 176 EG – der zwar bei nach Art. 175 EG, nicht aber bei nach Art. 133 EG erlassenen Rechtsakten zum Zuge kommt – aber durchaus nahe liegend gewesen. So wirft die Rechtsprechung die Frage auf, ob und inwieweit Art. 176 EG in Bezug auf solche „doppelt abgestützte“ Rechtsakte zum Zuge kommt. Vieles spricht dafür, dass diese Bestimmung auf den gesamten Rechtsakt anwendbar ist, geht es doch offenbar insgesamt um eine „echte“ doppelte Zielsetzung, so dass die Art. 176 EG zugrunde liegenden Erwägungen gesamthaft einschlägig sind.

3. Außenbeziehungen

Zentrales Problem der verb. Rs. C-317, 318/04¹⁸ war die Reichweite des Art. 95 EG in Bezug auf den Beschluss 2004/96 des Rates über ein Abkommen zwischen der EG und den USA über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaft an die zuständigen amerikanischen Behörden¹⁹ sowie die Rechtsgrundlage der „Angemessenheitsentscheidung“ der Kommission über den Datenschutzstandard in den USA in der RL 95/46²⁰. Der *EuGH* verneinte die Einschlägigkeit der RL 95/46 für diese Entscheidung: Zwar gehe es um die Übermittlung personenbezogener Daten, woran auch der Umstand nichts ändere, dass die europäischen Fluggesellschaften die Daten den amerikanischen Sicherheitsbehörden lediglich bereitstellen, denn es sei irrelevant, ob die Übermittlung durch den Versender oder den Empfänger bewirkt wird. Auch wurden die Daten – wie der *EuGH* hervorhebt – zunächst von Privaten (den Fluggesellschaften) im Rahmen ihrer kommerziellen Tätigkeit erhoben, so dass das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich zunächst anwendbar sei. Allerdings betreffe die Angemessenheitsentscheidung der Kommission eine Verarbeitung von Daten, die für die Durchführung der Dienstleistung gerade nicht erforderlich sei, sondern ausschließlich aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und zu Strafverfolgungszwecken im Sinne des Art. 3 II RL 95/46 erfolge, so dass die Richtlinie nicht anwendbar sei und der Entscheidung somit die Rechtsgrundlage fehle. Das Abkommen und damit der Beschluss des Rates bezögen sich auf die gleiche Datenübermittlung wie die Angemessenheitsentscheidung, so dass Art. 95 EG (i.V.m. Art. 25

¹⁷ *EuGH*, Rs. C-94/03, Urt. v. 10.1.2006 – Kommission/Rat; *EuGH*, Rs. C-178/03, Urt. v. 10.1.2006 – Kommission/Rat und EP.

¹⁸ *EuGH*, verb. Rs. C-317, 318/04, *EuZW* 2006, 403 – Parlament u.a./Rat und Kommission u.a.

¹⁹ ABIEG 2005 L 255, 168. Daneben stand in diesem Zusammenhang noch die Entscheidung 2004/535 der Kommission über die Angemessenheit des Datenschutzes, ABIEG 2004 L 235, 11, zur Debatte.

²⁰ Datenschutzrichtlinie, ABIEG 1995 Nr. L 281, 31.

RL 95/46) keine gemeinschaftliche Zuständigkeit begründen könne, da es hier um eine Datenverarbeitung im Bereich der öffentlichen Sicherheit und der Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich gehe. Das Urteil ist i.Erg. überzeugend, geht es doch sowohl in der Kommissionsentscheidung als auch im Abkommen nicht um die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit, sondern – sowohl angesichts des objektiven Inhalts als auch der objektiven Zielsetzung der Rechtsakte – klar um die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit²¹. Von Bedeutung könnte das Urteil insoweit für die Rechtsgrundlage der RL 2006/24 über die Vorratsspeicherung von Kommunikationsdaten²² (für die ebenfalls Art. 95 EG gewählt wurde²³) sein, geht es doch auch hier im Wesentlichen um die Speicherung von Daten zur Verhütung oder Verfolgung von Straftaten²⁴. Aus datenschutzrechtlicher Sicht relevant ist das Urteil – das nicht auf die materiellen Aspekte eingeht²⁵ – schon deshalb, weil es impliziert, dass sich die Schutzwirkungen der Datenschutzrichtlinie nicht auf in Abkommen niedergelegte Datenverarbeitungen beziehen, soweit diese sicherheitspolitischen Zwecken dienen. Damit kommen lediglich die im Rahmen der Dritten Säule erlassenen Schutzbestimmungen zum Zuge; hier soll der geplante Rahmenbeschluss über den Datenschutz in der Dritten Säule²⁶ zwar gewisse Standards vorsehen, die jedoch in verschiedener Hinsicht hinter denjenigen der RL 95/46 zurückbleiben, da sehr stark an das nationale Recht angeknüpft wird und Datenverarbeitungen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit im Ergebnis immer dann möglich sein sollen, wenn das nationale Recht dies vorsieht und die Grundrechte der betroffenen Personen nicht überwiegen. Aus kompetenzrechtlicher Sicht spricht sich das Urteil nicht zu der Frage aus, ob Art. 95 EG allgemein als Rechtsgrundlage für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge in Anwendung der *AETR*-Rechtsprechung herangezogen werden kann. Im Ergebnis dürfte der *EuGH* dies jedenfalls nicht grundsätzlich ausschließen.

Im Gutachten 1/03²⁷ hatte sich der *EuGH* zur Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss des neuen Lugano-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu äußern. Es handle sich hier um eine ausschließliche Gemeinschaftskompetenz: Denn die Mitgliedstaaten seien immer dann, wenn gemeinschaftliche Vorgaben bestehen, nicht berechtigt, mit Drittstaaten Verträge einzugehen, wenn diese Normen beeinträchtigt werden; diese Voraussetzung sei im Falle des Lugano-Übereinkommens erfüllt, wobei der *EuGH* ausführlich den Abkommensentwurf sowie die VO 44/2001 – die diese Fragen gemeinschaftsintern regelt – analysiert.

4. Rechtsschutz²⁸

²¹ Grundsätzlich zustimmend insoweit auch *Westphal*, *EuZW* 2006, 406 f., der allerdings die Begründung des *EuGH* als zu dürftig kritisiert.

²² *ABIEG* 2006 Nr. L 105, 54.

²³ Zur Problematik der Rechtsgrundlage dieser Richtlinie m.w.N. *Hofstötter*, in: *Epiney/Theuerkauf* (Hrsg.), *Datenschutz in Europa und die Schweiz*, 2006, 135 (143 ff.).

²⁴ Eine Nichtigkeitsklage Irlands gegen die RL 2006/24 ist anhängig, vgl. Rs. C-301/06.

²⁵ Zu diesen *Westphal*, *EuZW* 2006, 406 (407).

²⁶ KOM (2005) 475 endg.

²⁷ *EuGH*, Gutachten 1/03 vom 7.2.2006.

²⁸ S. über die im Text erwähnten Urteile hinaus noch *EuG*, Rs. T-310/03, *EWS* 2006, 278 – Kreuzer Medien: Hier stellte das *Gericht* fest, dass die RL 2003/33 über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen (*ABIEG* 2003 Nr. L 152, 16) keine „verschleierte Entscheidung“ sei, die die Klägerin

Nach Art. 292 EG haben die Mitgliedstaaten Streitigkeiten über Auslegung bzw. Anwendung des Gemeinschaftsrechts ausschließlich nach den im Vertrag vorgesehenen Mechanismen zu regeln. In der Rs. C-459/03²⁹ konkretisierte der *EuGH* diese Verpflichtung – die die sich bereits aus Art. 10 EG ergebenden Vorgaben konkretisiert – in Bezug auf Auslegung und Anwendung von Bestimmungen eines von der Gemeinschaft abgeschlossenen völkerrechtlichen Vertrages. Ausgangspunkt des Urteils war die Anrufung des im Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vorgesehenen Schiedsgerichts durch Irland wegen der in *Sellafield* (Großbritannien) betriebenen „MOX-Anlage“, eine Nuklearanlage, die nach dem Vorbringen Irlands zu radioaktiven Belastungen im irischen Hoheitsgebiet führe und entgegen den Vorgaben des Übereinkommens genehmigt worden sei. Der *EuGH* hält fest, dass für diejenigen Bestimmungen des Seerechtsübereinkommens, die Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung sind, nach Art. 292 EG eine ausschließliche Zuständigkeit des *EuGH* für die Beilegung von Streitigkeiten bestehe, so dass die Anrufung des Schiedsgerichts durch Irland gegen Art. 292 EG verstoßen habe. Denn nur auf diese Weise könne die Autonomie des Gemeinschaftsrechts und des Rechtsschutzsystems gewahrt werden, sei doch ansonsten eine „Beeinflussung“ der Rechtsprechung des *EuGH* durch „fremde“ Richter denkbar³⁰.

Von Bedeutung ist in dem Urteil weiter, dass der *EuGH* ausdrücklich erwähnt, dass die Außenkompetenz der Gemeinschaft im Rahmen des Art. 175 I EG nicht vom Erlass von Sekundärrecht abhängt und der Umstand, dass es sich bei Art. 175 I EG um eine geteilte Zuständigkeit handle, nichts an der Existenz der Außenkompetenz als solche ändere. Allerdings sei (nur) im spezifischen Kontext des Seerechtsübereinkommens das Vorhandensein von Gemeinschaftsvorschriften Voraussetzung für die Feststellung einer Übertragung von geteilten Zuständigkeiten auf die Gemeinschaft; diese Schlussfolgerung zieht der *EuGH* im Wesentlichen aus einer Erklärung der Gemeinschaft zum Seerechtsübereinkommen. Auch wenn diese Einschränkung im vorliegenden Fall aufgrund der „Berührung“ gemeinschaftlicher Vorschriften nicht entscheidungserheblich war, wirft sie doch grundsätzliche Fragen insoweit auf, als unklar ist, warum „Erklärungen“ die im Vertrag vorgesehene Zuständigkeitsverteilung beeinflussen können³¹.

(ein Verlagsunternehmen) im Sinne des Art. 230 IV EG individuell betreffe, womit das Urteil auch impliziert, dass Art. 230 IV EG – über seinen Wortlaut hinaus – auf Richtlinien angewandt werden kann. S. auch *EuG*, Rs. T-311/03, EWS 2006, 371 – Nürburgring/EP und Rat, wo das *Gericht* in Bezug auf dieselbe Richtlinie ebenfalls die individuelle Betroffenheit verneint und festhält, dieses Kriterium sei auch bei mit dem Staat verbundenen Unternehmen zu prüfen.

²⁹ *EuGH*, Rs. C-459/03, EuZW 2006, 464 – Kommission u.a./Irland u.a.

