

Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2011: 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 2011 – Unionsbürgerschaft, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2012, S. 930-937. 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 2011, 976, 1425) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2011 und damit auch die Rechtsentwicklung in der EU. Thematisch erfolgt eine Beschränkung auf gewisse materielle Aspekte (Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, Grundfreiheiten – diese mit Ausnahme der Kapitalverkehrsfreiheit sowie spezifisch steuerrechtlicher Aspekte, wobei im Berichtszeitraum keine Urteile zur Arbeitnehmerfreizügigkeit von grundsätzlicher Bedeutung waren – und das Gleichstellungsrecht). Der Akzent liegt auf der Zusammenfassung der neueren Entwicklungen und ggf. einer kurzen Kommentierung, während auf bibliographische Hinweise weitgehend verzichtet wird. Auch wird keine Vollständigkeit angestrebt, sondern es werden nur ausgewählte Urteile berücksichtigt.

I. Unionsbürgerschaft und allgemeines Diskriminierungsverbot

1. Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern

Drei Urteile aus dem Berichtszeitraum betrafen die Reichweite des Aufenthaltsrechts von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern bzw. die genaue Tragweite und die Implikationen der sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte:

a) Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano)

In der Rs. C-34/09¹ stellte der *Gerichtshof* fest, einem drittstaatsangehörigen Elternteil, der seinen Kindern, die Unionsbürger sind, Unterhalt gewährt, könne der Aufenthalt im Wohnsitzmitgliedstaat der Kinder (dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen) nicht verweigert werden; weiter sei ihm eine Arbeitserlaubnis zu erteilen. Denn gegenteilige Entscheidungen verwehrten den Kindern den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus (vgl. Art. 20 AEUV) verleihe. Ansonsten wären die Kinder nämlich gezwungen, das Unionsgebiet zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten bzw. es bestünde (im Falle der Verweigerung einer Arbeitserlaubnis) eine entsprechende Gefahr, so dass der Kernbestand der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht, betroffen wäre.

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

¹ *EuGH*, Rs. C-34/09, Urt. v. 8.3.2011, EuZW 2011, 359 – Ruiz Zambrano.

b) Rs. C-434/09 (McCarthy)

Gegenstand des der Rs. C-434/09² zugrunde liegenden nationalen Verfahrens war der Antrag einer britisch-irischen Doppelbürgerin, die immer im Vereinigten Königreich gelebt hatte, ihren drittstaatsangehörigen Ehegatten gestützt auf die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) und / oder Art. 21 AEUV „nachzuziehen“, was von den britischen Behörden abgelehnt wurde. Der *Gerichtshof* hebt zunächst hervor, dass die Antragstellerin von ihrem Recht auf Freizügigkeit nie in irgendeiner Form Gebrauch gemacht habe. Daher sei die Unionsbürgerrichtlinie nicht anwendbar, regle diese doch lediglich die aufenthaltsrechtliche Stellung eines Unionsbürgers in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt. Hieran ändere der Besitz auch der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats nichts, da dies nicht bedeute, dass der Unionsbürger von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Da es beim Aufenthaltsrecht des Ehegatten um ein abgeleitetes Recht gehe, könne auch in Bezug auf diesen angesichts dieser Ausgangslage kein Anspruch auf Aufenthalt aus der Richtlinie abgeleitet werden. Weiter sei Art. 21 AEUV zwar auf die Lage eines Unionsbürgers, der von seinem Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht hat, grundsätzlich insofern anwendbar, als es um den grundlegenden Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten gehe, so dass sich die Unionsbürger auch gegenüber ihrem Herkunftsmitgliedstaat auf die mit diesem Status verbundenen Rechte berufen könnten, insbesondere auf das Recht aus Art. 21 AEUV, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Allerdings bewirke die im Ausgangsverfahren zur Debatte stehende nationale Maßnahme weder, dass der tatsächliche Genuss des Kernbestands der mit dem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte verwehrt noch dass die Ausübung des Freizügigkeitsrechts behindert würde. Insbesondere müsse die Antragstellerin aufgrund der nationalen Maßnahme das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten nicht verlassen, dies im Gegensatz zur Situation in der Rs. C-34/09. Ebenso wenig führe die nationale Maßnahme – wie dies etwa bei gewissen namensrechtlichen Regelungen der Fall sei³ – zu einer Behinderung des Freizügigkeitsrechts.

c) Rs. C-256/11 (Dereci)

In der Rs. C-256/11⁴ stand die Frage zur Debatte, ob drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern (konkret ging es um österreichische Staatsangehörige), die nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben und hinsichtlich ihres Lebensunterhalts nicht auf diese Drittstaatsangehörigen angewiesen sind, in

² *EuGH*, Rs. C-434/09, Urt. v. 5.5.2011, EuZW 211, 522 – McCarthy.

³ Vgl. aus der Rechtsprechung *EuGH*, Rs. C-343/06, Slg. 2008, I-7665 – Grunkin und Paul; aus dem Berichtszeitraum *EuGH*, Rs. C-391/09, Urt. v. 12.5.2011 – Runevic-Vardyn.

⁴ *EuGH*, Rs. C-256/11, Urt. v. 15.11.2011 – Dereci.

Anwendung des Unionsrechts ein Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Mitgliedstaat (Österreich) zusteht. Der *Gerichtshof* hält zunächst fest, die RL 2003/86 (Familienzusammenführungsrichtlinie) finde auf Familienangehörige von Unionsbürgern, auch wenn diese keinen Gebrauch von ihrem Freizügigkeitsrecht gemacht haben, keine Anwendung. Die RL 2004/38 könne mangels eines grenzüberschreitenden Bezugs nicht herangezogen werden. Ausgehend von den bereits in den Rs. C-34/09 und C-434/09 angestellten Erwägungen präzisiert er sodann den Kernbestand der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleihe, dahingehend, dass sich der Unionsbürger *de facto* gezwungen sehen müsse, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem er angehört, zu verlassen, sondern das Unionsgebiet als Ganzes. Hingegen rechtfertige die bloße Tatsache, dass es für einen Staatsbürger eines Mitgliedstaats aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft wünschenswert sein könnte, dass sich drittstaatsangehörige Familienangehörige mit ihm zusammen im Unionsgebiet aufhalten können, *per se* nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen, wenn kein Aufenthaltsrecht gewährt würde. Diese letztlich an das Urteil in der Rs. C-434/09 anknüpfenden Ausführungen ergänzt der *Gerichtshof* mit einem Hinweis auf die Notwendigkeit der Prüfung der zur Debatte stehenden nationalen Maßnahme am Maßstab der Grundrechte, wobei in Anwendung des Art. 51 GRCh Art. 7 GRCh einschlägig sei, wenn die Situation der Beschwerdeführer unter das Unionsrecht fällt (was das nationale Gericht zu beurteilen habe), während ansonsten Art. 8 EMRK heranzuziehen sei.⁵

d) Bewertung

Der *Gerichtshof* nimmt damit immer dann ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers an, das unabhängig vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs (für das die Doppelstaatsbürgerschaft nicht ausreicht, dies im Gegensatz zur Situation im Rahmen des Art. 18 AEUV, wo der *Gerichtshof* diese für die Begründung eines grenzüberschreitenden Bezugs heranzieht⁶) gilt, wenn im Falle der Verweigerung eines derartigen Rechts der „Kernbestand“ der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht, beeinträchtigt ist. Dies sei dann der Fall, wenn der Unionsbürger *de facto* gezwungen ist, das Unionsgebiet zu verlassen. Ob diese Voraussetzung auch in anderen Konstellationen als in derjenigen der Rs. C-34/09 vorliegen kann, ergibt sich nicht klar aus der Rechtsprechung. Die beiden anderen Urteile lassen allerdings erkennen, dass grundsätzlich andere Konstellationen hier kaum vorstellbar sind, wird doch offenbar eine faktische Unmöglichkeit des Verbleibens im Unionsgebiet verlangt. Alle Abgrenzungsfragen sind aber auch hiermit nicht geklärt. So könnte sich z.B. die Frage stellen, ob im Falle eines pflegebedürftigen erwachsenen Unionsbürgers, der von seinen drittstaatsangehörigen

