

Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2014: Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht

*Astrid Epiney, Freiburg i.Ue.**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2014. Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2015, S. 777-784. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Der vorliegende Beitrag gibt – im Anschluss an den vorherigen Bericht (NVwZ 2014, 1275) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2014 und damit auch über die Rechtsentwicklung in der EU. Thematisch erfolgt eine Beschränkung auf gewisse materiellrechtliche Aspekte (Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, Grundfreiheiten – diese mit Ausnahme der Kapitalverkehrsfreiheit sowie spezifisch steuerrechtlicher Aspekte – und die Gleichstellung von Mann und Frau). Der Akzent liegt auf der Zusammenfassung der neueren Entwicklungen und ggf. einer kurzen Kommentierung.

I. Unionsbürgerschaft und allgemeines Diskriminierungsverbot

1. Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

a) *Anwendbarkeit des Art. 18 AEUV auf nicht erwerbstätige Unionsbürger:* Von besonderer Bedeutung im Berichtszeitraum war das von der Großen Kammer entschiedene Urteil in der Rs. C-333/13¹, in dem es um die Frage ging, ob eine nicht erwerbstätige Unionsbürgerin, die nicht über ausreichende Existenzmittel verfügte, vom Bezug beitragsunabhängiger Sozialleistungen ausgeschlossen werden darf. Der *Gerichtshof* weist – durchaus unter Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung – darauf hin, dass Art. 18 AEUV in Art. 24 RL 2004/38 (und Art. 4 VO 883/2004) eine Konkretisierung erfahren habe, soweit es um Unionsbürger geht, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, so dass es im Ausgangsfall um die Auslegung dieser Bestimmung gehe. Diese sehe in ihrem Absatz 1 ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor, während ihr Absatz 2 eine Ausnahme von diesem Verbot enthalte. Fraglich war somit, ob in Konstellationen, die nicht in den Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38² fallen, Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 unter den Umständen des Ausgangsfalls ein Recht auf Zugang zu Sozialhilfe begründe. Der *Gerichtshof* verneinte diese Frage, dies unter Hinweis darauf, dass ein Unionsbürger nur unter der Voraussetzung einen diskriminierungsfreien Zugang zu

* Die Autorin ist Professorin und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universität Fribourg/CH. Herrn Rechtsassessor *Robert Mosters* sei herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts gedankt.

¹ *EuGH*, Urt. v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 – Dano.

² Der sich nur auf nicht erwerbstätige Personen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder ggf. während eines darüber hinausgehenden Zeitraums der Arbeitssuche oder auf Personen, die vor dem Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen gewährt bekommen wollen, bezieht

Sozialleistungen verlangen könne, wenn sein Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats die Voraussetzungen der RL 2004/38 erfüllt, was bei nicht erwerbstätigen Unionsbürgern nach Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 insbesondere voraussetze, dass sie über hinreichende Existenzmittel verfügen, eine Vorschrift, die nicht erwerbstätige Unionsbürger daran hindern solle, das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaats zur Bestreitung des Lebensunterhalts in Anspruch zu nehmen. Im Übrigen sei die Grundrechtecharta nicht anwendbar, da sich die Voraussetzungen der Gewährung beitragsunabhängiger Sozialleistungen nicht aus dem Unionsrecht ergäben, so dass keine Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCh vorliege.

Das Urteil ist in mehrerer Hinsicht bemerkenswert:

- Der ausschließliche Bezug des *Gerichtshofs* auf die sekundärrechtlichen Regelungen wirft die Frage nach ihrem Verhältnis zu Art. 18 AEUV auf, zumal die Formulierung in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 diejenige von Art. 18 AEUV aufgreift und der *Gerichtshof* sich in seiner früheren Rechtsprechung auf diese Bestimmung bezogen hatte. Es verwundert, dass der *Gerichtshof* mit keinem Wort auf die Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung der Richtlinienbestimmungen und ihre (möglichen) Implikationen eingeht.
- In der Sache schränkt das Urteil die Tragweite bzw. den Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV wohl auch im Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung ein: Denn das Diskriminierungsverbot soll nur unter der Voraussetzung zur Anwendung kommen, dass dem Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht aufgrund der RL 2004/38 zusteht; nicht ausreichend ist offenbar ein auf nationales Recht gegründetes Aufenthaltsrecht, was wohl eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung darstellen dürfte,³ auch wenn der *Gerichtshof* diesen Aspekt so nicht ausdrücklich erwähnt.
- Denkt man diesen Ansatz des *Gerichtshofs* zu Ende, so ist Art. 18 AEUV in Konstellationen, in denen es um die Diskriminierung von Unionsbürger aus Gründen der Staatsangehörigkeit in anderen Mitgliedstaaten geht, immer dann nicht anwendbar, wenn diesen kein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 zusteht, ohne dass eigentlich die Voraussetzungen des Art. 18 AEUV (insbesondere Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge) geprüft werden müssten, womit das Sekundärrecht die Tragweite des Primärrechts einschränkt und insbesondere die Rechtfertigungsdogmatik dieser Bestimmung nicht mehr zum Zuge kommen kann.
- Der *Gerichtshof* beantwortete nicht die Frage, wie eine Konstellation zu beurteilen wäre, in denen ein Unionsbürger zunächst ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 hat, dieses aber im Zuge des Wegfallens seiner Voraussetzungen verloren hat, etwa weil er keine ausreichenden finanziellen Mittel mehr hat. Auch hier stellte sich die Frage, ob eine Berufung auf das Diskriminierungsverbot von vornherein ausgeschlossen wäre

³ Vgl. insoweit insbesondere *EuGH*, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 – Trojani; s. auch *EuGH*, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 – Grzelczyk.

oder ob – wofür wohl die bisherige Rechtsprechung sowie die Effektivität des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger sprechen – hier der Grundsatz, dass allein eine (ggf. vorübergehende) Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht „automatisch“ zum sofortigen Wegfall der Aufenthaltsberechtigung führen darf, zum Zuge kommen müsste. In diesem Rahmen wäre dann jedenfalls auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.

- Schließlich – auch hierauf ging der *EuGH* nicht ein – spricht einiges dafür, jedenfalls in denjenigen Konstellationen, in denen ein Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 hat, dieses erst nach einer sorgfältigen Prüfung der maßgeblichen Umstände wegfallen kann mit der Folge, dass das Diskriminierungsverbot nicht mehr zum Zuge kommt bzw. käme.

Zwar mag man dem Urteil im Ergebnis und in Anbetracht des Sachverhalts des Ausgangsfalls durchaus zustimmen; bedauerlich sind aber die teilweise festzustellenden dogmatischen Unschärfen, die eher apodiktisch und sehr allgemein anmutenden Formulierungen sowie das nicht wirklich klare Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung.

b) *Diskriminierende „Sprachregelung“*: Nach dem Urteil in der Rs. C-274/96⁴ hatte sich der *EuGH* in der Rs. C-322/13⁵ erneut mit dem Sprachenregime in Südtirol auseinanderzusetzen und hielt fest, dass eine Regelung, wonach in einem zivilrechtlichen Verfahren das Recht, sich einer anderen Sprache als der (nationalen) Amtssprache zu bedienen (*in casu* der deutschen Sprache) zu bedienen, auf Personen, die in der Gebietskörperschaft wohnhaft sind, beschränkt ist, gegen Art. 18, 21 AEUV verstoße. Damit übertrug der *Gerichtshof* den im erstgenannten Urteil bereits für Strafverfahren entwickelten Grundsatz auf Zivilverfahren, wobei er im Zusammenhang mit der Rechtfertigung u.a. ausdrücklich darauf hinwies, mögliche Zusatzkosten im Zuge einer Ausweitung des Rechts zum Gebrauch der deutschen Sprache seien als wirtschaftlicher Grund einzustufen und könne keine Beschränkung einer vom Vertrag garantierten Grundfreiheit (gemeint ist hier offenbar Art. 21 AEUV) rechtfertigen. Im Zusammenhang mit der Frage nach der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge erachtete der *Gerichtshof* offenbar – ohne dies ausdrücklich zu problematisieren – Art. 21 AEUV für entscheidend (dies obwohl im konkreten Fall auch ein Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit gegeben war).