³⁰ Der Gerichtshof stellte im Übrigen eine Verletzung des Art. 10 EG fest, da Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorgane bei der Erfüllung von Verpflichtungen, die sie aufgrund einer geteilten Zuständigkeit für den Abschluss eines gemischten Abkommens übernommen haben, zu enger Zusammenarbeit verpflichtet sind (vgl. schon *EuGH*, Rs. C-300/98, Slg. 2000, I-11307 – Dior) und Irland der sich daraus ergebenden Pflicht zur vorherigen Unterrichtung und Konsultation der zuständigen Gemeinschaftsorgane vor Einleitung eines Verfahrens zur Streitbeilegung im Rahmen des Seerechtsübereinkommens nicht nachgekommen sei.

³¹ Hingegen vermag die Kritik von *Kaiser*, EuZW 2006, 470 f., die bemängelt, dass eine Ausübung der konkurrierenden Kompetenz nach Art. 175 I EG nicht nachgewiesen worden sei, nicht zu überzeugen: Denn – wie der *EuGH* zutreffend festhält – die Frage des Bestehens einer konkurrierenden Kompetenz und der Ausschließlichkeit derselben sind zu trennen, und im Falle der konkurrierenden Kompetenz haben Mitgliedstaaten und Gemeinschaft im Rahmen eines gemischten Abkommens zusammenzuwirken, was nichts an der Existenz der gemeinschaftlichen Kompetenz ändert. Vgl. ausführlich hierzu *Epiney/Gross*, in: EG-Kompetenzen bei völkerrechtlichen Verträgen im Umweltbereich unter besonderer Berücksichtigung des OSPAR-Übereinkommens, 2004, 5 ff.

Das Urteil führt die bisherige Rechtsprechung³² fort und bestätigt deren Ansatz, wonach bereits die „Gefährdung“ der Autonomie des Gemeinschaftsrechts durch eine vom *EuGH* abweichende Rechtsprechung eines anderen Gerichts bzw. Streitbeilegungsorgans nicht mit den Grundlagen des Gemeinschaftsrechtssystems und dem im Vertrag festgelegten Streitbeilegungsmechanismus im Einklang stehe. Konsequenz dieses einerseits eher strengen, andererseits vor dem Hintergrund potentieller „Mehrgleisigkeit“ der Streitbeilegung gut nachvollziehbaren Ansatzes ist letztlich, dass die Einrichtung von gerichtsähnlichen Streitbeilegungsmechanismen durch völkerrechtliche Verträge in den Bereichen gemeinschaftlicher Zuständigkeit – die ausgehend von der *AETR*-Rechtsprechung, wie auch das Urteil in der Rs. C-459/03 illustriert, sehr weit gehen – letztlich nur aufgrund einer ausdrücklichen vertraglichen Grundlage möglich ist oder zumindest der Anwendungsbereich solcher Mechanismen entsprechend zu beschränken ist.

In der Rs. C-177/04³³ verurteilte der *EuGH* Frankreich zur Zahlung eines Zwangsgeldes von rund 30'000 Euro pro Tag des Verzugs der Ergreifung von Maßnahmen zur Durchführung eines Urteils des *EuGH*, in dem dieser die unzureichende Umsetzung einer Richtlinie feststellte. Von Bedeutung ist insbesondere, dass der *Gerichtshof* bei der Festlegung des Zwangsgeldes nicht an die diesbezüglichen Leitlinien der Kommission gebunden sei, sondern eigene Maßstäbe anlegen könne³⁴. So sei die Höhe des Zwangsgeldes – das auf den betreffenden Staat einen wirtschaftlichen Zwang ausüben solle, die festgestellte Vertragsverletzung zu beenden – in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls (wobei die Dauer des Verstoßes, der Grad der Schwere, die Zahlungsfähigkeit des betreffenden Mitgliedstaates sowie die Dringlichkeit der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen zu berücksichtigen seien) festzulegen. Auch wenn dieser Grundsatz vor dem Hintergrund der in Art. 228 EG vorgesehenen Kompetenz des *EuGH*, die Höhe des Zwangsgeldes festzulegen, überzeugt, so ist doch nicht zu verkennen, dass damit die Vorhersehbarkeit und Transparenz dieses Verfahrens leidet.

5. Haftung der Mitgliedstaaten für Gemeinschaftsrechtsverstöße durch mitgliedstaatliche Gerichte

In der Rs. C-173/03³⁵ bestätigte und präzierte der *EuGH* seine Rechtsprechung, wonach der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Staatshaftung für Gemeinschaftsrechtsverstöße auch in Bezug auf das Verhalten der Judikative³⁶ zum Zuge kommt, in Bezug auf die gerichtlichen Tätigkeiten der Auslegung von Rechtsvorschriften und der Sachverhalts- und Beweiswürdigung. Der *EuGH* hebt insbesondere hervor, dass diese Haftung nicht auf Fälle von Vorsatz oder grob fehlerhaftes Verhalten der Richter beschränkt werden könne, wenn dadurch die Haftung in Fällen des Vorliegens eines offenkundigen Verstoßes ausgeschlossen würde, womit der objektive Charakter der Staatshaftung bestätigt wird, woran die Berücksichtigung subjektiver Elemente bei der Feststellung der Offenkundigkeit der Verletzung nichts ändert. Weiter betont der *EuGH* die „Besonderheit der richterlichen Funktion sowie die berechtigten Belange der Rechtssicherheit“, womit die Annahme nahegelegt wird, dass der *EuGH* im Zusammenhang mit der Feststellung des Vorliegens eines offenkundigen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht bei der Ausübung richterlicher Befugnisse besondere (mildere) Maßstäbe walten lässt, wenn sich auch im nationalen Recht vorgesehene Haftungsprivilege der Judikative – wie das Urteil illustriert – am Maßstab des Gemeinschaftsrechts messen lassen müssen und jedenfalls „pauschale“ Ausschlüsse aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht unzulässig sind.

³² Vgl. *EuGH*, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079 – EWR; *EuGH*, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 – EMRK; *EuGH*, Gutachten 1/00, Slg. 2002, I-3493.

³³ *EuGH*, Rs. C-177/04, EuZW 2006 – Kommission/Frankreich.

³⁴ Im Übrigen hält der *EuGH* fest, dass es mit der streitbegrenzenden Wirkung des Vorverfahrens in Art. 226 EG durchaus vereinbar sei, wenn der Streitgegenstand in der Klage im Verhältnis zu der mit Gründen versehenen Stellungnahme beschränkt wird, sofern nur der Streitgegenstand nicht erweitert oder geändert wird.

³⁵ *EuGH*, Rs. C-173/03, EuZW 2006, 561 – Traghetti.

³⁶ Vgl. *EuGH*, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 – Köbler; zu diesem Urteil bereits *Epiney*, EuZW 2004, 1067 f. S. auch *Seegers*, EuZW 2006, 564 ff., der das Urteil in der Rs. C-173/03 als konsequente Fortführung der bisherigen Rechtsprechung einordnet.

II. „Europäisches Verwaltungsrecht“

In der Rs. C-234/04³⁷ verneinte der *EuGH* die Pflicht nationaler Gerichte, bestandskräftig gewordene gerichtliche Urteile, die (möglicherweise) gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, zu überprüfen und ggf. aufzuheben. Diese Klarstellung ist im Zusammenhang mit dem Urteil *Kühne & Heintz*³⁸ – in dem der *EuGH* entschieden hatte, dass unter bestimmten Umständen bestandskräftige nationale Verwaltungsakte zurückzunehmen sind – zu sehen. Der *EuGH* weist ausdrücklich darauf hin, dass im vorliegenden Fall – unabhängig von der Frage, ob die Grundsätze des Urteils *Kühne & Heintz* allgemein auf gerichtliche Entscheidungen übertragbar sind – die Gerichtsentscheidung nach nationalem Recht nicht mehr angegriffen werden kann, so dass vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Rechtskraft und der geordneten Rechtspflege eine Überprüfungs- und ggf. Aufhebungspflicht nicht bestehe. Man wird aus dieser Feststellung im Umkehrschluss ableiten können, dass auch bei bestandskräftigen Verwaltungsentscheidungen die Möglichkeit der Rücknahme durch die Behörde – sei es auch nur ausnahmsweise – eine wesentliche Voraussetzung für eine gemeinschaftsrechtliche Rücknahmepflicht darstellt, sind doch die Erwägungen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens – denen der *Gerichtshof* einen hohen Stellenwert beimisst – auch bei diesen einschlägig. Insofern kann der aus Art. 10 EG abzuleitende Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechts nur dann die Rücknahme bestandskräftiger (Gerichts- oder Verwaltungs-) Entscheidungen verlangen, wenn das nationale Recht dies erlaubt, so dass es letztlich um die Pflicht zur Berücksichtigung der Effektivität des Gemeinschaftsrechts im Rahmen der Ausschöpfung der durch das nationale Recht eingeräumten Möglichkeiten geht. Noch nicht geklärt ist aber die Frage, ob sich grundsätzlich eine Pflicht zur Überprüfung nationaler Gerichtsentscheidungen aus Art. 10 EG ergeben kann. Sie dürfte aber zu bejahen sein, denn auch Gerichtsentscheidungen können möglicherweise in Anwendung des einschlägigen nationalen Rechts zurückgenommen werden, so dass die Erwägungen im Urteil *Kühne & Heintz* auch auf diese übertragbar sein können.

Das Urteil in den verb. Rs. C-392/04, C-422/04³⁹ geht letztlich in eine ähnliche Richtung in Bezug auf den Zusammenhang der sich aus Art. 10 EG ergebenden Pflichten zur Rücknahme nationaler Entscheidungen mit den diesbezüglichen durch das nationale Recht eröffneten Möglichkeiten: Bei Gebührenbescheiden auf der Grundlage einer klar gemeinschaftsrechtswidrigen Regelung sei zu prüfen, ob diese Bescheide offensichtlich rechtswidrig im Sinne des nationalen Rechts sind und alle sich aus nationalem Recht ergebenden Möglichkeiten in Bezug auf die Rücknahme dieser Bescheide ausgeschöpft wurden. Auch hier macht der *EuGH* die Pflicht zur Rücknahme also letztlich davon abhängig, dass das nationale Recht eine entsprechende Möglichkeit kennt. Bei der Anwendung der diesbezüglich einschlägigen nationalen Regelungen ist wiederum der (offensichtlichen) Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung bzw. ihrer Rechtsgrundlage Rechnung zu tragen. Dies dürfte auch Ausfluss des Äquivalenzprinzips sein, wonach gemeinschaftsrechtliche Sachverhalte nicht

³⁷ *EuGH*, Rs. C-234/04, EuZW 2006, 241 – Rosmarie Kapferer.

³⁸ *EuGH*, Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837. Vgl. zu einigen der durch dieses Urteil aufgeworfenen Fragen *Epiney*, NVwZ 2006, 407 (410 f.).