⁵ Da einer der Beschwerdeführer türkischer Staatsangehöriger ist, geht der *Gerichtshof* auch noch auf den Beschluss 1/80 und Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll zum Assoziierungsabkommen EU-Türkei ein.

⁶ Vgl. insbesondere die das Namensrecht betreffenden Urteile, s. die Nachweise in Fn. 3.

Familienangehörigen gepflegt wird, deren Ausweisung den erwähnten Kernbestand der durch den Unionsbürgerstatus verliehenen Rechte berührt und ob es auf diese Beurteilung einen Einfluss hat, ob sich die Betroffenen eine Pflege durch Dritte wirtschaftlich erlauben können. Weiter bleibt der Hinweis auf die mögliche Anwendbarkeit der Grundrechtecharta in der Rs. C-256/11 unklar: Denn der *Gerichtshof* hatte betont, aus dem Unionsbürgerstatus ließen sich keine Rechte der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ableiten, so dass die Frage aufgeworfen wird, warum es hier überhaupt um eine Konstellation gehen kann, die die Durchführung des EU-Rechts betrifft. Schließlich bleibt noch festzuhalten (was in den Urteilen aber nicht angesprochen wurde), dass in denjenigen Konstellationen, in denen – wie in der Rs. C-34/09 – ein aus dem Unionsbürgerstatus abzuleitendes Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen zu bejahen ist, dieses Recht wohl aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit beschränkt werden kann; hierbei wären dann aber jedenfalls die Unionsgrundrechte gemäß Art. 51 GRCh zu beachten, geht es doch um die Beschränkung eines aus dem Unionsrecht abgeleiteten Rechts. Im Übrigen erscheint es schwer vorstellbar, dass der erwähnte „Kernbestand“ der Unionsbürgerrechte durch rein finanzielle Erwägungen – also insbesondere eine Sozialhilfeabhängigkeit des Familienangehörigen – beschränkt werden kann.

2. Voraussetzungen eines Anspruchs auf eine Leistung sozialer Sicherheit

In der Rs. C-503/09⁷ ging es um eine britische Regelung, die den Erwerb eines Anspruchs auf kurzfristiges Arbeitsunfähigkeitsgeld für junge Menschen von der Voraussetzung vorherigen Aufenthalts (insgesamt 26 Wochen innerhalb der dem Zeitpunkt der Antragstellung unmittelbar vorangehenden 52 Wochen) in Großbritannien abhängig macht sowie verlangt, dass sich der Antragsteller zum Zeitpunkt der Antragstellung im Inland aufhält.⁸ Der *Gerichtshof* stellt zunächst eine Beschränkung des durch Art. 21 AEUV gewährleisteten Freizügigkeitsrechts fest: Denn die fragliche Anforderung könne Unionsbürger davon abhalten, von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen, und Antragsteller, die diese Freiheit nicht in Anspruch nehmen, erfüllten in aller Regel diese Aufenthaltsvoraussetzung. Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung sei aber grundsätzlich möglich, da es ein legitimes Anliegen des nationalen Gesetzgebers sei (bzw. sein könne), sich einer tatsächlichen Verbindung zwischen der eine Leistung beantragenden Person und dem zuständigen Mitgliedstaat zu vergewissern sowie das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Systems der sozialen Sicherheit zu gewährleisten. Es sei daher „legitim“, wenn ein Mitgliedstaat eine solche Leistung erst gewährt, wenn das Bestehen einer realen Verbindung des Antragstellers

⁷ *EuGH*, Rs. C-503/09, Urt. v. 21.7.2011 – Stewart.

⁸ Zur Vereinbarkeit nationaler Regelungen, die den Anspruch auf eine beitragsunabhängige Sozialleistung von gewissen Wohnsitz- bzw. Aufenthaltsanforderungen abhängig machen, mit Art. 21 AEUV, schon *EuGH*, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191 – d’Hoop; *EuGH*, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 – Trojani; *EuGH*, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 – Bidar; *EuGH*, Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-8507 – Förster; *EuGH*, Rs. C-103/08, Slg. 2009, I-9117 – Gottwald.

zum zuständigen Staat nachgewiesen werden konnte. Jedoch sei die in Frage stehende Regelung nicht erforderlich: Zwar könne das Erfordernis des Aufenthalts durchaus geeignet sein, das Bestehen einer solchen Verbundenheit zu belegen; jedoch sei nicht ausgeschlossen, dass diese auch durch andere repräsentative Umstände nachgewiesen werden kann. Der *Gerichtshof* nennt hier in Bezug auf den konkreten Ausgangssachverhalt den Umstand, dass die Antragstellerin bereits in mancher Beziehung in das nationale System der sozialen Sicherheit eingebunden sei, dass ihre Eltern (von denen sie als Behinderte abhängig ist) in Großbritannien wohnhaft sind und dort eine Rente beziehen sowie dass sie sich als britische Staatsangehörige während eines erheblichen Teils ihres Lebens in Großbritannien aufgehalten habe.⁹

Das Urteil ist in mehrerer Hinsicht bemerkenswert:

- Erstens prüft es die nationale Regelung ausschließlich am Maßstab des durch Art. 21 AEUV gewährten Freizügigkeitsrechts und wendet letztlich aus dogmatischer Sicht ähnliche Grundsätze an wie im Rahmen der Grundfreiheiten. Eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts ist dabei u.a. immer dann anzunehmen, wenn die Personen, die von diesem Gebrauch machen, direkt oder indirekt schlechter behandelt werden als diejenigen Personen, bei denen das nicht der Fall ist. Insofern spielt dann durchaus ein Diskriminierungselement wieder eine Rolle, wobei aber nicht mehr auf die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und damit Art. 18 AEUV abgestellt wird.
- Zweitens nimmt der *Gerichtshof* – in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung – auf der Rechtfertigungsebene einerseits auf die Verbundenheit mit dem jeweiligen Mitgliedstaat, andererseits auf das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit Bezug, um daran anschließend das Erfordernis der Verbundenheit als „legitim“ zu bezeichnen und (nur) dieses auf seine Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob die Konstruktion dieses „Verbundenheitserfordernisses“ einen eigenen Rechtfertigungsgrund darstellt oder ob es im Zusammenhang mit einem (anderen) zwingenden Grund des Allgemeinwohls (z.B. der Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems sozialer Sicherheit) als sachlicher Grund für eine Differenzierung herangezogen werden kann. Die besseren Gründe dürften für die zuletzt genannte Ansicht sprechen, ist es doch nur schwer nachvollziehbar, warum in einem Binnenmarkt und in einem Raum, in dem die Freizügigkeit der Unionsbürger umfassend gewährleistet ist, die „Verbundenheit“ einer Person mit einem bestimmten Mitgliedstaat einen „Selbstzweck“ darstellen kann. M.a.W. werden die Kriterien, die die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems für die Versagung eines Anspruchs auf eine finanzielle Leistung heranziehen können, entsprechend beschränkt.