Das Urteil bestätigt einmal mehr, dass sich ein Unionsbürger, der sich auf der Grundlage des Art. 21 AEUV rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält, auf das in Art. 18 AEUV verankerte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit berufen kann, ohne dass es darauf ankäme, ob der betroffene Sachbereich als solcher in den Anwendungsbereich der Verträge fällt, da diese Voraussetzung offenbar allein aufgrund des rechtmäßigen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat als erfüllt anzusehen ist (wobei

⁴ *EuGH*, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637 – Bickel.

⁵ *EuGH*, Urt. v. 27.3.2014, Rs. C-322/13 – Rüffer.

hiervon Bereiche, in denen der Vertrag eine besondere Verbindung zwischen Staat und „seinen“ Staatsbürgern als eine Art Tatbestandselement für die betreffenden Rechtspositionen anerkennt, ausgenommen sein dürften).

c) *Diskriminierung von Luftfahrtunternehmen*: Sieht ein Mitgliedstaat vor, dass über eine Betriebsgenehmigung eines anderen Mitgliedstaats verfügende Luftfahrtunternehmen, die bestimmte Flüge aus einem Drittstaat in diesen Mitgliedstaat tätigen wollen, hierfür eine Erlaubnis benötigen (während eine solche für „inländische“ Luftfahrtunternehmen nicht verlangt wird), die zudem nur beim Vorliegen des Nachweises, dass inländische Unternehmen diese Flüge nicht durchführen können, erteilt wird, sei ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV anzunehmen, so der *Gerichtshof* in der Rs. C-628/11⁶. Da sich das aus dem Sekundärrecht ergebende Erfordernis einer Betriebsgenehmigung auch auf Flugdienste zwischen einem Drittstaat und einem Mitgliedstaat beziehe, fielen solche Dienste in den Anwendungsbereich der Verträge im Sinne des Art. 18 AEUV. Im Übrigen finde Art. 18 AEUV ungeachtet des Art. 58 AEUV Anwendung, beziehe sich die zuletzt genannte Bestimmung doch nur auf den freien Dienstleistungsverkehr. Die mit der fraglichen Regelung einhergehende materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit könne nicht durch die vorgebrachten Gründe gerechtfertigt werden: Der Schutz der nationalen Wirtschaft stelle ein wirtschaftliches Ziel dar, das eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht rechtfertigen könne, und für die Gewährleistung der Sicherheit sei die Maßnahme nicht erforderlich, da diesem Anliegen bereits im Rahmen der Erteilung der Betriebsgenehmigung im Herkunftsstaat des Luftfahrtunternehmens Rechnung getragen werde.

2. *Abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige*

In der von der Großen Kammer entschiedenen Rs. C-456/12⁷ führte der *Gerichtshof* – in Anknüpfung an sein Urteil in der Rs. C-291/05⁸ – seine Rechtsprechung zur Frage des abgeleiteten Aufenthaltsrechts von Drittstaatsangehörigen aus Art. 21 Abs. 1 AEUV (i.V.m. der RL 2004/38) fort: Wenn ein Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 Abs. 1 AEUV ausübt hat und in einem anderen Mitgliedstaat mit einem Drittstaatsangehörigen ein Familienleben begründet hat, stehe letzterem für den Fall, dass der Unionsbürger in „seinen“ Mitgliedstaat zurückkehren möchte, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu, dies auf der Grundlage des Art. 21 AEUV sowie in entsprechender Anwendung des Art. 7 Abs. 1, 2 RL 2004/38 (eine direkte Berufung auf die RL 2004/38 schloss der *EuGH* in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung aus, da diese Richtlinie nur die Einreise und den Aufenthalt eines Unionsbürgers in andere Mitgliedstaaten als den, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, regle). Denn die effektive Wirksamkeit des Art. 21 Abs. 1 AEUV impliziere, dass das

⁶ *EuGH*, Urt. v. 18.3.2014, Rs. C-628/11 – International Jet Management (Große Kammer).

⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 – O und B.

⁸ *EuGH*, Rs. C-291/05, Slg. 2007. I-10761 – Eind.

Familienleben, das der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat geführt hat, bei seiner Rückkehr in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, fortgesetzt werden kann; ansonsten könne er davon abgehalten werden, sein Recht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV auszuüben. Der Aufenthalt des Unionsbürgers im Aufnahmestaat müsse aber auf eine „gewisse Dauer angelegt“ gewesen sein, wobei von einer „gewissen Dauer“ nach dem Urteil nur dann auszugehen sei, wenn das Recht auf einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt (vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38) geltend gemacht wird, und jedenfalls nicht für ausreichend hält der *Gerichtshof* lediglich Kurzaufenthalte (z.B. Wochenenden oder Urlaub). Im Übrigen müsse sich bei einem solchen eine gewisse Zeit andauernden Aufenthalt eines Unionsbürgers im Aufnahmestaat auf der Grundlage und unter Beachtung der Art. 7 Abs. 1, 2 RL 2004/38 dort ein Familienleben entwickelt oder gefestigt haben. Schließlich weist der *Gerichtshof* ausdrücklich auf das Rechtsmissbrauchsverbot hin, dass allerdings voraussetze, dass ein Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde, und zum anderen, dass subjektiv die Absicht gegeben ist, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden.

Damit geht der *Gerichtshof* davon aus, dass nicht nur (wie bereits auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung) wirtschaftlich tätige Personen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht im Falle der Rückkehr in den Heimatstaat verschaffen können, sondern alle Unionsbürger, die von ihrem Recht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV Gebrauch machen, womit ein weiterer Schritt in die Richtung einer strukturellen Annäherung des Art. 21 AEUV mit den Grundfreiheiten einhergeht. Allerdings formuliert er in diesem Zusammenhang eine Reihe einschränkender Voraussetzungen, wobei jedoch zu betonen ist, dass offenbar nicht ein mindestens dreimonatiger Aufenthalt des Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat verlangt wird, sondern nur (aber immerhin), dass der Aufenthalt auf eine gewisse Dauer angelegt war und sich auf das Recht auf einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt stützte. Abgrenzungsfragen dürften hier vorprogrammiert sein, ebenso wie bei der Frage, ob sich im Aufnahmemitgliedstaat ein Familienleben entwickelt oder gefestigt hat (offenbar sollen die Familienbande als solche nicht ausreichen). Fraglich ist weiter, ob in solchen „Rückkehrkonstellationen“ ein Rechtsmissbrauch vorliegen kann, was der *Gerichtshof* offenbar – aufgrund seines diesbezüglichen Hinweises – bejaht. Allerdings ist höchst fraglich, ob die vom *Gerichtshof* erwähnten sehr engen Voraussetzungen für die Annahme eines solchen Rechtsmissbrauchs in der Praxis wirklich nachweisbar sein können, jedenfalls in denjenigen Konstellationen, in denen es nicht um eigentliche „Scheinehen“ geht. Denn das „Ziel der Regelung“ dürfe ja auch und gerade der Schutz des Familienlebens sein, so dass es – immer im Falle des Vorliegens von Familienbanden und eines gelebten Familienlebens – kaum vorstellbar ist, dass bei Vorliegen der vom *Gerichtshof* skizzierten Voraussetzungen für das Rückkehrrecht das Ziel der Regelung nicht erreicht werden kann,

ganz abgesehen davon, dass auch die Absicht, die Voraussetzungen willkürlich zu schaffen, kaum je nachweisbar sein wird. Schließlich bleibt die dogmatische Konstruktion der entsprechenden Heranziehung der RL 2004/38 (wobei eine analoge Anwendung von Richtlinienbestimmungen grundsätzlich wohl nicht möglich ist und vom *EuGH* auch – wenn überhaupt – kaum jemals angenommen wurde) denkbar unklar; offenbar geht es darum, dass die Richtlinie – obwohl ihre Anwendbarkeit zunächst verneint wurde – im Ergebnis doch auf diese Rückkehrkonstellationen unter den im Urteil aufgeführten Voraussetzungen herangezogen werden soll, dies wohl vor dem Hintergrund, dass derartige Situation gleich gelagert sind wie die (direkt) von der Richtlinie geregelten Konstellationen. Offen bleibt dabei die Frage, ob es methodisch nicht sauberer gewesen wäre, die Richtlinie als solche – vor dem Hintergrund des Art. 21 Abs. 1 AEUV und unter Rückgriff auf teleologische Elemente – in den „Rückkehrkonstellationen“ anzuwenden.