³⁹ *EuGH*, verb. Rs. C-392/04, C-422/04, EuZW 2006, 696 – i-21 Germany, Arcor.

ungünstiger als gleichartige innerstaatliche Sachverhalte zu behandeln sind. Im Übrigen ist in diesem Urteil noch bemerkenswert, dass der *EuGH* die Tragweite des Urteils *Kühne & Heintz* ausdrücklich auf die engen, in diesem gegebenen Voraussetzungen beschränkt, woraus man folgern kann, dass im Falle des Fehlens einer dieser Voraussetzungen eben gerade keine Pflicht zur Rücknahme bestandkräftiger Entscheidungen besteht.

III. Unionsbürgerschaft und allgemeines Diskriminierungsverbot

In der Rs. C-408/03⁴⁰ stellte der *EuGH* – im Anschluss an seine Urteile *Baumbast*⁴¹ und *Zhu und Chen*⁴² – zwei Verstöße Belgiens gegen Art. 18 EG sowie das einschlägige Sekundärrecht⁴³ fest: Das Erfordernis der ausreichenden Existenzmittel sei auch dann als erfüllt anzusehen, wenn weder der Betroffene selbst noch ein Familienmitglied, sondern ein hierzu nicht verpflichteter Dritter dem sich auf sein Freizügigkeitsrecht berufenden Unionsbürger diese Mittel zur Verfügung stellt. Denn auch in diesem Fall sei dem Interesse der Mitgliedstaaten an der Vermeidung der übermäßigen Belastung der öffentlichen Finanzen Rechnung getragen, woran auch die fehlende Rechtspflicht zum Unterhalt nichts ändere, stelle doch der Wegfall ausreichender Existenzmittel stets ein latentes Risiko dar, auf das die Mitgliedstaaten denn auch mit der (verhältnismäßigen) Einleitung aufenthaltsbeendender Maßnahmen reagieren könnten. Damit sind die ausreichenden Existenzmittel immer dann als gegeben anzusehen, wenn der Unionsbürger von faktisch „irgendjemandem“ unterhalten wird. Weiter stelle es einen Verstoß gegen Art. 18 EG dar, wenn das Versäumnis eines Unionsbürgers, die für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis erforderlichen Nachweise fristgerecht vorzulegen, ohne Weiteres zum Erlass einer Ausweisungsverfügung führt. Denn damit werde der „Wesensgehalt“ des gemeinschaftlichen Aufenthaltsrechts angetastet, und jedenfalls liege eine unverhältnismäßige Maßnahme vor, könne der Betroffene doch die Umstände seines Versäumnisses nicht erläutern und nicht nachweisen, dass er die Bedingungen für einen Aufenthalt erfüllt. Während der erste Vertragsverstoß letztlich eine konsequente Anwendung der bereits in der Rechtsprechung *Zhu und Chen* formulierten Grundsätze darstellt, wirft der zweite Verstoß bzw. die Begründung des *EuGH* Fragen auf: So bleibt zunächst der Hinweis auf den „Wesensgehalt“ des Art. 18 EG unklar, erfolgt dieser doch in engem Zusammenhang mit der Feststellung der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme. Vieles spricht daher dafür, im Falle der Beeinträchtigung des „Wesensgehalts“ der Freizügigkeit – wobei der *EuGH* nicht erläutert, was er darunter versteht – nicht *a priori* auf die Unzulässigkeit der Beschränkung zu schließen, sondern diesen Umstand (nur, aber immerhin) im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Weiter scheint der *EuGH* den Umstand, dass an sich den Mitgliedstaaten die Kompetenz zukommt, über das anwendbare Verwaltungsverfahren zu entscheiden, nicht zu berücksichtigen. Allerdings ist

⁴⁰ *EuGH*, Rs. C-408/03, EuZW 2006, 410 – Kommission/Belgien.

⁴¹ *EuGH*, Slg. 2002, I-7091 – *Baumbast*. Hierzu *Epiney*, NVwZ 2004, 555 (560).

⁴² *EuGH*, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9925 – *Zhu und Chen*. Hierzu *Epiney*, NVwZ 2006, 407 (411 f.).

⁴³ Zur Anwendung kam im vorliegenden Fall RL 90/364 über das Aufenthaltsrecht, ABIEG 1990 Nr. L 180, 26. Zwar wird die RL 2004/38 (Freizügigkeitsrichtlinie, ABIEG 2004 Nr. L 158, 77) u.a. diese Richtlinie ablösen. Da aber auch die RL 2004/38 das Erfordernis der ausreichenden eigenen Mittel in paralleler Weise aufgreift, bleibt das Urteil auch in Zukunft relevant.

auch hier zu beachten, dass die Mitgliedstaaten jedenfalls keine unverhältnismäßigen Regelungen vorsehen dürfen, so dass Sanktionen (wie diejenige der Ausweisungsverfügung) nicht außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen dürfen, zumal der Unionsbürger hierdurch von der Ausübung seines Freizügigkeitsrechts abgehalten werden könnte.

In der Rs. C-406/04⁴⁴ stellte der *EuGH* fest, dass eine nationale Regelung, die die Gewährung von Arbeitslosenunterstützung davon abhängig macht, dass der Arbeitslose seinen ständigen Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaat hat, mit dem in Art. 18 EG gewährleisteten Freizügigkeitsrecht vereinbar sei. Zwar führe diese Regelung zu einer Beschränkung des Freizügigkeitsrechts; jedoch könne sie durch objektive Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, da der zahlende Staat die berufliche und familiäre Situation des Arbeitslosen überwachen können müsse, könnten diese Umstände doch einen Einfluss auf die bewilligte Leistung bzw. die Höhe derselben entfalten. Die Maßnahme sei auch verhältnismäßig, da die Effektivität der Überprüfung des Vorliegens der leistungsbegründenden Voraussetzungen bei unerwarteten Kontrollen am höchsten sei, so dass insbesondere die Vorlage von Bescheinigungen o.ä. nicht gleich effektiv sei.

Das Urteil ist insbesondere deshalb interessant, weil es – im Gegensatz zu zahlreichen anderen Urteilen des *EuGH* im Zusammenhang mit der Gewährung von Sozialleistungen⁴⁵ – die in Frage stehende nationale Maßnahme direkt am Maßstab des Art. 18 EG prüft und Art. 12 EG nicht herangezogen wird. Die Implikationen des (überzeugenden) Ansatzes des *EuGH* sind denn auch weitgehend: Letztlich kann jegliche Beschränkung der Freizügigkeit nach Art. 18 EG – die jedenfalls (auch) immer dann anzunehmen ist, wenn eine (soziale) Vergünstigung an den Wohnsitz im Inland anknüpft – am Maßstab des Gemeinschaftsrechts geprüft werden, auch wenn keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gegeben ist; ebensowenig ist es im Rahmen des Art. 18 EG – im Gegensatz zu Art. 12 EG – notwendig nachzuweisen, dass der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffnet ist. Da die Beschränkung der Freizügigkeit im vorliegenden Fall eindeutig gegeben war, beantwortet das Urteil die Frage, ob sich das Vorliegen einer Beschränkung nach ähnlichen Maßstäben beurteilt wie im Rahmen der Grundfreiheiten, nicht eindeutig. Die Formulierungen des *EuGH* legen ihre Bejahung aber nahe, so dass es entscheidend auf die Möglichkeit einer bestimmten Maßnahme, freizügigkeitsbeschränkend zu wirken, ankommt⁴⁶, wobei rein hypothetische Ereignisse nicht berücksichtigt werden sollten. Deutlich wird damit auch, dass es häufig auf die Rechtfertigung durch objektive Gründe des Allgemeininteresses ankommen wird. Das Urteil klärt aber die Frage der „Exportierbarkeit“ von Sozialleistungen nicht abschließend, eine Problematik, die in engem Zusammenhang mit derjenigen nach der „nationalen

⁴⁴ *EuGH*, Rs. C-406/04, *EuZW* 2006, 500 – de Cuyper. Der *EuGH* ging in diesem Urteil auch noch auf die Frage ein, ob die betreffende Leistung in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 falle, was er bejahte.

⁴⁵ Vgl. zu dieser Rspr. *Epiney*, *NVwZ* 2006, 1244 (1247 f.); *Epiney*, *NVwZ* 2006, 407 (412); *Epiney*, *NVwZ* 2004, 555 (559 f.); *Epiney*, *NVwZ* 2002, 1429 (1434).

⁴⁶ Offenbar ähnlich *Wollenschläger*, *EuZW* 2006, 503 (504 f.), der diese Frage aber (auch) unter der Thematik Freiheits- oder Gleichheitsrecht diskutiert.

Solidargemeinschaft“ und nach der „finanziellen Solidarität“ mit anderen Mitgliedstaaten verbunden sein dürfte, wobei der *EuGH* diese Konzepte zwar in anderen Urteilen angesprochen⁴⁷, jedoch nicht wirklich einer inhaltlichen Klärung zugeführt hat⁴⁸.

In der Rs. C-520/04⁴⁹ ging es um eine höhere Besteuerung von in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Ruhegehaltsempfängern. Der *EuGH* stellt hier zunächst fest, dass Art. 39 EG nicht zum Zuge kommen könne, da die betreffende Person ihre gesamte Berufstätigkeit in dem Mitgliedstaat, dem sie angehört, ausgeübt und vom Recht zum Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat erst nach ihrem Eintritt in den Ruhestand und ohne jede Absicht, dort einer Beschäftigung im Lohn- und Gehaltsverhältnis nachzugehen, Gebrauch gemacht habe. Allerdings sei Art. 18 EG einschlägig, denn die erwähnte steuerliche Regelung des Herkunftsstaates erschwere die Ausübung des Freizügigkeitsrechts, mache sie doch dessen Wahrnehmung weniger attraktiv. Sodann überträgt er seine bezüglich Art. 39, 43 EG entwickelte Rechtsprechung, wonach bei der Besteuerung aufgrund der unterschiedlichen Situation zwar grundsätzlich zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden unterschieden werden kann, dies jedoch dann nicht möglich sei, wenn sich der gebietsfremde Steuerpflichtige objektiv in einer vergleichbaren Situation wie der gebietsansässige Steuerpflichtige befindet, was insbesondere dann der Fall sei, wenn der Gebietsfremde (nahezu) seine gesamten Einkünfte in dem steuererhebenden Staat ausübt⁵⁰, auf Art. 18 EG.

Das Urteil ist ein weiteres Beispiel dafür, dass auch das den Unionsbürgern nach Art. 18 EG zustehende Freizügigkeitsrecht Auswirkungen in allen Politikbereichen entfalten kann, inklusive derjenigen, die grundsätzlich in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verblieben sind⁵¹. Weiter ist zu bemerken, dass die Implikationen des Art. 18 EG über diejenigen des Art. 12 EG insofern hinausgehen, als Art. 18 EG – wie das Urteil zeigt – auch in Fällen zum Zuge kommen kann, in denen gerade keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt.