⁹ Neben den erwähnten Aspekten des Urteils äußerte sich der *EuGH* noch zur Vereinbarkeit der Regelung mit der VO 1408/71, worauf hier nicht weiter eingegangen wird.

- Schließlich dürfte das Urteil in einem gewissen Spannungsverhältnis zu demjenigen in der Rs. C-158/07¹⁰ stehen, wonach die auch in diesem Urteil in Frage stehende „Integration“ durch eine gewisse Aufenthaltsdauer als nachgewiesen angesehen wurde, ohne dass darüber hinaus noch geprüft wurde, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht die Zulässigkeit eines anderen Nachweises erfordert. Die Akzentverschiebung in der Rs. C-503/09 ist zu begrüßen, ist doch nicht ersichtlich, warum die Verbundenheit bzw. Integration nur durch ein einziges Kriterium belegbar sein soll. Jedenfalls impliziert die neue Rechtsprechung wohl, dass die diesbezüglichen nationalen Kriterien eine gewisse Flexibilität aufweisen müssen, was im Ergebnis bedeuten dürfte, dass typisierende Kriterien (wie etwa eine Mindestaufenthaltsdauer) grundsätzlich durch eine Art Öffnungsklausel – die es erlaubt, die Verbundenheit auf andere Weise darzulegen – relativiert werden müssen.¹¹

II. Grundfreiheiten

1. Freier Warenverkehr

In der Rs. C-291/09¹² verneinte der *Gerichtshof* das Vorliegen einer Beschränkung des freien Warenverkehrs gemäß der sog. Dassonville-Formel in Bezug auf eine nationale Regelung, die für Angehörige anderer Mitgliedstaaten bei einem im Gefolge einer grenzüberschreitenden Warenlieferung eingeleiteten Prozess die Leistung einer Prozesskostensicherheit vorsieht, während ein solches Erfordernis für die eigenen Staatsangehörigen nicht zum Zuge kommt. Denn eine solche Regelung sei rein verfahrensrechtlicher Art und nicht darauf gerichtet, den Warenverkehr zu regulieren; auch hänge sie nicht von der Herkunft des Erzeugnisses ab. Vor diesem Hintergrund sei der Umstand, dass Angehörige eines anderen Mitgliedstaats wegen dieser Vorschrift zögern würden, Waren an Kunden in den betreffenden Staat zu verkaufen, zu ungewiss und zu mittelbar, als dass eine solche Maßnahme geeignet wäre, den Handel innerhalb der Union zu behindern.

Damit schränkt der *Gerichtshof* bereits die Tragweite der sog. Dassonville-Formel ein, indem er bei nicht direkt Waren betreffenden Vorschriften bzw. Maßnahmen, die gerade nicht den Warenverkehr regulieren wollen, offenbar davon ausgeht, dass die einfuhrbeschränkende Wirkung zu ungewiss und zu mittelbar sein kann, um als Eingriff in Art. 34 AEUV angesehen werden zu können. Diese Einschränkung erfolgt im Vorfeld der Prüfung der sog. Keck-Formel und stellt letztlich lediglich eine Präzisierung der Dassonville-Formel dar, ohne dass damit die Keck-Rechtsprechung – die nach der Rechtsprechung etwa bei der Prüfung der

¹⁰ *EuGH*, Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-8507 – Förster.

¹¹ S. neben den im Text erwähnten Urteilen auch noch *EuGH*, Rs. C-382/08, Urt. v. 25.1.2011, EuZW 2011, 177 – Neukirchinger (Unvereinbarkeit eines Wohnsitzerfordernisses sowie einer Bewilligungspflicht, in deren Rahmen eine bereits in einem anderen Mitgliedstaat bestehende Bewilligung nicht angemessen berücksichtigt wird, für die Durchführung von Ballonfahrten mit Art. 18 AEUV).

¹² *EuGH*, Rs. C-291/09, Urt. v. 7.4.2011, EuZW 2011, 429 – Guarnieri.

Zulässigkeit von Verwendungsbeschränkungen entscheidend ist – relativiert wird. Von Bedeutung ist dies insbesondere vor dem Hintergrund, als es hier um eine diskriminierende Maßnahme ging, die von vornherein – im Falle der Bejahung der Voraussetzungen der Dassonville-Formel – nicht von der Keck-Rechtsprechung erfasst wäre. Festzuhalten bleibt damit, dass die Voraussetzungen der Dassonville-Formel nur unter der Voraussetzung als gegeben angesehen werden können, dass die Auswirkungen einer Maßnahme auf den Warenverkehr nicht zu ungewiss und zu mittelbar ausgestaltet sind, wobei offen bleibt, wie hier genau abzugrenzen ist und in welchem Verhältnis dieses Kriterium zu dem in den Urteilen des *Gerichtshofs* zu Verwendungsbeschränkungen¹³ herangezogenen Maßstab der Marktzugangsbehinderung steht.¹⁴ Jedenfalls aber impliziert das Urteil kein „verkapptes Spürbarkeitserfordernis“, da bereits die Eignung zur Handelsbeschränkung verneint wird, nicht erst ihre zu geringfügigen Auswirkungen. Schließlich sei angemerkt, dass der *Gerichtshof* bei anderen Grundfreiheiten auch auf die Kriterien der zu großen Ungewissheit und Mittelbarkeit zurückgreift.¹⁵

In der Rs. C-28/09¹⁶ ging es um die Vereinbarkeit eines sog. sektoralen Fahrverbots auf einer Teilstrecke der A 12 (Brenner-Autobahn) für Lastkraftwagen über 7,5 t, die bestimmte Güter befördern, mit Art. 34 AEUV.¹⁷ Der *Gerichtshof* stellte zunächst die Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV fest, da der fragliche Autobahnabschnitt eine der wichtigsten Nord-Südverbindungen zwischen Deutschland und Italien betreffe, so dass das Verbot die Wirtschaftsteilnehmer zwingt, nach wirtschaftlich vertretbaren Ersatzlösungen für den Transport der fraglichen Güter zu suchen und somit geeignet sei, den Warenverkehr zwischen dem nördlichen Europa und Italien erheblich zu beeinträchtigen. Eine Rechtfertigung des Verbots aus Gründen des Gesundheits- und Umweltschutzes (angestrebt wurde eine geringere Schadstoffbelastung) komme zwar grundsätzlich in Betracht: Die Maßnahme sei geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen, und es sei nachvollziehbar und damit nicht inkohärent, dass der Transport der in der Verordnung näher bezeichneten Güter verboten werde, da sich diese Güter – wie von Österreich dargelegt und von der Kommission nicht überzeugend widerlegt – durch eine gewisse „Bahnaffinität“ auszeichneten, sich m.a.W. für eine Verlagerung des Transports auf die Bahn eigneten. Ebenso wenig führe der Ausschluss des lokalen und

¹³ Vgl. insbesondere *EuGH*, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 – Kommission/Italien; hierzu *Epiney*, NVwZ 2010, 1065 f.