Ebenfalls um das abgeleitete Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds ging es in der von der Großen Kammer entschiedenen Rs. C-457/12⁹, wobei der Unionsbürger in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der besitzt, wohnte und arbeitete, sich aber regelmäßig als Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat begibt. Der *Gerichtshof* erachtete die RL 2004/38 nicht als einschlägig, da der Unionsbürger – im Gegensatz zur Konstellation in der Rs. C-456/12 – nicht durch eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatte, so dass der bereits in anderen Urteilen formulierte Grundsatz, wonach aus der RL 2004/38 keine Rechte eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers auf Aufenthalt in dessen Heimatstaat abgeleitet werden könne, zur Anwendung komme. Allerdings komme in den Ausgangskonstellationen die Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Zuge, die immer bereits dann anwendbar sei, wenn ein Unionsbürger im Rahmen eines Arbeitsvertrages in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnstaat eine Beschäftigung ausübt. Was das abgeleitete Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen betrifft, überträgt der *Gerichtshof* letztlich die bereits in der Rs. 60/00 (*Carpenter*)¹⁰ entwickelten Grundsätze auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit, so dass diesen ein Aufenthaltsrecht zukommen könne, wenn dies notwendig ist, damit der Unionsbürger seine Rechte aus Art. 45 AEUV tatsächlich wahrnehmen kann. Dabei präzisiert der *Gerichtshof* noch, dass der Umstand, dass es wünschenswert erscheinen mag, dass ein Drittstaatsangehöriger, der mit dem Ehegatten des Unionsbürgers in aufsteigender Linie verwandt ist, die Betreuung für ein Kind des Unionsbürgers übernimmt, für sich allein noch nicht genüge, um eine abschreckende Wirkung (für die Wahrnehmung der Grundfreiheit) der Verweigerung von dessen Aufenthalt festzustellen. Diese Relativierung bleibt in ihrer Tragweite enigmatisch: Bei drittstaatsangehörigen Ehegatten (wie in der Rs. *Carpenter*) soll offenbar die Kinderbetreuung

⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-457/12 – S. und G.

¹⁰ *EuGH*, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 – *Carpenter*.

„automatisch“ dazu führen, dass ihr Aufenthalt – im Falle häufiger Auslandsabwesenheiten des Unionsbürgers – im Hinblick auf die Effektivität der Wahrnehmung der Grundfreiheiten notwendig ist, bei sonstigen Familienangehörigen offenbar nicht, obwohl es doch in beiden Fallgestaltungen um dasselbe Problem – nämlich die Beaufsichtigung von Kindern – geht. Zudem bleibt unklar, welche zusätzlichen Elemente erforderlich sein sollen, damit die „abschreckende Wirkung“ angenommen werden kann. Möglicherweise – wobei der *Gerichtshof* mit keinem Wort hierauf eingeht – könnte der Schutz des Familienlebens hier eine Rolle spielen.

II. Grundfreiheiten

1. Warenverkehrsfreiheit

Verlangt ein Mitgliedstaat, dass aus einem anderen Mitgliedstaat Edelmetallgegenstände, die dort rechtmäßig in den Verkehr gebracht werden dürfen und gemäß den dortigen Regelungen punziert worden sind, im Inland nur vertrieben werden dürfen, wenn die Angaben über ihren Feingehalt in der Punze den inländischen Regelungen entsprechen oder von einer unabhängigen Stelle erneut gekennzeichnet werden, stelle dies – so der *Gerichtshof* in der Rs. C-481/12¹¹ – dann einen Verstoß gegen Art. 34, 36 AEUV dar, wenn die in der im Herkunftsstaat angebrachten Punze enthaltenen Informationen dort geprüft worden sind, den im Einfuhrmitgliedstaat vorgeschriebenen Angaben entsprechen und für den Verbraucher verständlich sind. Letzteres könne durch verschiedene, jedenfalls mildere Maßnahmen als eine erneute Prüfung und Punzierung erreicht werden (z.B. eine zusätzliche Kennzeichnung bzw. Etikettierung oder die Zurverfügungstellung von Entsprechungstabellen am Ort des Betriebs). Der *Gerichtshof* bestätigt in diesem Urteil einerseits, dass Produktvorschriften jedenfalls einen Eingriff in Art. 34 AEUV darstellen, wenn sie dazu führen, dass in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellte und vertriebene Waren, nicht (unter einer bestimmten Bezeichnung) vertrieben werden dürfen; andererseits greift er auch in diesem Urteil bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich auf die Erwartung eines „normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ zurück, ein Ansatz, der zwar ständiger Rechtsprechung entspricht, was aber nichts daran ändert, dass er Implikationen für die verbraucherpolitischen Entscheidungen der Mitgliedstaaten impliziert (wird es diesen doch verwehrt, auf einen „flüchtigen“ Verbraucher abzustellen), zumal die Frage, was unter einem solchen Durchschnittsverbraucher genau zu verstehen ist, vom *Gerichtshof* selbst beantwortet wird.

Ebenso stellt es nach dem Urteil in der Rs. C-61/12¹² einen Verstoß gegen Art. 34 AEUV dar, die Neuzulassung eines Kraftfahrzeugs zu versagen, wenn sich das Lenkrad auf der

¹¹ *EuGH*, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-481/12 – Juvelta.

¹² *EuGH*, Urt. v. 20.3.2014, Rs. C-61/12 – Kommission/Litauen. S. auch das parallele Urteil in *EuGH*, Urt. v. 20.3.2014, Rs. C-639/11 – Kommission/Polen.

„falschen“ Seite befindet (ein Aspekt, der, wie der *Gerichtshof* darlegt, nicht abschließend durch das Sekundärrecht harmonisiert sei): Denn diese Regelung führe dazu, dass in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte Fahrzeuge nicht in Betrieb genommen werden dürfen und greife in den Schutzbereich des Art. 34 AEUV ein. Eine Rechtfertigung aus Gründen der Verkehrssicherheit komme mangels Verhältnismäßigkeit nicht in Betracht, da trotz dieser Regelung Fahrzeuge mit dem Lenkrad auf der „falschen“ Seite am Verkehr teilnehmen könnten (z.B. Touristen), was zeige, dass das (durchaus bestehende) Risiko für die Verkehrssicherheit toleriert werde; zudem sei zu berücksichtigen, dass die große Mehrzahl der Mitgliedstaaten keine solche Regelung kenne, und schließlich gebe es mildere (technische) Mittel, um die Verkehrssicherheit zu gewährleisten. Bemerkenswert ist hier insbesondere der eher geringe Gestaltungsspielraum, der den Mitgliedstaaten eingeräumt wird, was dadurch bestätigt wird, dass auf die Situation in anderen Mitgliedstaaten Bezug genommen wird und bei den möglichen milderen Maßnahmen nicht berücksichtigt wird, dass es wohl vertretbar ist, die „falsche“ Positionierung des Lenkrads per se als Sicherheitsrisiko anzusehen. Entscheidend für das im Ergebnis gleichwohl überzeugende Urteil dürfte jedoch die mangelnde Kohärenz des Systems sein, wird das Gefahrenpotential doch nicht durchgehend parallel bewertet und erfasst.¹³

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Mit zwei Grundfragen des Rechts der Arbeitnehmerfreizügigkeit hatte sich der *Gerichtshof* in der Rs. C-270/13¹⁴ auseinanderzusetzen:

- Erstens sei auch der Präsident einer Hafenbehörde – so wie dieses Amt in Italien ausgestaltet ist – als Arbeitnehmer anzusehen. Denn der zuständige Minister verfüge über Kontroll- und ggf. auch Sanktionsbefugnisse gegenüber dem Präsidenten (Ernennung, Amtsenthebung bzw. Entlassung unter bestimmten Voraussetzungen, Genehmigungserfordernis bestimmter Entscheidungen), so dass ein Abhängigkeitsverhältnis vorliege. Weiter erhalte der Präsident für seine Tätigkeit ein Entgelt, und die Tatsächlichkeit und Echtheit der Tätigkeit sei nicht bestritten. Deutlich wird damit, dass auch solche Aktivitäten, die nicht die typischen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses aufweisen, als im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als geleistet anzusehen sein können. Insbesondere ändert eine gewisse Unabhängigkeit einer Person

¹³ Zu Art. 34 AEUV sodann noch *EuGH*, Urt. v. 1.7.2014, Rs. C-573/12 – Alands Vindkraft (Große Kammer), wo es um eine diskriminierende Regelung im Bereich der Förderung erneuerbarer Energien geht, zu diesem Urteil *Epiney*, EurUP 2015 (im Erscheinen); s. sodann zu Art. 110 (diskriminierende Besteuerung eingeführter Gebrauchtwagen) *EuGH*, Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-437/12 – X; zur (Un-)Zulässigkeit eines Verbots der Paralleleinfuhr von Pflanzenschutzmitteln *EuGH*, Urt. v. 6.11.2014, Rs. C-108/13 – Mac GmbH. In *EuGH*, Urt. v. 10.9.2014, Rs. C-423/13 – UAB Vilniaus energija, hielt der Gerichtshof fest, eine Produktanforderung bzw. eine Pflicht zur Überprüfung eines Produkts (es ging im Ausgangsfall um Warmwasserzähler, die an ein Datenübertragungsgerät angeschlossen waren) sei dann nicht mit Art. 34 AEUV vereinbar, wenn die entsprechenden Anforderungen bereits im Sekundärrecht niedergelegt und daher im Herkunftsstaat geprüft bzw. durchgeführt worden waren.

¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 10.9.2014 – Rs. C-270/13 – Haralambidis.

bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nichts daran, dass sie als Arbeitnehmerin einzustufen ist; die im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses durchaus notwendige Kontrolle kann also (lediglich) weitmaschig sein, so dass auch etwa Mitglieder einer Unternehmensleitung als Arbeitnehmende anzusehen sind. Aufgeworfen wird damit die – vom *EuGH* im angezeigten Urteil nicht zu beantwortende – Frage, ob auch Mitglieder unabhängiger Institutionen – z.B. Aufsichtsorgane wie Datenschutzbeauftragte – als Arbeitnehmer anzusehen sind. Die vom *EuGH* angeführten Kontrollbefugnisse einer übergeordneten Stelle gibt es hier im Hinblick auf die Wahrung der Unabhängigkeit gerade nicht. Dennoch spricht wohl einiges für die Bejahung der Frage, zumindest soweit es sich um administrativ an eine andere Stelle bzw. Behörde angegliederte Personen handelt, in Bezug auf welche zumindest gewisse Befugnisse (z.B. solche disziplinarischer Art) bestehen. Allerdings wird hier häufig die Bereichsausnahme der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung im Sinne des Art. 45 Abs. 4 AEUV greifen.

- Eine solche liegt nach Ansicht des *Gerichtshofs* jedoch bei einem Präsidenten der Hafenbehörde (so wie dessen Tätigkeit im Ausgangsfall ausgestaltet war) nicht vor: Denn in Bezug auf eine ganze Reihe von Befugnissen komme diesem lediglich ein Vorschlagsrecht und keine Entscheidungsbefugnis zu, und die Befugnisse zur Koordinierung und Förderung von Tätigkeiten anderer Stellen seien nicht als Ausübung hoheitlicher Befugnisse anzusehen. Gleiches gelte für die ihm obliegende Erteilung von Zulassungen und Konzessionen für Fahrgebiete und Anleger an Unternehmen, die Arbeiten ausführen oder Hafendienstleistungen erbringen wollen, denn hier handle es sich um Verwaltungsmaßnahmen, die Erwägungen vornehmlich wirtschaftlicher Art gehorchten. Zwar verfüge der Präsident der Hafenbehörde auch über gewisse Anordnungsbefugnisse; jedoch machten diese Tätigkeiten nur einen geringen Teil seiner Aktivität aus, so dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass der generelle Ausschluss von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten von dieser Tätigkeit unbedingt zur Wahrung der allgemeinen Belange des betreffenden Mitgliedstaats erforderlich wäre. Damit greift der *Gerichtshof* letztlich – wie auch schon in seiner früheren Rechtsprechung – auch bei der Anwendung des Art. 45 Abs. 4 AEUV auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuzuordnende Erwägungen zurück. Die Erwägungen des *Gerichtshofs* werfen im Übrigen die Frage auf, ob allgemein etwa die Vergabe von Konzessionen nicht als hoheitliche Tätigkeit anzusehen ist. Es dürfte jedoch voreilig sein, diesen Schluss aus dem Urteil zu ziehen, ging es dort doch tatsächlich um die technische und wirtschaftliche Verwaltung des Hafens, eine Voraussetzung, die gerade bei der Vergabe von Konzessionen nicht zwingend gegeben ist. Immerhin wäre jeweils zu prüfen, ob es nicht doch um eine vorwiegend wirtschaftliche Tätigkeit geht, was häufig zu bejahen sein wird.

Ebenfalls um den Arbeitnehmerbegriff ging es in der Rs. C-507/12¹⁵: Eine Frau, die ihre Erwerbstätigkeit oder die Arbeitssuche im Spätstadium der Schwangerschaft wegen der mit dieser einhergehenden körperlichen Belastung aufgibt, behalte gleichwohl die Arbeitnehmereigenschaft, falls sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihre Beschäftigung wieder aufnimmt oder eine andere Stelle findet. Zwar erwähne Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 (wonach in bestimmten Konstellationen, so bei einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Krankheit, die Arbeitnehmereigenschaft erhalten bleibt und der insoweit wohl als Konkretisierung des Art. 45 AEUV anzusehen ist) die Situation einer Frau im Spätstadium einer Schwangerschaft nicht ausdrücklich; auch sei eine Schwangerschaft nicht mit einer Krankheit gleichzusetzen. Allerdings könne diese sekundärrechtliche Bestimmung diejenigen Konstellationen, in denen die Arbeitnehmereigenschaft (fort-)besteht, nicht abschließend umschreiben, da das Sekundärrecht nicht die Tragweite des Arbeitnehmerbegriffs des AEUV einschränken könne. Dieser Begriff sei aber weit auszulegen,¹⁶ und die Arbeitnehmereigenschaft hänge nicht zwingend vom tatsächlichen Bestehen oder Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses ab. Wenn nun eine schwangere Frau vorübergehend ihre Beschäftigung aufgebe, diese dann aber nach einem angemessenen Zeitraum nach der Geburt wieder aufnehme, könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie die Arbeitnehmereigenschaft verliere, da sie gleichwohl in den Aufnahmestaat eingegliedert bleibe und im Übrigen und insbesondere jeder andere Ansatz die Betroffenen von der Ausübung ihrer Freizügigkeit abhalten könne. Der Ansatz des Gerichtshofs ist durchaus überzeugend; nicht zu verkennen ist allerdings, dass er gewisse Abgrenzungsprobleme aufwerfen dürfte, dies einerseits in Bezug auf die genauen, hier maßgeblichen Zeiträume, andererseits hinsichtlich derjenigen Umstände, bei denen – trotz fehlender Tätigkeit als Arbeitnehmer – vom Fortbestehen der Arbeitnehmereigenschaft ausgegangen werden kann (insbesondere fragt es sich, ob hier auch andere Umstände als eine Schwangerschaft vorstellbar sind).

