

Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2012: 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 2012. Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2013, S. 692-698. 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 2012, 930) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2012 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, 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. Anwendbarkeit des Art. 21 AEUV und der RL 2004/38 auf Staatsoberhäupter

In der Rs. C-364/12¹ stellte der *EuGH* die Unionsrechtskonformität der Einreiseverweigerung, welche die Slowakei gegenüber dem ungarischen Präsidenten (der zu einem Festakt aus Anlass des ungarischen Nationalfeiertags an einer Feier in der Slowakei teilnehmen sollte) ausgesprochen hatte, fest: Das Unionsrecht sei im Lichte des Völkerrechts auszulegen, das Bestandteil der Unionsrechtsordnung und für die Unionsorgane verbindlich sei. Ein Staatsoberhaupt genieße aber auf der Grundlage des Völkergewohnheitsrechts einen besonderen Status, wozu insbesondere Vorrechte und Schutzrechte (die Schutzpflichten des Aufenthaltsstaats nach sich ziehen) gehörten. Insofern sei ein Staatsoberhaupt von allen anderen Unionsbürgern zu unterscheiden, so dass für seine Einreise nicht dieselben Voraussetzungen wie für andere Bürger zum Zuge kommen. Daher könne eine Beschränkung des durch Art. 21 AEUV gewährleisteten Freizügigkeitsrechts für Staatsoberhäupter durch völkerrechtliche Grundsätze gerechtfertigt werden, und weder diese Bestimmung noch die RL 2004/38 verpflichteten die Slowakei dazu, die Einreise des ungarischen Präsidenten zu gestatten bzw. zu gewährleisten. Die gleichwohl durch die Slowakei in einer diplomatischen Note erfolgte Bezugnahme auf die RL 2004/38 stelle auch keinen Rechtsmissbrauch dar, da ein solcher nur unter zwei Voraussetzungen vorliege: Erstens dürfe trotz formaler Einhaltung

* 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*, Rs. C-364/10, Urt. v. 16.10.2012 – Ungarn/Slowakei.

der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht werden, und zweitens sei die Absicht erforderlich, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Im Streitfall seien schon die Voraussetzungen der RL 2004/38 formal nicht eingehalten worden, so dass keine der beiden Voraussetzungen vorliege; insbesondere führe die bloße Anführung der Richtlinie nicht dazu, dass sie auf einen Sachverhalt angewandt werden kann, auf den sie nicht anwendbar ist.

Damit verneinte der *Gerichtshof* im Ergebnis bereits die Anwendbarkeit der hier möglicherweise einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen (Art. 21 AEUV sowie die Unionsbürgerrichtlinie, RL 2004/38), wobei er davon ausgeht, dass das im Vertrag gewährleistete Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger aufgrund völkerrechtlicher Vorgaben bzw. Besonderheiten eingeschränkt werden kann, dies im Zuge der Heranziehung des Völkerrechts für die Auslegung des Unionsrechts (womit der *Gerichtshof* einmal mehr bestätigt, dass die Unionsrechtsordnung monistischen Charakter aufweist und auch das allgemeine Völkerrecht als solches für die Unionsorgane verbindlich ist). Notwendig für eine solche Einschränkung der Anwendbarkeit des Freizügigkeitsrechts ist es offenbar, dass der erfasste Personenkreis klar abgrenzbar ist und dass dem Aufenthaltsstaat in Bezug auf diese Personen besondere völkerrechtliche Pflichten obliegen. Damit kann diese Einschränkung des Freizügigkeitsrechts auf alle Personen zur Anwendung kommen, die völkerrechtlich verankerte Immunitäten genießen, also auch etwa Außenminister, aber auch Diplomaten. Nicht ausdrücklich beantwortet hat der *Gerichtshof* im Übrigen die Frage, ob die Verneinung der Anwendbarkeit des Art. 21 AEUV und der RL 2004/38 nur für diejenigen Fallgestaltungen, in denen die betreffende Person in dienstlicher Eigenschaft unterwegs ist, oder allgemein (also auch z.B. bei privaten Ferientaufenthalten) gilt. Vieles dürfte hier dafür sprechen, die Antwort auf diese Frage von der Einschlägigkeit der besonderen völkerrechtlichen Schutz- und Vorrechte abhängig zu machen, erscheint dieses Element doch für den *Gerichtshof* ausschlaggebend gewesen zu sein. Nicht zu verkennen ist damit aber auch, dass die Freizügigkeitsrechte einer recht großen Gruppe von Personen sehr weitgehend eingeschränkt werden können.²

2. *Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit*

² S. auch *EuGH*, Rs. C-40/11, *Iida*, Urt. v. 8.11.2012, wo der *Gerichtshof* feststellt, dass ein Drittstaatsangehöriger in Fällen, in denen die RL 2004/38 nicht einschlägig ist und auch kein anderer Anknüpfungspunkt an die Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft gegeben ist, kein von einem Unionsbürger abgeleitetes Aufenthaltsrecht beanspruchen könne. S. darüber hinaus zum Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV *EuGH*, Rs. C-522/10, Urt. v. 19.7.2012 – Reichel-Albert: Eine nationale Maßnahme, die die Berücksichtigung von Erziehungszeiten, die außerhalb des nationalen Hoheitsgebiets absolviert wurden, bei der Berechnung der Altersrente nicht berücksichtigt, dies im Gegensatz zu im Inland zurückgelegten Kindererziehungszeiten, sei nicht mit den Vorgaben des Unionsrechts vereinbar, da sie Personen, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, weniger günstig behandelt als solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Zur Ausweisung eines Unionsbürgers aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit *EuGH*, Rs. C-348/09, Urt. v. 22.5.2012, NVwZ 2012, 1096 – P.I.