¹⁴ Nur am Rande sei angemerkt, dass in einer Konstellation wie im Ausgangssachverhalt des Urteils selbstredend Art. 18 AEUV einschlägig ist, allerdings nur für Unionsbürger, eine Voraussetzung, die im Ausgangssachverhalt (es ging um ein monegassisches Unternehmen) nicht gegeben war, weshalb die Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV relevant war.

¹⁵ Vgl. etwa *EuGH*, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 – Graf (in Bezug auf die Freizügigkeit); *EuGH*, Rs. C-418/93, Slg. 1996, I-2975 (in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit); s. aus dem Berichtszeitraum *EuGH*, Rs. C-148/10, Urt. v. 13.10.2011 – DHL International, wo der *Gerichtshof* in Bezug auf das Vorliegen der außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten das Vorliegen einer Beschränkung verneint, da nicht ersichtlich sei, auf welche Weise hier die Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindert oder weniger attraktiv gemacht werden soll.

¹⁶ *EuGH*, Rs. C-28/09, Urt. v. 21.12.2011 – Kommission/Österreich.

¹⁷ S. auch bereits *EuGH*, Rs. C-320/05, Slg. 2005, I-9871 – Kommission/Österreich.

regionalen Verkehrs von dem Verbot zu einer Inkohärenz der Maßnahme, da die angestrebte Verlagerung des Transports auf die Schiene nur bei längeren Transporten Sinn mache; auch liege die fragliche Zone teilweise außerhalb des österreichischen Hoheitsgebiets. Jedoch habe Österreich nicht hinreichend dargetan, warum andere, den Warenverkehr weniger beschränkende Maßnahmen – wie insbesondere die Generalisierung einer Geschwindigkeitsbeschränkung und ein Fahrverbot für LKWs, die bestimmte Emissionswerte überschreiten – das angestrebte Ziel nicht ebenso hätten erreichen können, so dass die Maßnahme nicht erforderlich sei.

Das Urteil dürfte insbesondere deshalb von Bedeutung sein, weil es die österreichische Maßnahme „nur“ wegen der fehlenden Erforderlichkeit für mit Art. 34 AEUV unvereinbar erklärte, während es den grundsätzlichen Ansatz – ein Transportverbot für bestimmte, für den Bahntransport geeignete Güter sowie die Bevorzugung des Regional- und Lokalverkehrs – nicht beanstandet. Gerade letzterer Punkt ist insofern bemerkenswert, als Maßnahmen zur Verringerung des Straßenverkehrsaufkommens in sensiblen Zonen wie dem Alpenraum häufig solche Differenzierungen beinhalten, wobei diese mitunter auch zum Schutz der Gebiete selbst bzw. ihrer Versorgung getroffen werden. Der *Gerichtshof* hat allerdings in dem Urteil zu solchen Anliegen – bei denen sich die Frage stellt, ob es sich um wirtschaftliche Gründe handelt – nicht Stellung genommen, sondern auf die umweltpolitische Rechtfertigung der Differenzierung abgestellt. Immerhin dürften aber Konstellationen vorstellbar sein, in denen eine Bevorzugung des Lokal- und Regionalverkehrs letztlich das Anliegen des Schutzes strukturschwacher Regionen bzw. der Versorgungssicherheit verfolgt, das grundsätzlich durchaus einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann.¹⁸

2. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

Grundlegende Aussagen zu den Voraussetzungen des Vorliegens einer Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind der Rs. C-565/08¹⁹ zu entnehmen: Der *Gerichtshof* verneinte einen Eingriff in Art. 49, 56 AEUV durch die in Italien vorgesehenen gesetzlichen Höchstsätze für Rechtsanwaltsgebühren (aus Gründen des Verbraucherschutzes). Denn Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs lägen (nur) dann vor, wenn die zur Debatte stehenden Maßnahmen die Ausübung dieser Freiheiten verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen, wobei insbesondere solche

¹⁸ Vgl. *EuGH*, Rs. C-254/98, Slg. 2000, I-151 – TK Heimdienst, in Bezug auf die Sicherstellung der Nahversorgung in bestimmten randständigen Regionen. S. zur Warenverkehrsfreiheit neben den im Text erwähnten Urteilen auch noch *EuGH*, Rs. C-443/10, Urt. v. 6.10.2011 – Bonnarde (Verstoß gegen Art. 34 AEUV einer nationalen Bestimmung, die für die Gewährung eines „Umweltbonus“ auch für aus dem Ausland eingeführte Vorführwagen verlangt, dass die Erstzulassungsbescheinigung solcher Fahrzeuge mit dem Vermerk „Vorführwagen“ versehen ist); *EuGH*, Rs. C-161/09, Urt. v. 3.3.2011 – Kakavetsos-Fragkopoulos (Verstoß eines absoluten Verbots der Verbringung, Lagerung, Verarbeitung und Verpackung getrockneter Weintrauben zum Zweck der Ausfuhr gegen Art. 35 AEUV, da die angestrebten Ziele, insbesondere Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums und Qualitätsschutz, nicht in kohärenter Weise erreicht werden könnten und die Maßnahme zudem nicht erforderlich sei).

¹⁹ *EuGH*, Rs. C-565/08, Urt. v. 29.3.2011, EuZW 2011, 400 – Kommission/Italien.

Maßnahmen, die – obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind – den Marktzugang aus anderen Mitgliedstaaten betreffen, erfasst seien. Allerdings stelle eine mitgliedstaatliche Regelung nicht schon deshalb eine Beschränkung im Sinne des Vertrages dar, weil andere Mitgliedstaaten die entsprechende Frage weniger streng oder wirtschaftlich interessanter regeln, so dass allein die Notwendigkeit, sich mit den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaates vertraut machen zu müssen, um sich dort niederzulassen oder dort Dienstleistungen zu erbringen, nicht auf das Vorliegen einer Beschränkung schließen lassen könne. Eine Beschränkung bestehe hingegen insbesondere dann, wenn den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Marktteilnehmern die Möglichkeit genommen werde, unter Bedingungen eines normalen und wirksamen Wettbewerbs in den Markt des Aufnahmemitgliedstaats einzutreten, was von der Kommission in Bezug auf die zur Debatte stehende Regelung nicht dargetan worden sei, dies insbesondere auch angesichts der Flexibilität der italienischen Gebührenregelung, die durchaus Durchbrechungen der grundsätzlich geltenden Höchstsätze erlaube.