IV. Grundfreiheiten

1. Freier Warenverkehr

Im Berichtszeitraum hatte sich der *EuGH* in mehreren Urteilen mit der Anwendung der *Keck*-Rechtsprechung⁵² zu befassen:

- Ein Verbot des Vertriebs von Silberschmuck und des Sammelns von Bestellungen auf Silberschmuck stelle eine verkaufsbezogene Regelung im Sinne der *Keck*-Formel dar. Der *EuGH* entscheidet jedoch nicht abschließend über die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 28 EG, sondern verwies das nationale Gericht auf die Prüfung des hier entscheidenden Kriteriums, ob sich das in Frage stehende Vertriebsverbot gleichermaßen auf einheimische und eingeführte Produkte auswirkt (Rs. C-441/04⁵³).

⁴⁷ Vgl. insbesondere *EuGH*, Slg. 2001, I-6193 – Grzelczyk; *EuGH*, Slg. 2005, I-2119 – Bidar.

⁴⁸ Zum Problembereich auch *Wollenschläger*, *EuZW* 2006, 503 (505 f.).

⁴⁹ *EuGH*, Rs. C-520/04, EWS 2006, 31 – Turpeinen.

⁵⁰ Vgl. *EuGH*, Rs. C-80/94 (Wielockx), Slg. 1995, I-2493, Ziff. 20.

⁵¹ S. auch *EuGH*, Rs. C-345/05, Urt. v. 26.10.2006 – Kommission/Portugal, wo der *EuGH* ebenfalls eine steuerrechtliche Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Vertrag überprüft und festhält, dass die Abhängigkeit einer Steuerbefreiung für Gewinne aus der entgeltlichen Veräußerung von Immobilien, die dem Steuerpflichtigen oder den Angehörigen seines Haushalts dauerhaft zu eigenen Wohnzwecken dienen sollen, von der Reinvestition der erzielten Gewinne in den Erwerb von im Inland gelegenen Immobilien, gegen Art. 18 EG (und für Arbeitnehmer und Selbständige gegen Art. 39 bzw. 43 EG) verstößt.

⁵² Wonach bestimmte Verkaufsmodalitäten – so sie nicht diskriminierend ausgestaltet sind – nicht in den Anwendungsbereich des Art. 28 EG fallen. Vgl. *EuGH*, Rs. C-267/91 u.a., Slg. 1993, I-6097 – *Keck*.

⁵³ *EuGH*, Rs. C-441/04, *EuZW* 2006, 221 – A-Punkt Schmuckhandel.

- In der Rs. C-434/04⁵⁴ bestätigt der *EuGH*, dass ein Erfordernis der vorherigen Einfuhrerlaubnis in Bezug auf bestimmte Produkte (hier ging es um nicht denaturierten Äthylalkohol mit einem Alkoholgehalt von mehr als 80 %) nicht unter die „Keck-Rechtsprechung“ subsumiert werden könne, da sie den innergemeinschaftlichen Handel behindern und den Marktzugang von Waren erschweren könnte und daher unter den Tatbestand des Art. 28 EG falle. Allerdings komme eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes (Einschränkung des Alkoholmissbrauchs) in Betracht, wobei der *EuGH* den Mitgliedstaaten hier bezüglich der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme einen weiten Gestaltungsspielraum einräumen dürfte, wenn er auch dem nationalen Gericht unter ausführlicher Bezugnahme auf seine bisherige diesbezügliche Rechtsprechung eine Reihe von Anhaltspunkten für ihre Prüfung gibt.
- In den verb. Rs. C-158, 159/04⁵⁵ stand die griechische Regelung, den Verkauf von „Bake-off“-Erzeugnissen⁵⁶ von denselben Voraussetzungen abhängig zu machen, wie sie für herkömmliche Backwaren gelten⁵⁷ (was zur Stilllegung der Verkaufsstellen dieser Erzeugnisse in Supermärkten führte), zur Debatte. Der *EuGH* erachtete den Tatbestand des Art. 28 EG als gegeben: Die Voraussetzungen der „Dassonville-Formel“ seien erfüllt, und eine Anwendung der „Keck-Rechtsprechung“ komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die fraglichen nationalen Bestimmungen die Herstellungsbedingungen für Backwaren regelten, die Einfuhrhindernisse implizierten, gehe es doch um zusätzliche, das Inverkehrbringen der Backwaren erschwerende Erfordernisse. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Verbraucher- und/oder Gesundheitsschutzes scheidet mangels Erforderlichkeit der Maßnahme aus. Insbesondere das letztgenannte Urteil ist hinsichtlich der Anwendung der „Keck-Rechtsprechung“ bemerkenswert: Denn der *EuGH* stellt hier offenbar nicht entscheidend auf die Frage der Produktbezogenheit der Regelung und die diskriminierende Behandlung ab (wie es die „Keck-Formel“ eigentlich nahe legt und wie es der *EuGH* ansonsten praktiziert), sondern ausschlaggebend war für ihn offenbar, dass sich die Regelung als „Einfuhrhindernis“ für die Produktgruppe der „Bake-off“-Erzeugnisse auswirkt, womit auf die Erschwerung des Marktzugangs abgestellt werden dürfte. Dieser Ansatz ist vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks des Art. 28 EG, all diejenigen Regelungen, die die Einfuhr bestimmter Produkte erschweren, durchaus nachvollziehbar. Doch steht sie in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des *EuGH*, hatte der *Gerichtshof* doch die Einschlägigkeit des Art. 28 EG in Bezug auf eine Regelung, die den Vertrieb von Säuglingsnahrung nur in

⁵⁴ *EuGH*, Rs. C-434/04, Urt. v. 28.9.2006 – Ahokainen und Leppik.

⁵⁵ *EuGH*, verb. Rs. C-158, 159/04, Urt. v. 14.9.2006 – Alfa Vita Vassilopoulos.

⁵⁶ Hier handelt es sich um Backwaren, die vollständig oder teilweise vorgebacken, anschließend tiefgefroren und nach schnellem Auftauen oder Aufwärmen konsumiert werden.

⁵⁷ Hierbei ging es insbesondere um das Genehmigungserfordernis für den Betrieb von Bäckereien sowie die erforderlichen städtebaulichen und baurechtlichen Anforderungen für ihre Erteilung, etwa in Bezug auf Mindestgröße, Belüftungs- und Beleuchtungsbedingungen sowie die vorgeschriebenen Geräte.

Apotheken zuließ, verneint⁵⁸. Es fällt schwer, den Unterschied zwischen dieser Regelung und den in den verb. Rs. 158, 159/04 zur Debatte stehenden Regelungen zu erkennen, dürfte doch auch die Beschränkung der Verkaufsstellen für Babynahrung zu einer Erschwerung des Marktzugangs führen. Letztlich konsequent wäre es, wenn (auch) all diejenigen Vertriebsmodalitäten unter den Tatbestand des Art. 28 EG subsumiert würden, die – im Falle der Einschlägigkeit der *Dassonville*-Formel – besondere Vorgaben für eine abgrenzbare Produktgruppe vorsehen, dürfte diese doch regelmäßig – wie das Urteil zeigt – Einfuhrbehinderungen nach sich ziehen⁵⁹.

In der (neben Art. 28 EG auch Art. 43, 49 EG betreffenden) Rs. C-65/05⁶⁰ hält der *EuGH* fest, dass das Verbot der Einrichtung bestimmter elektrischer / elektronischer Spiele gegen Art. 28, 43, 49 EG verstoße; eine Rechtfertigung in Bezug auf diese Spiele – die im Gegensatz zu der Konstellation in den Fällen Schindler und Läärä⁶¹ gerade keine Glücksspiele seien, bei denen Geld gewonnen werden könne – sei aufgrund der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen zur Verfolgung der angestrebten Ziele (Sittlichkeit und Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung) nicht möglich.

2. Freizügigkeit der Arbeitnehmer⁶²

In der Rs. C-330/03⁶³ stellte der *EuGH* nach ausführlicher Bezugnahme auf Systematik und Zielsetzung der RL 89/48⁶⁴ zunächst fest, dass es diese den Mitgliedstaaten nicht verwehre, die Anerkennung eines Diploms insofern zu beschränken, als die Berufszulassung nur für diejenigen Tätigkeiten gewährt wird, für die das Diplom auch in demjenigen Mitgliedstaat, in dem es erworben wurde, Zugang gewährt. Da die neue RL 2005/36⁶⁵ – die die RL 89/48 ablösen wird – zumindest in Bezug auf diesen Aspekt an das Konzept der RL 89/48 anknüpft, dürfte dieser Ansatz des *EuGH* auch auf die neue Rechtslage unter der RL 2005/36 übertragbar sein. Daran anschließend stellte sich die Frage, ob sich aus den Grundfreiheiten (insbesondere Art. 39 EG, aber auch Art. 43 EG) ein Anspruch auf eine partielle Zulassung zu einem Beruf, der nicht bereits durch Sekundärrecht geregelt ist, ergibt. Der *EuGH* unterscheidet hier zwischen zwei Konstellationen: Falls ein Beruf im Heimatstaat dem im Aufnahmestaat hinreichend ähnlich ist, sei auf die in der RL 89/48 vorgesehenen Ausgleichsmaßnahmen zurückzugreifen. Falls hingegen erhebliche Unterschiede bestehen, seien die Grundfreiheiten anzuwenden, die es insbesondere nicht erlaubten, in dem Fall, in dem die fragliche Tätigkeit objektiv von der Gesamtheit der Tätigkeiten, die der jeweilige Beruf im Aufnahmestaat umfasst, getrennt werden könne, jede Möglichkeit einer partiellen Anerkennung auszuschließen, da die berechtigten Ziele des Schutzes der Verbraucher und der anderen Dienstleistungsempfänger durch weniger einschneidende Mittel erreicht werden könnten (etwa mit der Verpflichtung, die ursprüngliche Berufsbezeichnung oder die Ausbildungsbezeichnung auch in der Amtssprache des Herkunftsstaates zu führen).

⁵⁸ Vgl. *EuGH*, Rs. C-391/92, Slg. 1995, I-1621 – Kommission/Griechenland.

⁵⁹ S. diesen Ansatz bei *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, 7. Aufl., 2006, § 13, Rn. 50. S. in diesem Zusammenhang auch *Reich*, *EuZW* 2006, 304 f., der bezugnehmend auf die Schlussanträge von GA *Maduro* dafür plädiert, einen einheitlichen Beschränkungsmaßstab einzuführen.

⁶⁰ *EuGH*, Rs. C-65/05, EWS 2006, 560 – Kommission/Griechenland.

⁶¹ *EuGH*, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 – Schindler; *EuGH*, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 – Läärä.