Einen (weiteren) Fall der diskriminierenden Beschränkung des Zugangs zu staatlichen Leistungen hatte der *EuGH* in der Rs. C-75/11³ zu beurteilen: Er erachtete die Beschränkung von Fahrpreisermäßigungen auf Studierende, deren Eltern österreichische Familienbeihilfen beziehen (während sonstige Studierende keine Ermäßigungen erhalten), für mit Art. 18 AEUV i.V.m. Art. 20, 21 AEUV unvereinbar. Der *EuGH* geht von seiner bisherigen Rechtsprechung aus, wonach aus Art. 18 AEUV folge, dass sich jeder Unionsbürger im sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auf Art. 18 AEUV berufen könne, wobei der sachliche Anwendungsbereich eröffnet sei, wenn es um die Ausübung der durch Art. 21 AEUV verliehenen Grundfreiheit gehe. Sodann prüfte der *Gerichtshof* eigens die Frage, ob Fahrpreisermäßigungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Verträge im Sinne des Art. 18 AEUV fallen und bejahte dies, da eine solche Ermäßigung zumindest mittelbar der Deckung der Unterhaltskosten für das Studium diene und für diese der sachliche Anwendungsbereich des Vertrages bereits in anderen Urteilen bejaht worden sei. Im Übrigen stelle das gewählte Unterscheidungskriterium eine mittelbare Diskriminierung dar, die nicht durch objektive Erwägungen gerechtfertigt werden könne: Zwar könne das Erfordernis des Bestehens eines tatsächlichen Zusammenhangs mit dem Aufnahmemitgliedstaat grundsätzlich einem berechtigten Zweck dienen; jedoch dürfe hier kein Gesichtspunkt ausschließlich berücksichtigt werden, der nicht zwangsläufig für den tatsächlichen und effektiven Grad der Verbundenheit der betroffenen Person repräsentativ ist. Im Übrigen dürfe der verlangte Bezug des Antragstellers zu dem jeweiligen Mitgliedstaat nicht einheitlich für alle Leistungen bestimmt werden, sondern sei anhand der Merkmale der in Frage stehenden Leistung zu ermitteln, insbesondere ihrer Art und der mit ihr verfolgten Zwecke, wobei letztere nach Maßgabe ihrer Ergebnisse und nicht ihrer Struktur oder formalen Einstufung zu prüfen seien. Die Verbundenheit eines Studierenden mit dem betreffenden Mitgliedstaat in Bezug auf eine Fahrpreisermäßigung lasse sich aber besonders wirksam dadurch belegen, dass der Studierende an einer Hochschule zum Studium eingeschrieben ist.⁴

Das Urteil ist insbesondere in zweierlei Hinsicht interessant:

- Erstens prüft der *Gerichtshof* nicht nur, ob es sich um einen sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhaltenden Unionsbürger handelt, sondern fragt auch danach, ob die in Frage stehende Regelung (*in casu* die Fahrpreisermäßigung) in den (offenbar sachlichen) Anwendungsbereich der Verträge fällt. Offenbar soll also ein rechtmäßiger Aufenthalt allein nicht für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Verträge ausreichen, wobei sich aber auch aus diesem Urteil nicht wirklich erschließt, unter welchen Voraussetzungen dies zu bejahen sein soll, zumal der *Gerichtshof* in

³ *EuGH*, Rs. C-75/11, Urt. v. 4.10.2012 – Kommission/Österreich.

⁴ Im Übrigen verneinte der *Gerichtshof* die Einschlägigkeit des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38, wonach kein Anspruch auf Studienbeihilfen besteht. Denn diese Bestimmung sei als Ausnahme vom allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz eng auszulegen, so dass Fahrpreisermäßigungen keine Studienbeihilfen darstellten, eine Auslegung, die sich auch aus dem Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung ergebe.

anderen Urteilen⁵ davon abgesehen hat, diese Frage eigens zu prüfen. Denkt man den Ansatz der Rechtsprechung zu Ende, so dürfte aber auch dieses Erfordernis in aller Regel erfüllt sein, denn ein Bezug zum rechtmäßigen Aufenthalt müsste jedenfalls ausreichend sein; dieser aber ist in Bezug auf zahlreiche Regelungen gegeben bzw. es ist kaum denkbar, dass er verneint wird, so dass die Anwendbarkeit des Art. 18 AEUV letztlich nur bei aus anderen Gründen klar nicht in den Anwendungsbereich der Verträge fallenden Konstellationen (wie Wahlen zum nationalen Parlament) zu verneinen sein wird.

- Zweitens schränkt das Urteil den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Wahl derjenigen Kriterien, die eine hinreichende Verbundenheit mit dem Mitgliedstaat – die grundsätzlich eine (materielle) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu rechtfertigen vermag – recht weitgehend ein, indem das Verbundenheitskriterium in Abhängigkeit von der jeweiligen Vergünstigung zu definieren ist. Dabei geht der *Gerichtshof* offenbar davon aus, dass die geforderte Reichweite der Verbundenheit umso weniger intensiv ausfallen darf, je geringer die Höhe der Vergünstigung ist, was letztlich einen Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt.⁶

II. Grundfreiheiten

1. Freier Warenverkehr

Die Frage nach der (Reichweite der) Drittwirkung des Art. 34 AEUV stand im Zentrum der Rs. C-171/11⁷. Im Ausgangsrechtsstreit klagte ein italienisches Unternehmen gegen die Deutsche Zertifizierungsstelle des Gas- und Wasserfachs (DVGW) wegen des Entzugs des Konformitätszertifikats für bestimmte von ihm hergestellte Produkte. Der *Gerichtshof* bejahte die Anwendbarkeit des Art. 34 AEUV auf derartige Handlungen der DVGW (eine private Einrichtung ohne Gewinnzweck, auf deren Tätigkeit der Staat keinen maßgebenden Einfluss hat), denn der Gesetzgeber habe eine Vermutung aufgestellt, dass die von der DVGW zertifizierten Produkte den Anforderungen des nationalen Rechts entsprechen und die DVGW sei die einzige Einrichtung, die solche Konformitätszertifikate ausstelle. Das Fehlen einer Zertifizierung erschwere daher den Vertrieb der entsprechenden Produkte erheblich, woran auch der Umstand nichts ändere, dass es ein anderes Verfahren gebe, im Rahmen desselben

⁵ So *EuGH*, Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-8507 - Förster, zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2009, 1139 (1140); *EuGH*, Rs. C-103/08, Slg. 2009, I-9117 - Gottwald, zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2010, 1000 (1005 f.).

⁶ S. darüber hinaus auch noch *EuGH*, Rs. C-269/09, Urt. v. 12.7.2012, EuZW 2013, 34 – Kommission/Spanien, wo der *Gerichtshof* festhielt, eine steuerliche Regelung, die dazu führt, dass Personen, die aus einem Mitgliedstaat wegziehen, ihre Steuern früher bezahlen müssen als Personen, die im Inland wohnhaft bleiben, verstoße gegen Art. 21, 45, 49 AEUV.

⁷ *EuGH*, Rs. C-171/11, Urt. v. 12.7.2012, EuZW 2012, 797 – Frau.bo Spa/DVGW.

die Konformität des betreffenden Produkts mit den gesetzlichen Vorgaben festgestellt werden könne, denn dieses sei erheblich aufwändiger.

Man wird aus diesem Urteil schließen können, dass der *Gerichtshof* Art. 34 AEUV keine grundsätzliche Drittwirkung zuerkennen möchte,⁸ sondern davon ausgeht, dass diese Vorschrift Privaten nur dann entgegengehalten werden kann, wenn sie mit besonderen Befugnissen ausgestattet sind oder (wie im Ausgangssachverhalt) ihre Tätigkeit eine besondere, gesetzlich vorgesehene Wirkung entfaltet, so dass sich der einzelne Wirtschaftsteilnehmer solchen Privaten letztlich nicht oder nur unter Inkaufnahme erheblicher Nachteile entziehen kann. Diese Rechtsprechung steht in einem gewissen Kontrast zu derjenigen im Rahmen des Art. 45 AEUV, wo der *Gerichtshof* zumindest bei diskriminierenden Maßnahmen von einer umfassenden Drittwirkung ausgeht,⁹ vermag aber zu überzeugen, erscheint es doch wenig sinnvoll, den auf staatliche Maßnahmen zugeschnittenen Art. 34 AEUV generell auch auf Private anzuwenden, was die Privatautonomie empfindlich einschränkte, zumal in Bezug auf das Verhalten Privater das Wettbewerbsrecht zum Zuge kommt. Das entscheidende Kriterium für die Drittwirkung ist im Übrigen die (gesetzlich verankerte) Wirkung des privaten Verhaltens, so dass es nicht auf die Übertragung hoheitlicher Befugnisse oder eine staatliche Kontrolle ankommt.

