

Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2017: 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 2017: Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2018, 1172-1181. Es ist möglich, dass die in der NVwZ publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Der vorliegende Beitrag gibt – im Anschluss an den vorherigen Bericht (NVwZ 2017, 846) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2017 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, letztere mit Ausnahme der Kapitalverkehrsfreiheit und spezifisch steuerrechtlicher Aspekte, sowie das Gleichstellungsrecht. Der Akzent liegt auf der Zusammenfassung der neueren Entwicklungen und ggf. einer kurzen Kommentierung.

I. Zum Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs

Die Grundfreiheiten sowie Art. 18 AEUV finden nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs Anwendung.¹ Auch wenn die Rechtsprechung an das Vorliegen eines solchen Bezugs mitunter keine sehr strengen Anforderungen stellt, kommt es doch immer wieder vor, dass er verneint wird. Eine besondere Konstellation stand in der Rs. C-591/15² zur Debatte, in welcher der Gerichtshof zum Schluss kam, dass der Erbringung von Dienstleistungen durch in Gibraltar niedergelassene Wirtschaftsteilnehmer an im Vereinigten Königreich ansässige Personen kein grenzüberschreitender Charakter zukomme und somit mögliche Beschränkungen nicht am Maßstab des Art. 56 AEUV zu messen seien. Zwar gehöre Gibraltar nicht zum Vereinigten Königreich; dieser Umstand sei jedoch für die vorliegende Frage nicht ausschlaggebend. Denn der räumliche Geltungsbereich des Unionsrechts erstreckte sich auf der Grundlage des Art. 355 III AEUV – wonach die Verträge auf ein europäisches Hoheitsgebiet Anwendung finden, dessen auswärtige Beziehungen ein Mitgliedstaat wahrnimmt – auch auf Gibraltar. Dies gelte auch für den freien Dienstleistungsverkehr: Zwar seien nach der Beitrittsakte von 1972 in bestimmten Bereichen des Unionsrechts die Unionsrechtsakte wegen der besonderen Rechtslage dieses Gebiets nicht auf Gibraltar anwendbar. Art. 56 AEUV sei hiervon jedoch nicht erfasst. Im Ergebnis könnten die Beziehungen zwischen Gibraltar und dem Vereinigten Königreich nicht denjenigen zwischen zwei Mitgliedstaaten gleichgestellt werden, gehe es hier

* Die Autorin ist Professorin und Direktorin am Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ue. Herrn Rechtsassessor *Robert Mosters* sei herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts gedankt.

¹ Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-268/15 (de Schooten), ECLI:EU:C:2016:874.

² EuGH, Rs. C-591/15 (Gibraltar Gaming Association), ECLI:EU:C:2017:449 (Große Kammer). S. die Bestätigung dieses Urteils in EuGH, Rs. C-192/16 (Fisher), ECLI:EU:C:2017:762.

doch um ein Gebiet (Gibraltar), das eine enge Verbindung zum Vereinigten Königreich aufweist, welche in Art. 355 III AEUV ausdrücklich anerkannt werde.

Die Aussagen des Urteils lassen sich auf die anderen Grundfreiheiten übertragen. Darüber hinaus kommt ihm aber keine allgemeine Bedeutung zu, da Gibraltar derzeit den einzigen Anwendungsfall des Art. 355 III AEUV darstellt. Im Zuge des Brexit ist insoweit zu beachten, dass mit dem Austritt Großbritanniens aus der Union die Unionsverträge keine Anwendung mehr auf Gibraltar finden werden; im Übrigen findet auch ein Abkommen zwischen der Union und dem Vereinigten Königreich nicht „automatisch“ Anwendung auf Gibraltar.

II. Unionsbürgerschaft und allgemeines Diskriminierungsverbot

1. Abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige

In der Rs. C-133/15³ hatte sich der Gerichtshof erneut mit der Frage nach dem Aufenthaltsrecht eines sorgeberechtigten Drittstaatsangehörigen für einen minderjährigen Unionsbürger zu befassen.⁴ Konkret ging es um die genauen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein drittstaatsangehöriger Elternteil eines Kindes, das Unionsbürger ist und für das er sorgt sowie sorgeberechtigt ist, ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Mitgliedstaat zusteht, weil das Kind ansonsten gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen (womit die Wahrnehmung des Kernbestands seiner aus Art. 20 AEUV folgenden Rechte verhindert würde). Der Gerichtshof hält in diesem Zusammenhang fest, es müssten alle Umstände des Einzelfalls im Interesse des Kindeswohls berücksichtigt werden, so insbesondere das Alter des Kindes, seine körperliche und emotionale Entwicklung, der Grad seiner affektiven Beziehung zu seinen Eltern und das Risiko, das mit der Trennung des Kindes von seinem drittstaatsangehörigen Elternteil für das innere Gleichgewicht des ersteren einherginge. Nicht zulässig sei es daher, ein Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils allein deshalb zu verweigern, weil der andere Elternteil, der Unionsbürger ist, in der Lage und bereit ist, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind allein wahrzunehmen, auch wenn dies ein ebenfalls zu berücksichtigender Gesichtspunkt darstelle. Der Drittstaatsangehörige dürfe aber verpflichtet werden, die Informationen beizubringen, anhand derer festgestellt werden kann, dass die Versagung seines Aufenthaltsrechts dem Kind die Möglichkeit nähme, den Kernbestand der aus dem Unionsbürgerstatus tatsächlich folgenden Rechte wahrzunehmen. Auf dieser Grundlage obliege es allerdings den Behörden, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen, um im Lichte aller Umstände des Einzelfalls diese Frage zu beantworten, könne

³ EuGH, Rs. C-133/15 (Chavez-Vilchez), ECLI:EU:C:2017:354 (Große Kammer).

⁴ S. insoweit zuletzt bereits EuGH, Rs. C-304/14 (CS), ECLI:EU:C:2016:674; EuGH, Rs. C-154/14 (Marin), ECLI:EU:C:2016:675. Zu diesen Urteilen *Epiney*, NVwZ 2017, 846 (849 f.). Grundlegend in Bezug auf den Kernbestand der Unionsbürgerrechte EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), ECLI:EU:C:2011:124; s. sodann EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), ECLI:EU:C:2011:734.

doch ansonsten eine derartige Beweislastregel die praktische Wirksamkeit des Art. 20 AEUV beeinträchtigen.

Das Urteil liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung und präzisiert bis dahin noch nicht klar beantwortete Fragen. Man wird aus den Erwägungen des Gerichtshofs ableiten können, dass für die Frage nach einem abgeleiteten Aufenthaltsrecht für Sorgeberechtigte minderjähriger Unionsbürger grundsätzlich eine umfassende Einzelfallprüfung stattzufinden hat und „Automatismen“ bzw. das Herausgreifen abschließend und im Voraus festgelegter einzelner Kriterien nicht mit dem Unionsrecht in Einklang steht. Gleichzeitig führt das Bestehen einer zumutbaren „Alternativlösung“ für das Kind aber auch dazu, dass ein Aufenthaltsrecht verweigert werden darf, wobei eine solche Alternativlösung wohl zumindest grundsätzlich und vor dem Hintergrund des Rechts auf Achtung des Familienlebens nur dann vorliegen kann, wenn das Verbleiben im Unionsgebiet beim anderen Elternteil, der wohl ebenfalls sorgeberechtigt sein muss, möglich ist. Nicht zu verkennen ist schließlich auch, dass das Abstellen auf den Einzelfall durchaus gewisse Unwägbarkeiten mit sich bringen kann und den Behörden notwendigerweise ein gewisser Spielraum einzuräumen ist.

In der Rs. C-165/16⁵ ging es um die Frage, ob einem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers auch dann ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zusteht, wenn der Unionsbürger sich zwar zunächst in Ausübung seines Freizügigkeitsrechts in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat, dann aber dessen Staatsangehörigkeit zusätzlich zu seiner ursprünglichen Staatsangehörigkeit erwirbt. Der Gerichtshof verneinte zwar die Anwendbarkeit der RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie), da diese nur den Aufenthalt der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen in einem anderen als demjenigen Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, regle. Jedoch stehe dem drittstaatsangehörigen Familienmitglied des Unionsbürgers in einer solchen Konstellation ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aufgrund des Art. 21 I AEUV zu. Denn diese Bestimmung erfasse auch das Recht eines Unionsbürgers, durch Zusammenleben mit seinen Angehörigen im Aufnahmemitgliedstaat ein normales Familienleben führen zu dürfen. Dies gelte auch, wenn der Unionsbürger die Staatsangehörigkeit dieses Staates zusätzlich zu seiner ursprünglichen Staatsangehörigkeit erworben hat. Denn die gegenteilige Auffassung liefe darauf hinaus, den Unionsbürger (der ja ursprünglich von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat) genauso zu behandeln wie einen Unionsbürger, bei dem dies nicht der Fall war. Weiter stehe es im Widerspruch zu dem in Art. 21 I AEUV zum Ausdruck gekommenen Gedanken der schrittweisen gesellschaftlichen Integration, wenn ein Unionsbürger, der von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, allein deshalb das Recht, ein normales Familienleben zu führen, verlöre, weil er sich einbürgern ließ. In Bezug auf die Voraussetzungen des Familiennachzugs verweist der Gerichtshof insofern auf die RL 2004/38,

⁵ EuGH, Rs. C-165/16 (Lounes), ECLI:EU:C:2017:862.

als er festhält, dass diese nicht strenger sein dürfen als diejenigen, welche die Richtlinie vorsieht, womit letztere im Ergebnis (analog) anwendbar bzw. maßgeblich ist.

Entscheidend war für den Gerichtshof offenbar, dass der nachziehende Unionsbürger ursprünglich in klassischer Weise sein Freizügigkeitsrecht ausgeübt hat und erst anschließend die Staatsangehörigkeit (auch) des Aufenthaltsstaats erlangte, eine Situation, die sich von derjenigen unterscheidet, in denen ein Doppelbürger sich nie (dauerhaft) grenzüberschreitend bewegt hat.⁶ Man wird aus dem Urteil ableiten können, dass die betroffenen Personen in solchen Situationen nicht allein wegen des Erwerbs der zusätzlichen Staatsangehörigkeit schlechter gestellt werden dürfen, soweit der Familiennachzug betroffen ist. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Erwerb der zusätzlichen Staatsangehörigkeit vor dem Knüpfen der Familienbande (Heirat) im Aufenthaltsstaat erfolgt war, so dass auch in solchen Fällen allein die vorherige Ausübung des Freizügigkeitsrechts als Unionsbürger mit der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats entscheidend sein dürfte. Insofern schränkt das Urteil den Anwendungsbereich des in der Rs. C-456/12⁷ entwickelten Grundsatzes ein, wonach im Falle der Rückkehr eines Unionsbürgers in „seinen“ Mitgliedstaat drittstaatsangehörigen Familienangehörigen nur dann ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zukommt, wenn der vorherige Aufenthalt des Unionsbürger im Aufnahmestaat auf eine gewisse Dauer angelegt war und sich das Familienleben bereits dort entwickelt oder gefestigt hat, so dass der EuGH insoweit von einer gewissen Akzessorietät in dem Sinn ausgeht, dass ein fehlender Familiennachzug die Effektivität des Freizügigkeitsrechts beeinträchtigt. Vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass der Gerichtshof nicht wirklich präzisiert, ob und inwieweit die in der Rs. C-456/12 entwickelten Grundsätze noch Geltung beanspruchen (obwohl er auf dieses Urteil durchaus Bezug nimmt), was letztlich implizierte, dass Doppelbürger in Bezug auf den Familiennachzug unterschiedlich gestellt werden dürften, je nachdem, wann genau sie die zusätzliche Staatsbürgerschaft erlangt haben und in welcher Eigenschaft sie wann von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. Ob dies wirklich sinnvoll ist, mag bezweifelt werden, dies auch vor dem Hintergrund, dass es letztlich um das Recht auf das Führen eines „normalen“ Familienlebens geht, so dass das Erfordernis der Akzessorietät zum Freizügigkeitsrecht in dem Sinn, dass dieses durch einen nicht ermöglichten Familiennachzug beeinträchtigt sein muss, wenig sinnvoll erscheint. Im Übrigen impliziert der Ansatz des Gerichtshofs in der Rs. C-456/12, dass allein aufgrund einer zusätzlichen Staatsangehörigkeit andere Voraussetzungen für die Geltendmachung des Familiennachzugs zum Zuge kommen sollen, ein Ansatz, dem der Gerichtshof im angezeigten Urteil offenbar skeptisch gegenübersteht. Insgesamt spricht m.E. Vieles (und nicht zuletzt auch das angezeigte Urteil) dafür, dass Doppelbürger nicht allein aufgrund ihrer Doppelbürgerschaft in Bezug auf den Familiennachzug schlechter gestellt werden sollten, so dass im Falle der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte durch

⁶ Wie die Konstellation in EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), ECLI:EU:C:2011:277.

⁷ EuGH, Rs. C-456/12 (O und B), ECLI:EU:C:2014:135.

Unionsbürger und damit des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Bezugs die Familiennachzugsrechte umfassend und unabhängig vom Vorliegen einer Doppelbürgerschaft zum Zuge kommen müssen.

2. *Ausweisung eines Unionsbürgers*

Art. 27 I RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) erlaubt es den Mitgliedstaaten, das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern und ihrer Familienangehörigen insbesondere aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zu beschränken, wobei diese Ausnahme eng auszulegen ist. Nach Art. 27 II Uabs. 2 RL 2004/38 müssen solche aufenthaltsbeschränkende Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen und ausschließlich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abstellen. Nicht zu berücksichtigen – so der Gerichtshof in der Rs. C-193/16⁸ – sei jedoch, dass sich eine Person in Haft befindet; dieser Umstand weise keinen Bezug zum persönlichen Verhalten der Person im Sinne der genannten Bestimmung auf, so dass eine Ausweisungsverfügung auch verhängt werden könne, wenn eine Person sich zum Zeitpunkt ihres Erlasses ohne Aussicht auf baldige Entlassung in Haft befindet. M.a.W. steht also der Umstand, dass jemand in Haft ist und daher grundsätzlich keine Straftaten begehen kann, der Annahme, dass diese Person gleichwohl eine tatsächliche und gegenwärtige Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates berührt, nicht entgegen.

Auch in der Rs. C-184/16⁹ standen verschiedene Aspekte der Beschränkung des Aufenthaltsrechts für Unionsbürger zur Debatte, dies im Zusammenhang mit einem Unionsbürger, gegen den in einem anderen Mitgliedstaat wegen diverser Delikte ein mehrjähriges Aufenthaltsverbot verhängt worden war. Der Betroffene setzte sich jedoch über diese hinweg und reiste wieder ein, wobei er auch eine Aufenthaltserlaubnis beantragte. Diese wurde ihm zwar zunächst gewährt, später jedoch wieder zurückgenommen und die Ausweisung verfügt, nachdem die Behörde die Existenz des fortbestehenden Aufenthaltsverbots bemerkt hatte. Der Gerichtshof hielt in Antwort auf die entsprechenden Vorlagefragen des nationalen Gerichts folgendes fest:

- Es sei mit der RL 2004/38 vereinbar, wenn ein Aufenthaltstitel (dem sowieso nur ein deklaratorischer Charakter zukomme) allein wegen des Fortbestehens eines Aufenthaltsverbots zurückgenommen wird. Die Behörde sei dabei auch nicht verpflichtet zu prüfen, ob der Betreffende immer noch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle, wie sich (implizit) aus Art. 32 RL 2004/38 ergebe. Dieser eröffnet die Möglichkeit, eine Überprüfung eines Aufenthaltsverbots zu beantragen, wobei der

⁸ EuGH, Rs. C-193/16 (E), ECLI:EU:C:2017:542.

⁹ EuGH, Rs. C-184/16 (Petrea), ECLI:EU:C:2017:684.

Betroffene jedoch nicht berechtigt ist, während dieser Prüfung in den betreffenden Mitgliedstaat einzureisen.

- Da es den Mitgliedstaaten obliegt, die zuständigen Behörden und das Verfahren für eine Ausweisung von Unionsbürgern zu bestimmen, stehe es mit dem Unionsrecht in Einklang, wenn eine Rückkehrentscheidung gegen einen Unionsbürger von denselben Behörden und nach demselben Verfahren wie eine Rückkehrentscheidung gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen gemäß Art. 6 Abs. 1 RL 2008/115¹⁰ erlassen wird, soweit die sich aus der RL 2004/38 ergebenden Garantien beachtet werden.
- Sodann laufe es dem Unionsrecht keineswegs zuwider, dass im Rahmen eines Rechtsbehelfs gegen eine Ausweisung wegen des Verstoßes gegen ein Aufenthaltsverbot nicht die Rechtswidrigkeit des (ursprünglichen) Aufenthaltsverbots eingewandt werden kann, das im Zuge des Ablaufs der Beschwerdefrist oder der Abweisung einer dagegen erhobenen Beschwerde rechtskräftig geworden ist. Denn ein solcher Ausschluss diene letztlich der Rechtssicherheit. Allerdings müsse der Betroffene tatsächlich über die Möglichkeit verfügt haben, das ursprüngliche Aufenthaltsverbot fristgerecht anzufechten und sich auf die RL 2004/38 zu berufen.
- Schließlich müsse dafür gesorgt werden, dass ein von einer Ausweisung betroffener Unionsbürger Inhalt und Wirkung einer solchen Entscheidung wirklich versteht; nicht gefordert sei jedoch nach dem Wortlaut der Bestimmung und in Anbetracht der Entstehungsgeschichte, dass ihm die Entscheidung, selbst wenn er keinen entsprechenden Antrag gestellt hat, in einer Sprache mitgeteilt wird, die er versteht oder bei der vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass er sie versteht.

3. *Freizügigkeit der Unionsbürger*

Nach Art. 21 AEUV genießen die Unionsbürger Freizügigkeit, und der sog. Schengener Grenzkodex (VO 399/2016¹¹) sieht u.a. vor, dass keine Grenzkontrollen an den Binnengrenzen durchgeführt werden dürfen, wobei jedoch Kontrollen im Umfeld der Grenzen zulässig sind bzw. sein können. Die Abgrenzung zwischen Grenzkontrollen und sonstigen Kontrollen im Grenzgebiet ist nicht immer einfach zu ziehen, und in der Rs. C-9/16¹² hatte sich der Gerichtshof erneut¹³ zu dieser Frage zu äußern. Er bestätigte seine Rechtsprechung, wonach verdachtsunabhängige Kontrollen im Grenzgebiet grundsätzlich mit dem Unionsrecht nicht vereinbar sind, es sei denn, der gesetzliche Rahmen stelle tatsächlich sicher, dass solche

¹⁰ RL 2008/115 zur Rückführung von Drittstaatsangehörigen mit illegalem Aufenthalt, ABl. 2008 L 348, 98.

¹¹ VO 399/2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2016 L 77, 1.

¹² EuGH, Rs. C-9/16 (A), ECLI:EU:C:2017:483.

¹³ S. bereits EuGH, verb. Rs. C-188/10, C-189/10 (Melki und Abdeli), ECLI:EU:C:2010:363; EuGH, Rs. C-278/12 PPU (Adil), ECLI:EU:C:2012:508.

Kontrollen so durchgeführt werden, dass sie nicht die gleiche Wirkung wie Grenzüberschreitungskontrollen entfalten können. In Zügen und auf Bahnanlagen dürfe jede Person einer Identitätskontrolle unterzogen werden, sofern diese Kontrollen auf Lageerkenntnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung beruhen und ihre Durchführung im nationalen Recht Konkretisierungen und Einschränkungen unterliegt, welche die Intensität, die Häufigkeit und die Selektivität der Kontrollen bestimmen. Ob die genannten Voraussetzungen erfüllt seien, habe das nationale Gericht zu prüfen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelung der konkreten Durchführung derartiger Kontrollen – welche für ihre (Un-) Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Vorgaben entscheidend sind – offenbar nicht in einem Gesetz im formellen oder materiellen Sinn figurieren muss, sondern eine Präzisierung durch Verwaltungsverordnungen ausreichen dürfte. Im Übrigen ist es wohl fraglich, ob der für jedes hoheitliche Handeln maßgebliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als solcher eine hinreichende Konkretisierung zu vermitteln vermag.¹⁴

4. Namensrecht

In der Rs. C-541/15¹⁵ hatte sich der Gerichtshof erneut zu einer namensrechtlichen Regelung zu äußern und hielt fest, ein in einem anderen Mitgliedstaat von einem Doppelbürger dort erworbener Familienname sei anzuerkennen, auch wenn der Name nicht während eines gewöhnlichen Aufenthalts in dem anderen Mitgliedstaat erworben wurde. Denn eine derartige Regelung könne die Freizügigkeit des Unionsbürgers beeinträchtigen, gehe mit ihr doch die Gefahr einher, dass Unsicherheiten über die Identität der Person oder den Wahrheitsgehalt von Urkunden entstehen.

Interessant ist an dem Urteil, dass der EuGH sehr knapp einen grenzüberschreitenden Sachverhalt bzw. einen Bezug zum Unionsrecht allein deshalb bejaht, weil eine Person neben der Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates auch diejenige eines anderen Mitgliedstaats besitzt, da es ausreiche, wenn sich eine Person, die Angehörige eines Mitgliedstaats ist, rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält; nicht weiter geprüft wurde, ob der Betreffende sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hatte. Dieser Ansatz liegt auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu namensrechtlichen Regelungen, steht jedoch in einem gewissen Kontrast zu denjenigen Urteilen, in denen der Gerichtshof die Anwendbarkeit nicht nur der RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie), sondern auch des Art. 21 AEUV auf Doppelbürger verneinte, wenn eine Person nie von ihrem Freizügigkeitsrecht

¹⁴ S. ansonsten noch EuGH, Rs. C-473/15 (Schotthöfer und Steiner), ECLI:EU:C:2017:633, wo der Gerichtshof – im Anschluss an EuGH, Rs. C-182/15 (Petruhin), ECLI:EU:C:2016:630 – festhält, Art. 19 II GRCh stehe der Auslieferung eines Unionsbürgers, der sich in Ausübung seiner Freizügigkeitsrechte in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, an einen Drittstaat entgegen, falls ihm dort die Todesstrafe droht.

¹⁵ EuGH, Rs. C-541/15 (Freitag), ECLI:EU:C:2017:432.

Gebrauch gemacht hatte (es sei denn, der Kernbestand der Unionsbürgerschaft sei berührt).¹⁶ Der Hintergrund für diese Unterscheidung ist wohl darin zu sehen, dass solche namensrechtlichen Regelungen potentiell immer eine Beschränkung der Freizügigkeit der Unionsbürger darstellen können, worauf der Gerichtshof in dem angezeigten Urteil auch hinweist, dies jedoch nicht im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Bezugs zum Unionsrecht (für den – wie erwähnt – allein die Staatsbürgerschaft auch eines anderen Mitgliedstaats als ausreichend erachtet wurde), sondern bei der Prüfung des Vorliegens einer Beschränkung des in Art. 21 AEUV gewährleisteten Rechts.

III. Grundfreiheiten

1. Warenverkehrsfreiheit

In der Rs. C-296/15¹⁷ stand u.a.¹⁸ die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung, wonach aus Plasma gewonnene Arzneimittel, die Gegenstand eines öffentlichen Auftrages sind, aus Plasma, das aus diesem Mitgliedstaat stammt, hergestellt werden müssen, mit Art. 34 AEUV¹⁹ zur Debatte. Der Gerichtshof bejahte zunächst die Wareneigenschaft von Plasma, obwohl es aus menschlichem Blut gewonnen wird, und damit auch von aus Plasma hergestellten Arzneimitteln.²⁰ Die fragliche Regelung sei diskriminierend, werde doch auf die Herkunft der Ware abgestellt; sie stelle somit eine grundsätzlich verbotene Behinderung des freien Warenverkehrs dar. Zwar komme eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes (vgl. Art. 36 AEUV) in Betracht (insbesondere die Sicherstellung ausreichender Blutspenden und die nationale Selbstversorgung),²¹ wobei der Gerichtshof – im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung – darauf hinweist, es sei Sache der Mitgliedstaaten, das Niveau des Gesundheitsschutzes zu bestimmen. Jedoch werde den Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit nicht Rechnung getragen, da es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass der Grundsatz der prioritären Versorgung mit industriell hergestellten Arzneimitteln aus inländischem Plasma

¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), ECLI:EU:C:2011:277; EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), ECLI:EU:C:2011:734.

¹⁷ EuGH, Rs. C-296/15 (Medisamus), ECLI:EU:C:2017:431.

¹⁸ Daneben hatte sich der EuGH zur Gerichtseigenschaft der vorlegenden Institution zu äußern, die bejaht wurde, dies unter Rückgriff auf die hierfür insbesondere maßgeblichen Faktoren (gesetzliche Grundlage, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, Anwendung eines streitigen Verfahrens, Anwendung von Rechtsnormen sowie Unabhängigkeit, vgl. insoweit auch schon z.B. EuGH, Rs. C-203/14 (Consorti Sanitari del Maresme), ECLI:EU:C:2015:664). Weiter ging es um die Auslegung gewisser sekundärrechtlicher Bestimmungen.

¹⁹ Art. 18 AEUV wurde angesichts der Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV nicht herangezogen, womit der Gerichtshof offenbar davon ausgeht, dass Art. 34 AEUV eine besondere Bestimmung im Sinne des Art. 18 AEUV darstellt und letztere damit zurücktritt bzw. nicht anwendbar ist.

²⁰ S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-421/09 (Humanplasma), ECLI:EU:C:2010:760.

²¹ Wobei der EuGH auch in diesem Urteil erneut betont, formell diskriminierende Maßnahmen könnten nur durch die in Art. 36 AEUV aufgeführten Gründe gerechtfertigt werden.

entscheidend dazu beitrage, die nationale Bevölkerung zu ermutigen, freiwillig und unbezahlt Blut zu spenden; hierfür sei es ausreichend zu verlangen, dass das Plasma aus unbezahlten Blutspenden gewonnen wurde.

Das Urteil ist im Ergebnis zu begrüßen, da es (erneut) die Maßgeblichkeit der binnenmarktrechtlichen Vorgaben auch für den Gesundheitssektor klarstellt. Teilweise nicht ganz klar sind die Ausführungen des Gerichtshofs zu den Rechtfertigungsgründen: Die Autarkie als solche kann nämlich in einem Binnenmarkt nie Selbstzweck sein, so dass – und das Urteil dürfte wohl so auszulegen sein – es immer letztlich um den Schutz der Gesundheit als solchen gehen muss.

Eine nationale Regelung, wonach Nahrungsergänzungsmittel, die die Höchstmengen an Vitaminen und Mineralstoffen überschreiten, welche in der RL 2002/46 über Nahrungsergänzungsmittel festgelegt sind, nicht zugelassen werden dürfen, steht – so der EuGH in der Rs. C-672/15²² – nicht mit Art. 34 AEUV und der RL 2002/46 in Einklang: Es gehe hier um eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung des freien Warenverkehrs, da die Regelung dazu führe, dass ein in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestelltes und vermarktetes Produkt nicht vertrieben werden darf. Zwar komme eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes in Betracht. So dürften die Mitgliedstaaten durchaus Genehmigungsverfahren für das Inverkehrbringen von Nahrungsergänzungsmitteln vorsehen; diese müssten aber leicht zugänglich sein, innerhalb eines angemessenen Zeitraums abgeschlossen werden können, und gegen eine Ablehnung müsse der Rechtsweg eröffnet sein. Im konkreten Fall sei aber schon kein solches Verfahren vorgesehen, im Gegensatz zu den Vorgaben der Richtlinie, die die Mitgliedstaaten zwingend hierzu verpflichtet. Im Übrigen müsse die Gefahr für die menschliche Gesundheit nachgewiesen sein, dies auf der Grundlage einer wissenschaftlichen Bewertung (unter Einbezug internationaler Studien), so dass nicht allein auf die Ernährungsbedürfnisse der Bevölkerung abgestellt werden dürfe.

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Eine nationale Regelung, die vorsieht, dass Arbeitnehmer im Falle eines Stellenwechsels zu einer Tochtergesellschaft ihres (bisherigen) Arbeitgebers in einen anderen Mitgliedstaat das Wahlrecht zu Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Mutterkonzern verlieren, steht – so der EuGH in der Rs. C-566/15²³ – mit Art. 45 AEUV²⁴ in Einklang. Soweit die Arbeitnehmenden im Ausland betroffen sind, die nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, fehle es bereits am grenzüberschreitenden Bezug. In Bezug auf Personen, die ihren Herkunftsmitgliedstaat verlassen, um sich zur Ausübung einer Tätigkeit in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben und sich dort aufzuhalten, sei dieses Recht von Art. 45

²² EuGH, Rs. C-572/15 (Noria Distribution), ECLI:EU:C:2017:310. S. auch EuGH, Rs. C-282/15 (Queisser Pharma), ECLI:EU:C:2017:26, in Bezug auf die Vereinbarkeit eines nationalen Verbots des Inverkehrbringens eines Nahrungsergänzungsmittels mit der VO 178/2002 (sog. Lebensmittelrechts-Basis-VO, ABl. 2002 L 31, 1).

²³ EuGH, Rs. C-566/15 (Erzberger), ECLI:EU:C:2017:562 (Große Kammer).

²⁴ Das nationale Gericht hatte zwar auch nach der Auslegung von Art. 18 AEUV in diesem Zusammenhang gefragt; der Gerichtshof stellte jedoch (erneut, vgl. schon etwa EuGH, Rs. C-472/12 (Schiebel), ECLI:EU:C:2014:2139) klar, dass Art. 18 AEUV eigenständig nur dann zur Anwendung kommt, wenn kein besonderes Diskriminierungsverbot einschlägig ist. Da Art. 45 II AEUV aber zugunsten der Arbeitnehmer ein besonderes Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für den Bereich der Arbeitsbedingungen vorsehe, sei Art. 18 AEUV vorliegend nicht heranzuziehen.

AEUV erfasst Diese Bestimmung stehe jeder nationalen Maßnahme entgegen, die geeignet ist, die Ausübung der Freizügigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Allerdings garantiere das Primärrecht den Arbeitnehmern nicht, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat in sozialer Hinsicht in jeder Beziehung neutral ist, da ein solcher Umzug aufgrund der Unterschiede zwischen den Systemen und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Betroffenen je nach Einzelfall Vor- oder Nachteile mit sich bringen könne. Daher könne ein Arbeitnehmer nicht verlangen, im Aufnahmemitgliedstaat dieselben Arbeitsbedingungen zu haben wie im Herkunftsstaat. Es sei den Mitgliedstaaten nämlich unbenommen, mangels Harmonisierungs- oder Koordinierungsmaßnahmen auf Unionsebene in dem betreffenden Bereich die Anknüpfungskriterien des Anwendungsbereichs ihrer Rechtsvorschriften zu bestimmen, wobei sie allerdings die unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten haben (so dass diese objektiv und nicht-diskriminierend sein müssten). Insofern stehe es dem Unionsrecht nicht entgegen, wenn ein Mitgliedstaat vorsieht, dass gewisse die Arbeitnehmervertretung betreffende Vorschriften nur auf Arbeitnehmer inländischer Betriebe Anwendung finden, wobei andere Mitgliedstaaten andere Anknüpfungspunkte vorsehen könnten. Falls nun ein Arbeitnehmer im Zuge des Stellenantritts in einem anderen Mitgliedstaat seine Mitentscheidungsbefugnisse im Ursprungsstaat verliert, stelle dies nur die Folge der „legitimen Entscheidung“ desselben dar, die Anwendung der nationalen Vorschriften in diesem Bereich auf bei einem inländischen Unternehmen tätige Personen zu beschränken.

Das Urteil ist weniger wegen des Ergebnisses denn wegen seiner Begründung bemerkenswert: Der Gerichtshof prüft erst gar nicht, ob die betreffende Regelung eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen könnte, sondern folgert allein aus dem Umstand, dass sich der hier relevante Nachteil für den Arbeitnehmer aus den unterschiedlichen Systemen und Rechtsvorschriften im Bereich der Mitbestimmung ergebe, dass er mit dem Unionsrecht vereinbar sei, soweit das Anknüpfungskriterium objektiv und nicht-diskriminierend ist, wovon der Gerichtshof *in casu* offenbar ausging (auch wenn er dies nicht im Einzelnen belegt). Beschränkungen der Grundfreiheiten resultieren jedoch sehr häufig (nur) aus den Unterschieden nationaler Rechtsordnungen (was den EuGH in anderen Fallgestaltungen nicht davon abhält festzustellen, dass eine bestimmte Regelung die Grundfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen kann), so dass sich vorliegend die Frage stellt, warum der Gerichtshof nicht die tatbestandliche Einschlägigkeit zumindest prüfte, sondern sie von vornherein verneinte, dies übrigens mit einer Begründung, welche an die soziale Sicherheit erinnert (auch hier kann die Wahrnehmung der Freizügigkeit Nachteile mit sich bringen, ohne dass die betreffenden Regelungen am Maßstab des Unionsrechts gemessen werden können). Aus dogmatischer Sicht stellt sich m.a.W. die Frage, unter welchen Voraussetzungen lediglich ein (nicht am Maßstab der Grundfreiheiten zu prüfender) Unterschied zwischen Systemen und Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten anzunehmen ist bzw. wann das Vorliegen einer Beschränkung (und ggf. der Rechtfertigung) zu prüfen ist. Vieles könnte im Gefolge dieses

Urteils dafür sprechen, dass bei die Arbeitsbedingungen betreffenden Regelungen, die aus der Natur der Sache eine „Wegzugs- oder Hinzugsbeschränkung“ implizieren können, *per se* keine Beschränkung der Freizügigkeit vorliegen kann (sofern die Regelungen nicht-diskriminierend ausgestaltet sind), da diese die inhärenten Modalitäten der Tätigkeit betreffen, welche mehr oder weniger attraktiv sein können, und eine Prüfung solcher Regelungen am Maßstab des Vertrages letztlich die diesbezüglichen Regelungskompetenzen der Mitgliedstaaten aushebelte.

Darüber hinaus ist noch interessant, dass der Gerichtshof ungeachtet der Kontrolle der Mutter- über die Tochtergesellschaft einen grenzüberschreitenden Bezug allein aufgrund des Wechsels des Arbeitnehmers in einen anderen Mitgliedstaat bejaht. Man wird hieraus schließen können, dass wohl auch im Falle des Stellenwechsels innerhalb desselben Unternehmens in einen anderen Mitgliedstaat ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt. Dieser Schluss wird durch den allgemeinen Bezug des Gerichtshofs auf die Tragweite des Art. 45 AEUV (der den Unionsangehörigen das Recht verleihe, ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um sich zur Ausübung einer Tätigkeit in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben und dort aufzuhalten) bestätigt.

In der Rs. C-419/16²⁵ stand eine nationale Regelung zur Debatte, wonach die Gewährung eines Stipendiums zur Finanzierung einer Facharztausbildung in einem anderen Mitgliedstaat davon abhängig gemacht wird, dass der begünstigte Arzt nach dem Abschluss seiner Facharztausbildung für eine gewisse Zeit im erstgenannten Mitgliedstaat beruflich tätig ist; erfüllt er diese Vorgabe nicht, muss er bis zu 70 % des erhaltenen Stipendiums zuzüglich Zinsen zurückzahlen. Der Gerichtshof stellte – nach der Verneinung der Einschlägigkeit des möglicherweise relevanten Sekundärrechts – fest, eine solche Regelung sei geeignet, die Betroffenen davon abzuhalten, von ihrem Recht auf Freizügigkeit (Art. 45 AEUV)²⁶ Gebrauch zu machen, könnten die bedeutenden finanziellen Konsequenzen (im Ausgangssachverhalt eine Rückzahlungspflicht von über Euro 100'000) sie doch davon abhalten, ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten oder sich dort niederzulassen. Jedoch könne eine solche Maßnahme grundsätzlich durch das Anliegen, eine qualitativ hochwertige, ausgewogene und allen zugängliche fachärztliche Betreuung der Bevölkerung zu gewährleisten, gerechtfertigt werden. Denn Ziel der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung sei die Schaffung zusätzlicher Stellen für die Facharztausbildung, und sie erlaube es somit, die Zahl der Fachärzte auf dem Arbeitsmarkt zu erhöhen. Indem die Ärzte, die das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Stipendium erhalten haben, verpflichtet werden, nach dem Abschluss ihrer Facharztausbildung ihre berufliche Tätigkeit für eine gewisse Zeit in der betreffenden Provinz (die autonome Provinz Bozen) auszuüben, trage die Regelung dazu bei, die Nachfrage nach Fachärzten in dieser Provinz zu decken. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht Rechnung getragen werde (wobei der Gerichtshof auch auf den weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten und ihre Zuständigkeit, das Gesundheitsschutzniveau festzulegen, hinweist). Es drängten sich auch keine mildernden Maßnahmen auf, dies insbesondere angesichts der konkreten Ausgestaltung der Regelung (die Pflicht, in der Autonomen Provinz Bozen zu

²⁵ EuGH, Rs. C-419/16 (Simm Federspiel), ECLI:EU:C:2017:997.

²⁶ Oder auf freie Niederlassung (49 AEUV).

arbeiten, ist auf fünf Jahre innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren nach dem Erwerb der Spezialisierung beschränkt und kommt nur zum Tragen, falls für den betreffenden Arzt in dieser Provinz eine Facharztstelle verfügbar ist und ihm zu gegebener Zeit angeboten wird) sowie der spezifischen Bedürfnisse der Provinz Bozen (eine ausreichende Versorgung mit Fachärzten in beiden Amtssprachen).

Das Urteil ist ein weiteres Beispiel für den eher weiten Gestaltungsspielraum, den der Gerichtshof den Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitspolitik einräumt. Gleichzeitig weist der EuGH aber auch auf die Spezifitäten des Ausgangssachverhalts bzw. der nationalen Regelung hin, welche im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung offenbar für ausschlaggebend angesehen wurden, womit dann auch wieder die Grenzen des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums deutlich werden. Daher kann aus dem Urteil nicht abgeleitet werden, dass eine derartige Regelung in Bezug auf das gesamte Staatsgebiet ebenfalls den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit entspräche.

Gewährt ein Mitgliedstaat im Falle der Zahlungsunfähigkeit eines Arbeitgebers den betroffenen Arbeitnehmern sog. Insolvenzgeld, so ist es mit Art. 45 AEUV und Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011²⁷ vereinbar, falls bei einem nicht in diesem Mitgliedstaat ansässigen Grenzgänger das Insolvenzgeld um denjenigen Betrag gekürzt wird, der der Lohnsteuer in diesem Staat entspricht. Dies gilt auch, falls dieser Abzug dazu führt, dass das Insolvenzgeld unter den Betrag des bisherigen Nettoarbeitsentgelts des Grenzgängers fällt, während das Gebietsansässigen zustehende Insolvenzgeld im Ergebnis dem bisherigen Nettoarbeitsentgelt entspricht. Denn – so der EuGH in der Rs. C-496/15²⁸ – es handle sich hier um den Ausfluss der Befugnis des betreffenden Mitgliedstaats, das Insolvenzgeld zu besteuern, und der Unterschied zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden in Bezug auf die Frage, ob das bisherige Nettoarbeitsentgelt erreicht wird, rühre allein daher, dass der Steuersatz im Wohnsitzstaat (der während der Aktivzeit zum Zuge kam) niedriger war als im Beschäftigungsstaat, so dass es letztlich um zufallsbedingte Unterschiede gehe. Man wird dem noch hinzufügen können, dass diese Differenzen letztlich eine zwingende Konsequenz der Zuständigkeit zur Besteuerung der entsprechenden Einkünfte bzw. Zahlungen darstellt.²⁹

3. *Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit*

Art. 58 AEUV schließt Verkehrsdienstleistungen vom Anwendungsbereich des Kapitels über Dienstleistungen aus, mit der Folge, dass die Liberalisierung auf diesem Gebiet über sekundärrechtliche Regelungen erfolgen muss und die primärrechtlich garantierte und unmittelbar anwendbare Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) nicht geltend gemacht werden kann. In der Rs. C-434/15³⁰ stellte der Gerichtshof fest, Verkehrsvermittlungsdienste wie Uber (die mittels einer Smartphone-Applikation eine Verbindung zwischen nicht berufsmäßigen Fahrern mit eigenem Fahrzeug und zahlenden Personen, die eine Fahrt im innerstädtischen

²⁷ VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

²⁸ EuGH, Rs. C-496/15 (Eschenrenner), ECLI:EU:C:2017:152.

²⁹ S. weiter noch EuGH, Rs. C-420/15 (U.), ECLI:EU:C:2017:408, wo der EuGH feststellte, Art. 45 AEUV stehe einer nationalen Regelung entgegen, die Wanderarbeitnehmer verpflichtet, in ihrem Heimatstaat zugelassene Kraftfahrzeuge, die auch hauptsächlich in diesem benutzt werden, im Aufnahmemitgliedstaat zuzulassen.

³⁰ EuGH, Rs. C-434/15 (Elite Taxi), ECLI:EU:C:2017:981 (Große Kammer).

Bereich durchführen wollen, herstellen) seien als mit einer Verkehrsdienstleistung untrennbar verbunden anzusehen und daher als Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 58 I AEUV einzustufen, so dass sie vom Anwendungsbereich des Art. 56 AEUV (aber auch der RL 2006/123³¹ und der RL 2000/31³²) ausgenommen seien. Zwar unterscheide sich der Vermittlungsdienst von der eigentlichen Verkehrsdienstleistung (der Beförderung); jedoch gebe der Vermittlungsdienst gleichzeitig ein Angebot zur Erbringung der Verkehrsdienstleistung ab, und die Durchführung der Verkehrsdienstleistung selbst sei ohne den Vermittlungsdienst nicht möglich. Im Übrigen beeinflusse ein Unternehmen wie Uber maßgeblich die Bedingungen, unter denen die Fahrer ihre Leistungen erbringen. So setze Uber mindestens den Höchstpreis für eine Fahrt fest, erhebe den Preis beim Kunden und überweise danach einen Teil davon an den nicht berufsmäßigen Fahrer. Weiter übe Uber eine gewisse Kontrolle über die Qualität der Fahrzeuge und deren Fahrer aus, die ggf. zum Ausschluss führen könnten. Insofern sei der Vermittlungsdienst somit als integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht, anzusehen und daher nicht als Dienst der Informationsgesellschaft im Sinne von Art. 1 Nr. 2 RL 98/34, auf den Art. 2 lit. a RL 2000/31 verweist, sondern als Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 2 II lit. d RL 2006/123 zu qualifizieren.

Damit knüpft der Gerichtshof an andere Urteile an, in denen er bereits Dienstleistungen, die „naturgemäß“ mit einer körperlichen Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mit einem Verkehrsmittel verbunden sind, als Verkehrsdienstleistung erachtet hat.³³ Dass der Gerichtshof den Schwerpunkt der einheitlichen Dienstleistung im Verkehrssektor sieht (und nicht im elektronischen Geschäftsverkehr, was die Anwendbarkeit des Art. 56 AEUV nach sich gezogen hätte), überzeugt. Das Urteil ist von großer grundsätzlicher Bedeutung. Denn da ein Unternehmen wie Uber sich nicht auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann, können die Mitgliedstaaten grundsätzlich die Aktivitäten des Vermittlungsdienstes einschränken oder gar verbieten, ohne dass dem aus unionsrechtlicher Sicht Grenzen gesetzt wären. Der Ausschluss der Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit in diesem Urteil impliziert auch, dass ihm keine Aussagen über die unionsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf andere, nach einem ähnlichen Prinzip funktionierende Dienstleistungen, die jedoch nicht als Verkehrsdienstleistungen zu qualifizieren sind (wie z.B. AirBnB), zu entnehmen sind. Sobald es nämlich nicht um eine Verkehrsdienstleistung geht, kommt Art. 56 AEUV zum Zuge, so dass etwaige Beschränkungen am Maßstab des Unionsrechts zu messen sind und man auf zukünftige Urteile in diesem Bereich gespannt sein darf (wobei in anderen Bereichen wohl nur ausnahmsweise eine ähnlich enge Regulierung wie im Taxigewerbe zu erwarten ist).

³¹ RL 2006/123 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, 36.

³² RL 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr, ABl. 2000 L 178, 1.

³³ So EuGH, Rs. C-168/14 (Grupo Itevelesa), ECLI:EU:C:2015:685, Rn. 45; Gutachten 2/15 (Freihandelsabkommen mit Singapur). ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 61.

In einem Mitgliedstaat zugelassene Rechtsanwälte können nach dem einschlägigen Sekundärrecht (RL 77/249, sog. Rechtsanwälte-Dienstleistungsrichtlinie) ihre Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat anbieten, wobei sie nur in gewissen Fällen einen sog. Einvernehmensanwalt beiziehen müssen. In der Rs. C-99/16³⁴ ging es um eine französische Regelung, wonach auch in den Konstellationen, in denen kein solcher Beizug erfolgen musste, Rechtsanwälten aus anderen Mitgliedstaaten kein Router für den Zugang zum privaten virtuellen Anwaltsnetzwerk zur Verfügung gestellt werden darf, so dass diese Anwälte keinen Zugang zu elektronischen Kommunikationsmitteln haben. Eine solche Regelung stelle eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs dar, da die Betroffenen somit auf die Übermittlung ihrer Dokumente durch Einreichung bei der Kanzlei oder auf dem Postweg angewiesen seien, was umständlicher und grundsätzlich teurer sei. Zwar könne eine derartige Regelung grundsätzlich durch das Interesse an einer geordneten Rechtspflege gerechtfertigt werden, da in Frankreich „automatisch“ nur Rechtsanwälte mit einer Zulassung über ein eigenes elektronisches Zertifikat auch Zugang zum Router haben, so dass bei jeder Übermittlung diese Zulassung geprüft werde, dies im Hinblick auf eine geordnete Rechtspflege und den Schutz der Endempfänger. Auch sei die Regelung zur Verfolgung dieses Ziels geeignet. In Bezug auf die Kohärenz und Erforderlichkeit sei jedoch zu beachten, dass diese nur dann bejaht werden könne, wenn auch bei der Übermittlung auf dem Postweg oder über die Einreichung bei einer Kanzlei systematisch und durchgängig die Anwaltsseigenschaft überprüft wird, was durch das zuständige Gericht zu eruieren sei.

In der Rs. C-342/15³⁵ hatte sich der Gerichtshof erneut³⁶ mit der Vereinbarkeit einer die Tätigkeit von Notaren betreffenden nationalen Regelung mit Art. 56 AEUV auseinanderzusetzen: Ausgehend von seiner Rechtsprechung, wonach die Beurkundungstätigkeit der Notare als solche keine öffentliche Gewalt im Sinn von Art. 51 I AEUV darstelle, prüfte er die Vereinbarkeit einer nationalen Bestimmung (auf Vorlage eines österreichischen Gerichts), welche die Beglaubigung von Unterschriften im Hinblick auf die Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte (Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften) Notaren vorbehält. Eine solche Vorgabe stelle eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, da sie die Anerkennung einer Beglaubigung durch in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Rechtsanwälte ausschließe. Jedoch könne sie durch die Anliegen der Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems sowie der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privaten – die im Hinblick auf den Schutz einer ordnungsgemäßen Rechtspflege als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzusehen seien – gerechtfertigt werden. Insbesondere erhalte der Notar Kenntnis vom Inhalt des fraglichen Rechtsakts und könne die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen überprüfen, so dass es auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung trage, solche Tätigkeiten einer bestimmtem Berufsgruppe vorzubehalten, die öffentliches Vertrauen genießt und über die der betreffende Mitgliedstaat eine besondere Kontrolle ausübt (was der Gerichtshof im Rahmen der Verhältnismäßigkeit prüft).

Das Urteil überzeugt: Zwar ist das Vorliegen einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit letztlich auf die Einstufung derartiger Beglaubigungen als öffentliche Urkunden

³⁴ EuGH, Rs. C-99/16 (Lahorgue), ECLI:EU:C:2017:391.

³⁵ EuGH, Rs. C-342/15 (Piringer), ECLI:EU:C:2017:196. Der Gerichtshof äußerte sich in dem Urteil auch zur Tragweite der RL 77/249 (Anwaltsrichtlinie), worauf hier nicht weiter eingegangen wird.

³⁶ S. bereits z.B. EuGH, Rs. C-53/08 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2011:338. S. aus dem Berichtszeitraum im Übrigen noch EuGH, Rs. C-392/15 (Kommission/Ungarn), ECLI:EU:C:2017:73, wo der Gerichtshof das Staatsangehörigkeitserfordernis als Voraussetzung für die Ausübung des Notarberufs in Ungarn für mit Art. 49 AEUV unvereinbar erachtet. Er betonte bei dieser Gelegenheit auch (erneut) die enge Auslegung des Art. 51 AEUV, so dass sich seine Tragweite auf dasjenige beschränken müsse, was zur Wahrung der in Frage stehenden Interessen unbedingt erforderlich sei; auch seien Hilfs- und Vorbereitungstätigkeiten zur Ausübung hoheitlicher Gewalt ausgeschlossen.

zurückzuführen. Allerdings impliziert die nationale Regelung notwendigerweise, dass in anderen Mitgliedstaaten nach den dort geltenden Regelungen vorgenommene Beglaubigungen nicht anerkannt werden, so dass man auf die Dienste der betreffenden Personen zumindest nicht mit Blick auf die erfassten Rechtsgeschäfte zurückgreifen wird. Dass z.B. in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Rechtsanwälte ihre Dienstleistungen ansonsten grundsätzlich anbieten können, ändert hieran nichts, wird doch der Nutzen dieser Dienstleistungen durch die in Frage stehende mitgliedstaatliche Regelung deutlich eingeschränkt (so er überhaupt noch gegeben ist). Bei der Rechtfertigung kann man zwar in Bezug auf die Frage, wie weit eine „Kontrolle“ des Mitgliedstaates über eine Berufsgruppe gehen soll und auf welche Weise die Rechtspflege und die Rechtssicherheit geschützt werden sollen, mit guten Gründen unterschiedlicher Ansicht sein. Jedoch ist es Sache der Mitgliedstaaten, das Schutzniveau (das auch höher als in anderen Mitgliedstaaten ausfallen kann) zu bestimmen, und die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat sich dann notwendigerweise an diesem (ggf. hohen) Niveau zu orientieren. Insgesamt dürfte das Urteil implizieren, dass die Notariatsregelungen – so wie sie zahlreiche kontinentaleuropäische Staaten kennen – grundsätzlich mit den Vorgaben des Unionsrechts in Einklang stehen. Bemerkenswert ist weiter, dass der Gerichtshof in diesem Urteil ausdrücklich seine Rechtsprechung zur differenzierten Reichweite der Rechtfertigungsgründe je nach Vorliegen einer (formell) diskriminierenden Maßnahme (diesfalls kommen nur die im Vertrag ausdrücklich formulierten Gründe in Frage) oder einer nicht formell diskriminierenden Maßnahme (diesfalls können darüber hinaus zwingende Gründe des Allgemeinwohls zum Zuge kommen) bestätigt.

Wie der EuGH in der Rs. C-552/15³⁷ festhielt, habe Irland dadurch gegen seine Verpflichtung aus Art. 56 AEUV verstoßen, dass die Höhe der Zulassungssteuer für Kraftfahrzeuge jedenfalls derjenigen entspricht, welche für eine endgültige Zulassung zu entrichten ist, unabhängig davon, wie lange die tatsächliche Dauer der vorgesehenen Nutzung eines eingeführten Fahrzeugs in Irland ist, selbst wenn die Dauer eines Leasing- oder Mietverhältnisses im Voraus feststeht und bekannt ist. Denn die Verpflichtung zur vorherigen Zahlung der vollen Zulassungssteuer sei geeignet, sowohl Gebietsansässige davon abzuhalten, Leasing- und Mietangebote für Kraftfahrzeuge durch Dienstleister in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen, als auch diese Dienstleister davon, ihre Miet- oder Leasingleistungen für Kraftfahrzeuge anzubieten, so dass eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliege. Diese könne auch nicht gerechtfertigt werden: Die Kosten für das Straßennetz könnten schon deshalb nicht angeführt werden, weil die Höhe der Steuer unabhängig von der Dauer der Fahrzeugnutzung ist, so dass es hier letztlich um wirtschaftliche Gründe gehe. Der Umweltschutz scheide ebenfalls aus, da die Steuer zwar auch in Abhängigkeit vom Schadstoffausstoß festgesetzt werde, jedoch keine Abstufung nach der Nutzungsdauer erfolge (selbst wenn diese von vornherein feststehe), so dass die Maßnahme – wie der Gerichtshof nach einer detaillierten Analyse festhält – nicht den Anforderungen der Erforderlichkeit Rechnung trägt.

Eine besondere Art der „Wegzugsbeschränkung“ stand im Fokus der Rs. C-106/16³⁸: So sieht das polnische Recht vor, dass Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen wollen und dabei in eine dem Recht dieses anderen Mitgliedstaates unterliegende Gesellschaft umgewandelt werden (müssen), zunächst aufgelöst werden müssen, was spätestens dann relevant wird, wenn die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister

³⁷ EuGH, Rs. C-552/15 (Kommission/Irland), ECLI:EU:C:2017:698 (Große Kammer).

³⁸ EuGH, Rs. C-106/16 (Polbud), ECLI:EU:C:2017:804 (Große Kammer).

beantragt wird. Der EuGH erachtete diese Regelung für mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar: Denn Art. 49 AEUV umfasse auch das Recht, den satzungsmäßigen Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, und zwar auch dann, wenn der tatsächliche Sitz nicht modifiziert wird und wenn diese Verlegung die Umwandlung einer Gesellschaft in eine andere Rechtsform nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats impliziert. Kann eine Löschung des Handelsregistereintrags nur unter der Voraussetzung der Liquidation einer Gesellschaft erfolgen, erschwere oder verhindere dies die grenzüberschreitende Umwandlung einer Gesellschaft, so dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliege. Eine Rechtfertigung komme zwar grundsätzlich aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls (insbesondere des Schutzes der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter) in Betracht. Jedoch sei die Regelung nicht verhältnismäßig, sei doch nicht klar, worin genau die Gefahr für die genannten Interessen bestehe; auch und insbesondere seien keine weniger einschneidenden Maßnahmen (wie z.B. Bankbürgschaften oder ähnliche Garantien) in Erwägung gezogen worden. Ebenso wenig greife das Anliegen der Betrugsbekämpfung, da die Regelung einer allgemeinen Missbrauchsvermutung gleichkomme.

Das Urteil knüpft durchaus an die bisherige Rechtsprechung an (wenn auch diese spezifische Konstellation noch nicht Gegenstand von Urteilen des Gerichtshofs war): Denn wenn die Niederlassungsfreiheit – was ständiger Rechtsprechung entspricht – das Recht umfasst, Gesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat nach dessen Recht zu gründen, impliziert dies auch das Recht, die Gesellschaftsform umzuwandeln. Dass die Niederlassungsfreiheit auch dann zum Zuge kommt, wenn der satzungsmäßige Sitz in einem Mitgliedstaat nur deshalb begründet wurde, weil in einem zweiten Mitgliedstaat eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt werden soll, ergibt sich ebenfalls bereits aus der bisherigen Rechtsprechung, ebenso wie der Umstand, dass allein ein „Ausnutzen“ der günstigeren Vorschriften in einem anderen Mitgliedstaat keinen Rechtsmissbrauch darstellt.³⁹ Nicht zu verkennen ist aber auch, dass die Niederlassungsfreiheit damit auch dann greift, wenn in demjenigen Mitgliedstaat, in dem die Niederlassung erfolgt, keinerlei wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird oder werden soll. Darüber hinaus ermöglicht das Urteil den Gesellschaften letztlich die freie Wahl der Gesellschaftsform, ohne dass sich Minderheitsgesellschafter, Arbeitnehmer oder Gläubiger hiergegen zur Wehr setzen können. Im Ergebnis impliziert der Ansatz des Gerichtshofs, dass es in der Verantwortung der Mitgliedstaaten steht, die Voraussetzungen für Gesellschaftsgründungen zu formulieren und ggf. nicht erwünschte Gesellschaftsgründungen (wie z.B. „Briefkastenfirmen“) durch entsprechende nationale Vorschriften zu verhindern; die anderen Mitgliedstaaten dürfen zur Verfolgung zwingender Allgemeinwohlinteressen nur gezielte Maßnahmen ergreifen und nicht allgemein Sitzverlegungen verhindern oder erschweren.

³⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-212/97 (Centros), ECLI:EU:C:1999:126; EuGH, Rs. 167/01 (Inspire Act), ECLI:EU:C:2003:512.

Aus dem Bereich der Diplomanerkennung ist auf die Rs. C-125/16⁴⁰ hinzuweisen: Hier stellte der Gerichtshof fest, es stehe sowohl mit Art. 49 AEUV als auch mit den Vorgaben des Sekundärrechts über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (insbesondere der RL 2005/36⁴¹) in Einklang, wenn ein in einem anderen Mitgliedstaat ausgebildeter Zahntechniker seine Tätigkeit nur unter Mitwirkung eines Zahnarztes ausüben darf. Der Beruf des Zahntechnikers sei in Malta (es ging um eine maltesische Regelung) ein reglementierter Beruf, denn seine Ausübung sei davon abhängig, dass die Betreffenden über ein speziell auf diesen Beruf vorbereitendes Diplom verfügen müssen. Da er aber nicht spezifisch in der RL 2005/36 aufgeführt sei, sei auf die allgemeinen Anerkennungsregeln (Art. 10 ff. RL 2005/36) abzustellen, wobei die betreffende nationale Regelung aber gerade nicht dazu führe, dass der Beruf des Zahntechnikers nicht ausgeübt werden könne. Vielmehr komme nur eine zusätzliche Anforderung, nämlich die Mitwirkung eines Zahnarztes, zum Zuge, und zwar sowohl für im Inland als auch im Ausland ausgebildete Zahntechniker. Da die RL 2005/36 jedoch die Bedingungen für die Ausübung des reglementierten Berufs des Zahntechnikers nicht harmonisiere, sei diese nicht einschlägig und die fragliche nationale Vorschrift am Maßstab des Primärrechts zu messen. Zwar stelle ein solches Mitwirkungserfordernis eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar (insbesondere soweit eine derartige Anforderung im Herkunftsstaat nicht zum Zuge kommt); allerdings könne es durch den Schutz der öffentlichen Gesundheit – bei dem den Mitgliedstaaten ein großer Wertungsspielraum zukomme, was sich auch auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung auswirke – gerechtfertigt werden.

Ein allgemeines und ausnahmsloses Verbot jeglicher Werbung für zahnärztliche Leistungen verstößt – so der EuGH in der Rs. C-339/15⁴² – u.a.⁴³ gegen Art. 56 AEUV. Denn ein solches Verbot beschränke die Möglichkeit, sich bei potenziellen Kunden (auch im EU-Ausland) bekannt zu machen, so dass ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit vorliege. Zwar komme grundsätzlich eine Rechtfertigung in Betracht, könne die Maßnahme doch durch Anliegen der öffentlichen Gesundheit sowie der Wahrung der „Würde“ des Zahnarztberufs gerechtfertigt werden. Allerdings sei ein allgemeines und absolutes Verbot jeglicher Werbung nicht erforderlich, da diesen Interessen durch weniger einschneidende Maßnahmen, wie etwa die Eingrenzung von Form und Modalitäten der Werbung, Rechnung getragen werden könne.

Soweit die Erfassung von Werbeverböten durch die Grundfreiheiten im Allgemeinen und die Dienstleistungsfreiheit im Besonderen betroffen ist, liegt das Urteil auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung, und auch die Verneinung der Erforderlichkeit vermag kaum zu überraschen. Die möglichen Auswirkungen auf nationale Standesregelungen könnten aber durchaus erheblich sein: Denn viele Mitgliedstaaten kennen in Bezug auf gewisse Berufe (wie z.B. Ärzte oder Rechtsanwälte) Standesregeln, welche u.a. die Werbung regeln bzw. (weitgehend) verbieten. In der Regel dürfte für die allermeisten dieser Berufe zumindest in gewissen Regionen ein grenzüberschreitender Bezug zu bejahen sein, so dass sich die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht stellt, wobei in der Regel wohl in erster Linie die Verhältnismäßigkeit problematisch sein wird. Jedenfalls ist wohl zu bezweifeln, dass sich bereits alle Standesorganisationen in den Mitgliedstaaten des Umstands bewusst sind, dass die Regelung der Werbung (und wohl auch zahlreiche sonstige standesrechtliche Vorgaben) am Maßstab des Unionsrechts zu messen ist. Immerhin ist aber daran zu erinnern, dass der

⁴⁰ EuGH, Rs. C-125/16 (Malta Dental Technologists Association), ECLI:EU:C:2017:707.

⁴¹ RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

⁴² EuGH, Rs. C-339/15 (Vanderborght), ECLI:EU:C:2017:335.

⁴³ In dem Urteil setzte sich der EuGH auch mit der hier nicht weiter problematisierten Vereinbarkeit einer solchen Maßnahme mit der RL 2000/31 (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, ABl. 2000 L 178, 1) auseinander, die ebenfalls verneint wurde.

Gerichtshof den Mitgliedstaaten – wie der EuGH auch in dem angezeigten Urteil erwähnt – durchaus einen gewissen Wertungsspielraum, insbesondere in Bezug auf das Schutzniveau, einräumt.⁴⁴

III. Gleichstellung

Verlangt ein Mitgliedstaat für den Zugang zum Polizeidienst eine Mindestkörpergröße von 1,70 m, stellt dies – so der Gerichtshof in der Rs. C-409/16⁴⁵ – eine durch die RL 2006/54 (Gleichbehandlungsrichtlinie)⁴⁶ erfasste mittelbare Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts dar, wenn (was offenbar der Fall ist) diese Regelung eine deutlich höhere Zahl von Frauen als Männer benachteiligt. Grundsätzlich könne eine solche Regelung zwar durch das Anliegen, die wirksame Erfüllung der polizeilichen Aufgaben zu ermöglichen, gerechtfertigt werden; jedoch meldete der Gerichtshof Zweifel an der Erforderlichkeit der Maßnahme an, da

⁴⁴ S. über die im Text erwähnten Urteile hinaus noch EuGH, Rs. C-283/15 (X), ECLI:EU:C:2017:102 (Verstoß einer steuerlichen Vorschrift, die es Gebietsfremden im Gegensatz zu Gebietsansässigen verwehrt, Steuervergünstigungen geltend zu machen, sofern erstere ihr steuerbares Einkommen im Wesentlichen nicht im Wohnsitzstaat erzielen, gegen Art. 49 AEUV, womit der Gerichtshof seine bisherige Rechtsprechung bestätigt); EuGH, Rs. C-322/16 (Global Starnet), ECLI:EU:C:2017:985 (Glücksspielrecht): Eine Regelung, wonach Konzessionäre von Online-Glücksspielen mittels eines Nachtrags zu einer bereits bestehenden Vereinbarung neue Auflagen für die Ausübung ihrer Tätigkeit beachten müssen (konkret ging es insbesondere um gewisse Genehmigungserfordernisse durch die zuständige staatliche Behörde), könne mit Art. 49, 56 AEUV in Einklang stehen, sofern sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann und den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügt. Der Gerichtshof hebt auch in diesem Urteil (in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung) den weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im Sektor des Glücksspielrechts hervor und weist auf dessen Besonderheiten hin, so wenn er formuliert, die wirtschaftliche und finanzielle Solidität der Konzessionäre sowie das Anliegen, ihre Zuverlässigkeit und Redlichkeit zu stärken und Straftaten zu bekämpfen, könnten angesichts der Besonderheit der Lage im Zusammenhang mit Glücksspielen zwingende Gründe des Allgemeininteresses darstellen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme auch auf die Grenzen des Spielraums hinweist (insbesondere soweit die Erforderlichkeit betroffen ist), wenn er auch die Beurteilung im Einzelnen an das nationale Gericht zurückweist. In Bezug auf Art. 267 III AEUV hielt der Gerichtshof in diesem Urteil auch fest, diese Bestimmung verpflichte ein letztinstanzliches Gericht auch dann zur Vorlage, wenn das Verfassungsgericht des betroffenen Mitgliedstaats im Rahmen desselben nationalen Verfahrens die Verfassungsmäßigkeit der nationalen Regelung nach rechtlichen Maßstäben zu beurteilen hat (oder bereits beurteilt hat), die inhaltlich den unionsrechtlichen Maßstäben entsprechen, und ein solches Verfahren zwingend vorgesehen ist. In EuGH, Rs. C-49/16 (Unibet), ECLI:EU:C:2017:491, stand ebenfalls das Glücksspielrecht zur Debatte. Der Gerichtshof hielt hier – in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung – fest, zwar könnten gewisse Anforderungen für die Vergabe von Konzessionen für Glücksspiele (womit der freie Dienstleistungsverkehr und/oder die Dienstleistungsfreiheit beschränkt werde) aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden; jedoch müsse der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden, wobei der Gerichtshof hier in Bezug auf die konkret in Frage stehende Regelung (eine vorherige zehnjährige Tätigkeit im Empfangsstaat) Zweifel äußert. Auch müsse den Anliegen des Transparenzgebots und der Rechtssicherheit (welche klare und in ihren Auswirkungen hinreichend bestimmte Vorgaben enthalten müssten) Rechnung getragen werden, was im konkreten Fall ebenfalls nicht gegeben schien, da die Bedingungen für die Erlangung einer Konzession nicht klar formuliert waren.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-409/16 (Kalliri), ECLI:EU:C:2017:767.

⁴⁶ RL 2006/54 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006 L 204, 23.

es zahlreiche Polizeiaufgaben gebe, die keinen hohen körperlichen Einsatz erforderten (wobei sich der Gerichtshof aber nicht mit der Frage auseinandersetzt, ob es nicht notwendig sein kann, dass alle Polizisten bestimmte Aufgaben erfüllen können müssen, die eben eine Mindestgröße erfordern, zumal der Ansatz des Gerichtshofs in letzter Konsequenz bedeutete, dass es mehrere Kategorien von Polizisten geben müsste). Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass eine körperliche Eignung zwangsläufig mit einer Mindestkörpergröße verbunden sei, zumal in anderen Diensten (Streitkräfte oder Küstenwache) für Männer und Frauen unterschiedliche Mindestgrößen zur Anwendung kämen.⁴⁷

Die Tragweite des § 5 Nr. 1, 2 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub (vgl. den Anhang der RL 2010/18) war Gegenstand der Rs. C-174/16⁴⁸. Der Gerichtshof stellte im Ergebnis fest, dass die Beendigung einer zweijährigen Probezeit im Hinblick auf die Beförderung in ein Amt mit leitender Funktion nach Ablauf dieser Zeit und ohne Verlängerungsmöglichkeit auch in Fällen, in denen der Betreffende den überwiegenden Teil dieser Zeit im Elternurlaub verbrachte, nicht mit diesen Vorgaben in Einklang stehe. Denn die fraglichen Bestimmungen sollten sicherstellen, dass die Rückkehr an den Arbeitsplatz im Anschluss an den Elternurlaub zu Bedingungen erfolgt, die bei Antritt des Elternurlaubs bestanden. Bemerkenswert ist insbesondere, dass der EuGH die Anwendbarkeit der fraglichen Bestimmungen auch für die Konstellation einer „überschießenden“ Umsetzung (also die Möglichkeit, einen Elternurlaub über die in der Richtlinie festgelegte Minstdauer zu beziehen) sowie für die Konstellation, in denen eine (zugesprochene) Stelle noch gar nicht angetreten wurde, bejahte.

Die im EU-Sekundärrecht vorgesehene (starre) Altersgrenze für Piloten (65 Jahre) im gewerblichen Luftverkehr steht – so der EuGH in der Rs. C-190/16⁴⁹ – mit den EU-Grundrechten in Einklang. Der Gerichtshof prüfte im Einzelnen insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 21 GRCh) sowie die Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh) und bejahte die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, wobei er dem Unionsgesetzgeber einen beachtlichen Gestaltungsspielraum einräumte. In den Erwägungen des Gerichtshofs sind insbesondere zwei Aspekte bemerkenswert: Erstens greift der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung im Zusammenhang mit der RL 2000/78 zurück, obwohl es sich bei dieser um Sekundärrecht handelt, das an sich seinerseits am Primärrecht zu messen ist. Man wird dies wohl so auslegen können bzw. müssen, dass das in der RL 2000/78 verankerte Verbot der Altersdiskriminierung letztlich primärrechtlich begründet ist bzw. die RL 2000/78 insoweit grundrechtliche Garantien präzisiert. Zweitens nimmt der EuGH im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung Bezug auf völkerrechtliche Vorgaben, die im Sekundärrecht umgesetzt worden seien, und zieht diese als Argument für das Vorliegen der Erforderlichkeit heran, obwohl er grundsätzlich für sich in

⁴⁷ S. darüber hinaus EuGH, Rs. C-531/15 (Otero Ramos), ECLI:EU:C:2017:789: Macht eine stillende Arbeitnehmerin Tatsachen glaubhaft, die dafür sprechen, dass die Risikobeurteilung ihres Arbeitsplatzes nicht gemäß den Anforderungen der RL 92/85 (über den Schutz von Schwangeren und Stillenden) durchgeführt wurde, so dass die Vermutung einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts begründet sei, obliege es der beklagten Partei zu beweisen, dass diese Risikobeurteilung nach den Anforderungen der Richtlinie durchgeführt wurde und somit keine unmittelbare Diskriminierung vorliege (vgl. die Regelung der Beweislastumkehr in Art. 19 RL 2006/54). In EuGH, Rs. C-98/15 (Espadas Recio), ECLI:EU:C:2017:833, stellte der Gerichtshof die Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung, wonach die Grundlage für die Berechnung der Bezugsdauer der Arbeitslosenversicherung dazu führt, dass für Teilzeitbeschäftigte, die dieselben Beitragsbeträge wie Vollzeitbeschäftigte entrichtet haben, eine geringere Bezugsdauer als für Vollzeitbeschäftigte zum Zuge kommt, mit dem in der RL 79/7 verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz fest. Zur Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten auch EuGH, Rs. C-354/16 (Kleinstauber), ECLI:EU:C:2017:539 (im Zusammenhang mit der Berechnung der Altersrente).

⁴⁸ EuGH, Rs. C-174/16 (H/Land Berlin), ECLI:EU:C:2017:637.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-190/16 (Fries), ECLI:EU:C:2016:

Anspruch nimmt, auch Sekundärrecht, das völkerrechtliche Vorgaben umsetzt, auf seine Grundrechtskonformität zu prüfen. Daher mag diese Bezugnahme auf den ersten Blick widersprüchlich sein; sie ist aber wohl so zu verstehen, dass der Gerichtshof die sachliche Begründetheit der in Frage stehenden Vorgabe untermauern wollte. Dies legt auch die Betonung des Umstands, dass die völkerrechtlichen Bestimmungen auf dem aktuellen Stand des medizinischen Fachwissens seien, nahe.⁵⁰

In der Rs. C-157/15⁵¹ stellte der Gerichtshof klar, dass das in einem privaten Unternehmen geltende Verbot des sichtbaren Tragens jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz eine mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung darstellen kann, dies jedenfalls, wenn hierauf ein Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, gestützt wird. Allerdings könne diese Diskriminierung durch ein rechtmäßiges Ziel (wie die Verfolgung einer Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität durch den Arbeitgeber im Verhältnis zu seinen Kunden) sachlich gerechtfertigt sein, wobei den Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden müsse (die insbesondere implizierten, dass zwischen Arbeitnehmern mit und ohne Kundenkontakt differenziert werden müsse).

In einem weiteren, am selben Tag gefällten Urteil (Rs. C-188/15⁵²) hielt der Gerichtshof fest, der Wille eines Arbeitgebers, den Wünschen eines Kunden zu entsprechen, die Leistungen nicht von einer Arbeitnehmerin ausführen zu lassen, die ein islamisches Kopftuch trägt, stelle keine entscheidende berufliche Anforderung im Sinn des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78 dar. Damit dürfte der EuGH ausschließlich auf objektive Anforderungen abstellen, so dass subjektive Präferenzen von vornherein ausgeschlossen sind, mithin Kundenwünsche keine Implikationen für berufliche Anforderungen entfalten können.

Interessant ist das letztgenannte Urteil weiter deshalb, weil der Gerichtshof damit davon ausgeht, dass das Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuchs u.U. auch eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Religion darstellen kann, dies obwohl zwischen dem Tragen eines Kopftuchs und dem muslimischen Glauben kein untrennbarer Zusammenhang besteht. Offen bleibt damit, unter welchen Voraussetzungen nun bei einem Kopftuchverbot eine unmittelbare oder (nur) eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, eine angesichts der unterschiedlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten (bei letzteren können allgemein sachliche Gründe geltend gemacht werden) bedeutsame Frage. Nicht ganz einleuchtend ist hier jedenfalls die offenbar vom EuGH zugrunde gelegte Differenzierung danach, ob es um die Anwendung einer allgemeinen betrieblichen Regelung oder eine individuell-konkrete Entscheidung geht. Denn auch bei ersterer könnte man vertreten, eine unmittelbare Diskriminierung liege schon

⁵⁰ Zur RL 2000/78 auch noch EuGH, Rs. C-143/16 (Bordonaro), ECLI:EU:C:2017:566: Eine Bestimmung, wonach ein Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer, der noch nicht das 25. Lebensjahr vollendet hat, unabhängig von der Art der zu erbringenden Leistungen einen Gelegenheitsarbeitsvertrag schließen und diesen Arbeitnehmer entlassen kann, sobald er das 25. Lebensjahr vollendet, könne grundsätzlich mit der RL 2000/78 und Art. 21 GRCh in Einklang stehen, da mit einer solchen Anforderung ein legitimes Ziel der Beschäftigungs- und der Arbeitsmarktpolitik verfolgt und auch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden könne.

⁵¹ EuGH, Rs. C-157/15 (Achbita), ECLI:EU:C:2017:203.

⁵² EuGH, Rs. C-188/15 (Bougnaoui), ECLI:EU:C:2017:204.

deshalb vor, weil eben gerade die Bekundung der religiösen Überzeugung verunmöglicht wird, wobei die Vergleichsgruppe alle Arbeitnehmenden sind, nicht nur diejenigen, die ihre Überzeugung zum Ausdruck bringen wollen. In Bezug auf die Rechtfertigung ist immerhin zu bemerken, dass auch bei kollektiven Regelungen die Kundenwünsche letztlich maßgeblich sind, dies mit dem Unterschied, dass sie «proaktiv» von dem Unternehmen vorgebracht werden.⁵³

⁵³ S. zur RL 2000/78 auch noch EuGH, Rs. C-406/15 (Milkova), ECLI:EU:C:2017:198, wo der EuGH eine «positive Maßnahme» im Sinn des Art. 7 II RL 2000/78 auch für diejenige Konstellation bejahte, bei der lediglich bestimmte Kategorien von Beschäftigten von einem verstärkten Kündigungsschutz im Falle einer Behinderung profitieren, wobei die Unterscheidung aber dem (unionsrechtlichen) Gleichheitssatz (Art. 20, 21 GRCh) entsprechen müsse, was das nationale Gericht zu prüfen habe (wobei der Gerichtshof aber diesbezügliche Zweifel anmeldet).