Nicht mit Art. 45 AEUV¹⁷ vereinbar ist nach dem Urteil des *Gerichtshofs* in der Rs. C-474/12¹⁸ eine nationale Regelung, die leitende Funktionen in Gesellschaften, die mit Waffen handeln, eigenen Staatsangehörigen vorbehält. Zwar komme grundsätzlich eine Rechtfertigung nach Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV in Betracht, wonach die Verträge einen Mitgliedstaat nicht daran hindern, in Bezug auf die Produktion oder den Handel mit Kriegsmaterial Maßnahmen zu ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen notwendig sind. Diese Bestimmung sei jedoch als Ausnahme eng auszulegen, und im Übrigen genüge es nicht, sich auf sie zu berufen, sondern der Mitgliedstaat müsse nachweisen, dass die in Frage stehende nationale Maßnahme geeignet und erforderlich ist, um seine wesentlichen Sicherheitsinteressen zu wahren. Diese Beurteilung sei durch das nationale Gericht vorzunehmen; jedoch legen die Ausführungen des

¹⁵ *EuGH*, Urt. v. 19.6.2014, Rs. C-507/12 – Prix.

¹⁶ S. insoweit auch *EuGH*, Urt. v. 21.2.2013, Rs. C-46/12 – L.N. (wo der Gerichtshof betonte, die Arbeitnehmereigenschaft sei auch dann zu bejahen, wenn daneben bzw. als Haupttätigkeit eine Ausbildung absolviert werde, dies mit der Folge, dass Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 keine Anwendung finden könne).

¹⁷ Daneben greift der Gerichtshof angesichts der Vorlagefrage noch auf Art. 49 AEUV zurück. Nicht erörtert wird jedoch Art. 18 AEUV, dies mit dem Hinweis, dass diese Bestimmung eigenständig nur auf unionsrechtlich geregelte Fallgestaltungen angewandt werden könne, für die der Vertrag keine besonderen Diskriminierungsverbote (wie Art. 45, 49 AEUV) vorsieht.

¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 4.9.2014, Rs. C-474/12 – Schiebel Aircraft.

Gerichtshofs es nahe, dass zumindest die Erforderlichkeit einer solchen direkten Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit wohl kaum vertretbar bejaht werden könnte.

3. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

Eine reine „Bedarfsklausel“ als Voraussetzung für die Genehmigung zur Neueröffnung einer Apotheke – wie eine Regelung, wonach eine solche Genehmigung nur erteilt wird, wenn die Zahl der von einer bereits bestehenden Apotheke zu versorgenden Einwohner in einem Umkreis von 4 km unter 5‘500 sinkt – steht nach dem Urteil des *EuGH* in der Rs. C-367/12¹⁹ nicht mit Art. 49 AEUV in Einklang. Der Hintergrund für diesen Ansatz – der auf den ersten Blick in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einigen früheren Urteilen steht, die derartige Planungen als rechtfertigungsfähig erachteten²⁰ – liegt darin, dass die Regelung den nationalen Behörden keinerlei Gestaltungsspielraum einräumt, um von dieser starren Grenze abzuweichen, so dass – so der *EuGH* – insbesondere die Berücksichtigung örtlicher Besonderheiten nicht möglich sei, was dazu führen könne, dass gerade in ländlichen Gebieten die Zahl der zu versorgenden Personen nicht die vorgeschriebene Mindestzahl erreicht. Damit bestehe die Gefahr, dass der Zugang zu Apotheken für die Betroffenen hier nicht gewährleistet werden könne, so dass das zur Debatte stehende System zwar durchaus grundsätzlich rechtfertigungsfähig sei, beruhe es doch auf vorhersehbaren und nicht diskriminierenden Kriterien, jedoch das Anliegen einer sicheren und qualitativ hochwertigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln nicht in kohärenter Weise verfolge bzw. teilweise nicht als geeignet anzusehen sei. Auch dieses Urteil ändert jedoch nichts daran, dass letztlich eine „Planwirtschaft“ zumindest im Gesundheitssektor in gewissen Grenzen für zulässig erachtet wird, womit der sehr weite Gestaltungsspielraum bestätigt wird, den der *Gerichtshof* den Mitgliedstaaten bei Maßnahmen im Gesundheitssektor einräumt. Es bleibt nach wie vor fraglich, ob dieser Ansatz in dieser Allgemeinheit zu überzeugen vermag, insbesondere soweit eine eigentliche Beschränkung der Zahl der Apotheken als grundsätzlich verhältnismäßig im Hinblick auf eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln angesehen wird. Immerhin wird man aus dem Urteil aber ableiten können, dass das System insgesamt die Verwirklichung der angestrebten Ziele sicherstellen können muss und es damit eine innere Kohärenz aufweisen muss.

Wie der *Gerichtshof* in der Rs. C-509/12²¹ festhielt, ist das Erfordernis eines Wohnsitzes im Inland für die Ausstellung eines Sportschifferscheins (im Ausgangsfall ging es um eine portugiesische Regelung) nicht mit Art. 56 AEUV vereinbar: Ein derartiges Erfordernis stelle eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, da sich nicht im Inland wohnhafte Personen für eine entsprechende, von privaten Schulen angebotene Ausbildung im Hinblick auf den Erwerb des Sportschifferscheins nicht interessieren dürften, was sowohl einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit der betreffenden Personen als auch in diejenige der Schulen darstelle. Ein derartiges Erfordernis könne auch nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden: Zwar könne das Ziel,

¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 13.2.2014, Rs. C-367/12 – Sokoll-Seebacher.

²⁰ S. insbesondere *EuGH*, verb. Rs. C-570/07, C-571/07, Slg. 2010, I-4629 – Blanco Pérez; *EuGH*, Urt. v. 26.9.2013, Rs. C-539/11 – Ottica New Line. Zu dieser Rechtsprechung *Epiney*, NVwZ 2014, 1275 (1281).

²¹ *EuGH*, Urt. v. 6.2.2014, Rs. C-509/12 – IPTM/Navileme.

einen hohen Sicherheitsstandard auf See sicherzustellen, *a priori* relevant sein. Jedoch sei nicht dargetan worden, dass in diesem Zusammenhang eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Im Übrigen weise das Wohnsitzerfordernis keinerlei Verbindung zur in Anspruch genommenen Ausbildung und zur Fähigkeit, ein Boot zu führen auf, so dass es zur Erreichung des verfolgten Zwecks, nämlich der Sicherheit des Führens eines Bootes auf See, nicht geeignet sei, und in jedem Fall gebe es mildere Mittel, insbesondere die Festlegung eines hohen Anforderungsprofils für die abzulegende Prüfung. In der Tat dürften diese Verhältnismäßigkeitserwägungen hier entscheidend sein, und sie vermögen auch in jeder Hinsicht zu überzeugen. Zu wünschen gewesen wäre jedoch, dass der *Gerichtshof* klarer herausgearbeitet hätte, auf welchen Rechtfertigungsgrund er sich bezog: Offenbar lehnte er ja das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Ordnung ab, so dass es letztlich um zwingende Gründe des Allgemeinwohls geht.