Gegenstand der Rs. C-456/10¹⁰ war eine spanische Regelung, wonach Tabakerzeugnisse durch Tabakeinzelhändler nur über gewisse zugelassene Großhändler bezogen und somit nicht direkt aus anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden dürfen. Der *Gerichtshof* stellte einen Verstoß einer derartigen Regelung mit Art. 34 AEUV fest:¹¹ Diese Bestimmung sei schon deshalb tatbestandlich einschlägig, weil der Zugang zum spanischen Markt für Tabakerzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten dadurch behindert werde, dass den Tabakeinzelhändlern eine direkte, flexible und schnelle (und ggf. billigere) Möglichkeit genommen werde, die Nachfrage ihrer Kunden zu befriedigen, da sie zwangsläufig auf das Sortiment der Großhändler beschränkt seien. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Verbraucherschutzes komme nicht in Frage, da das Anliegen, ein einheitliches Erzeugnissortiment zu gewährleisten, durch weniger einschränkende Maßnahmen (wie z.B. die Auferlegung einer Pflicht für die Tabakeinzelhändler, ein im Vorfeld festgelegtes Mindesterzeugnissortiment vorrätig zu haben) verfolgt werden könne. Das Ziel, einen

⁸ S. insoweit auch schon *EuGH*, Rs. C-325/00 (Kommission/Deutschland), Slg. 2002, I-9977, wo der *EuGH* in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Vergabe des CMA-Gütezeichens (Centrale Marketing Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH) prüfte, ob die Handlungen dieser Gesellschaft dem Staat zuzurechnen sind, was der *EuGH* aufgrund der einschlägigen gesetzlichen Regelungen bejahte. Auch dieses Urteil dürfte von einer Verneinung der Drittwirkung des Art. 34 AEUV ausgehen. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2004, 555 (561).

⁹ *EuGH*, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4161 – Angonese; *EuGH*, Rs. C-94/07, Slg. 2008, I-5939 – Raccanelli.
¹⁰ *EuGH*, Rs. C-456/10, Urt. v. 26.4.2012, EuZW 2012, 508 – ANETT.

¹¹ Prüfungsmaßstab war nicht Art. 37 AEUV über Handelsmonopole, da diese Bestimmung nur dann zum Zuge komme, wenn ein staatliches Handelsmonopol seine Ausschließlichkeitsrechte ausübt, während die Auswirkungen der anderen Aspekte einer Regelung, die sich von der Funktionsweise des Monopols trennen lassen, an Art. 34 AEUV zu messen seien. In casu gehe es aber nicht um das Bestehen oder die Funktionsweise des Monopols als solches.

übermäßigen Wettbewerbsvorteil für die Tabakeinzelhändler zu vermeiden, stelle einen wirtschaftlichen Grund dar.

Das Urteil ist insbesondere in Bezug auf die Art und Weise der Prüfung der tatbestandlichen Einschlägigkeit relevant: Nach einem Hinweis auf die sog. Dassonville-Formel betont der *Gerichtshof*, Art. 34 AEUV verbiete auch Maßnahmen, die eine Beschränkung des Marktzugangs nach sich ziehen, was aus den genannten Gründen (überzeugend) bejaht wurde. Die sog. Keck-Formel führt der *Gerichtshof* hier nicht an, obwohl es sich hier an sich um eine nicht produktbezogene Maßnahme handelt. Daraus wird man ableiten können, dass in all denjenigen Fällen, in denen bereits der Marktzugang als solcher beschränkt wird, Art. 34 AEUV jedenfalls einschlägig ist und sich letztlich eine Prüfung der Keck-Kriterien erübrigt. Diesen Ansatz verfolgte der *Gerichtshof* bereits bei den sog. Verwendungsmodalitäten¹². Nicht zu verkennen ist aber, dass auch das Kriterium des Marktzugangs nicht immer einfach zu handhaben ist: So ist etwa nicht auf den ersten Blick ersichtlich, worin genau der Unterschied der in der hier angezeigten Rechtssache vorliegenden Konstellation im Vergleich zu einer Verpflichtung, Säuglingsnahrung nur in Apotheken zu verkaufen, liegen soll: Auch im letztgenannten Fall – in dem der *Gerichtshof* in Anwendung der Keck-Kriterien die Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV verneinte¹³ – wird letztlich der Zugang zum Markt des betreffenden Mitgliedstaats behindert. Vor diesem Hintergrund könnte man darüber nachdenken, Art. 34 AEUV immer dann heranzuziehen (vorausgesetzt, die Dassonville-Formel ist einschlägig), wenn sich die betreffende (vertriebsbezogene bzw. nicht produktbezogene) Regelung auf bestimmte Produkte (und nicht alle Produkte, wie etwa im Fall von Ladenöffnungszeiten) bezieht: Denn sobald eine Maßnahme (nur) auf bestimmte eingrenzbar Produkte anwendbar ist, wird sie potentiell Marktzugangsbeschränkungen und damit eine Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nach sich ziehen. So kann z.B. auch der Verkaufsort für bestimmte Waren für den Marktzugang von Bedeutung sein. Im Übrigen ermöglichte dieses Kriterium eine vorhersehbarere Abgrenzung als die Anwendung der Keck-Formel bzw. des Marktzugangskriteriums als solches.

Nicht mit Art. 34 AEUV vereinbar ist es, so der *EuGH* in der Rs. C-385/10¹⁴, wenn ein Mitgliedstaat generell die Vermarktung von aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Bauprodukten verbietet, sofern diese nicht mit dem CE-Zeichen versehen sind, da diese den freien Warenverkehr beschränkende Maßnahme nicht den Anforderungen der Erforderlichkeit genüge, da es den Marktteilnehmern eröffnet sein müsse, die Gesetzeskonformität des Produkts auf andere Weise nachzuweisen. Ebenso wie bereits in der C-456/10 stellt der *Gerichtshof* hier bei der Prüfung der tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV die Dassonville-Formel neben die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der gegenseitigen Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellten und in den Verkehr gebrachten Erzeugnissen zu beachten sowie den

¹² Vgl. z.B. *EuGH*, Rs. C-142/05, Slg. 2009, I-4273 – Mickelsson. Hierzu *Epiney*, NVwZ 2010, 1065 f.

¹³ Vgl. *EuGH*, Rs. C-391/92, Slg. 1995, I-1621 – Kommission/Griechenland.