Auch dieses Urteil dürfte indessen die Frage nach den genauen Konturen und Voraussetzungen des Vorliegens einer Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nicht abschließend klären: Der *Gerichtshof* vermeidet es, auf die im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit maßgebliche sog. Keck-Rechtsprechung zurückzugreifen, dies obwohl sich ein solcher Rückgriff bei der vorliegenden Fallgestaltung durchaus hätte aufdrängen können, da es um eine „Berufsausübungsregelung“ ging, die nicht diskriminierend ausgestaltet ist und als solche den Marktzugang gerade nicht verhindert. Stattdessen stellt der *EuGH* entscheidend eben auf den Marktzugang, der durch die fragliche Regelung nicht beeinträchtigt sei, ab, wobei auch die Art und Weise des Rückgriffs auf dieses Kriterium gewisse Fragen aufwirft: So leitet der *EuGH* die entsprechenden Passagen jeweils mit „insbesondere“ ein, was darauf schließen lässt, dass Beschränkungen auch in anderen Konstellationen vorliegen können, wobei aber – insbesondere in Bezug auf unterschiedslos anwendbare Maßnahmen – unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein soll. Weiter und damit in engem Zusammenhang stehend begründet der *Gerichtshof* das Nichtvorliegen einer Beschränkung maßgeblich mit dem Umstand, dass die Gebühren ggf. erheblich über den grundsätzlich geltenden Satz hinaus erhöht werden könnten. Hieraus wird man schließen können, dass bereits allein die Flexibilität der Gebührensätze zur Verneinung der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Art. 49, 56 AEUV führt, ohne dass es darauf ankommt, ob es die Regelung erlaubt, im Wesentlichen ähnlich hohe Gebühren wie im Herkunftsstaat zu erheben (wurde diese Frage vom *Gerichtshof* doch nicht geprüft). Im Umkehrschluss kann man daraus aber schließen, dass eine sehr starre Gebührenhöchstregelung offensichtlich eine Beschränkung der Art. 49, 56 AEUV darstellte, wobei jedoch unklar bleibt, wo hier genau die Grenzen liegen. Jedenfalls lässt sich aus dem Urteil ableiten, dass allein gewisse Zusatzkosten oder / und eine Reduktion der Gewinnspanne für das Vorliegen einer Beschränkung nicht ausreichen sollen. Vielmehr lässt das Urteil

insgesamt den Schluss zu, dass bei unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen ein Eingriff in Art. 49, 56 AEUV nur bei einer merklichen Erschwerung des Marktzugangs zu bejahen ist, wobei es bedauerlich ist, dass die genauen dogmatischen Konturen des hier verwendeten Beschränkungsbegriffs nach wie vor verschwommen bleiben.

Mit der Feststellung, dass der Beruf des Notars – so, wie er in Deutschland geregelt ist – keine Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV darstelle und somit die Niederlassungsfreiheit auch in Bezug auf diesen Beruf zum Zuge komme, so dass das Staatsangehörigkeitserfordernis für den Zugang zu diesem Beruf nicht mit Art. 49 AEUV vereinbar sei, hat der *Gerichtshof* in der Rs. C-54/08²⁰ eine bereits seit längerem kontrovers diskutierte Frage entschieden. Der *Gerichtshof* begründete seinen Ansatz im Wesentlichen damit, dass die als Haupttätigkeit der Notare anzusehende Erstellung öffentlicher, mit Beweiskraft ausgestatteter und vollstreckbarer Urkunden in der gesetzlichen Form, wobei u.a. zu prüfen ist, ob alle gesetzlichen Voraussetzungen für die Erstellung der Urkunde vorliegen, als solche schon deshalb keine unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt darstelle, weil die von diesen Urkunden betroffenen Personen sich dem Prozedere freiwillig unterwerfen und der Notar gegen den Willen der Parteien keine Urkunde aufsetzen darf. An diesem Schluss ändere auch der letztlich als Formerfordernis anzusehende zwingende Beizug eines Notars für die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte nichts. Gleiches gelte für die Umstände, dass der Notar durch die Prüfung des Vorliegens aller gesetzlichen Voraussetzungen auch das im Allgemeininteresse liegende Ziel, die Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, verfolge, und dass den Urkunden Beweiskraft und Vollstreckbarkeit zukomme. Allein diese Aspekte implizierten nämlich nicht die unmittelbare und spezifische Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt. Hinzukomme, dass der Notar frei gewählt werden könne, so dass er seinen Beruf in den Grenzen seiner örtlichen Zuständigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübe, was für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch sei, und dass allein der Notar für seine Tätigkeiten bzw. entsprechende Fehler hafte. In einem *obiter dictum* weist der *EuGH* jedoch auch darauf hin, dass das Anliegen der Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten bzw. Rechtsgeschäften zwischen Privaten einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen könne, das Beschränkungen des Art. 49 AEUV (wie die Beschränkung der Zahl der Notare und ihrer örtlichen Zuständigkeit, die Regelung ihrer Bezüge, ihre Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit sowie Unvereinbarkeitsregelungen und besondere Bestellungsverfahren) rechtfertigen könne, sofern den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit Genüge getan ist.

Der *Gerichtshof* stellt damit bei der Auslegung des Art. 51 AEUV entscheidend darauf ab, dass die Dienste der Notare freiwillig in Anspruch genommen werden und auch der Inhalt der

²⁰ *EuGH*, Rs. C-54/08, Urt. v. 24.5.2011, EuZW 2011, 468 – Kommission/Deutschland. Im Wesentlichen gleichlautende Urteile ergingen gegen eine Reihe weiterer Mitgliedstaaten.

vom Notar beurkundeten Rechtsgeschäfte – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben – vom Willen der Parteien bzw. involvierten Personen abhängt. Die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV dürfte damit grundsätzlich von vornherein nur unter der Voraussetzung anzunehmen sein, dass der jeweiligen Tätigkeit ein irgendwie geartetes Zwangselement innewohnt, was bei selbständigen Tätigkeiten nur in Ausnahmefällen (etwa bei der Übertragung bestimmter staatlicher Aufgaben auf Private) der Fall sein wird. Allein gewisse besondere Befugnisse oder Wirkungen einer Tätigkeit auf der Grundlage staatlicher Regelungen reichen somit nicht aus. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch angemerkt, dass der *Gerichtshof* einen Verstoß gegen die Pflicht zur Umsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinien (RL 89/48 und die Nachfolgerichtlinie RL 2005/36) vor dem Hintergrund verneint, dass es unklar gewesen sei, ob der Beruf des Notars eine Ausübung öffentlicher Gewalt (solche Berufe sind bzw. waren vom Anwendungsbereich dieser Richtlinien ausgenommen) darstelle. Dieser Ansatz ist insofern bemerkenswert, als grundsätzlich derartige Ungewissheiten nichts daran ändern, dass ein Verstoß gegen die Umsetzungspflicht vorliegt; Divergenzen über die rechtliche Tragweite von Richtlinienbestimmungen sind denn auch häufig und gehen grundsätzlich „zu Lasten“ der Mitgliedstaaten, auch wenn diese „gutgläubig“ eine Richtlinienbestimmung nicht korrekt umgesetzt haben. Immerhin lagen im konkreten Fall auch gewisse Meinungsäußerungen von Unionsorganen vor, die eher davon ausgingen, dass Notare von den erwähnten Richtlinien nicht erfasst wären. Gleichwohl hätte aber die genaue dogmatische Konstruktion des *Gerichtshofs* in Bezug auf diesen Aspekt interessiert, zumal die Aussage des *Gerichtshofs*, es sei nicht möglich festzustellen, dass „eine hinreichend klare Verpflichtung für die Mitgliedstaaten“ bestand (Rn. 142), auch insofern unklar ist, als sie insinuiert könnte, aus der RL 2005/36 seien auch in Zukunft keine Pflichten in Bezug auf den Notarberuf abzuleiten bzw. diese sei auf Notare nicht anwendbar.²¹