⁶² S. ansonsten noch *EuGH*, Rs. C-152/03, *EuZW* 2006, 179 – Ritter-Coulais (Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung, die es in einem Mitgliedstaat unbeschränkt steuerpflichtigen natürlichen Personen verwehrt, in Bezug auf die Festsetzung des Steuersatzes für diese Einkünfte Verluste aus Vermietung und Verpachtung eines von ihnen selbst genutzten Wohnhauses im EU-Ausland geltend zu machen, während Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung eines solchen Hauses im Inland unbeschränkt berücksichtigt werden, mit Art. 39 EG); *EuGH*, Rs. C-441/02, Urt. v. 27.4.2006 - Kommission/Deutschland: nicht hinreichend klare Umsetzung der RL 64/221 in § 12 I AufenthG/EWG, da nur in Bezug auf EU-Ausländer mit unbefristeter Aufenthaltserlaubnis klargestellt wird, dass diese nur aus „schwerwiegenden“ Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden dürfen, womit unklar sei, wie mit EU-Ausländern mit nur befristeter Aufenthaltserlaubnis verfahren werden kann.

⁶³ *EuGH*, Rs. C-330/03, *EuZW* 2006, 315 – Colegio de Ingenieros de Caminos.

⁶⁴ Hochschuldiplomenerkennungsrichtlinie, ABIEG 1989 Nr. L 19, 16.

⁶⁵ Berufsqualifikationsrichtlinie, RL 2005/36, ABIEG 2005 Nr. L 255, 22.

3. Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Niederlassungsfreiheit⁶⁶

Grundlegende Fragen des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit und ihres Verhältnisses zu anderen Grundfreiheiten wurden im Zusammenhang mit der Frage, ob das deutsche Erfordernis der Einrichtung einer Zweigstelle in Deutschland als Voraussetzung für die Zulässigkeit der gewerbsmäßigen Kreditvergabe mit Art. 49 und / oder Art. 56 EG in Einklang steht (wobei es konkret um die Tätigkeit eines schweizerischen Unternehmens ging), in der Rs. C-452/04⁶⁷ angesprochen. Der *EuGH* hält zunächst fest, dass aus Art. 50 I EG keine allgemeine Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit im Verhältnis zu anderen Grundfreiheiten abgeleitet werden könne; vielmehr beziehe sich diese Bestimmung lediglich auf die Definition des Begriffs der Dienstleistung, damit keine wirtschaftliche Tätigkeit aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten herausfalle. Damit dient die „Subsidiaritätsklausel“ lediglich dazu, den Tatbestand des Art. 49 EG zu einer Art Auffangklausel auszuweiten, während ihr aber keine Aussage zum Verhältnis der Grundfreiheiten untereinander zu entnehmen ist. Sei neben der Dienstleistungsfreiheit noch eine andere Grundfreiheit betroffen, sei zu prüfen, ob eine der beiden Freiheiten hinter der anderen zurücktrete bzw. völlig zweitrangig und untergeordnet sei, ein Ansatz, den der *EuGH* auch in Bezug auf das Verhältnis des Art. 49 zu Art. 28 EG⁶⁸ und desjenigen zwischen Art. 43 und Art. 49 EG anwendet⁶⁹, so dass er wohl auf das Verhältnis aller Grundfreiheiten

⁶⁶ S. aus dem Berichtszeitraum ansonsten noch *EuGH*, Rs. C-255/04, EWS 2006, 323 – Kommission/Frankreich (Unvereinbarkeit einer Bedarfsprüfung für die Erteilung einer Lizenz an Künstleragenturen sowie der Vermutung, dass Künstler, die in ihrem Herkunftsstaat niedergelassene Dienstleister sind, als Arbeitnehmer tätig werden, mit Art. 49 EG); *EuGH*, Rs. C-410/04, EWS 2006, 223 – ANAV/Bari, wo der *EuGH* festhält, dass Art. 12, 43, 49 EG grundsätzlich verlangen, dass öffentliche Dienstleistungskonzessionen (die nicht in den Anwendungsbereich des einschlägigen Sekundärrechts fallen) transparent ausgeschrieben werden, es sei denn, die konzessionserteilende öffentliche Stelle übt über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen aus und die Einrichtung ist für die erstgenannte Stelle tätig; *EuGH*, Rs. C-253/03, EuZW 2006, 312 – CLT-UFA SA, wonach es mit Art. 43 EG unvereinbar ist, die Gewinne der Zweigniederlassung eines Unternehmens mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat mit einem höheren Steuersatz zu belasten als die Gewinne der Tochtergesellschaft eines solchen Unternehmens, das seine Gewinne voll an die Muttergesellschaft ausschüttet. In *EuGH*, Rs. C-453/04, EuZW 2006, 537 – innoventif Limited, stellt der Gerichtshof fest, dass es mit Art. 43 EG vereinbar sei, wenn die Eintragung der Zweigniederlassung einer GmbH mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in das Handelsregister von der Zahlung eines Vorschusses auf die zu erwartenden Kosten der Veröffentlichung des Geschäftsgegenstands der Gesellschaft, wie er in ihrem Errichtungsakt niedergelegt ist, abhängig gemacht wird. Denn angesichts des Umstandes, dass damit die tatsächlichen Verwaltungskosten abgegolten werden, liege schon keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor; *EuGH*, Rs. C-471/04, EWS 2006, 123 – Finanzamt Offenbach/Keller (Unzulässigkeit der Beschränkung eines Abzugs als Folge der Nichtbesteuerung von Dividenden); *EuGH*, Rs. C-470/04, EWS 2006, 570 – N/Inspecteur van de Belastingdienst (Erfordernis der Stellung von Sicherheiten als Voraussetzung einer Steuerstundung ohne Berücksichtigung von Wertminderungen stelle eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit dar, die durch Freigabe nicht rückwirkend beseitigt werden könne); *EuGH*, Rs. C-170/05, EWS 2007, 19 – Denkavit (Unvereinbarkeit einer Quellensteuer nur auf Dividendenzahlung an eine gebietsfremde Muttergesellschaft mit Art. 43 EG).

⁶⁷ *EuGH*, Rs. C-452/04, EuZW 2006, 689 – Fidium Finanz AG.

⁶⁸ Erstmals ausdrücklich *EuGH*, EuZW 1994, 311 – Schindler.

⁶⁹ *EuGH*, Rs. C-196/04, EuZW 2006, 633 – Cadbury-Schweppes. Zum Verhältnis von Art. 43 zu Art. 56 EG (grundsätzlich mögliche parallele Anwendbarkeit) *EuGH*, Rs. C-374/04, Urt. v. 12.12.2006 – Test Claimants; *EuGH*, Rs. C-446/04, Urt. v. 12.12.2006 – Test Claimants. Den Urteilen sind weiter

heranzuziehen ist. Im Umkehrschluss ist damit auch eine parallele Einschlägigkeit und Prüfung mehrerer Grundfreiheiten möglich, nämlich immer dann, wenn mehrere Grundfreiheiten gleichermaßen betroffen sind bzw. keine hinter der anderen zurücktritt. In Bezug auf die konkret zur Debatte stehende Fallgestaltung hält der *Gerichtshof* sodann fest, dass die gewerbsmäßige Kreditvergabe eine Dienstleistung sei, aber auch unter den freien Kapitalverkehr falle. Allerdings trete Art. 56 EG hinter Art. 49 EG zurück, da die Beschränkung des Art. 56 EG eine zwangsläufige Folge der Beschränkung des Art. 49 EG sei; dass der Zugang zum deutschen Finanzmarkt für in Drittstaaten ansässige Unternehmen erschwert wird, betreffe in erster Linie Art. 49 EG, was insofern nachvollziehbar ist, als es bei Finanzdienstleistungen nicht primär um die grenzüberschreitende Bewegung von Kapital, sondern die damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen geht und gerade deren Erbringung beschränkt wird⁷⁰. Auf Art. 49 EG jedoch könnten sich in Drittstaaten ansässige Unternehmen nicht berufen, und das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG war auf den Ausgangsfall noch nicht anzuwenden. Zwar ist dieses inzwischen in Kraft getreten und anwendbar; auch liberalisiert es den freien Dienstleistungsverkehr zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten jedenfalls in Bezug auf Korrespondenzdienstleistungen, die passive Dienstleistungsfreiheit und die aktive Dienstleistungsfreiheit von kurzer Dauer, wobei diese Freiheiten letztlich parallel wie die entsprechenden Garantien im EG-Recht auszulegen sind⁷¹. Jedoch bleiben nach Art. 22 III Anhang I des Abkommens bestehende Bestimmungen in Bezug auf Finanzdienstleistungen, für die in einer Vertragspartei eine vorherige Genehmigung erforderlich ist, von dem Abkommen unberührt, so dass sich auch mit seinem Inkrafttreten nichts an der Zulässigkeit der deutschen Regelung in Bezug auf Dienstleistungserbringer aus Drittstaaten ändert.

In der Rs. C-451/03⁷² ging es um die Frage des ausschließlichen Rechts italienischer Steuerbeistandszentren, die Einkommenssteuererklärung von Arbeitnehmern auszufüllen: Als ein Allgemeininteresse, das den mit dieser Maßnahme einhergehenden Eingriff in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könnte, erkennt der *EuGH* den Schutz der Dienstleistungsempfänger vor Schäden, die ihnen durch die Beratung durch Personen ohne die erforderlichen beruflichen oder persönlichen Qualifikationen entstehen könnten, an. Dabei dürfte nach der Rechtsprechung des *EuGH* jedoch zu differenzieren sein: Gewisse Dienstleistungen, wie die Aushändigung einer Kopie der Steuererklärung und der Aufstellung über die geschuldete Steuer, die Übersendung der Steuererklärungen an die Finanzverwaltung sowie die Mitteilung des Ergebnisses der Steuererklärung an die abzugsverpflichteten Arbeitgeber, seien im Wesentlichen einfacher Art und erforderten keine besonderen beruflichen Qualifikationen. Dem stünden vielschichtigere Tätigkeiten gegenüber,

wegweisende Aussagen über die Gemeinschaftsrechtskonformität der Besteuerung von Dividenden zu entnehmen.

⁷⁰ I.Erg. ähnlich auch *Ohler*, EuZW 2006, 691 (692).

⁷¹ Ausführlich zur diesbezüglichen Tragweite des Abkommens *Epiney*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht, 2004/2005, 2005, 45 (59 ff.).