Fragen der Auslegung der RL 98/5 (Rechtsanwaltsrichtlinie)²² sowie der Voraussetzungen des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs waren Gegenstand der von der Großen Kammer entschiedenen verb. Rs. C-58/13, C-59/13²³. Unter Bezugnahme auf den Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung, den die RL 98/5 für die zuwandernden Rechtsanwälte, die unter der im Herkunftsmitgliedstaat erworbenen Berufsbezeichnung arbeiten wollen, geschaffen habe und die damit einhergehende Unbeachtlichkeit der Unterschiedlichkeit der nationalen Vorschriften über die Voraussetzungen der Eintragung bei den zuständigen Stellen, weist der *Gerichtshof* darauf hin, dass der maßgebliche Art. 3 RL 98/5 eine vollständige Harmonisierung der Voraussetzungen für die Ausübung des mit der RL 98/5 verliehenen Niederlassungsrechts vorsehe. Daher sei eine Eintragung eines Rechtsanwalts in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem er seine Berufsqualifikation erworben hat, anhand einer Bescheinigung über seine Eintragung bei der zuständigen Stelle des Herkunftsstaats vorzunehmen, ohne dass weitere Nachweise verlangt werden dürften. Ein Rechtsmissbrauch in einer Fallgestaltung, in der sich jemand in einem anderen Mitgliedstaat (in dem die Voraussetzungen für die Eintragung tiefer waren) in das Rechtsanwaltsregister eintragen lasse, um anschließend die Anerkennung dieser Eintragung in einem anderen Mitgliedstaat erwirken zu können, könne schon deshalb nicht vorliegen, weil diese Konstellation gerade einen der Fälle darstelle, in denen das Ziel der RL 98/5 erreicht werde. Auch reiche allein der Umstand, dass ein Angehöriger eines Mitgliedstaats seine Berufsqualifikation in einem anderen Mitgliedstaat als in seinem Wohnmitgliedstaat erwirbt, um dort in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, nicht aus, um auf einen Rechtsmissbrauch zu schließen. Im Übrigen verstoße Art. 3 RL 98/5 auch nicht gegen Art. 4 Abs. 2 EUV (Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten), da diese Vorschriften nicht geeignet sei, die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen oder die grundlegenden Funktionen des Aufnahmemitgliedstaats im Sinne dieser Vorschrift zu berühren, gehe es doch nur um die Frage der Eintragung in das Register mit der ursprünglichen Berufsbezeichnung im Herkunftsstaat. Nicht geklärt ist damit die Frage, ob die Notwendigkeit des Absolvierens einer Staatsprüfung (die in Italien als Voraussetzung für die Zulassung als Rechtsanwalt notwendig ist) als solche Teil der nationalen Identität des Mitgliedstaats anzusehen sein könnte, wofür angesichts der Formulierungen des *Gerichtshofs* einiges sprechen könnte.

²² ABl. 1998 L 77, 3.

²³ *EuGH*, Urt. v. 17.7.2014, verb. Rs. C-58/13, C-59/13 – Torresi u.a.

Darüber hinaus verdeutlicht das Urteil einmal mehr die doch sehr engen Voraussetzungen des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs: Der objektive Tatbestand (das Ziel der Regelung dürfe trotz ihrer formalen Einhaltung nicht erreicht werden können) wird bei Regelungen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Grundfreiheiten im Falle des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen regelmäßig erfüllt sein, da es offenbar auf die Absicht der Berufung auf das eingeräumte Recht nicht ankommen kann, ganz abgesehen davon, dass der *Gerichtshof* in derartigen Konstellationen wohl auch das subjektive Element (Schaffung eines ungerechtfertigten Vorteils aus der Unionsregelung dadurch, dass die Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden) für nicht gegeben hält, da der Erwerb einer Berufsqualifikation in einem Mitgliedstaat bei Vorliegen der Voraussetzungen angesichts des Binnenmarktziels wohl kaum als willkürlich bezeichnet werden kann.

Das Glücksspielrecht war Gegenstand der Rs. C-156/13²⁴. Allein der Umstand, dass ein Gliedstaat eines Bundesstaates (im Ausgangsfall ging es um Schleswig-Holstein) in Bezug auf das in einem Vertrag zwischen allen Gliedstaaten vorgesehene grundsätzliche Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen im Internet eine Ausnahme für einen bestimmten Sektor (Sportwetten) während einer begrenzten Zeit anwendet, nicht dazu führe, dass die gemeinsame Regelung gegen Art. 56 AEUV verstieße, sofern letztere den Anforderungen des Unionsrechts entspreche.²⁵ Denn die Kohärenz der Regelung werde dadurch nicht in Frage gestellt, da es in Deutschland Sache der Bundesländer sei, den Glücksspielsektor zu regeln, und diese Verteilung der Zuständigkeiten stehe unter dem Schutz des Art. 4 Abs. 2 EUV, wonach die Union die Identität der Mitgliedstaaten zu achten habe. Daher seien unterschiedliche horizontale Regelungen anders zu beurteilen als unterschiedliche vertikale Regelungen, ganz abgesehen davon, dass die in Frage stehende Ausnahme zeitlich und räumlich beschränkt ausgestaltet sei.

Das Urteil ist eines der wenigen Beispiele, in denen der *EuGH* ausdrücklich auf die Pflicht der Union, die nationale Identität zu achten, zurückgreift. Neben der (insoweit nicht überraschenden) Aussage, die föderale Struktur eines Mitgliedstaates – und damit auch die Achtung der Kompetenzen der Gliedstaaten – seien von dieser nationalen Identität erfasst, kann aus dem Urteil wohl auch abgeleitet werden, dass bei der Auslegung der Tragweite unionsrechtlicher Vorgaben für die Mitgliedstaaten die Implikationen für die nationale Identität zu berücksichtigen sind, was – wie das angezeigte Urteil illustriert – auch Auswirkungen auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme entfaltet. Im

²⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. C-156/13 – Digibet Ltd/Westdeutsche Lotterie.

²⁵ In diesem Zusammenhang betont der *EuGH* (unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung, die er im Einzelnen referiert, vgl. zuletzt etwa *EuGH*, Urt. v. 24.1.2013, verb. Rs. C-186/11, C-209/11 – Stanleybet International, hierzu, m.w.N., *Epiney*, NVwZ 2014, 1275 (1280)), dass Glücksspieltätigkeiten durchaus eingeschränkt werden könnten, wobei den Mitgliedstaaten ein sehr weiter Gestaltungsspielraum im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eingeräumt wird, diesen Anforderungen jedoch durch die gemeinsame Regelung – die nicht Gegenstand der Vorlagefrage war – entsprochen werden müsse, was das nationale Gericht zu prüfen habe.

Übrigen legt das Urteil den Schluss nahe, dass der Glücksspielsektor in einem föderalen Mitgliedstaat durch die Gliedstaaten durchaus unterschiedlich geregelt sein darf, was angesichts der diesen zukommenden Kompetenzen zwingend erscheint; insoweit ist die Rechtslage also nicht anders gelagert als bei Unterschieden zwischen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Allerdings sind in jedem Fall die (Mindest-) Anforderungen des Unionsrechts zu beachten.

In der Rs. C-390/12²⁶ ging es ebenfalls um den Glücksspielsektor (nämlich um die Vereinbarkeit verwaltungsbehördlicher Sanktionen, die aufgrund des Betriebes von Glücksspielautomaten ohne eine entsprechende Erlaubnis verhängt werden, mit dem Unionsrecht), wobei der *Gerichtshof* in verschiedener Hinsicht an seine bisherige Rechtsprechung anknüpft:

- In Bezug auf die Maßgeblichkeit der Grundrechtecharta im Zusammenhang mit nationalen Maßnahmen, die Grundfreiheiten beeinträchtigen, bestätigt der *Gerichtshof* seinen in der Rs. 617/10 (Fransson)²⁷ entwickelten Ansatz, wonach Art. 51 Abs. 1 GrCh die bisherige Rechtsprechung des *Gerichtshofs* zur Anwendbarkeit der Grundrechte bestätige, so dass die Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben, Anwendung fänden. Sobald somit eine nationale Vorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, sei sie (auch) am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen, dies mit der Folge, dass keine Fallgestaltungen denkbar seien, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass die EU-Grundrechte anwendbar wären und die Anwendbarkeit des Unionsrechts somit die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte umfasse. Folglich sei eine nationale Maßnahme, die die Grundfreiheiten beschränkt, jedoch aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könnte, nur dann mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sie auch die betroffenen Grundrechte beachte.
- In Bezug auf die Vereinbarkeit des Verbots (mit Erlaubnisvorbehalt) von Glücksspielautomaten nimmt der *Gerichtshof* ausführlich auf seine bisherige Rechtsprechung²⁸ Bezug und stellt fest, dass Beschränkungen des Glücksspielsektor grundsätzlich durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein könnten, wobei die Regelung jedoch verhältnismäßig und kohärent sein müsse. Es obliege dem nationalen Gericht, in diesem Zusammenhang eine Gesamtwürdigung der Umstände vorzunehmen, wobei im vorliegenden Fall die nationalen Behörden nach Ansicht des vorlegenden Gerichts offenbar nicht nachgewiesen hätten, dass die Kriminalität und/oder die Spielsucht in dem maßgeblichen Zeitraum und Rahmen tatsächlich Probleme bereiteten; jedenfalls eine Maximierung der Staatseinnahmen allein könne für sich allein eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen.
- In Bezug auf die Grundrechte beschränkt sich der *Gerichtshof* darauf zu betonen, dass eine Regelung, die gegen die Grundfreiheiten verstößt, auch nicht mit den Grundrechten vereinbar sein könne. Aufgeworfen wird damit freilich die Frage, unter welchen Voraussetzungen in derartigen Konstellationen der Prüfung der Vereinbarkeit mit den Grundrechten – neben derjenigen mit den Grundfreiheiten – eine eigenständige Bedeutung zukommen kann. Vieles spricht dafür, dass eine solche eigenständige Bedeutung lediglich auf der Ebene der (in der Rechtsprechung des *EuGH* keine große Rolle spielenden) Prüfung der Angemessenheit anzusiedeln sein könnte.

Um eine steuerliche Regelung ging es in den verb. Rs. C-53/13, C-80/13²⁹: Diese (tschechische) Regelung sah vor, dass im Falle des Rückgriffs auf von einem im Ausland ansässigen Zeitarbeitsunternehmen (mit Zweigniederlassung in Tschechien) entlehene Arbeitnehmer die von den entsendeten Arbeitnehmern geschuldete Einkommenssteuer von dem ausleihenden Unternehmen an der Quelle zurückzubehalten ist, während diese Verpflichtung für in Bezug auf im Inland ansässige Zeitarbeitsunternehmen bzw. ihre Mitarbeitenden nicht greift. Der *EuGH* schloss auf die Unvereinbarkeit einer solchen

²⁶ *EuGH*, Urt. v. 30.4.2014, Rs. C-390/12 – Pflieger u.a.

²⁷ Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2014, 1059 (1060).

²⁸ Zu dieser die Nachweise in Fn. 25.

²⁹ *EuGH*, Urt. v. 19.6.2014, verb. Rs. C-53/13, C-80/13 – Strojirny Prostejov u.a.

Regelung mit Art. 56 AEUV, wobei er diese Vorschrift für allein für einschlägig erachtete, da eventuelle Beschränkungen der Art. 45, 49 AEUV eine zwangsläufige Folge der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellten; Art. 18 AEUV könne schon deshalb nicht zum Zuge kommen, weil Art. 56 AEUV eine besondere Bestimmung im Sinne des Art. 18 AEUV darstelle, so dass Art. 18 AEUV nicht eigenständig herangezogen werden könne. Eine Beschränkung des Art. 56 sei schon deshalb anzunehmen, weil die Verpflichtung zur Vorauszahlung auf die Einkommenssteuer und die Abführung an den Staat zu einem zusätzlichen Verwaltungsaufwand für die Empfänger der Dienstleistungen führe und angesichts des Umstands, dass in Bezug auf von im Inland ansässigen Zeitarbeitsunternehmen entliehene Arbeitnehmer eine solche Pflicht nicht greift, grenzüberschreitende Dienstleistungen behindert werden. Zwar stelle die Notwendigkeit, die Beitreibung der Einkommenssteuer zu gewährleisten, einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könne; allerdings könne dieser Grund jedenfalls in der Konstellation, in der es Zweigniederlassungen im Inland gebe, nicht greifen, da diesem Anliegen durch eine entsprechende Verpflichtung der Zweigniederlassung Rechnung getragen werden könne, so dass die Maßnahme nicht zur Verfolgung des angestrebten Zwecks geeignet sei. Allerdings dürfte es hier wohl eher – wie auch die Ausführungen des *Gerichtshofs* nahelegen, der u.a. auf den niedrigeren Aufwand der Zweigniederlassung hinweist – um die fehlende Erforderlichkeit gehen. Im Übrigen könne eine allgemeine Vermutung der Steuerflucht oder Steuerhinterziehung, die auf dem Umstand beruht, dass ein Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, nicht genügen, um eine steuerliche Maßnahme zu rechtfertigen, zumal die diesbezüglichen Behauptungen Tschechiens sehr vage geblieben seien. Das Urteil beantwortet nicht die Frage, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn keine Zweigniederlassung im Inland vorgelegen hätte. Auch hier stellte sich aber die Frage, ob es nicht andere, weniger einschneidende Mittel gäbe, das angestrebte Ziel der Sicherung des Steueraufkommens zu erreichen, was zumindest auf der Grundlage, dass eine Beschränkung der Grundfreiheiten nicht allein schon deshalb als gerechtfertigt angesehen werden kann, weil eine abstrakte Gefährdung vorliegen könnte, so dass man nicht alle ausländischen Unternehmen und Arbeitnehmern den Willen zur Steuerhinterziehung unterstellen darf, durchaus in Betracht kommen dürfte.³⁰

Dürfen öffentliche Dienstleistungsaufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich verpflichten, ihren Arbeitnehmern den in dem jeweiligen Mitgliedstaat geltenden Mindestlohn zu zahlen, liegt – wie der *EuGH* in der Rs. C-549/13³¹ festhielt – ein Verstoß gegen Art. 56

³⁰ S. ansonsten noch die die Unternehmensbesteuerung betreffenden Urteile der Großen Kammer (in der jeweils eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit angenommen bzw. für möglich gehalten wurde, was die Unzulässigkeit der Besteuerungsweise nach sich zog bzw. zöge) *EuGH*, Ur. v. 1.4.2014, Rs. C-80/12 – *Felixstowe Dock and Railway Company*; *EuGH*, Ur. v. 5.2.2014, Rs. C-385/12 – *Hervis Sport*. Aus dem Bereich der Arbeitnehmerentsendung vgl. *EuGH*, Ur. v. 11.9.2014, Rs. C-91/13 – *Essert Energie* (Unzulässigkeit, für entsendete Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis zu verlangen).

³¹ *EuGH*, Ur. v. 18.9.2014, Rs. C-549/13 – *Bundesdruckerei/Stadt Dortmund*.

AEUV vor, dies jedenfalls in Bezug auf Unternehmen, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, wo auch die Arbeitnehmenden zur Ausführung des Auftrags ausschließlich tätig sind (weshalb die sog. Entsenderichtlinie, RL 96/71, keine Anwendung fand). Denn die mit einer solchen Regelung einhergehende Beschränkung der Erbringung von Dienstleistungen könne nicht gerechtfertigt werden, da in einer solchen Konstellation kein Bezug zu den Lebenshaltungskosten in dem betreffenden Mitgliedstaat bestehe und somit die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme – für deren Rechtfertigung der Arbeitnehmerschutz geltend gemacht wurde (angemessener Lohn für die Beschäftigten und Vermeidung eines sog. „Sozialdumping“ durch die Benachteiligung konkurrierender Unternehmen, die ihren Arbeitnehmenden ein angemessenes Entgelt zahlen) – zu verneinen sei, zumal die Maßnahme nur für öffentliche Aufträge und nicht allgemein zur Anwendung komme. Das Urteil erscheint überzeugend und in der Logik des Binnenmarktes: Jeder andere Ansatz führte nämlich zu einem Ausschluss von Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten, die ihre Standortvorteile nicht ausnutzen könnten, um möglicherweise andere Nachteile ausgleichen zu können, dies ohne dass eine derartige Maßnahme für den Arbeitnehmerschutz im Inland notwendig wäre, und für den Schutz von Arbeitnehmern im Ausland fehlt es den Mitgliedstaaten an der Regelungskompetenz.³²

III. Gleichbehandlung von Mann und Frau

Von besonderer Bedeutung im Berichtszeitraum sind zwei von der Großen Kammer entschiedene Urteile im Zusammenhang mit den Rechten von „Bestellmüttern“ nach der Geburt eines Kindes durch eine andere Frau im Zuge einer „Ersatzmutterschaft“ (Rs. C-167/12³³ und Rs. C-363/12³⁴), in denen der *Gerichtshof* in erster Linie folgendes festhält:

- Eine Arbeitnehmerin habe in ihrer Eigenschaft als „Bestellmutter“ nach der den Mutterschaftsurlaub regelnden RL 92/85 keinen Anspruch auf einen solchen Urlaub und zwar auch dann nicht, wenn sie das Kind nach der Geburt stillt. Denn der Mutterschaftsurlaub diene vornehmlich dem Schutz der Gesundheit der Mutter in der

³² S. im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen ansonsten noch *EuGH*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-358/12 – Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici: Vereinbarkeit, mit Art. 49, 56 AEUV, einen Bieter von der Vergabe auszuschließen, der sich einen Verstoß bei der Entrichtung von Sozialbeiträgen zuschulden kommen lassen hat, wenn die Differenz zwischen den geschuldeten und den entrichteten Beträgen mehr als 100 Euro und gleichzeitig mehr als 5% der geschuldeten Beträge ausmacht, wobei der Gerichtshof insbesondere hervorhebt, es gehe hier um objektive, nicht diskriminierende und im Voraus bekannte Kriterien, die es erlaubten, Zuverlässigkeit, Sorgfalt und Seriosität des Bieters zu gewährleisten. Ebenfalls mit Art. 56 AEUV vereinbar sei es, einen Bieter wegen eines durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil festgestellten Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht, für den er mit einer Geldbuße belegt wurde, von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, vgl. *EuGH*, Urt. v. 18.12.2014, Rs. C-470/13 – Generali-Providencia. S. ansonsten zur Niederlassungsfreiheit *EuGH*, Urt. v. 11.12.2014, Rs. C-576/13 – Kommission/Spanien (Unvereinbarkeit gewisser Restriktionen für die Tätigkeit gewisser Unternehmen mit Art. 49 AEUV, wobei der Gerichtshof den Charakter auch des Art. 49 AEUV als Beschränkungsverbot hervorhebt).

³³ *EuGH*, Urt. v. 18.3.2014, Rs. C-167/12 – C.D.

³⁴ *EuGH*, Urt. v. 18.3.2014, Rs. C-363/12 – Z.

durch die Schwangerschaft bedingten besonderen Situation der Verletzlichkeit. Der ebenfalls angestrebte Schutz der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind beziehe sich nur auf die an Schwangerschaft und Entbindung anschließende Zeit und setze diese somit voraus.

- Weiter sei in einer solchen Konstellation das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu verneinen: Denn einem „Bestellvater“ stünde ebenfalls kein Mutterschafts- oder Adoptionsurlaub zu, so dass die Versagung des Urlaubsanspruchs weder unmittelbar noch mittelbar auf dem Geschlecht beruhe.
- Ebenso wenig könne für den Fall, dass eine Frau wegen fehlender Gebärmutter keine Kinder austragen könne, eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung im Sinne der RL 2000/78 – die im Lichte des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte Behinderter auszulegen sei, wie sich aus dem Vorrang der von der EU abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge vor dem Sekundärrecht (Art. 216 Abs. 2 AEUV) ergebe – festgestellt werden, da der Begriff der Behinderung im Sinne der RL 2000/78 voraussetze, dass die Einschränkung die Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilnahme am Berufsleben hindern kann.

Die Erwägungen des *Gerichtshofs* überzeugen in der Begründung und im Ergebnis; gleichzeitig illustrieren sie, dass das bestehende Instrumentarium auf Unionsebene die Rechtsfragen, die sich im Anschluss an „Ersatzmutterschaften“ – auch im Zuge der unterschiedlichen nationalen Regelungen – stellen, wohl kaum einer befriedigenden Lösung zuzuführen vermag. Diese muss beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts daher von den Mitgliedstaaten gefunden werden.

Nicht mit der RL 92/85 in Einklang steht es (so der *Gerichtshof* in der Rs. C-595/12³⁵), wenn ein Mitgliedstaat eine Frau im Mutterschaftsurlaub „automatisch“ von einer Ausbildung und insbesondere der abschließenden Prüfung ausschließt, die Teil des Beschäftigungsverhältnisses und vorgeschrieben ist, um endgültig auf eine Beamtenstelle mit damit verbundenen verbesserten Beschäftigungsbedingungen zu gelangen, dies auch, wenn ihr die Teilnahme am nächsten Lehrgang garantiert wird, dessen Zeitpunkt jedoch ungewiss ist. Denn ein solcher Ausschluss – auch wenn hier möglicherweise öffentliche Interessen zur Rechtfertigung geltend gemacht werden könnten – stehe aufgrund des Automatismus nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Einklang. Die entsprechende Richtlinienbestimmung sei im Übrigen unmittelbar wirksam.

Um das Verhältnis von (unbezahltem) Elternurlaub und (bezahltem) Mutterschaftsurlaub ging es in den verb. Rs. C-512/11, C-513/11³⁶: Danach stehe die RL 96/34 über den Elternurlaub einer Regelung entgegen, wonach der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Mutterschaftsurlaub dann nicht besteht, wenn dieser Urlaub während eines unbezahlten Elternurlaubs (der für den Mutterschaftsurlaub unterbrochen wird) angetreten wird. Denn eine derartige Regelung könne die Arbeitnehmerin davon abhalten, den Anspruch auf Elternurlaub wahrzunehmen, was dem Grundsatz entgegenstehe, dass die Entscheidung, Elternurlaub in Anspruch zu nehmen, nicht die Bedingungen verändern dürfe, einen anderen Urlaub (hier den Mutterschaftsurlaub) zu beziehen.³⁷

³⁵ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-595/12 – Napoli.

³⁶ *EuGH*, Urt. v. 13.2.2014, verb. Rs. C-512/11, 513/11 – TSN und YTN.

³⁷ Zum Elternurlaub auch *EuGH*, Urt. v. 27.2.2014, Rs. C-588/12 – Lyreco Belgium: Eine Abgangsentschädigung aufgrund einer einseitigen Beendigung des Vertrages durch den Arbeitgeber, die während des Elternurlaubs auf Teilzeitbasis fällig wird, müsse auf der Grundlage der Anstellungsprozente vor Antritt des Elternurlaubs berechnet werden. S. sodann *EuGH*, Urt. v. 5.11.2014, Rs. C-476/12 – Österreichischer Gewerkschaftsbund (Zulässigkeit der *Pro-rata-temporis*-Berechnung von Kinderzulagen nach der RL 97/81 über Teilzeitarbeit).

In der Rs. C-318/13³⁸ hielt der *Gerichtshof* – im Anschluss an die Rs. C-236/09³⁹ – fest, die statistisch belegte unterschiedliche Lebenserwartung für Männer und Frauen dürfe im Rahmen der RL 79/7 (Gleichbehandlung von Mann und Frau in der sozialen Sicherheit) nicht als versicherungsmathematisches Kriterium herangezogen werden, um die infolge eines Arbeitsunfalls zu zahlenden Leistungen zu berechnen, wenn dieses Kriterium dazu führt, dass die an einen Mann zu zahlende einmalige Entschädigung niedriger ausfällt als diejenige, die einer gleichaltrigen Frau in einer vergleichbaren Situation zu zahlen wäre. Man wird (auch) aus diesem Urteil folgern können, dass versicherungsmathematische und auf Statistiken beruhende „Risikoberechnungen“ nicht zur Rechtfertigung einer rechtsungleichen Behandlung von Männern und Frauen in individuell vergleichbaren Situationen führen dürfen, was letztlich auch darüber hinaus vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes den Rückgriff auf solche Erwägungen beschränken, wenn nicht gar ausschließen könnte.

³⁸ *EuGH*, Urt. v. 3.9.2014, Rs. C-318/13 – X.

³⁹ *EuGH*, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – Test Achats. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2012, 930 (936 f.).