In der Rs. C-212/08²² stand erneut²³ eine Monopolregelung bei Glücksspielen zur Debatte. Konkret ging es um eine französische Regelung, wonach für Pferdewetten auch außerhalb von Rennplätzen ein Monopol besteht, dies mit dem Ziel der Bekämpfung der mit solchen Glücksspielen verbundenen Gefahren (insbesondere Vermeidung von Anreizen zu übermäßigen Ausgaben und Bekämpfung der Spielsucht). Der *Gerichtshof* bejahte im Grundsatz die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 56 AEUV, dies vor dem Hintergrund, dass im Falle des Anlegens eines besonders hohen Schutzniveaus in Bezug auf die erwähnten öffentlichen Interessen durch den betreffenden Mitgliedstaat die Gewährung ausschließlicher Rechte zur Durchführung bestimmter Glücksspiele an eine einzige

²¹ So denn auch die Auslegung des Urteils bei *Fuchs*, EuZW 2011, 475 f.

²² *EuGH*, Rs. C-212/08, Urt. v. 30.6.2011, EuZW 2011, 674 – Zeturf. S. darüber hinaus zur Vereinbarkeit eines Monopols für Internetglücksspiele mit Art. 56 AEUV *EuGH*, Rs. C-347/09, Urt. v. 15.9.2011, EuZW 2011, 841 – Dickinger.

²³ Vgl. zur früheren Rechtsprechung m.w.N. *Epiney*, NVwZ 2010, 1065 (1070).

Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht wird, ein verhältnismäßiges Mittel zur Verfolgung dieser Zielsetzungen darstellen kann. Dabei hätten die nationalen Gerichte zu überprüfen, ob tatsächlich ein so hohes Schutzniveau angelegt werden soll, das Monopol tatsächlich als erforderlich angesehen werden kann und die staatlichen Kontrollen kohärent und systematisch durchgeführt werden, so dass die mit dem Monopol verfolgten Ziele erreicht werden können. Gleichzeitig betont der *Gerichtshof*, dass der durch ein solches Monopol implizierte Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit jedoch nur dann durch die Anliegen der Kriminalitätsbekämpfung und der Verringerung der Spielgelegenheiten gerechtfertigt werden könne, wenn die mit dem Spielen verbundenen kriminellen Tätigkeiten und die Spielsucht in dem betroffenen Mitgliedstaat tatsächlich ein Problem darstellen, dem durch die Ausweitung des Monopols abgeholfen werden könne, und wenn die Werbung maßvoll und strikt auf das begrenzt ist, was erforderlich ist, um die potentiellen Spieler auf die genehmigten Spiele aufmerksam zu machen. Lediglich der Umstand, dass die Zulassung und Kontrolle mehrerer Anbieter den mitgliedstaatlichen Behörden höhere Kosten verursachen könnte, könne jedoch nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen werden, gehe es hier doch um verwaltungstechnische Aspekte bzw. Nachteile, die eine Beschränkung der Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen vermögen. Ebenso wenig könne der Umstand, dass Einnahmen aus Glücksspielen in erheblichem Umfang zur Finanzierung uneigennütziger bzw. im Allgemeininteresse liegender Anliegen eingesetzt werden, ein Monopol für Glücksspiele rechtfertigen, da es sich um wirtschaftliche Gründe handle.

Das Urteil liegt auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung, wenn auch einige Aspekte in Bezug auf die Anforderungen an die Rechtfertigung präzisiert werden, wobei teilweise ein eher strenger Maßstab angelegt wird, so wenn der Mitgliedstaat die Erfüllung der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Einzelnen – offenbar auch durch entsprechende empirische und sonstige Untersuchungen bzw. Belege – nachzuweisen hat, wobei der *Gerichtshof* aber auch betont, dass das ggf. hohe Schutzniveau des betroffenen Mitgliedstaates ausschlaggebend sei, so dass (einmal mehr) klargestellt wird, dass die Entscheidung über das Schutzniveau selbst in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegt. Verallgemeinert man die Aussagen des *Gerichtshofs* zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Monopolen im Hinblick auf die Betrugsbekämpfung und die Eindämmung von Spielsucht, so folgt aus dem Kohärenzgebot, dass – immer auf der Grundlage eines sehr hohen Schutzniveaus – nur im Falle einer sehr weitgehenden staatlichen Kontrolle des Anbieters und einer Beschränkung von Umfang und Qualität der Werbung eine Rechtfertigung in Betracht kommt. Weiter zieht der *Gerichtshof* den Kreis der möglichen Rechtfertigungsgründe insofern recht eng, als er auch die Finanzierung von im Allgemeininteresse liegenden Anliegen offenbar vollumfänglich als wirtschaftlichen Grund einstuft, obwohl es hier nicht um eigentlich protektionistische Zielsetzungen und auch nicht *per se* um eine Erhöhung staatlicher Einnahmen geht.

In den verb. Rs. C-403/08, C-429/08²⁴ stand neben verschiedenen Aspekten des Wettbewerbsrechts und des Urheberrechts die Vereinbarkeit einer durch nationales Recht aus Gründen des Urheberschutzes vorgesehenen ausschließlichen Gebietslizenz für die Ausstrahlung von Fußballspielen i.V.m. dem Verbot, ausländische Decodiergeräte in Verkehr zu bringen, u.a. mit dem freien Dienstleistungsverkehr zur Debatte. Der *Gerichtshof* bejahte zunächst die alleinige Einschlägigkeit des Art. 56 AEUV für das Verbot des Inverkehrbringens ausländischer Decodiervorrichtungen, da der freie Warenverkehr gegenüber dem Dienstleistungsverkehr zweitrangig sei, gehe es bei dem Verbot doch darum, es den Abonnenten zu verunmöglichen, gewisse Rundfunkdienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Weiter liege eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vor, da das Verbot dazu führe, dass der Zugang zu Satellitenrundfunkdiensten aus anderen Mitgliedstaaten verunmöglicht werde. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums sei grundsätzlich möglich: Zwar handle es sich bei Sportereignissen an sich nicht um eine eigene geistige Schöpfung; jedoch seien Sportereignisse als solche einzigartig und hätten insoweit einen Originalcharakter, so dass sie einen mit dem Schutz von Werken vergleichbaren Schutz verdienten. Allerdings sei eine Rechtfertigung nur möglich, soweit die in Frage stehende Maßnahme zur Wahrung der Rechte notwendig ist, die den spezifischen Gegenstand des betreffenden Rechts ausmachen; beim geistigen Eigentum sei dieser insbesondere darin zu sehen, den Inhabern der betreffenden Rechte den Schutz der Befugnis zu gewährleisten, das Inverkehrbringen oder die Bereitstellung der Schutzgegenstände dadurch kommerziell zu nutzen, dass gegen Zahlung einer Vergütung Lizenzen erteilt werden. Hingegen garantiere der spezifische Gegenstand des geistigen Eigentums es den Rechtsinhabern gerade nicht, dass sie die höchstmögliche Vergütung verlangen können; geschützt sei nur das Erlangen einer „angemessenen“ Vergütung für jede Nutzung der Schutzgegenstände. Die Einräumung einer gebietsabhängigen Exklusivität und der dafür den betreffenden Rechtsinhabern gezahlte Aufschlag sei aber schon deshalb nicht als angemessen anzusehen, weil auf diese Weise eine absolute gebietsabhängige Exklusivität hergestellt werde, die zu abgeschotteten nationalen Märkten führe, zumal es den Rechtsinhabern freistehe, für die Rechteinräumung einen Betrag zu verlangen, der der tatsächlichen und potenziellen Einschaltquote sowohl im Sendemitgliedstaat als auch in anderen Mitgliedstaaten, in denen die Übertragungen durch die Verwendung von Decodiergeräten empfangen werden können, Rechnung trägt. Vor diesem Hintergrund könne das Verbot der Inverkehrbringung ausländischer Decodiergeräte nicht durch das Anliegen des Schutzes des geistigen Eigentums gerechtfertigt werden.