⁷² *EuGH*, Rs. C-451/03, EWS 2006, 128 – Calafiori.

wie etwa die Prüfung der Übereinstimmung der in der Steuererklärung gemachten Angaben mit ihren Anlagen. Bei letzteren könne die Ausübung Inhabern einer besonderen beruflichen Qualifikation vorbehalten werden. Allerdings müssten es die einschlägigen nationalen Regeln ermöglichen, den vorgesehenen Zweck zu erreichen, so dass sie die Gewähr bieten müssten, dass die für die jeweilige berufliche Tätigkeit zugelassenen Personen auch tatsächlich über die beruflichen Befähigungen zur Ausführung der ihnen vorbehaltenen Aufgaben verfügen. Diese letzte Voraussetzung sei bei der Errichtung von italienischen Steuerbeistandszentren gerade nicht erfüllt, da die von diesen Zentren zu bezeichnenden Personen gerade nicht über die beruflichen Qualifikationen zur Ausübung der erwähnten komplexeren steuerberaterlichen Aufgaben verfügen müssten. Weiter beschränkten sich die Zentren darauf, rein administrative und zwischen den Sachverständigen und den Steuerpflichtigen vermittelnde Tätigkeiten auszuführen, ohne selbst unmittelbar an der beratenden Tätigkeit beteiligt zu sein. Im Gegenschluss dürfte aus dem Urteil abzuleiten sein, dass Zulassungsprüfungen, die grundsätzlich Gewähr für besondere berufliche Befähigungen zur Ausführung der Steuerberatung bieten, mit Art. 43, 49 EG in Einklang stehen (können), so wohl auch das deutsche Erfordernis der Steuerberaterprüfung (vgl. § 35 StBerG). Bei einer solchen Fallgestaltung ist das Erfordernis einer Zulassungsprüfung – im Gegensatz zu der italienischen Regelung in dem vom *EuGH* entschiedenen Fall – nicht von vornherein zum Schutz der Verbraucher vor einer Beratung durch nicht ausreichend qualifizierte Dienstleistungserbringer ungeeignet, immer unter der Voraussetzung, dass in der Prüfung spezifische für die jeweilige (steuerberatende) Tätigkeit notwendige Fähigkeiten geprüft werden. Auch die Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme dürfte insgesamt angesichts des den Mitgliedstaaten hier einzuräumenden Gestaltungsspielraums und ihrer Kompetenz, das zu erreichende Schutzziel zu definieren, zu bejahen sein, trotz der Möglichkeit im Ausland niedergelassener Steuerberater, vorübergehend in Deutschland unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung tätig zu werden (vgl. § 3 Nr. 4 StBerG), dürfte die in dieser Bestimmung vorgenommene Differenzierung doch durch sachliche Erwägungen begründet sein. Eine andere Frage hingegen ist die Vereinbarkeit dieser deutschen Regelungen mit der Berufsqualifikations- und Dienstleistungsrichtlinie⁷³: Im Ergebnis dürfte sich aus Art. 5 RL 2005/36 nur (aber immerhin) ein Recht von im EU-Ausland niedergelassenen Steuerberatern, die diesen Beruf mindestens zwei Jahre während der vorhergehenden zehn Jahre ausgeübt haben, auf die Erbringung von Dienstleistungen als Steuerberater in Deutschland ableiten lassen, wobei verlangt werden kann, dass diese Tätigkeiten unter der Berufsbezeichnung des Niederlassungsstaates ausgeübt werden. Diese Regelung dürfte im Verhältnis zu dem weitergehenden Art. 16 RL 2006/123 eine *lex specialis* darstellen, so dass bei Einschlägigkeit der Berufsqualifikationsrichtlinie auf diese, nicht auf die Dienstleistungsrichtlinie, abzustellen ist.

⁷³ RL 2005/36, ABIEG 2005 Nr. L 255, 22; RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie), ABIEG 2006 Nr. L 376, 36.

In der Rs. C-372/04⁷⁴ führt der *EuGH* seine Rechtsprechung bezüglich der Relevanz des freien Dienstleistungsverkehrs bei Behinderungen der Inanspruchnahme medizinischer Leistungen im Ausland – konkret ging es um die Verweigerung einer Genehmigung für eine Hüftoperation durch die britischen Behörden – fort. Nach einigen Ausführungen zum Sekundärrecht (VO 1408/71) betont der *EuGH*, dass Art. 49 EG jedenfalls immer dann heranzuziehen sei, wenn sich ein Patient zu einer medizinischen Behandlung ins EU-Ausland begibt, unabhängig von der Funktionsweise des nationalen (Gesundheits-) Systems, auf dessen Leistungen diese Person Anspruch hat. Die aus einem Genehmigungserfordernis einer Behandlung im EU-Ausland resultierende Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs könne zwar aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls grundsätzlich gerechtfertigt werden, gehe es doch um die Beherrschung der Kosten für qualitativ hochwertige Krankenhausversorgung. Allerdings entspreche die konkret zur Debatte stehende Regelung nicht den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, da die Kriterien für die Erteilung oder Versagung der Genehmigung nicht festgelegt seien, so dass dem Ermessen der nationalen Stellen keine Grenzen gesetzt seien. Weiter sei zu gewährleisten, dass die Genehmigung jedenfalls erteilt wird, wenn der sich aus Wartelisten im Heimatstaat ergebende Zeitraum im Einzelfall den zeitlichen Rahmen überschreitet, der unter Berücksichtigung der objektiven medizinischen Umstände vertretbar ist. Schließlich äußert sich der *Gerichtshof* noch im Einzelnen zum Umfang der Kostenübernahme einer im Ausland vorgenommenen Behandlung, inkl. Reise- und Unterhaltskosten.

In der Rs. C-519/04 P⁷⁵ hob der *EuGH* das Urteil des EuG in der Rs. T-313/02⁷⁶ auf, wonach Anti-Doping-Regeln nicht den wirtschaftlichen, sondern den sportlichen Aspekt von Sportwettkämpfen betreffen und daher nicht am Maßstab der Grundfreiheiten zu prüfen seien, dies unter Bezugnahme auf die Beschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeiten, die die Anti-Doping-Regeln entfalteten (insbesondere im Falle von Spielsperren)⁷⁷. Damit ist auch die Zulässigkeit von Anti-Doping-Regeln unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung zu prüfen. In der Konsequenz dürfte aus dem Urteil abzuleiten sein, dass auch „rein sportlich“ begründete Beschränkungen grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten erfasst sind, sie aber immer dann gerechtfertigt werden können, wenn sie ausschließlich von sportlichem Interesse sind und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Dieser Ansatz ist schon deshalb überzeugend, weil die Abgrenzung von „wirtschaftlichen“ und „sportlichen“ Beschränkungen – wie gerade Anti-Doping-Regeln zeigen – kaum voraussehbar durchzuführen ist und im Übrigen auch rein „sportlichen“ Beschränkungen sehr wohl wirtschaftlicher Charakter zukommen kann, so dass die entscheidende Frage – immer im Falle der Einschlägigkeit der Grundfreiheiten, was etwa bei reinen Spielregeln nicht der Fall sein dürfte – tatsächlich auf der Rechtfertigungsebene anzusiedeln ist.

In der Rs. C-244/04⁷⁸ ging es um eine Aufsichtsklage der Kommission wegen der deutschen Visumspraxis betreffend drittstaatsangehörige entsandte Arbeitnehmer. In Anknüpfung an das Urteil *Vander Elst*⁷⁹ stellt der *EuGH* einen Verstoß gegen Art. 49 EG fest, da den Mitgliedstaaten ein mildereres, aber gleich wirksames Mittel zur Verfügung stehe. Denn sie könnten die Entsendung von Arbeitnehmern, die Angehörige von Drittstaaten sind und in ihrem Hoheitsgebiet Dienstleistungen erbringen sollen, von der vorherigen Abgabe einer einfachen

⁷⁴ *EuGH*, Rs. C-343/04, Urt. v. 16.5.2006 – Yvonne Watts.

⁷⁵ *EuGH*, Rs. C-519/04 P, EuZW 2006, 593 – Meca-Medina.

⁷⁶ *EuG*, Rs. T-313/02, Slg. 2004, II-3291 – Meca-Medina.

⁷⁷ S. auch schon die in dieselbe Richtung gehende Kritik an der Entscheidung des *EuG* bei *Epiney*, NVwZ 2006, 407 (416).

⁷⁸ *EuGH*, Rs. C-244/04, EuZW 2006, 145 – Kommission/Deutschland. Vgl. auch bereits *EuGH*, Rs. C-445/03, Slg. 2004, I-10191 - Kommission/Luxemburg.

⁷⁹ *EuGH*, Rs. C-43/93, *Vander Elst*, Slg. 1994, I-3803.

Erklärung durch das in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Unternehmen, das die Entsendung dieser Arbeitnehmer plant, abhängig machen. Die Erklärung könnte z.B. Angaben zu den entsandten Arbeitnehmern sowie Dauer, Ort und Art der Dienstleistung enthalten oder einen Hinweis, aus dem hervorgeht, dass die entsandten Arbeitnehmer aus Drittstaaten sich rechtmäßig in dem Land aufhalten, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll. Dagegen kann der Empfangsstaat nicht verlangen, dass diese Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr bei diesem Unternehmen beschäftigt sein müssen.

4. Freier Kapitalverkehr⁸⁰

In den verb. Rs. C-282/04 und C-283/04⁸¹ führte der *EuGH* seine Rechtsprechung zu den sog. „Goldenen Aktien“⁸² fort. Der *EuGH* bejaht einmal mehr, dass der Vorbehalt von „Sonderaktien“ zugunsten des Staates, die diesem bestimmte Zustimmungsrechte für Entscheidungen der Gesellschaftsorgane vorsehen, gegen Art. 56 I EG verstoßen: Eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs sei zu bejahen, da eine solche Regelung potentielle Erwerber von Aktien davon abschrecken könne, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren. Um staatliche Maßnahmen handle es sich schon deshalb, weil diese Sonderrechte anlässlich der Privatisierung der genannten Gesellschaften getroffen worden waren, und da es nicht ausgeschlossen werden könne, dass der (in diesem Fall niederländische) Staat diese Rechte auch ausübe, seien diese potentiellen Beschränkungen auch nicht zu ungewiss und indirekt. Die Gewährleistung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse (wie des postalischen Universaldienstes) sei zwar als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzusehen; allerdings sei die Erforderlichkeit der Maßnahme zu verneinen, da die Sonderrechte nicht auf die Tätigkeit des Unternehmens als Erbringerin postalischer Dienstleistungen beschränkt waren und ihre Ausübung auf keinerlei genauen Kriterien beruhe und nicht begründungspflichtig sei, so dass sie einer gerichtlichen Kontrolle entzogen sei. Art. 43 EG sei in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eine unmittelbare Folge der Beschränkung des Art. 56 I EG sei, nicht mehr heranzuziehen.