¹⁴ *EuGH*, Rs. C-385/10, Urt. v. 18.10.2012, EuZW 2013, 21 – Elenca.

Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten den freien Marktzugang zu gewährleisten. Dogmatisch wird aus den Formulierungen des *Gerichtshofs* nicht ganz klar, in welchem Verhältnis die Dassonville-Formel bzw. deren Prüfung zu der erwähnten dreigliedrigen Anforderung steht. Vieles dürfte dafür sprechen, dass es sich bei letzterer nicht nur um eine Präzisierung, sondern eine Art Weiterentwicklung der Voraussetzungen für die tatbestandliche Anwendbarkeit des Art. 34 AEUV handelt, soll doch offenbar die Keck-Rechtsprechung grundsätzlich bei Maßnahmen, die den Marktzugang betreffen, nicht zum Zuge kommen können.

In der Rs. C-484/10¹⁵ stellte der *Gerichtshof* zunächst das Vorliegen einer Beschränkung des freien Warenverkehrs gemäß der sog. Dassonville-Formel in Bezug auf eine spanische Regelung, welche die Anerkennung von Gütezeugnissen für Armierungsstahl aus anderen Mitgliedstaaten von der Erfüllung sämtlicher nationaler Anforderungen für solche Gütezeugnisse (die sehr umfangreich sind und über die sekundärrechtlich vorgesehenen Mindestanforderungen hinausgehen) abhängig machen, fest: Denn eine solche Anforderung sei geeignet, den Zugang von in anderen Mitgliedstaaten hergestelltem Armierungsstahl zum spanischen Markt zu beschränken, und die Wirtschaftsteilnehmer könnten durch diese Regelung davon „abgeschreckt“ werden, in anderen Mitgliedstaaten hergestellten Armierungsstahl einzuführen. Grundsätzlich könne eine solche Anforderung jedoch gerechtfertigt werden (wobei hier bemerkenswert ist, dass der *Gerichtshof* sowohl die in Art. 36 AEUV aufgeführten als auch die zwingenden Erfordernisse in einem Atemzug als Rechtfertigungsgründe bezeichnet), wobei den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen sei. Daher dürfe ein solches Gütezeichen jedenfalls nicht zwingend verlangt werden, falls es die Einhaltung von Vorgaben bescheinige, die über die geltenden (materiellen) Mindestvorgaben hinausgehen, sei hier doch die Erforderlichkeit nicht gegeben.¹⁶

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

In den verb. Rs. C-611/10, C-612/10¹⁷ stand insbesondere¹⁸ die Frage zur Debatte, ob der in der einschlägigen deutschen Gesetzgebung vorgesehene Ausschluss des Anspruchs auf Kindergeld in Situationen, in denen eine vergleichbare Leistung in einem anderen Staat zu zahlen ist oder bei entsprechender Antragstellung zu zahlen wäre, mit Art. 45 AEUV in Einklang steht. Diese Frage stellte sich in Bezug auf die Kinder polnischer Arbeitnehmer, die während mehrerer Monate in Deutschland als Saisonarbeitnehmer bzw. als entsandte

¹⁵ *EuGH*, Rs. C-484/10, Urt. v. 1.3.2012, *EuZW* 2013, 246 – Ascafor.

¹⁶ S. über die im Text genannten Urteile hinaus noch *EuGH*, verb. Rs. C-578/10, C-579/10, C-580/10, Urt. v. 26.4.2012, *EuZW* 2012, 551 – van Putten u.a.: Der *Gerichtshof* verneinte hier (implizit, da er diese Frage nicht prüfte) die Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV im Falle der unentgeltlichen grenzüberschreitenden Überlassung von PKW. Man wird hieraus schließen können, dass lediglich eine abstrakte Eignung einer beweglichen Sache, Gegenstand von Handelsgeschäften zu sein, nicht für die Anwendbarkeit des Art. 34 AEUV ausreicht. Mangels Gegenleistung war auch die Dienstleistungsfreiheit nicht anwendbar; vielmehr wandte der *Gerichtshof* die Kapitalverkehrsfreiheit an, die auch den Verkehr von Sachkapital erfasse. S. sodann *EuGH*, Rs. C-5/11, Urt. v. 21.6.2012, *EuZW* 2012, 663 – Donner (Rechtfertigung, aus Gründen des Schutzes des gewerblichen und kommerziellen Eigentums, der Strafbewehrung von Umgehungen des Urheberrechts).

¹⁷ *EuGH*, verb. Rs. 611/10, C-612/10, Urt. v. 12.6.2012 – Hudzinski.

¹⁸ Neben der Auslegung des Art. 14 VO 1408/71. Der *Gerichtshof* stellte diesbezüglich fest, diese Bestimmung verwehre es einem Mitgliedstaat, der nach den unionsrechtlichen Vorgaben nicht als zuständiger Staat anzusehen ist, nicht, nach seinem nationalen Recht einem Wanderarbeitnehmer, der in seinem Hoheitsgebiet tätig ist, Kindergeld zu gewähren, auch wenn der Betroffene durch die Wahrnehmung seiner Freizügigkeitsrechte keinen Rechtsnachteil erlitten hat (da er entsprechende Ansprüche im Herkunftsstaat behält) und weder er noch sein Kind ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat haben.

Arbeitnehmer beschäftigt waren und dort als unbeschränkt steuerpflichtig angesehen wurden. Sie und ihre Kinder behielten aber ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Polen. Ihre Anträge auf Kindergeld während der Beschäftigungszeit in Deutschland wurden unter Berufung auf die erwähnte Vorschrift des nationalen Steuerrechts abgelehnt. Der *Gerichtshof* erachtete diesen Ausschluss nicht als mit Art. 45 AEUV vereinbar: Denn ein solcher Ausschluss führe zu einer Schlechterstellung der Wanderarbeitnehmer im Verhältnis zu den einheimischen Arbeitnehmern, soweit es nicht nur um eine Kürzung des Anspruchs in der Höhe des im Heimatstaat gewährten, sondern um einen vollständigen Ausschluss gehe. Ein solcher Nachteil scheine umso weniger gerechtfertigt, als die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Leistung durch Steuergelder finanziert werde und die Antragsteller ihrerseits während ihres Aufenthalts in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig waren. An diesem Ergebnis ändere auch der Umstand nichts, dass sich der Nachteil für die Wanderarbeitnehmer letztlich (auch) durch die Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten erklären lasse.

Das Urteil impliziert letztlich, dass Wanderarbeitnehmern umfassend Zugang zu Leistungen sozialer Sicherheit im Aufenthaltsstaat zu gewähren ist, dies entsprechend dem Grundsatz der Inländerbehandlung (wobei allerdings im Wohnsitzstaat geleistete Zahlungen verrechnet werden können, wie der *Gerichtshof* denn auch ausdrücklich festhält). Dass der Betreffende in einer solchen Konstellation unter Umständen auf diese Weise besser gestellt werden kann als Personen, die in ihrem Heimatland (wie z.B. Polen) geblieben sind, in denen die Leistungen sozialer Sicherheit tiefer sind, ändert hieran nichts. Auch wenn dieses Ergebnis auf den ersten Blick überraschen mag, dürfte der vom *Gerichtshof* entwickelte Grundsatz doch letztlich nur eine konsequente Anwendung der schon bekannten Grundsätze darstellen: Die Frage nach dem Vorliegen einer Ungleichbehandlung ist nämlich nach der Situation im Aufnahmestaat – der ja die Differenzierung (*in casu* den Ausschluss, unter gewissen Voraussetzungen, von Leistungen sozialer Sicherheit) vornimmt – zu beurteilen. Und hier besteht tatsächlich kein ersichtlicher Grund, warum die Leistungen für Wanderarbeitnehmer niedriger ausfallen sollen als für Arbeitnehmer im betreffenden Staat; der Umstand, dass den Wanderarbeitnehmern „zu Hause“ nur eine geringere Leistung zusteht, stellt jedenfalls keinen solchen Grund dar.

Wie der *Gerichtshof* (im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung¹⁹) in der Rs. C-367/11²⁰ feststellte, könne aus Art. 45 AEUV auch ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu einer Sozialleistung, die jungen Menschen den Übergang von der Ausbildung zum Arbeitsmarkt erleichtern solle, abgeleitet werden. Zwar könne ein solcher Zugang beschränkt werden, insbesondere durch das Anliegen sicherzustellen, dass eine tatsächliche Verbindung zwischen der Person, die ein solches Überbrückungsgeld beantragt, und dem betreffenden räumlichen Arbeitsmarkt besteht. Jedoch sei hierfür das Erfordernis einer mindestens sechsjährigen höheren Schulausbildung in einer belgischen Bildungseinrichtung nicht

¹⁹ Vgl. insbesondere *EuGH*, Rs. C-138/02, Slg. 2004, I-2703 – Collins. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2006, 407 (413 f.). S. auch *EuGH*, Rs. C-258/04, Slg. 2005, I-8275 – Ioannidis.

²⁰ *EuGH*, Rs. C-367/11, Urt. v. 25.10.2012 – Prete.

erforderlich, da es die Berücksichtigung anderer repräsentativer Gesichtspunkte verhindere, die geeignet sind, das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung der betreffenden Person zum Arbeitsmarkt zu belegen, so dass es dem Kriterium der Erforderlichkeit nicht genüge. Der *EuGH* fügt diesem Grundsatz noch hinzu, dass auch eine kürzere Zeit der Ausbildung im Inland den unionsrechtlichen Anforderungen nicht genüge, da auch dies andere Umstände des Nachweise einer Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats ausschließe. Zu solchen Umständen könne auch die Eheschließung mit einem Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates und das im Anschluss daran bestehende Bestreben, sich in den Aufnahmemitgliedstaat und seinen Arbeitsmarkt zu integrieren, gehören. Hieran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Betreffende an der Grenze zu ihrem Heimatstaat wohnhaft ist, ganz abgesehen davon, dass sie sich in Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV im Aufnahmestaat niedergelassen habe.

Man wird aus dem Urteil ableiten können, dass „starre“ Kriterien für den Nachweis einer gewissen Verbindung zum Aufnahmestaat – die bei der Frage nach dem Zugang zu staatlichen Sozialleistungen im Rahmen des Art. 45 AEUV, aber auch der Art. 21, 18 AEUV, häufig entscheidend ist – grundsätzlich nicht den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen, da sie regelmäßig andere „repräsentative“ Kriterien ausschließen. Insofern dürfte es das Unionsrecht also verlangen, dass „starre“ Aufenthalts- oder Ausbildungszeiten als Voraussetzung für den Zugang zu solchen staatlichen Leistungen mit einer Art Öffnungsklausel versehen werden, die das Vorliegen anderer Umstände, die eine tatsächliche Verbindung zum Aufenthaltsstaat begründen können, zu belegen vermögen – ein Grundsatz, der sich in dieser Form nicht aus allen bisherigen Urteilen des *Gerichtshofs* mit dieser Klarheit ergibt.²¹

Ebenfalls um den Zugang zu einer staatlichen Leistung – nämlich derjenige zu einer staatlichen Studienfinanzierung für ein Studium außerhalb der Niederlande, der in den Niederlanden für nicht die niederländische Staatsangehörigkeit besitzende Personen davon abhängig war, dass sie in den Niederlanden wohnhaft waren und sich dort mindestens drei der sechs Jahre, die der Einschreibung für ein Hochschulstudium außerhalb der Niederlande vorangegangen sind, rechtmäßig aufgehalten haben – ging es in der Rs. C-542/09²²: Der *Gerichtshof* stellte einen Verstoß dieser Voraussetzung gegen Art. 45 AEUV und Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 (wonach Wanderarbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer genießen)²³ fest: Denn eine Studienfinanzierung stelle eine soziale Vergünstigung im Sinne der genannten Ordnungsbestimmung dar, wobei dies nicht nur in Bezug auf den Arbeitnehmer selbst,

²¹ Vgl. insbesondere *EuGH*, Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-8507 - Förster, wo der *Gerichtshof* noch ohne nähere Prüfung eine mindestens fünfjährige Aufenthaltsdauer als Voraussetzung für den Bezug eines Unterhaltsstipendiums für Studierende als mit Art. 18, 21 AEUV angesehen hat. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2009, 1139 (1140).

²² *EuGH*, Rs. C-542/09, Urt. v. 14.6.2012 – Kommission/Niederlande.

²³ Die VO 1612/68 wurde durch die VO 492/2011 abgelöst, die jedoch in Art. 7 II eine parallele Vorschrift kennt.

sondern auch in Bezug auf seine Kinder, für deren Unterhalt er aufkommt, gelte. Das zur Debatte stehende Wohnsitz- und Aufenthaltserfordernis stelle eine versteckte Diskriminierung dar. Der Umstand, dass die Situation von außerhalb der Niederlande wohnenden, aber in den Niederlanden beschäftigten Arbeitnehmern anders gelagert sei als diejenige von in den Niederlanden wohnhaften Personen, sei kein sachlicher Grund, der die Ungleichbehandlung rechtfertigen könne, denn die erstgenannte Gruppe bzw. deren Kinder könnten ebenso geneigt sein, in den Niederlanden zu studieren, unabhängig davon, ob sie dort wohnhaft sind, so dass beide Gruppen miteinander vergleichbar seien. Weiter betont der *Gerichtshof*, Haushaltserwägungen könnten als solche eine Ungleichbehandlung von Wanderarbeitnehmern nicht rechtfertigen. Bei Wanderarbeitnehmern und ihren Kindern sei es nämlich – im Gegensatz zu den Konstellationen in den Urteilen Bidar²⁴ und Förster²⁵, in denen es um EU-Bürger ohne diesen Status ging – grundsätzlich „unangemessen“, die Erfüllung einer Wohnsitzvoraussetzung als Nachweis für die erforderliche Integration zu verlangen. Denn der Umstand, dass diese Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats gefunden haben, schaffe grundsätzlich ein hinreichendes Band der Integration in die Gesellschaft dieses Staates, das es ihnen erlaube, hinsichtlich sozialer Vergünstigungen in den Genuss des Grundsatzes der Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitnehmern zu kommen, zumal der Wanderarbeitnehmer mit den Abgaben, die er im Aufnahmemitgliedstaat entrichtet, auch zur Finanzierung der dortigen sozialpolitischen Maßnahmen beitrage. Schließlich könne die niederländische Maßnahme auch nicht durch das (durchaus als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzuerkennende) Anliegen der Förderung der Mobilität der Studierenden gerechtfertigt werden: Denn zwar sei die Maßnahme zur Erreichung dieser Zielsetzung geeignet, fördere sie doch die internationale Mobilität von in den Niederlanden studierender Personen. Jedoch sei von den Niederlanden nicht dargetan worden, warum gerade die „Drei-von-sechs-Jahren“-Regel gewählt worden sei und keine andere, mildere Maßnahme in Betracht komme, zumal diese Regel eine sehr starke Ausschlusswirkung entfalte.

Das Urteil verdeutlicht den sehr engen Spielraum der Mitgliedstaaten, soweit es um Wanderarbeitnehmer und ihre Kinder diskriminierende Regelungen geht: Im Gegensatz zu sonstigen Unionsbürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausgeübt haben, ist eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der entsprechenden Leistungssysteme und daran anschließend das Erfordernis einer gewissen Verbundenheit zum Aufnahmemitgliedstaat von vornherein nicht statthaft, und bei den sonstigen Erwägungen des Allgemeininteresses legt der *Gerichtshof* bei der Rechtfertigungsprüfung einen denkbar strengen Maßstab an.

In der Rs. C-172/11²⁶ legte der *Gerichtshof* Art. 45 AEUV und den diesen durchführenden Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 (wonach alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen betreffend u.a. die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen nichtig sind, soweit sie für Arbeitnehmer

²⁴ *EuGH*, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 - Bidar. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2006, 1244 (1247 f.).

²⁵ *EuGH*, Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-8507 - Förster, zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2009, 1139 (1140).

²⁶ *EuGH*, Rs. C-172/11, Urt. v. 28.6.2012 – Erny.

aus anderen Mitgliedstaaten diskriminierend sind)²⁷ aus. Zunächst präzisierte er die Kriterien, die für das Vorliegen einer versteckten Diskriminierung entscheidend sind: Die entsprechende Maßnahme müsse sich „ihrem Wesen nach“ eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken können, so dass die Gefahr bestehe, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt. Dabei sei es unerheblich, ob alle Inländer begünstigt werden. Diese Voraussetzungen sah der *Gerichtshof* im Falle des fiktiven Abzugs der von einem Wanderarbeitnehmer im Beschäftigungsmitgliedstaat geschuldeten Lohnsteuer für erfüllt an, da dieser Abzug aufgrund der konkreten Berechnungsgrundlagen für Wanderarbeitnehmer im Verhältnis zu inländischen Arbeitnehmern zu einem Einkommensverlust führte und im Übrigen der konkret in Frage stehende Aufstockungsbetrag für Altersteilzeit auf der Grundlage der einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen im Heimatstaat besteuert wird. Ggf. entstehende administrative Schwierigkeiten vermögen eine solche Diskriminierung nicht zu rechtfertigen, und auch der Umstand, dass die Arbeitnehmer sich mit der fraglichen Regelung einverstanden erklärt hatten, ändere nichts an der Vertragsverletzung und der Nichtigkeit dieser Vertragsklauseln.

In Schweden ist die Bewilligung einer Entschuldungsmaßnahme an den Wohnsitz der begünstigten Person im Inland geknüpft. Da eine derartige Bestimmung einen zahlungsunfähigen Arbeitnehmer davon abhalten könne, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stelle dies – so der *Gerichtshof* in der Rs. C-461/11²⁸ – eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Zwar könnten die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, die die Wirkungsentfaltung von Entschuldungsmaßnahmen sicherzustellen vermögen. Jedoch sei das in Frage stehende Wohnsitzerfordernis teilweise nicht geeignet und teilweise zu allgemein formuliert. So könne das Wohnsitzerfordernis insbesondere nicht gewährleisten, dass ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats die Entschuldungsmaßnahme anerkennt. Ebenso wenig könne die Maßnahme durch das Anliegen, die finanzielle und persönliche Lage des Schuldners auf zufriedenstellende Weise zu ermitteln, gerechtfertigt werden, da auch hier die Erforderlichkeit nicht gegeben sei, zumal es dem Schuldner freisteht, nach Einreichung des Antrags auf Entschuldung seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.²⁹

3. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

In den verb. Rs. C-72/10, C-77/10³⁰ stellte der *Gerichtshof* fest, dass im Falle einer Neuvergabe von Konzessionen für die Durchführung von Glücksspielen (die wegen der Unionsrechtswidrigkeit der Beschränkung solcher Konzessionen notwendig geworden war³¹) keine Mindestabstände zwischen den Einrichtungen der neuen Konzessionäre und denjenigen der bereits bestehenden Konzessionäre verlangt werden dürften, um die Geschäftspositionen der bestehenden Betreiber zu schützen; vielmehr müssten zwingende Gründe des Allgemeinwohls (wie das Abdecken des gesamten Hoheitsgebiets mit solchen Annahmestellen) vorliegen und den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit Genüge getan sein (wobei letzteres vom nationalen Gericht zu prüfen sei, wenn auch die Ausführungen des *Gerichtshofs* darauf hindeuten, dass er große Zweifel an der Unionsrechtskonformität

²⁷ Die VO 1612/68 wurde durch die VO 492/2011 abgelöst, die jedoch in Art. 7 IV eine parallele Vorschrift kennt.

²⁸ *EuGH*, Rs. C-461/11, Urt. v. 8.11.2012 – Radziejewski.

²⁹ S. ansonsten noch *EuGH*, Rs. C-15/11, Urt. v. 21.6.2012 – Sommer: Während des Übergangszeitraums dürften bulgarische Staatsangehörige nicht schlechter gestellt werden als Drittstaatsangehörige nach der RL 2004/114, wogegen eine systematische Prüfung des Arbeitsmarkts verstoße.

³⁰ *EuGH*, verb. Rs. C-72/10, C-77/10, Urt. v. 16.2.2012, EuZW 2012, 275 – Costa. S. darüber hinaus aus dem Bereich der Glücksspiele noch *EuGH*, Rs. C-176/11, Urt. v. 12.7.2012, EuZW 2012, 820 – HIT, wo der *Gerichtshof* feststellte, dass eine nationale Regelung, die die Werbung für in einem anderen Mitgliedstaat angebotene Glücksspiele verbietet (was eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs darstelle, da der Marktzugang behindert werde), weil die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Spieler dort nicht im Wesentlichen gleichwertige Garantien bieten, mit Art. 56 AEUV in Einklang stehe. Einmal mehr bestätigte der *Gerichtshof* in diesem Urteil den weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Regelung von Glücksspielen.

³¹ S. insoweit *EuGH*, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, Slg. 2007, I-1891 – Placania. Zu diesem Urteil, mit dem das hier angezeigte Urteil im Zusammenhang steht, *Epiney*, NVwZ 2008, 736 (744).

derartiger Mindestabstände hegt). Weiter äußert sich der *Gerichtshof* zur Zulässigkeit gewisser Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen (die als Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit anzusehen seien, so dass die Rechtfertigung entscheidend sei, in deren Rahmen insbesondere eine genügende Transparenz und Rechtssicherheit sicherzustellen sei, damit die Vergabe der Konzessionen im Wettbewerb erfolgen kann): Der Entzug einer Konzession (im Hinblick auf die Kriminalitätsbekämpfung) als eine besonders schwerwiegende Maßnahme könne nur dann als „angemessen“ betrachtet werden, wenn er auf einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer hinreichend schwerwiegenden Straftat beruht. Dem fügt der *Gerichtshof* noch hinzu, dass ein Ausschluss (auch ein nur vorübergehender) vom Markt nur dann als angemessen angesehen werden könne, wenn ein wirksames gerichtliches Verfahren und, falls sich der Ausschluss später als ungerechtfertigt erweisen sollte, Ersatz für den entstandenen Schaden vorgesehen sind. Diese Anforderungen – was aus den Formulierungen des *Gerichtshofs* nicht ganz klar wird – dürften sich auf die Ausschlussentscheidung selbst (nicht die strafrechtliche Verurteilung, die ja bereits rechtskräftig sein muss) beziehen. Im Übrigen bezieht sich der *Gerichtshof* zwar auf die Erforderlichkeit der nationalen Maßnahme; in der Sache jedoch geht es hier – wie auch der Bezug auf die besondere Schwere des mit einem Entzug der Konzession verbundenen Eingriffs in die Rechte der Wirtschaftsteilnehmer verdeutlicht – um Erwägungen der Angemessenheit. Im Ergebnis steht nach Ansicht des *EuGH* eine Regelung (wie die italienische Regelung des Ausgangsfalls), die bereits im Falle der bloßen Einleitung eines Strafverfahrens den Entzug vorsieht, nicht mit Art. 49, 56 AEUV in Einklang.³² Dies ändert allerdings nichts daran, dass im Falle einer noch nicht erfolgten strafrechtlichen Verurteilung sonstige Maßnahmen (etwa eine Überwachung des Wirtschaftsteilnehmers) zulässig sein können.

Ebenfalls den Bereich der Glücksspiele betraf die Rs. C-470/11³³. Nach einigen Ausführungen zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit stellte der *Gerichtshof* fest, das nationale Recht dürfe der zuständigen nationalen Behörde ein weites Ermessen in Bezug auf die Frage einräumen, ob sie die Eröffnung einer Spielbank, einer Spielhalle oder eines Bingo-Lokals erlaubt. So könne die Möglichkeit der Versagung der Genehmigung mit dem Vorliegen einer „erheblichen Beeinträchtigung der Interessen des Staates und der Einwohner des betroffenen Verwaltungsbezirks“ begründet werden. Allerdings müsse die Regelung tatsächlich zum Ziel haben, die Spielgelegenheiten zu verringern und die Beschränkung der entsprechenden Aktivitäten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen oder die öffentliche Ordnung zu gewährleisten. Auch müsse das Ermessen auf eine transparente Weise ausgeübt werden, so dass im Nachhinein

³² Darüber hinaus hielt der *Gerichtshof* noch fest, ein Entzug einer Konzession könne nicht damit begründet werden, dass der Konzessionär ohne Konzession tätig war, diese Tätigkeit aber auf einem unionsrechtswidrigen Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers beruhe.

³³ *EuGH*, Rs. C-470/11, Urt. v. 19.7.2012, NVwZ 2012, 1162 – SIA Garkalns.

festgestellt werden kann, ob die Genehmigungsverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.

Dieses Urteil bestätigt nicht nur den weiten Gestaltungsspielraum, den der *Gerichtshof* den Mitgliedstaaten bei der Regelung bzw. Beschränkung von Glücksspielen einräumt, sondern wendet ihn – und insofern über die bisherige Rechtsprechung hinausgehend – nicht nur auf gesetzliche Regelungen, sondern auch auf die Ausübung behördlichen Ermessens an. In letzter Konsequenz bedeutet der Ansatz des *Gerichtshofs* damit, dass die Voraussetzungen der Genehmigungserteilung bzw. -versagung letztlich recht vage formuliert werden können, wobei der *Gerichtshof* dem nationalen Gericht allerdings aufgibt, die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Da dieser letztlich entscheidende Schritt somit dem nationalen Gericht überantwortet wird und im Übrigen auch die Kriterien der Verhältnismäßigkeit durchaus mitunter einen gewissen Spielraum eröffnen, ist die Gefahr einer uneinheitlichen Anwendung des Unionsrechts bzw. eines Unterlaufens der Vorgaben der Grundfreiheiten in diesem Wirtschaftssektor wohl nicht ganz von der Hand zu weisen.

In der Rs, C-84/11³⁴ stand eine finnische Regelung zur Debatte, wonach für die Genehmigung des Betriebs von Filialen der Apotheke der Universität Helsinki günstigere Vorschriften zum Zuge kommen als für private Apotheken. Ausgehend von seiner bisherigen Rechtsprechung – in der die Tätigkeit von Apotheken und Apothekern schon verschiedentlich zu behandeln war³⁵ – betont der *Gerichtshof* zunächst die grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die Gesundheitsversorgung (und damit auch die Versorgung mit Apotheken) zu gewährleisten, wobei sie jedoch die vertraglichen Vorgaben einzuhalten hätten. Der Gesundheitsschutz stelle jedenfalls ein hohes Gut dar, dessen Schutzniveau mangels einer Unionsregelung durch die Mitgliedstaaten zu bestimmen sei, wobei diesen ein gewisser Wertungsspielraum einzuräumen sei. Nachdem der *Gerichtshof* die in Frage stehende Regelung als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit qualifizierte, bejahte er aber die grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit aus Gründen des Gesundheitsschutzes, zu dem auch eine sichere und qualitativ hochstehende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehöre. Soweit die Filialen der Universitätsapotheke an der Erfüllung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausbildung von Pharmaziestudenten, der Forschung auf dem Gebiet der Arzneimittelversorgung sowie der Herstellung seltener pharmazeutischer Zubereitungen tatsächlich beteiligt sind, sei die Maßnahme daher gerechtfertigt. Das Urteil illustriert einmal mehr den weiten Gestaltungsspielraum, den der *Gerichtshof* den Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes einräumt, wobei besonders bemerkenswert ist, dass der *Gerichtshof* auf eine eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung weitgehend verzichtet.³⁶

³⁴ *EuGH*, Rs. C-84/11, Urt. v. 21.6.2012 – Susisalo.

³⁵ Vgl. z.B. *EuGH*, verb. Rs. C-570/07, C-571/01, Slg. 2010, I-4629 – Blanco Perez. Zu diesem Urteil *Epiney*, NVwZ 2011, 1425 (1428).

³⁶ S. ansonsten aus dem Bereich der Niederlassungsfreiheit noch *EuGH*, Rs. C-244/11, Urt. v. 8.11.2012 – Kommission/Griechenland (Unvereinbarkeit, mit Art. 49 AEUV, einer nationalen Regelung, wonach der Erwerb von Aktien bzw. des Stimmrechts von mehr als 20 % des Gesellschaftskapitals bestimmter

III. Gleichbehandlung von Mann und Frau

In der Rs. C-415/10³⁷ ging es wiederum³⁸ um die Frage, ob sich aus einem Gleichbehandlungsgrundsatz (konkret standen die RL 2000/43, 2000/78 und 2000/56 zur Debatte) für einen abgewiesenen Bewerber auf eine ausgeschriebene Stelle ein Recht auf Zugang zu das Verfahren betreffenden Informationen ableiten lässt, damit dieser – sofern er schlüssig darlegen kann, dass er die für die Stelle verlangten Anforderungen erfüllt – in die Lage versetzt wird, Tatsachen glaubhaft zu machen, die das Vorliegen einer Diskriminierung (etwa aus Gründen des Geschlechts, der ethnischen Herkunft oder des Alters) vermuten lassen, was für die Geltendmachung der unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote notwendig ist und zu einer Beweislastumkehr führt. Im Anschluss an seine Rechtsprechung verneinte der *Gerichtshof* die allgemeine Existenz eines solchen Anspruchs auch in Bezug auf die Frage, ob der Arbeitgeber eine andere Person eingestellt hat, betonte aber auch, dass eine solche Zugangsverweigerung die Verwirklichung der Ziele der Richtlinien nicht beeinträchtigen und insbesondere der Beweislastregelung nicht die Wirksamkeit nehmen dürfe. Vor diesem Hintergrund und angesichts der sich aus Art. 4 III EUV ergebenden Pflicht der Mitgliedstaaten, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, damit die Richtlinienziele erreicht werden können, habe das nationale Gericht bei der Klärung der Frage, ob es genügend Indizien gibt, um die Tatsachen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, als nachgewiesen ansehen zu können, alle Umstände des Ausgangsrechtsstreits zu berücksichtigen. Zu diesen Umständen gehöre auch, dass der Klägerin des Ausgangsverfahrens jeglicher Zugang zu Informationen verweigert wurde, sie auch nach Ansicht des Beklagten die erforderlichen Qualifikationen aufwies, jedoch auch in einer zweiten Ausschreibung nicht zu einem Gespräch eingeladen wurde.

Das Urteil ist insbesondere deshalb interessant, weil der *Gerichtshof* die Relativierung des Grundsatzes, dass kein Informationsanspruch besteht, nicht auf die Vereitelung der Wirksamkeit der Beweislastbestimmungen bezieht, womit ein Zugangsanspruch offenbar

„strategischer“ Unternehmen (wie solche der Energieversorgung) einer behördlichen Genehmigung bedarf, sowie bestimmte Beschlüsse dieser Gesellschaften einem Verfahren zur nachträglichen Kontrolle unterliegen); *EuGH*, Rs. C-562/10, Urt. v. 12.7.2012 – Kommission/Deutschland (Vereinbarkeit des Ausschlusses der Erstattungsfähigkeit bestimmter Pflegeleistungen im Ausland (häusliche Pflege und Miete von Pflegehilfsmitteln bei einem temporären Auslandsaufenthalt) durch die deutsche Regelung über die Pflegeversicherung mit Art. 56 AEUV, wobei bereits das Vorliegen einer Beschränkung verneint wurde bzw. die Kommission deren Vorliegen rechtlich nicht dargetan habe). Vgl. sodann noch *EuGH*, Rs. C-378/10, Urt. v. 12.7.2012, *EuZW* 2012, 621 – Vale (Unvereinbarkeit, mit Art. 49, 54 AEUV, einer nationalen Regelung, wonach grenzüberschreitende Umwandlungen von Gesellschaften – im Gegensatz zur Umwandlung von inländischen Gesellschaften – generell nicht möglich sind und / oder nur bei grenzüberschreitenden Umwandlungen die Eintragung der „ursprünglichen“ Gesellschaft als „Rechtsvorgängerin“ verweigert wird. Zur Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit im Zusammenhang mit der Erbschaftssteuer *EuGH*, Rs. C-31/11, Urt. v. 19.7.2012, *EuZW* 2012, 751 – Scheunemann.

³⁷ *EuGH*, Rs. C-415/10, Urt. v. 19.4.2012, *EuZW* 2012, 463 – Meister.

³⁸ Vgl. schon *EuGH*, Rs. C-104/10, Urt. v. 21.7.2011 – Kelly; zu diesem Urteil *Epiney*, *NVwZ* 2012, 930 (937).

ausnahmsweise begründet sein kann, sondern die Verweigerung des Zugangs zu Informationen direkt in Beziehung zum erfordernten Nachweis von Tatsachen, die das Vorliegen einer Diskriminierung nahelegen können, setzt und offenbar annimmt, dass in einem solchen Fall derartige Tatsachen „leichter“ nachgewiesen werden könnten bzw. die Zugangsverweigerung selbst eine solche Tatsache oder ein Indiz für eine solche darstellt, die im Rahmen der Würdigung der übrigen Gesichtspunkte (z.B. Nichtvorladung zu einem Gespräch, fehlende Stellenbesetzung) zu berücksichtigen ist. Der *Gerichtshof* geht also anscheinend davon aus, dass die für die Umkehr der Beweislast nach den Richtlinien vorausgesetzten „Tatsachen“, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, durch eine Reihe von Indizien oder Gesichtspunkten (man könnte auch Anhaltspunkte sagen) dargelegt werden können, wobei die genaue Schwelle, wann eine Vielzahl von Indizien zu Tatsachen werden, letztlich in jedem Einzelfall zu bestimmen und wohl nur schwer vorzusehen ist; Abgrenzungsprobleme sind hier nicht zu vermeiden. Nicht ganz klar ist im Übrigen das Verhältnis der erwähnten Aussage des *Gerichtshofs* zu derjenigen, dass ein Zugang dann zu gewähren sei, wenn dieser im Hinblick auf die Wirksamkeit der Beweisvorschriften notwendig ist, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass die „Durchgriffswirkung“ auf der Ebene der Glaubhaftmachung von Tatsachen der Effektivität der Beweislastregel (auch) Vorschub leistet.