Das Urteil ist – in Bezug auf die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit – insbesondere in zweierlei Hinsicht interessant:

²⁴ *EuGH*, verb. Rs. C-403/08, C-429/08, Urt. v. 4.10.2011, EWS 2011, 473 – Football Association Premier League. S. in diesem Zusammenhang auch *EuG*, Rs. T-68/08, Urt. v. 17.2.2011 – FIFA/Kommission; *EuG*, Rs. T-55/08, Urt. v. 17.2.2011 – UEFA/Kommission.

- Erstens fasst der *Gerichtshof* das Schutzobjekt des geistigen Eigentums – soweit ersichtlich in dieser Form erstmals – sehr weit, indem er nicht nur eigene (geistige) Schöpfungen, sondern darüber hinaus auch sonstige „Originale“ ebenfalls erfasst sieht bzw. ihnen einen gleichwertigen Schutz zukommen lässt. Aufgeworfen wird damit die Frage, unter welchen Voraussetzungen – abgesehen von Sportereignissen – von solchen „Originalen“ gesprochen werden kann.
- Zweitens ist der entscheidende Aspekt der Verneinung der Rechtfertigung in dem Urteil nicht in der Höhe der für die Einräumung der Übertragungsrechte vorgesehenen Vergütung als solcher, sondern in dem Aufschlag für die Gebietsexklusivität – der eben zu einer Marktabschottung führe – zu sehen. Dies ändert aber nichts daran, dass der *Gerichtshof* auch darauf hinweist, dass eine angemessene Vergütung in einem „vernünftigen Zusammenhang“ mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen müsse, so dass sie insbesondere mit der tatsächlichen oder potenziellen Zahl der Personen im Zusammenhang stehen müsse, die in ihren Genuss kommen (wollen). Auch hier bleibt jedoch die Frage offen, nach welchen Kriterien sich das Vorliegen eines solchen „vernünftigen Zusammenhangs“ bestimmt.²⁵

III. Gleichbehandlung von Mann und Frau

Von grundsätzlicher Bedeutung ist das Urteil des *EuGH* in der Rs. C-236/09²⁶, in dem der *Gerichtshof* feststellte, Art. 5 der RL 2004/113 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen²⁷ sei ungültig. Denn diese Vorschrift – wonach für Männer und Frauen unterschiedliche Versicherungstarife zum Zuge kommen können, falls das Geschlecht als Einflussfaktor für die Risikobewertung versicherungsmathematisch und statistisch belegt ist – stelle einen Verstoß gegen Art. 21, 23 Grundrechtecharta dar, da die RL 2004/113 grundsätzlich davon ausgehe, dass nicht geschlechtsneutrale Prämien und Leistungen die Ausnahme darstellten, Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113 jedoch letztlich auch unbefristete Ausnahmen zulasse, was der Verwirklichung des mit der RL 2004/113 (und wohl auch primärrechtlich) verfolgten Ziels der Gleichstellung der Geschlechter nicht Rechnung trage.

Das Urteil ist in mehrerer Hinsicht bemerkenswert und wirft einige Fragen auf:

²⁵ S. neben den im Text erwähnten Urteilen noch *EuGH*, Rs. C-119/09, Urt. v. 5.4.2011, EuZW 2011, 681 – *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*: Art. 24 Abs. 1 RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) stehe jeglichem absolutem Verbot kommerzieller Kommunikation durch Angehörige reglementierter Berufe entgegen; als ein solches sei das in Frankreich geltende Verbot der unaufgeforderten Übermittlung von Informationen durch Wirtschaftsprüfer an potentielle Kunden mit dem Ziel der Gewinnung neuer Kunden anzusehen. Eine derartige Maßnahme könne auch nicht gemäß Art. 24 Abs. 2 RL 2006/123 gerechtfertigt werden, da das in Art. 24 Abs. 1 RL 2006/123 enthaltene Verbot absoluter Natur sei; *EuGH*, Rs. C-400/08, Urt. v. 24.3.2011, EuZW 2011, 557 – *Kommission/Spanien* (Vereinbarkeit eines Genehmigungserfordernisses für die Niederlassung neuer großer Einzelhandelszentren mit Art. 49 AEUV).

²⁶ *EuGH*, Rs. C-236/09, Urt. v. 1.3.2011, EuZW 2011, 301 – *Test Achats ASBL*.

²⁷ ABl. 2004 L 373, 37.

- In Bezug auf den Prüfungsmaßstab bzw. die Reichweite der Prüfung der Grundrechtskonformität des Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113 legt der *Gerichtshof* einen ausgesprochen strengen Maßstab an: Schon die „Gefahr“, dass die Ausnahme von der Regel – die offenbar als solche angesichts der angestrebten schrittweisen Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter nicht *per se* mit den grundrechtlichen Vorgaben unvereinbar sein soll – unbefristet gewährt wird, führt zur Nichtigerklärung der fraglichen Bestimmung, dies obwohl Art. 5 Abs. 2 RL 2004/13 sicherlich einer grundrechtskonformen Umsetzung durch die Mitgliedstaaten zugänglich gewesen wäre. Dies steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem Ansatz des *Gerichtshofs* in der Rs. C-540/03²⁸, in welcher der *Gerichtshof* bei der Prüfung der Vereinbarkeit sekundärrechtlicher Bestimmungen mit Art. 8 EMRK davon ausgehen dürfte, dass allein die Ermöglichung einer grundrechtswidrigen Umsetzung durch den Wortlaut einer Richtlinienbestimmung noch nicht zu ihrer Unvereinbarkeit mit den einschlägigen Grundrechten führt; vielmehr seien die Unionsgrundrechte eben (auch) bei der Umsetzung zu beachten. Jedenfalls bleiben die genauen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen im Falle der Einräumung von Gestaltungsspielräumen in Richtlinien, die möglicherweise grundrechtswidrig ausgenutzt werden können, von einem Verstoß gegen die Unionsgrundrechte auszugehen ist, auf der Grundlage der Rechtsprechung unklar.
- Die Ausführungen des *Gerichtshofs* dürften auf andere „Gruppendifferenzierungen“ – zumindest nach den in Art. 21 Grundrechtecharta aufgeführten Kriterien – übertragbar sein, so dass etwa Differenzierungen von Versicherungsprämien nach der Nationalität bei KFZ-Versicherungen (in mehreren Mitgliedstaaten werden offenbar z.B. für Personen aus dem Balkan höhere Prämien verlangt) zumindest Fragen aufwerfen. Zu bemerken ist allerdings, dass im vorliegenden Fall die Problematik durch eine Richtlinie einer unionsrechtlichen Regelung zugeführt wurde; fehlt eine solche (wie bei den KFZ-Versicherungsprämien), können entsprechende nationale Vorschriften nicht am Maßstab der Unionsgrundrechte geprüft werden (Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta), wobei die Abgrenzung derjenigen nationalen Vorschriften, die Unionsvorschriften umsetzen, von denjenigen, die dies (zweifelsfrei) nicht tun, mitunter großen Schwierigkeiten unterworfen ist. In Betracht kommen könnte darüber hinaus die Maßgeblichkeit der Grundrechte im Falle der Einschlägigkeit des Art. 18 AEUV.
- Zumindest die in mancher Hinsicht parallel ausgestalteten „Öffnungsklauseln“ in anderen Gleichbehandlungsrichtlinien (vgl. Art. 4, 6 Abs. 2 RL 2000/78 zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf²⁹, Art. 4 RL 2000/43 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft³⁰ und Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54 zur Verwirklichung des