Deutlich wird durch dieses Urteil auch (und einmal mehr), dass staatliches Verhalten umfassend an den Grundfreiheiten zu messen ist, auch wenn sich der Staat bezüglich der

⁸⁰ S. ansonsten noch *EuGH*, Rs. C-513/03, Urt. v. 23.2.2006 – van Hilten-van der Heijden, wonach der Erwerb von Todes Wegen (Erbschaft) unter den Begriff des Kapitalverkehrs i.S.v. Art. 56 EG falle, es aber keine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstelle, wenn der Übergang des Nachlasses eines Angehörigen eines Mitgliedstaats, der innerhalb von zehn Jahren nach Verlegung seines Wohnsitzes aus dem betreffenden Mitgliedstaat verstorben ist, so besteuert wird, als wäre der Erblasser in diesem Staat wohnen geblieben, da die bloße Verlegung des Wohnsitzes nicht von Art. 56 EG erfasst werde.

⁸¹ *EuGH*, verb. Rs. C-282/04 und C-283/04, *EuZW* 2006, 722, 722 – Kommission/Niederlande. S. im Übrigen *EuGH*, Rs. C-386/04, *EuZW* 2006, 625 – Stauffer, wonach der Ausschluss einer gemeinnützigen beschränkt steuerpflichtigen ausländischen Stiftung gemeinschaftsrechtswidrig ist; *EuGH*, Rs. C-265/04, *EWS* 2006, 85 – Margaretha Bouanich: Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung, wonach bei einer Herabsetzung des Gesellschaftskapitals der an einen gebietsfremden Aktionär gezahlte Betrag aus dem Rücklauf von Aktien als Dividendenausschüttung besteuert wird, ohne dass ein Recht auf Abzug der Einstandskosten dieser Aktien besteht, während der an einen gebietsansässigen Aktionär gezahlte gleiche Betrag als Veräußerungsgewinn besteuert wird, wobei ein Recht auf Abzug der Einstandskosten besteht, mit Art. 56, 58 EG. Auch ein Doppelbesteuerungsabkommen dürfe nicht zu einer solchen Ungleichbehandlung führen.

⁸² Vgl. *EuGH*, *Slg.* 2002, I-4781 – Kommission/Frankreich. Hierzu schon *Epiney*, *NVwZ* 2004, 555 (563).

Handlungsformen der Mittel des Privatrechts bedient. Dies ist schon deshalb zwingend, weil der Staat sich ansonsten über die privatrechtliche Gestaltung seines Handelns der Bindung an die Grundfreiheiten entziehen könnte. Interessant ist allerdings, dass der *EuGH* das Vorliegen staatlichen Verhaltens offenbar für notwendig hielt, was einer umfassenden Drittwirkung der Grundfreiheiten – oder zumindest des Art. 56 I EG – entgegensteht, jedenfalls soweit Beschränkungen (und nicht formelle oder materielle) Diskriminierungen betroffen sind⁸³. Die Bejahung eines Eingriffs in den verb. Rs. C-282, 283/04 ist schon deshalb überzeugend, weil die Entscheidung zur Investition selbstredend auch davon abhängt, ob ein Investor sich verspricht, auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss nehmen zu können, und im Übrigen bergen derartige Sonderrechte des Staates die Gefahr, dass für das Unternehmen bedeutende Entscheidungen nicht in Einklang mit den wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft getroffen werden. Insofern handelt es sich hier um eine Marktzugangsbeschränkung, und eine Heranziehung der „*Keck*“-Rechtsprechung⁸⁴ kommt von vornherein nicht in Betracht, unabhängig davon, ob sie überhaupt im Rahmen des Art. 56 EG greifen kann, was durchaus – etwa bezüglich allgemeiner Rahmenbedingungen von Investitionen – denkbar ist. Das Urteil bestätigt insgesamt, dass Sonderrechte des Staates bei privaten Gesellschaften nur sehr beschränkt möglich sind und jedenfalls in Bezug auf Gesellschaften ohne den Auftrag, die Versorgungssicherheit mit grundlegenden Wirtschaftsgütern sicherzustellen, gemeinschaftswidrig sind⁸⁵.

IV. Umweltrecht

Aus dem Berichtszeitraum ist in erster Linie⁸⁶ auf drei Urteile zur RL 92/43⁸⁷ hinzuweisen:

In der Rs. C-98/03⁸⁸ stellt der *EuGH* eine nicht ordnungsgemäße Umsetzung der RL 92/43 durch Deutschland fest. Zur Debatte stand im Wesentlichen die Reichweite der nach Art. 6 III

⁸³ In Bezug auf Art. 39 EG bejahte der *EuGH* eine umfassende Drittwirkung bei einer (materiell) diskriminierenden Regelung. Vgl. *EuGH*, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4161 – Angonese.

⁸⁴ *EuGH*, Slg. 1993, I-6097 – *Keck*.

⁸⁵ S. insoweit auch *Piesskalla*, *EuZW* 2006, 724 (725), der darauf hinweist, dass unter diesem Gesichtspunkt auch das „Volkswagengesetz“ gemeinschaftswidrig sein dürfte.

⁸⁶ S. darüber hinaus *EuGH*, Rs. C-215/04, *EuZW* 2006, 346 – Pedersen, wo der *EuGH* einige Bestimmungen der Abfallverbringungsverordnung (VO 259/93) auslegt. Insbesondere hält er fest, dass von der notifizierenden Person nicht der Nachweis verlangt werden dürfe, dass die Verwertung im Bestimmungsstaat mit der in der Regelung des Versandstaats vorgesehenen gleichwertig ist. Die Ausführungen des *EuGH* dürften größtenteils auf die neue Abfallverbringungsverordnung (VO 1013/2006, ABl. 2006 Nr. L 190, 1), die die VO 259/93 ablösen wird, übertragbar sein; *EuG*, Rs. T-210/02, *ZUR* 2006, 541 – British Aggregates Association (Konkretisierung der Anforderungen des Beihilferechts an den Anwendungsbereich einer Umweltabgabe); *EuGH*, Rs. C-216/05, *ZUR* 2006, 33 (Vereinbarkeit der Erhebung einer Verwaltungsgebühr für die Bearbeitung von Stellungnahmen der Öffentlichkeit im Rahmen der UVP mit der RL 85/337, sofern die Gebühr nicht so hoch festgesetzt wird, so dass die Richtlinie ihre volle Wirksamkeit nicht entfalten kann, was dann der Fall wäre, wenn eine Gebühr aufgrund ihrer Höhe die Ausübung der Beteiligungsrechte aus Art. 6 RL 85/337 behinderte.

⁸⁷ „Habitatrichtlinie“, ABIEG 1992 Nr. L 206, 7. S. ansonsten zur RL 92/43 noch *EuGH*, Rs. C-239/04, Urt. v. 26.10.2006 – Kommission/Portugal (enge Auslegung des Art. 6 IV als Ausnahmebestimmung im Verhältnis zu Art. 6 III 2 RL 92/43, so dass eine Durchführung eines Projekts nach Art. 6 IV RL 92/43 insbesondere von der Voraussetzung abhängt, dass das Fehlen von Alternativlösungen nachgewiesen ist).

⁸⁸ *EuGH*, Rs. C-98/03, *EuZW* 2006, 217 – Kommission/Deutschland.

1 RL 92/43 geforderten Verträglichkeitsprüfung, die sich auf Pläne und Projekte (sofern nicht mit der Verhaltung eines Gebiets in Verbindung stehend oder hierfür notwendig) bezieht, die ein solches Schutzgebiet einzeln oder zusammen mit anderen Projekten erheblich beeinträchtigen können. Diese Pflicht greife unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips immer schon dann, wenn auf der Grundlage objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine erhebliche Beeinträchtigung des Gebiets möglich ist. Daher dürften bestimmte Kategorien von Projekten nicht anhand von Kriterien, die nicht geeignet sind zu gewährleisten, dass die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Schutzgebiete durch die gefragten Projekte ausgeschlossen ist, „pauschal“ von der Verträglichkeitsprüfung ausgenommen werden. Gerade dies sei aber durch § 10 I Nr. 11 lit. b, c BNatSchG geschehen, nähmen diese Vorschriften doch einerseits Projekte von der Prüfungspflicht aus, die zwar in Natur und Landschaft eingreifen, jedoch nicht die Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder den mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegel verändern; andererseits würden – entgegen den erwähnten Vorgaben der RL 92/43 – allgemein auch Projekte, die nicht genehmigungsbedürftige Anlagen sowie nicht erlaubnis- oder bewilligungsbedürftige Gewässernutzungen betreffen, von der Verträglichkeitsprüfung ausgenommen. Denn bei diesen Ausnahmen müsse nicht eigens geprüft werden und sei auch nicht zwingend entscheidungsrelevant, ob ein Schutzgebiet beeinträchtigt wird. Dies ist insofern überzeugend, als solche Maßnahmen tatsächlich (wenn dies auch die Ausnahme darstellen mag) die Erhaltungsziele eines FFH-Gebiets erheblich beeinträchtigen können, zumal gerade der Stand der Technik zu niedrig sein kann, um schädliche Auswirkungen auf ein FFH-Gebiet zu vermeiden. Verallgemeinert man diesen Ansatz des *Gerichtshofs*, so schließt Art. 6 III RL 92/43 eine Art „generalisierte“ und vorweggenommene Verträglichkeitsprüfung aus. Ein weiterer Aspekt des Urteils betrifft § 36 BNatSchG, der nicht sicherstelle, dass Emissionen, die ein Schutzgebiet außerhalb des Einwirkungsbereichs der Anlage treffen, die betroffenen Schutzgebiete nicht beeinträchtigen. Dies ist schon deshalb zwingend, weil es vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der RL 92/43, die Schutzgebiete zu erhalten, nicht auf den Einwirkungsbereich einer Anlage, sondern auf ihre tatsächlichen Auswirkungen auf ein Schutzgebiet ankommen muss. Schließlich stellt der *EuGH* noch eine Verletzung von Art. 12 I lit. d RL 92/43 (der sich auch auf nicht absichtliche Handlungen erstreckt), von Art. 16 RL 92/43 (der den Ausnahmekatalog beschränkt, so dass diese Bestimmung im deutschen Recht zu weit und unbestimmt umgesetzt worden sei), von Art. 12, 13 (die ein klares und striktes Verbot der Beschädigung der Fortpflanzungs- und Ruhestätten der geschützten Tierarten vorsähen) und Art. 12, 16 (nicht ausreichende Umsetzung gewisser Schutzvorschriften zugunsten einiger bedrohter Fische). Der letzte Punkt ist insbesondere deshalb interessant, weil es der *EuGH* offenbar für nicht mit der RL 92/43 im Einklang stehend erachtet, wenn ein Verbot im Bundesrecht festgeschrieben wird, gleichzeitig aber durch Landesrecht aufgehoben wird bzw. werden kann, bedeute dies doch eine nicht

hinreichend klare Umsetzung, ein Aspekt, der bei der Föderalismusreform im Umweltbereich nur sehr unzureichend berücksichtigt worden sein dürfte⁸⁹.

In der Rs. C-244/05⁹⁰ stand die Frage im Vordergrund, welches Schutzregime für Gebiete Anwendung findet, die auf der von einem Mitgliedstaat der Kommission nach Art. 4 I RL 92/43 zu übermittelnden Liste figurieren. Der *EuGH* stellt hier klar, dass die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen hätten, dass keine Eingriffe in diese Gebiete erfolgen dürften, die ihre ökologischen Merkmale „ernsthaft“ – wobei diese Voraussetzung wohl immer dann gegeben sein dürfte, wenn die Beeinträchtigung ein gewisses qualitatives Ausmaß erreicht und nicht mehr umkehrbar ist – beeinträchtigen könnten⁹¹. Die Mitgliedstaaten hätten alle erforderlichen Maßnahmen hierfür zu ergreifen, wobei der *EuGH* noch auf die „Vorschriften des nationalen Rechts“ abstellt, was auf den ersten Blick die Annahme nahe legen könnte, dass die entsprechenden Maßnahmen nur unter der Voraussetzung ergriffen werden müssen, dass sie nach nationalem Recht möglich sind⁹². Die Formulierungen im Urteil – die ausdrücklich auf die Modalitäten zur Durchführung der Schutzregelung Bezug nehmen – legen jedoch die Annahme nahe, dass es dem *EuGH* nur (aber immerhin) darum geht, das „Wie“ der Sicherstellung des Schutzes den Mitgliedstaaten zu überlassen, während das Ergebnis (keine ernsthafte Beeinträchtigung der ökologischen Merkmale eines Gebiets) aber jedenfalls sicherzustellen ist. Damit dürfte der sich bereits im Urteil *Dragaggi*⁹³ zumindest angedeutete Ansatz, dass es in Bezug auf die in die mitgliedstaatliche Liste aufgenommenen Schutzgebiete um eine ergebnisorientierte Verpflichtung geht, während sich die Pflichten der Art. 6 II-IV RL 92/43 auf die Schutzgebiete und die in die gemeinschaftliche Liste aufgenommenen Gebiete beziehen sowie auch verfahrensbezogen sind. Damit geht es also bei in die mitgliedstaatliche Liste aufgenommenen Gebieten letztlich um eine Art Stillhaltepflicht, kombiniert mit einer Pflicht zum Ergreifen von Maßnahmen, wenn die Schutzgebiete durch Dritte beeinträchtigt werden könnten. Noch offen ist allerdings die Frage, ob die Mitgliedstaaten auch eine „natürliche ökologische Verschlechterung“ der Gebiete verhindern müssen, was im Zweifel zu bejahen sein dürfte, da einmal „natürliche“ Ereignisse nur sehr schwer von durch den Menschen verursachten Ereignissen unterschieden werden können und zum anderen eben auch „natürliche Verschlechterungen“ die Erhaltungsziele der RL 92/43 beeinträchtigen könnten.

Die Rs. T-136/04⁹⁴ betraf den Rechtsschutz im Rahmen der Anwendung der RL 92/43: Eigentümer eines Grundstücks, das von der Kommission (auf Vorschlag des betreffenden

⁸⁹ Hierzu ausführlich m.w.N. *Epiney*, NuR 2006, 403 (409).

⁹⁰ *EuGH*, Rs. C-244/05, EuZW 2007, 61 – Bund Naturschutz/Bayern.

⁹¹ Wobei – insoweit ähnlich wie im Rahmen des Art. 6 IV RL 92/43 – aber wohl Maßnahmen aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses „erst recht“ erlaubt sein müssen, vgl. *Schäfer*, EuZW 2006, 63 (64).

⁹² In diese Richtung offenbar *Schäfer*, EuZW 2006, 63 (64), wobei sein Ansatz aber nicht ganz klar wird.

⁹³ *EuGH*, Rs. C-11/03, EuZW 2005, 152; hierzu schon *Epiney*, NVwZ 2006, 1244 (1250 f.).

⁹⁴ *EuG*, Rs. T-136/04, ZUR 2006, 535 – Freiherr von Cramer-Klett. Zu dieser Entscheidung *Gärditz*, ZUR 2006, 536 ff., der zutreffend und instruktiv auf die Implikationen des Ansatzes des *Gerichts* für die Gewährung nationalen Rechtsschutzes hinweist.

Mitgliedstaats) nach Art. 4 II RL 92/43 in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen wurde, seien von der Entscheidung der Kommission in ihren Eigentümerinteressen nicht unmittelbar betroffen im Sinne des Art. 230 IV EG mit der Folge, dass die Nichtigkeitsklage ausgeschlossen ist. Denn eine solche Entscheidung enthalte keine Bestimmung über die Regelung zum Schutz der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung (wie etwa Erhaltungsmaßnahmen oder Genehmigungsverfahren) und berühre daher weder Rechte und Pflichten der Grundeigentümer noch die Ausübung dieser Rechte. Alle sich aus der Aufnahme in die gemeinschaftliche Liste ergebenden Pflichten (insbes. Art. 6 II-IV RL 92/32) betreffen den Mitgliedstaat, nicht unmittelbar den Grundeigentümer, der seinerseits gegen mögliche mitgliedstaatliche Maßnahmen auf nationaler Ebene Rechtsschutz erlangen könne.

V. Gleichbehandlung von Mann und Frau

In der Rs. C-423/04⁹⁵ hält der *EuGH* fest, dass Art. 4 I RL 79/7 zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit⁹⁶ verlangt, dass Personen, die sich einer Geschlechtsumwandlung vom Mann zur Frau unterzogen haben, im gleichen Alter eine Rente zu gewähren sei wie „normalen“ Frauen. Der *EuGH* knüpft dabei an das Urteil in der Rs. C-117/01⁹⁷ an, wonach dem überlebenden Partner einer Frau ein Anspruch gegen seinen Arbeitgeber auf Witwenrente zusteht, wenn er auf Grund einer Geschlechtsumwandlung zum Mann geworden war, die beiden Personen jedoch nicht geheiratet hatten, da die Geschlechtsumwandlung unter Verstoß gegen Art. 12 EMRK nicht anerkannt worden war. Allerdings nimmt der *Gerichtshof* – im Gegensatz zu dem Urteil in der Rs. C-117/01 – gerade nicht (auch) auf einen Verstoß gegen gemeinschaftliche Grundrechte Bezug, sondern stellt allgemein fest, dass die Ungleichbehandlung ihren „Ursprung“ in der Geschlechtsumwandlung habe und daher eine verbotene Diskriminierung darstelle⁹⁸. Man wird hieraus ableiten können⁹⁹, dass es für das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts für den *EuGH* offenbar entscheidend war, dass die Person legal eine Frau – und kein Mann – war und damit das Geschlecht „indirekt“ für die Nichtentstehung des Anspruchs entscheidend war.

Nach dem Urteil in der Rs. C-294/04¹⁰⁰ verstößt es gegen den in der RL 76/207 verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Berufsleben, wenn einer Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub im Hinblick auf die Bedingungen für den Zugang zur Beamtenlaufbahn nicht dieselben Rechte zuerkannt werden wie die, die den übrigen (erfolgreichen) Bewerbern desselben Einstellungsverfahrens zuerkannt werden, indem der

⁹⁵ *EuGH*, Rs. C-423/04, EuZW 2006, 343 – Sarah Margaret Richards.

⁹⁶ ABl. L 6/1979, 24..

⁹⁷ *EuGH*, Rs. C-117/01, Slg. 2004, I-541 – K.B.

⁹⁸ Die im Übrigen auch nicht gerechtfertigt werden könne, da Art. 7 RL 79/7 eng auszulegen sei.

⁹⁹ Was im Gefolge der Rs. C-117/01 noch nicht wirklich klar war, vgl. *Epiney*, NVwZ 2006, 407 (419).

¹⁰⁰ *EuGH*, Rs. C-294/04, EuZW 2006, 542 – Herrero.

Dienstantritt dieser Arbeitnehmerin auf das Ende des Mutterschaftsurlaubs verschoben wird, ohne dass die Dauer dieses Urlaubs für die Berechnung des Dienstalters berücksichtigt wird. Denn jegliche Benachteiligung im Zusammenhang mit dem Mutterschaftsurlaub sei verboten, was auch dann gelte, wenn während des Urlaubs ein neues Arbeitsverhältnis begründet wird. Diese Schlussfolgerung ist vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung – die bereits festgehalten hatte, dass eine Arbeitnehmerin in einem bestehenden Arbeitsverhältnis nicht wegen ihrer Abwesenheit während des Mutterschaftsurlaubs benachteiligt werden dürfe¹⁰¹ – zwingend, da nicht ersichtlich ist, warum hier zwischen bestehenden und neuen Arbeitsverhältnissen eine unterschiedliche Beurteilung zum Zug kommen sollte.

In einem gewissen Kontrast zu diesem Urteil stehen einige Ausführungen des Gerichtshofs in der Rs. C-17/05¹⁰², in der es um die Vereinbarkeit eines Entgeltsystems, das entscheidend auf das Dienstalter als Kriterium für die Höhe des Entgelts abstellt, ging. Zwar stelle ein solches System eine (materielle) Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts dar; jedoch sei diese durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt, da das Abstellen auf die Anciennität die Berufserfahrung honorieren wolle. Da der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters in aller Regel geeignet sei, dieses Ziel zu erreichen, habe der Arbeitgeber nicht besonders darzulegen, dass durch den Rückgriff auf dieses Kriterium in Bezug auf einen bestimmten Arbeitnehmer dieses Ziels erreicht werden kann. Etwas anderes gelte jedoch dann, wenn der Arbeitnehmer Anhaltspunkte dafür liefert, die ernstliche Zweifel daran aufkommen lassen, dass im konkreten Fall das Dienstalter ein taugliches Kriterium zur Honorierung der Berufserfahrung darstellt. Stellt man diese Feststellungen in einen Zusammenhang mit dem Urteil in der Rs. C-294/04, so müssten aber jedenfalls die Mutterschaftsurlaube für die Anciennität berücksichtigt werden (was im konkreten Fall aber nicht zu entscheiden war, so dass der EuGH hierzu keine Stellung nahm). Weiter ist zu bemerken, dass das Urteil davon ausgeht, dass immer dann, wenn ein Entgeltsystem „auf den ersten Blick“ geeignet ist, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, dem (potentiell diskriminierten) Arbeitnehmer die Beweislast obliegt, wobei er – im Einklang mit der Beweislastrichtlinie (RL 97/80) – wohl nur den Anschein darlegen muss, dass das System in Bezug auf ihn nicht zur Erreichung des Ziels geeignet ist.

¹⁰¹ *EuGH*, Rs. C-284/02, Slg. 2004 – Sass.

¹⁰² *EuGH*, Rs. C-17/05, *EuZW* 2006, 693 – B.F. Cadman.