²⁸ *EuGH*, EuZW 2006, 566 – EP/Rat. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2007, 1012 f.

²⁹ ABl. 2000 L 303, 16.

³⁰ ABl. 2000 L 180, 22.

Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen³¹⁾ könnten vor dem Hintergrund dieses Urteils problematisch sein, könnten doch auch sie die „Gefahr“ bergen, in gewissen (wenigen) Ausnahmebereichen unbefristete Ausnahmen von der Regel der Gleichbehandlung zu ermöglichen.

- Der *Gerichtshof* geht nicht darauf ein, warum der Umstand, dass zwischen Männern und Frauen aus versicherungsmathematischer und statistischer Sicht Unterschiede bestehen können, offenbar von vornherein (sonst hätte er sich mit dieser Frage auseinandersetzen müssen) keinen sachlichen Grund der Unterscheidung darstellen darf. Denn auch der Gleichheitssatz erlaubt grundsätzlich Gruppenbildungen, sofern diese auf sachlichen Kriterien beruhen. Denkt man den Ansatz des *Gerichtshofs*, der offenbar davon ausgeht, dass eine Unterscheidung zwischen Männern und Frauen jedenfalls bei Versicherungsprämien und Leistungen nicht gerechtfertigt werden kann, zu Ende, so müssten eigentlich auch andere versicherungsmathematische und statistische Kriterien unzulässig sein – ein recht weitgehender Schluss.
- Nicht ganz deutlich wird in der Argumentation des *Gerichtshofs* auch das Verhältnis zwischen Primär- und Sekundärrecht: Er stützt sich nämlich in seiner Argumentation maßgeblich auf das Ziel der RL 2004/113 sowie auf das in dieser zum Ausdruck gekommene Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Berechnung von Prämien und Leistungen und folgert im Anschluss daran die Unvereinbarkeit der in Frage stehenden Regelung mit Art. 21, 23 Grundrechtecharta, ohne dass klar wird, ob die hervorgehobene Ausgestaltung der RL 2004/113 ein wesentliches Element für die Feststellung der Unvereinbarkeit des Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113 mit Art. 21, 23 Grundrechtecharta darstellte. Aus dogmatischer Sicht kann die Ausgestaltung der RL 2004/113 wohl nur insoweit eine Rolle spielen, als sie einen Einfluss auf die Kohärenz der Regelung – die dann ihrerseits bei ihrer Vereinbarkeit mit den Grundrechten eine Rolle spielt – entfaltet; ansonsten ist die inhaltliche Tragweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes grundsätzlich unabhängig von der sekundärrechtlichen Regelung zu bestimmen.

In der Rs. C-104/10³²⁾ stellte sich die Frage, ob einem Bewerber für einen Ausbildungsplatz, der der Ansicht ist, ihm sei der Zugang zur Ausbildung aufgrund der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verweigert worden, aufgrund des Unionsrechts ein Anspruch auf Zugang zu Informationen über die Qualifikationen anderer Bewerber einräumt, um ihn in die Lage zu versetzen, Tatsachen glaubhaft zu machen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, wie dies zur Geltendmachung des unionsrechtlichen

³¹⁾ ABl. 2006 L 204, 23.

³²⁾ *EuGH*, Rs. C-104/10, Urt. v. 21.7.2011 – Kelly.

Gleichheitssatzes notwendig ist.³³ Der *Gerichtshof* verneinte diese Frage grundsätzlich, da die unionsrechtlichen Vorschriften über die Beweislast (und auch diejenigen über den Grundsatz der Nichtdiskriminierung) keinen solchen Anspruch enthielten. Allerdings könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine solche Verweigerung die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie beeinträchtigen könne und insbesondere der getroffenen Beweislastregelung die praktische Wirksamkeit nehmen könnte. Ob dies der Fall ist, hätten die Mitgliedstaaten auch unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben zum Schutz personenbezogener Daten zu beurteilen.

Man wird das Urteil wohl so auslegen müssen, dass die Mitgliedstaaten einerseits eine Art Öffnungsklausel für einen Zugangsanspruch zu solchen Informationen vorsehen müssen, jedoch gleichzeitig dafür sorgen müssen, dass bei seiner Anwendung die datenschutzrechtlichen Vorgaben beachtet werden, so dass der Zugang auch verweigert werden kann bzw. muss, wenn er zwar für die Effektivität der Beweislastregel notwendig wäre, jedoch die datenschutzrechtlichen Grundsätze einem solchen Zugang entgegenstehen. In der Praxis dürften hiermit regelmäßig komplexe Fragen der Abwägung zwischen der Effektivität der gleichstellungsrechtlichen Beweislastregel auf der einen und dem Schutz der Persönlichkeit auf der anderen Seite verbunden sein. Interessant ist der Ansatz des *Gerichtshofs* auch vor dem Hintergrund, dass eine primärrechtliche Pflicht (die sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergebende Pflicht, alle Maßnahmen im Hinblick auf die Effektivität des Unionsrechts zu ergreifen) durch sekundärrechtliche Vorgaben „eingeschränkt“ werden kann, was sich einerseits dadurch erklärt, dass es letztlich um ein Spannungsverhältnis zwischen zwei Richtlinien geht, und andererseits vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass die datenschutzrechtlichen Vorgaben auch eine Konkretisierung grundrechtlicher Positionen (Schutz der Persönlichkeit) sind, die ebenfalls auf primärrechtlicher Ebene verankert sind (vgl. insbesondere Art. 8 Grundrechtecharta).³⁴

³³ Vgl. Art. 4 Abs. 1 RL 97/80 über die Beweislast bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, ABl. 1998 L 14, 6. Diese Richtlinie wurde mittlerweile durch die RL 2006/54 abgelöst, die jedoch eine parallele Bestimmung enthält.

³⁴ S. neben den im Text erwähnten Urteilen auch *EuGH*, Rs. C-123/10, Urt. v. 20.10.2011 – Brachner (Anwendungsbereich der RL 79/7 über die Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit, Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung, fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit).