

Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2018: 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 2018 – Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2019, 921-930.

Es ist möglich, dass diese 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 2018, 1172) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2018 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. Unionsbürgerschaft und allgemeines Diskriminierungsverbot

1. Abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige

Die Rs. C-673/16¹ betraf das abgeleitete Aufenthaltsrecht für gleichgeschlechtliche Ehegatten aus Drittstaaten in einem Mitgliedstaat, der selbst die Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts nicht vorsieht. Der Gerichtshof leitete aus Art. 21 I AEUV ein solches abgeleitetes Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besass,² ab, soweit der zusammenführende Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat, im Aufnahmemitgliedstaat mit dem gleichgeschlechtlichen Drittstaatsangehörigen ein Familienleben entwickelt oder gefestigt hat und diesen dort rechtmäßig geheiratet hat. Die Voraussetzungen für die Gewährung dieses abgeleiteten Aufenthaltsrechts dürften nicht strenger sein als diejenigen, die die RL 2004/38 vorsehe. Das Urteil ist insbesondere vor dem Hintergrund bemerkenswert, dass Art. 2 Nr. 2 lit. b RL 2004/38 bei Lebenspartnern bzw. eingetragenen Partnerschaften auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten verweist, so dass diese nur dann Familienbande begründen können, wenn dies im Aufnahmemitgliedstaat vorgesehen ist. Da ein solcher Vorbehalt beim Begriff Ehegatte fehlt, könne es ein Mitgliedstaat

* 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 EuGH, Rs. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*.

² Vor diesem Hintergrund kam die RL 2004/38 nicht zum Zuge, da diese nur den Aufenthalt des Unionsbürgers (und seiner Familienangehörigen) in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, betrifft, wie der Gerichtshof in dem angezeigten Urteil bestätigte.

nicht ablehnen, die Ehe, die ein Unionsbürger mit einem gleichgeschlechtlichen Partner in einem anderen Mitgliedstaat nach dessen Recht geschlossen hat, anzuerkennen. An diesem Schluss ändere auch der Umstand nichts, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, für Personen des gleichen Geschlechts die Ehe vorzusehen oder nicht. Denn sie müssten ihre Zuständigkeiten unter Beachtung des Unionsrechts und insbesondere der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger ausüben. Die Möglichkeit der Verweigerung des abgeleiteten Aufenthaltsrechts allein aus dem Grund, dass das nationale Recht die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennt, führte aber dazu, dass das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat in Abhängigkeit der nationalen Rechtsvorschriften unterschiedlich ausgestaltet wäre. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Allgemeininteresses und des Schutzes der nationalen Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) komme nicht in Betracht, da das Institut der Ehe nicht beeinträchtigt werde, sondern nur eine Pflicht zur Anerkennung im Ausland geschlossener Ehen bestehe. Dieses Ergebnis werde durch die Rechtsprechung des EGMR gestützt, wonach die von einem homosexuellen Paar geführte Beziehung auch unter den Begriff des Privat- und Familienlebens falle.

Das Urteil impliziert letztlich – auch wenn der EuGH diesen Aspekt relativiert – eine Pflicht der Mitgliedstaaten, die Wertentscheidungen der anderen Mitgliedstaaten in Bezug auf die rechtliche Anerkennung der Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare zwar nicht in ihrem Recht nachzuvollziehen, aber letztlich anzuerkennen, obwohl – was der Gerichtshof nicht problematisiert – der Hintergrund des eingetragene Partnerschaften betreffenden Art. 2 Nr. 2 lit. b RL 2004/38 wohl gerade darin bestehen dürfte, diese Wertentscheidung in Bezug auf das abgeleitete Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen nicht übernehmen zu müssen. Insofern mutet das Urteil in der Begründung etwas steril an, wird doch maßgeblich auf Begrifflichkeiten (Ehe oder eingetragene Partnerschaft) abgestellt, ohne diese Implikationen zu problematisieren. Dies ändert aber nichts daran, dass das Urteil im Ergebnis überzeugend ist, sprechen doch gewichtige Gründe für den grundsätzlichen Ansatz des Gerichtshofs, so nicht nur die erwähnte „Variabilität“ der Freizügigkeitsrechte je nach Mitgliedstaat, sondern auch die Rechtssicherheit für die Betroffenen und letztlich gerade die Kompetenzen der Mitgliedstaaten im Bereich des Zivilstands. Denn diese implizieren, dass die entsprechenden Entscheidungen unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Konstellationen durch andere Mitgliedstaaten anerkannt werden sollten (was auch in anderen Bereichen des Familienrechts die Regel ist).

Ebenfalls eine „Rückkehrkonstellation“ stand im Zentrum der Rs. C-230/17³. Unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung in der Rs. C-456/12⁴ hielt er fest, es stehe mit Art. 21 AEUV in Einklang, wenn einem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers, der in seinen Heimatstaat zurückkehrt, kein abgeleitetes Aufenthaltsrecht gewährt wird, wenn dieser Nachzug nicht „in der natürlichen Verlängerung“ zu der Rückkehr des Unionsbürgers in diesen Mitgliedstaat erfolgt. Allerdings müsse sichergestellt sein, dass im Rahmen einer umfassenden Beurteilung auch die Berücksichtigung anderer relevanter Gesichtspunkte vorgesehen ist, insbesondere solcher, mit denen sich nachweisen lässt, dass trotz der Zeit, die zwischen der Rückkehr des Unionsbürgers in seinen Herkunftsmitgliedstaat und der Einreise des drittstaatsangehörigen Familienangehörigen

³ EuGH, Rs. C-230/17, ECLI:EU:C:2018:497 – Deha Altiner

⁴ EuGH, Rs. C-456/12, EU:C:2014:135 – O. und B.

dorthin verstrichen ist, das im Aufnahmemitgliedstaat entwickelte oder gefestigte Familienleben nicht beendet wurde. Denn die Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts nach Art. 21 I AEUV solle es ermöglichen, in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der betreffende Unionsbürger besitzt, das im Aufnahmemitgliedstaat entwickelte oder gefestigte Familienleben fortzusetzen, so dass die zuständigen Behörden vor der Gewährung des Aufenthaltsrechts prüfen dürften, ob das Familienleben zwischen dem Unionsbürger und dem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen vor der Rückkehr nicht unterbrochen wurde. Allerdings dürfe der Umstand, dass der Nachzug des drittstaatsangehörigen Familienangehörigen erst geraume Zeit nach der Rückkehr erfolgt, nur als bloßes Indiz berücksichtigt werden; denn es sei nicht auszuschließen, dass sich das Familienleben auch über eine gewisse Distanz fortsetzt, da sich ein Nachzug z.B. aus Gründen der persönlichen Situation, des Berufs oder der Ausbildung verzögern könne. Damit hält der Gerichtshof an dem akzessorischen Charakter des Nachzugsrechts im Rahmen des Art. 21 AEUV fest, womit in zahlreichen Konstellationen ein effektives Familienleben nachzuweisen ist, was mitunter schwierig sein kann.

Während Art. 3 I RL 2004/38 gewissen Familienangehörigen von Unionsbürgern ein Recht auf Einreise und Aufenthalt einräumt, verpflichtet Art. 3 II RL 2004/38 die Mitgliedstaaten dazu, die Einreise und den Aufenthalt weiterer mit einem Unionsbürger verbundener Personen zu „erleichtern“. In der Rs. C-89/17⁵ hatte sich der EuGH zur Tragweite dieser Bestimmung zu äußern (wobei diese im Rahmen der Anwendung des Art. 21 AEUV nur entsprechend zum Zuge kam, da der Nachziehende nach Ausübung seines Freizügigkeitsrechts wieder in seinen Heimatstaat zurückgekehrt war und seine Lebenspartnerin nachziehen wollte). Er hielt insbesondere⁶ fest, die von dieser Bestimmung erfassten Personen seien im Vergleich zu anderen Drittstaatsangehörigen in gewisser Weise bevorzugt zu behandeln. Bei der (mit einer Begründung zu versehenen) Entscheidung über die Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts seien die persönlichen Umstände des Antragstellers umfassend zu berücksichtigen und in Anwendung des Art. 15 RL 2004/38 sowie vor dem Hintergrund des Art. 47 GRCh sei der Rechtsweg zu eröffnen, in dessen Rahmen die Einhaltung dieser Anforderungen überprüft werden können müsse.

Das Urteil ist insbesondere in dreierlei Hinsicht von Bedeutung:

- Erstens bestätigt es in Bezug auf den Familiennachzug die umfassende Gleichstellung der in ihren Heimatstaat zurückkehrenden Unionsbürger mit denjenigen Unionsbürgern, die sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, so dass insoweit im Rahmen des Art. 21 AEUV im Ergebnis die Vorgaben der RL 2004/38 zum Zuge kommen.
- Zweitens illustriert das Urteil die rechtliche Relevanz eher weich formulierter unionsrechtlicher Vorgaben: Obwohl Art. 3 II RL 2004/38 nur von „erleichtern“ spricht und zudem auf die innerstaatlichen Vorschriften verweist, steht es gerade nicht im Belieben der Mitgliedstaaten, ob sie den Aufenthalt gewähren oder nicht. Vielmehr müssen sie die erfassten Personen zumindest bevorzugt behandeln, und eine Ablehnung muss auf einer eingehenden Untersuchung und Gewichtung der persönlichen Umstände beruhen, was impliziert, dass – trotz des auch vom EuGH betonten weiten Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten – eine Ablehnung auch materiell gegen Art. 3 II RL 2004/38 verstoßen kann.

⁵ EuGH, Rs. C-89/17, ECLI:EU:C:2018:570 – Banger.

⁶ Unter teilweiser Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung, vgl. EuGH, Rs. C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 – Rahman.

- Schließlich erklärt der EuGH auch umfassend die Verfahrensgarantien (unter Einschluss eines effektiven Rechtsschutzes) für anwendbar, womit der Charakter des Art. 3 II RL 2004/38 als eigentliches Recht – wenn auch mit sehr weiten Konturen – unterstrichen wird.

In der Rs. C-82/16⁷ stand das Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern von Unionsbürgern, die ihrerseits von ihrem Recht auf Freizügigkeit nie Gebrauch gemacht hatten, zur Debatte. In Bestätigung und Präzisierung seiner bisherigen Rechtsprechung hielt der Gerichtshof u.a.⁸ fest, es sei nicht mit Art. 20 AEUV vereinbar, wenn ein Antrag auf Familienzusammenführung allein deshalb nicht bearbeitet wird, weil gegen den Drittstaatsangehörigen ein Einreiseverbot besteht. Es müsse vielmehr geprüft werden, ob zwischen dem nachzugsberechtigten Unionsbürger und dem Drittstaatsangehörigen ein Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen ist, das den Unionsbürger im Fall der Weigerung, dem Drittstaatsangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu gewähren, *de facto* zwingen würde, das Unionsgebiet als Ganzes zu verlassen, so dass ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Unionsbürgerrechte vorenthalten würde. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis komme bei erwachsenen Unionsbürgern nur in außergewöhnlichen Fällen in Betracht, falls die betreffende Person in Anbetracht aller relevanten Umstände keinesfalls von dem (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen getrennt werden dürfe, von dem sie abhängig sei. Bei minderjährigen Unionsbürgern sei das Bestehen eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses unter Berücksichtigung des Kindeswohls und sämtlicher Umstände des Einzelfalls (insbesondere Alter des Kindes, seine Entwicklung, der Grad seiner affektiven Bindung an die Elternteile und das Risiko einer Trennung für sein inneres Gleichgewicht) zu prüfen, so dass das (alleinige) Bestehen einer familiären Bindung nicht ausreichend sei, aber auf der anderen Seite auch kein Zusammenleben gefordert werden dürfe. Unerheblich sei der Zeitpunkt des Entstehens des Abhängigkeitsverhältnisses (das somit auch nach der Verhängung eines Einreiseverbots entstanden sein könne) und die Bestandskraft des Einreiseverbots zum Zeitpunkt des Antrags auf Familienzusammenführung. Ein bestehendes abgeleitetes Aufenthaltsrecht dürfe im Übrigen nur verweigert werden, wenn sich aus einer konkreten Beurteilung aller Umstände des Einzelfalls im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Wohls etwaiger betroffener Kinder und der Grundrechte ergebe, dass der Betreffende eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellt. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen könne nicht allein darauf gestützt werden, dass wegen der Missachtung einer Rückkehrverpflichtung ein Einreiseverbot verhängt worden war.

⁷ EuGH, Rs. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 – K.A (Große Kammer).

⁸ Daneben äußerte er sich zur Auslegung der RL 2008/115 (Rückführungsrichtlinie): Mit dieser sei es nicht vereinbar, wenn eine Rückkehrentscheidung aufgrund eines Einreiseverbots ergehe, ohne dass dabei der Schutz des Familienlebens (insbesondere das Wohl des minderjährigen Kindes des Betroffenen), der nach der Verhängung des Einreiseverbots im Rahmen eines Antrags auf Familienzusammenführung geltend gemacht wurde, berücksichtigt wurde, es sei denn, der Betroffene hätte diese Aspekte bereits früher geltend machen können.

2. *Ausweisung von Unionsbürgern oder ihren Familienangehörigen*

Art. 1 Abschnitt F der Genfer Flüchtlingskonvention und Art. 12 II RL 2011/95 (Qualifikationsrichtlinie) erlauben es, Personen von der Anerkennung als Flüchtling auszuschließen, wenn schwerwiegende Gründe die Annahme berechtigen, sie hätten sich bestimmte schwere Verbrechen (insbesondere Kriegsverbrechen sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit) zuschulden kommen lassen. In den verb. Rs. C-331/16, C-366/16⁹ stellte der EuGH klar, dass ein solcher Ausschluss nicht automatisch und unabhängig von einer Wiederholungsgefahr zu der Annahme berechtige, die Anwesenheit der betreffenden Person stelle eine ein Grundinteresse der Gesellschaft berührende tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne des Art. 27 II RL 2004/38 dar. Vielmehr müsse eine umfassende Prüfung des persönlichen Verhaltens des Betroffenen erfolgen, bei der insbesondere die Feststellungen im Asylverfahren (Art und Schwere der ihm zur Last gelegten Verbrechen, Grad der persönlichen Beteiligung und das Vorliegen einer strafrechtlichen Beurteilung), aber auch die seit diesen Verbrechen vergangene Zeit und das Verhalten seitdem zu berücksichtigen seien.

Dieser auf den ersten Blick angesichts der Schwere der Straftaten, die in den erwähnten asylrechtlichen Bestimmungen genannt sind, möglicherweise überraschende Ansatz des Gerichtshofs fügt sich nahtlos in seine bisherige Rechtsprechung ein. Denn diese verlangt eine gegenwärtige und tatsächliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung aufgrund des persönlichen Verhaltens. Eine solche kann zwar im Gefolge des vorherigen Begehens schwerer Straftaten anzunehmen sein, wobei sich jedoch ein Automatismus verbietet. Diese Grundsätze wendet der Gerichtshof nun auch auf diejenigen Konstellationen an, in denen eine Person wegen der wahrscheinlichen Begehung schwerer Verbrechen nicht als Flüchtling anerkannt wurde, was schon deshalb zwingend erscheint, weil – worauf der EuGH auch hinweist – der Ausschluss dieser Anerkennung einen spezifischen Hintergrund hat, nämlich es den Staaten zu ermöglichen, Personen, die sich als unwürdig für die Anerkennung als Flüchtling erwiesen haben, diese Anerkennung zu verweigern. Somit wird gerade (im Gegensatz zur Situation in Bezug auf die Möglichkeit der Ausweisung von Unionsbürgern oder ihren Familienangehörigen) keine zukünftige Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorausgesetzt. Allerdings stellt der Gerichtshof auch klar, dass das (mögliche) Begehen solcher Verbrechen durchaus eine Haltung des Betroffenen zum Ausdruck bringen könne, die mit den Grundwerten der Art. 2, 3 EUV unvereinbar ist und somit eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellen könne, auch wenn dieses Verhalten in einen spezifischen historischen Kontext eingebettet war. Diese Präzisierung lässt erkennen, dass bei (potentiellen)

⁹ EuGH, verb. Rs. C-331/16, C-366/16, ECLI:EU:C:2018:296 – K. und H.F (Große Kammer).

Kriegsverbrechern insofern ein anderer Maßstab als bei „gewöhnlichen“ Straftätern zum Zuge kommt, als es nicht auf eine Wiederholungsgefahr ankommt, sondern eine mit den Grundwerten der Menschenwürde und den Menschenrechten unvereinbare Haltung ausreichend ist. Angesichts des Umstands, dass innere Haltungen oder Gesinnungen naturgemäß schwer bzw. kaum feststellbar sind, wird man hier allerdings verlangen müssen, dass sich diese in objektiv feststellbaren Handlungen äußert bzw. sichtbar wird.

In den verb. Rs. C-316/16, C-424/16¹⁰ hielt der Gerichtshof zunächst fest, Art. 28 III RL 2004/83 (der im Falle eines mindestens 10-jährigen rechtmäßigen Aufenthalts erschwerte Voraussetzungen für die Aufenthaltsbeendigung vorsieht) komme vor dem Hintergrund der stufenweisen Verstärkung des Ausweisungsschutzes in Art. 28 RL 2004/38, dessen Absätze aufeinander aufbauten, nur dann zum Zuge, wenn der Betroffene über ein Recht auf Daueraufenthalt im Sinn des Art. 16, 28 II RL 2004/38 verfüge. Das Recht auf Daueraufenthalt selbst sei von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts auf der Grundlage der Richtlinie abhängig. Nationale Aufenthaltsrechte genügen somit nicht und vermögen auch kein Recht auf Daueraufenthalt zu begründen; dieses kann vielmehr nur entweder durch Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen oder aber Personen mit hinreichenden finanziellen Mitteln erlangt werden, so dass allein der fünfjährige Aufenthalt nicht ausreichend ist. Ein verstärkter Ausweisungsschutz seinerseits knüpft ebenfalls an ein sich aus der Richtlinie ergebendes Daueraufenthaltsrecht an. Soweit der in Art. 28 III lit. a RL 2004/38 vorausgesetzte mindestens zehnjährige kontinuierliche Aufenthalt im Aufnahmestaat betroffen ist, betonte der Gerichtshof, eine Haft unterbreche zwar grundsätzlich die Kontinuität des Aufenthalts im Sinne dieser Bestimmung. Etwas anderes gelte jedoch dann, wenn eine umfassende Beurteilung der Situation des Betroffenen sowie aller relevanten Umstände zu dem Schluss führe, dass die Integrationsbande nicht abgerissen seien, was insbesondere dann in Betracht komme, wenn der verlangte Zehnjahreszeitraum bereits vor der Haft erfüllt war. Maßgeblicher Zeitpunkt für diese Beurteilung sei der Erlass der ursprünglichen Ausweisungsverfügung, was freilich nicht bedeute, dass dieser Zeitpunkt auch für die Beurteilung des Vorliegens eines Ausweisungsgrundes maßgeblich sei (hier sei ggf. auf den Zeitpunkt des rechtskräftigen Urteils abzustellen). Damit ist also bei der Frage nach der Unterbrechung der grundsätzlich geforderten Kontinuität des Aufenthalts auf jeden Einzelfall abzustellen, ein Grundsatz, der wohl nicht nur für die Unterbrechung durch eine Haft, sondern auch für sonstige Unterbrechungen zum Zuge kommen dürfte. Die genauen Maßstäbe und Kriterien bleiben hier aber unscharf, was der Rechtssicherheit und damit der Vorhersehbarkeit von Entscheidungen abträglich ist.

3. *Auslieferung an Drittstaaten*

¹⁰ EuGH, verb. Rs. C-316/16, C-424/16, ECLI:EU:C:2018:256 - B und Vomero (Große Kammer).

In der Rs. C-191/16¹¹ hatte sich der EuGH erneut¹² mit der Frage der Auslieferung eines Unionsbürgers, der sich in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, befindet, an einen Drittstaat zu befassen. Der Gerichtshof bestätigte zunächst seinen bereits in der Rs. C-182/15 entwickelten Grundsatz, dass in einer solchen Konstellation der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet sei, sofern der betreffende Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit in der Union ausgeübt habe. In Bezug auf die zuletzt genannte Voraussetzung dürfte der Gerichtshof einen eher weiten Maßstab anlegen, ging es doch im Ausgangsfall lediglich um einen Aufenthalt auf der Durchreise (mit dem Flugzeug). Fraglich könnte in diesem Zusammenhang sein, ob auch allein die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats ausreicht. Vieles spricht für die grundsätzliche Bejahung dieser Frage, da auch hier ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt. Im Einzelnen sind hier aber noch nicht alle Fragen geklärt: So fragt es sich etwa, ob der Betreffende aufgrund des Unionsrechts über ein Aufenthaltsrecht verfügen muss oder ob der Anwendungsbereich des Unionsrechts im Falle eines unrechtmäßigen Aufenthalts zu verneinen ist. Weiter bestätigte der Gerichtshof seinen Ansatz, dass eine Ungleichbehandlung nach der Staatsangehörigkeit (eigene Staatsbürger dürfen nicht ausgeliefert werden) eine Beschränkung der Freizügigkeit der Unionsbürger darstelle, welche jedoch aus Gründen der Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität gerechtfertigt werden könne. Daran anschließend – und insoweit in Weiterführung bzw. Präzisierung seiner Rechtsprechung – sei eine Auslieferung an einen Drittstaat auch im Rahmen eines Auslieferungsabkommens mit dem betroffenen Drittstaat nur dann zulässig, wenn zunächst der Informationsaustausch mit dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger hat, gepflegt wird, um es diesem zu ermöglichen, einen Europäischen Haftbefehl zu erlassen.

Die Auslieferung eines Unionsbürgers in einen Drittstaat war auch Gegenstand der Rs. C-247/17¹³. Dabei ging es um die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe (nicht die Strafverfolgung). Nach der Feststellung des Vorliegens einer Beschränkung des in Art. 21 AEUV verankerten Freizügigkeitsrechts (da eigene Staatsangehörige nicht ausgeliefert werden können) prüfte der Gerichtshof ausführlich die Rechtfertigung und kam im Vergleich zu einer Auslieferung zu Zwecken der Strafverfolgung zu einem anderen Schluss: Ein Unionsbürger mit ständigem Wohnsitz im Inland sei bezüglich der Auslieferung zur Strafvollstreckung gleich wie ein Inländer zu behandeln, so dass ggf. die Strafe im Inland zu vollziehen sei. Denn angesichts des Unionsbürgerstatus⁴, der dazu bestimmt sei, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, sei eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) anzunehmen. Im Hinblick auf das Ziel, Strafflosigkeit entgegenzuwirken, befänden sich die eigenen Staatsangehörigen und die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, die ihren ständigen Wohnsitz im Inland haben und somit ein bestimmtes Maß an Integration in der

¹¹ EuGH, Rs. C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222 – Pisciotti (Große Kammer).

¹² S. schon EuGH, Rs. C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 – Petruhhin.

¹³ EuGH, Rs. C-247/17, ECLI:EU:C:2018:898 – Raugevicius (Große Kammer).

Gesellschaft dieses Mitgliedstaats aufweisen, in einer vergleichbaren Situation. Hingegen bestimme sich die Frage der Auslieferung bei Personen ohne ständigen Wohnsitz im ersuchten Mitgliedstaat nach dem anwendbaren nationalen oder internationalen Recht.

Letztlich entscheidend war für den Gerichtshof damit offenbar die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts durch den ständigen (rechtmäßigen) Aufenthalt im ersuchten Mitgliedstaat. Nicht deutlich wird jedoch, warum im Falle der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts aus anderen Gründen Art. 18 AEUV offenbar nicht zum Zuge kommen soll, könnte doch auch hier die Erwägung greifen, dem Anliegen der Strafflosigkeit könnte durch einen Vollzug im Inland Rechnung getragen werden. Deutlich wird damit, dass das Urteil aus dogmatischer Sicht nicht ganz klar ist: Letztlich hätte in einem ersten Schritt die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit als solche festgestellt werden müssen, um in einem zweiten Schritt nach der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts zu fragen, bevor die Rechtfertigung zu prüfen ist. Der Gerichtshof stellt hingegen massgeblich auf die gleiche Situation von Inländern und im Inland ständig wohnhaften Personen ab, wobei die genaue Bedeutung dieser Vergleichbarkeit im Dunkeln bleibt. Auch erscheint es *a priori* nicht ausgeschlossen, dass der Anwendungsbereich der Verträge in anderen Konstellationen (z.B. bei Dienstleistungserbringern) eröffnet ist, womit sich nach der hier vertretenen Ansicht die Frage der Rechtfertigung stellt.

4. Zugang zu staatlichen Leistungen

In der Rs. C-679/16¹⁴ ging es u.a.¹⁵ um die Frage, ob einem schwer behinderten Unionsbürger, der seinen Wohnsitz im Herkunftsstaat behält, sich aber einige Tage pro Woche in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort zu studieren, aus diesem Grund eine Leistung nach dem Behindertengleichstellungsgesetz des Herkunftsstaats (konkret ging es um eine persönliche Assistenz während mehrerer Stunden pro Woche zur Verrichtung einiger alltäglicher Dinge, wie Einkaufen oder Putzen) verweigert werden darf. Unter ausführlicher Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung¹⁶ verneinte der EuGH diese Frage: Denn die betreffende Leistung sei allein deshalb verweigert worden, weil das Hochschulstudium nicht im Herkunftsstaat, sondern in einem anderen Mitgliedstaat aufgenommen wurde. Eine solche Verweigerung stelle eine Beschränkung der jedem Unionsbürger von Art. 21 I AEUV zuerkannten Freiheit dar, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten. Eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Sicherstellung einer gewissen tatsächlichen Verbindung zu dem die Leistung zur Verfügung stellenden Mitgliedstaat sowie die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des nationalen Systems der sozialen Sicherheit komme zwar grundsätzlich in Betracht; jedoch sei

¹⁴ EuGH, Rs. C-679/16, ECLI:EU:C:2018:601 – A.

¹⁵ Daneben stand noch die Anwendbarkeit der VO 883/2004 zur Debatte (die verneint wurde).

¹⁶ S. insbesondere EuGH, Rs. C-359/13, ECLI:EU:C:2015:118 – Martens.

im konkreten Fall die Verbindung zum Herkunftsmitgliedstaat aufgrund des Wohnsitzes und der grundsätzlich wöchentlichen Rückkehr zu diesem gegeben, womit auch die Überprüfung der Voraussetzungen für die Gewährung der Leistung möglich sei, und das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Systems der sozialen Sicherheit stehe nicht zur Debatte.¹⁷ Schließlich sei die Situation des Studiums im Ausland letztlich vergleichbar mit jener des Studiums an einem weit entfernten Ort im Inland, womit der Gerichtshof auf die (fehlende) Kohärenz der Maßnahme Bezug nimmt. Bemerkenswert ist weiter, dass der EuGH auch in diesem Urteil ausdrücklich betont, das Bestehen einer tatsächlichen und hinreichenden Verbundenheit mit einem Staat bzw. dessen Staatsgebiet müsse durch andere Faktoren als den ständigen Aufenthalt im Staatsgebiet belegt werden können, so etwa durch Beziehungen zwischen dem Antragsteller und dem System der sozialen Sicherheit dieses letztgenannten Mitgliedstaats oder familiäre Bande.

II. Grundfreiheiten

1. Warenverkehrsfreiheit

Die Einführung einer Abgabe auf die Ausfuhr von im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erzeugter Elektrizität stand im Zentrum der Rs. C-305/17¹⁸. Hintergrund des Urteils war die Einführung, in der Slowakei, eines speziellen Entgelts für die Nutzung des Elektrizitätsnetzes für die Ausfuhr von im Inland erzeugter Elektrizität, und zwar auch bei der Ausfuhr in andere Mitgliedstaaten. Auf diese Weise sollte die Zuverlässigkeit und die Stabilität des Elektrizitätsnetzes in der Slowakei sichergestellt werden, nachdem der Betrieb von zwei Blöcken eines Kernkraftwerks eingestellt worden war. Ausgehend von der Wareneigenschaft von Elektrizität und der Warenbezogenheit einer Abgabe, die nicht auf die Elektrizität, sondern auf die Nutzung des ihrer Übertragung dienenden Netzes erhoben wird, bejahte der EuGH das Vorliegen einer Abgabe gleicher Wirkung wie ein Zoll. Denn da die Abgabe ausschließlich die in der Slowakei erzeugte und ausgeführte Elektrizität betreffe, werde sie aufgrund des Umstands erhoben, dass die Elektrizität über die Grenze verbracht werde. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die in der Slowakei erzeugte und ausgeführte Elektrizität gleich behandelt werde wie die in der Slowakei erzeugte und dort verbrauchte Elektrizität. Denn diese beiden finanziellen Belastungen, von denen die eine vom Ausführer und die andere insbesondere vom Endkunden getragen würden, träfen die Elektrizität nicht auf der gleichen Handelsstufe, so dass die streitige Abgabe die Ware gerade aufgrund des Grenzüberschritts

¹⁷ S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-503/09, ECLI:EU:C:2011:500 – Stewart.

¹⁸ EuGH, Rs. C-305/17, ECLI:EU:C:2018:986 – Fens.

treffe.¹⁹ Da das Verbot von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung eine grundlegende Vorschrift des Unionsrechts darstelle, für die im AEUV keine Möglichkeit von Ausnahmen oder Rechtfertigungen vorgesehen sei, unabhängig davon, ob es sich um Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten oder deren Beziehungen zu Nicht-EU-Staaten handelt, stünden Art. 28, 30 AEUV einer solchen Maßnahme entgegen.

Deutlich wird damit einmal mehr die große Bedeutung der Abgrenzung zwischen Abgaben mit gleicher Wirkung wie ein Zoll (Art. 28 AEUV) und inländischen Abgaben im Sinne des Art. 110 AEUV²⁰, da in Bezug auf letztere eine Rechtfertigung möglich ist.²¹

2. *Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit*

a) *Verkehrsdienstleistungen*

Nach dem Urteil in der Rs. C-434/15²² hatte sich der EuGH in der Rs. C-320/16²³ erneut mit dem Begriff der Verkehrsdienstleistung (im Sinne des Art. 58 I AEUV) zu befassen. Im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gegen Uber France (wobei die einschlägigen Strafvorschriften der Kommission vor ihrer Verabschiedung nicht nach der RL 98/34 mitgeteilt worden waren)²⁴ bestätigte er, die Organisation eines Systems der Zusammenführung von Kunden und Fahrern, die keine Berufsfahrer sind, betreffe eine Verkehrsdienstleistung, soweit sie auf einen Vermittlungsdienst Anwendung findet, mittels einer Smartphone-Applikation erbracht wird und integraler Bestandteil einer hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung bestehenden Gesamtdienstleistung ist. Das Urteil ist insofern nicht überraschend, als es in der Tat um einen parallelen Vermittlungsdienst wie bereits in der Rs. C-434/15 ging. Allerdings betraf das angezeigte Urteil nicht ein Genehmigungserfordernis für gerade diesen Dienst, sondern die Unterstrafestellung der Vermittlungstätigkeit als solche. Deutlich wird damit der

¹⁹ In Bezug auf Ausfuhren in andere Mitgliedstaaten hebt der EuGH hervor, dass der Grundsatz des freien Warenverkehrs der Auferlegung einer solchen Abgabe entgegenstehe. In Bezug auf Ausfuhren in Nicht-EU-Staaten weist der Gerichtshof darauf hin, dass die Mitgliedstaaten zu einer gemeinsamen Handelspolitik verpflichtet seien, deren Funktionieren beeinträchtigt wäre, wenn sie berechtigt wären, einseitig Abgaben mit gleicher Wirkung wie Zölle auf Ausfuhren in Drittstaaten zu erheben.

²⁰ Für ein Beispiel eines Verstoßes gegen Art. 110 aus dem Berichtszeitraum EuGH, Rs. C-640/17, ECLI:EU:C:2018:275 – Santos.

²¹ Zum Begriff der Abgabe mit gleicher Wirkung wie ein Zoll auch EuGH, Rs. C-39/17, ECLI:EU:C:2018:438 – Lubrizol. Zu Art. 34, 35 AEUV EuGH, Rs. C-169/17, ECLI:EU:C:2018:440 – Porcino (keine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung im Falle einer nationalen Kennzeichnungsregelung, da die Produkte im Ergebnis unter der im Herkunftsland verwendeten Bezeichnung vermarktet werden dürfen).

²² EuGH, Rs. C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 – Elite Taxi.

²³ EuGH, Rs. C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 – Uber France SA (Große Kammer).

²⁴ Damit war entscheidend, ob die nationalen Vorschriften der Notifizierungspflicht unterlagen (was nur dann der Fall gewesen wäre, wenn sie Dienste der Informationsgesellschaft dargestellt hätten); denn im Fall der Verletzung der Notifizierungspflicht hätte die Vorschrift Uber wegen der unterlassenen Notifizierung nicht entgegen gehalten werden können, vgl. EuGH, Rs. C-336/14, ECLI:EU:C:2016:72 – Ince; EuGH, Rs. C-307/13, ECLI:EU:C:2014:2058 – Ivansson.

ausgesprochen weite Gestaltungsspielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Regulierung von plattformgestützten Fahrdienstvermittlungen eingeräumt wird.

b) Dienstleistungsrichtlinie

In der die Auslegung der RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) betreffenden verb. Rs. C-360/15, C-31/16²⁵ stellt der EuGH u.a.²⁶ fest, die Tätigkeit des Einzelhandels mit Waren stelle eine Dienstleistung im Sinne der RL 2006/123 (und auch des Vertrages) dar, denn auch der Handel sei eine gegen Entgelt angebotene Leistung. Wenn somit Anforderungen an die Aufnahme und Ausübung einer solchen Tätigkeit gestellt werden, seien diese dann als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit anzusehen, wenn es nicht um Anforderungen gehe, die sich auf die Waren als solche beziehen. Die RL 2006/123 sei im Übrigen unabhängig davon anwendbar, ob auf der Grundlage der Anwendung des AEUV eine andere Grundfreiheit überwiegen könnte, da ein solcher Ansatz die Effektivität der RL 2006/123 und ihre Harmonisierungswirkung in Frage stellte. Weiter sei Kap. III RL 2006/123 auch dann anwendbar, wenn die Merkmale des Ausgangssachverhalts nicht über die Grenzen eines einzigen Mitgliedstaates hinausweisen, also m.a.W. kein grenzüberschreitender Bezug vorliegt. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen (die ein solches Erfordernis nicht erwähnen) und werde durch den Zusammenhang mit weiteren Bestimmungen der Richtlinie (die eine Bezugnahme auf die Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Elements enthalten) sowie die Zielsetzungen der Richtlinie (erfordere doch die vollständige Ausgestaltung des Binnenmarkts die Beseitigung aller Beschränkungen im Hinblick auf ein hohes Maß an Integration) bestätigt. Daher seien Vorschriften in einem Bauleitplan einer Gemeinde, welche den Einzelhandel mit Waren ohne großen Platzbedarf außerhalb des Stadtzentrums verbieten, am Maßstab der Art. 14, 15 RL 2006/123 zu messen. Grundsätzlich seien sie denn auch nach Art. 15 II lit. a RL 2006/123 verboten, da sie für die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit eine territoriale Beschränkung vorsehen. Jedoch komme eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Sicherstellung einer hohen Lebensqualität im Stadtzentrum und der Vermeidung von Leerstand im Stadtgebiet in Betracht. Die Formulierungen des Gerichtshofs legen es nahe, dass er mit Blick auf die konkret in Frage stehende Konstellation davon ausgeht, dass auch den Anforderungen der Nicht-Diskriminierung der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit Genüge getan sei.²⁷

²⁵ EuGH, verb. Rs. C-360/15, C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 – X.

²⁶ Weiter betonte er, die Ausnahme des Art. 2 II lit. c RL 2006/123 sei für Gebühren, deren anspruchsbegründender Tatbestand an die Rechte der zur Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste ermächtigten Unternehmen zur Verlegung von Kabeln für ein öffentliches elektronisches Kommunikationsnetz anknüpft, einschlägig, so dass die RL 2006/123 nicht anwendbar sei (sondern die RL 2002/20, die sog. Genehmigungsrichtlinie, gelte).

²⁷ S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, C-233/16, ECLI:EU:C:2018:280 – Anged (Vereinbarkeit regionaler Abgaben auf große Einzelhandelsunternehmen, um damit ausgleichend zum Umweltschutz und

Das Urteil verdeutlicht die große Bedeutung sekundärrechtlicher Harmonisierung, kann diese doch (weit) über die Vorgaben des Primärrechts hinausgehen. So impliziert das Urteil letztlich, dass zumindest fast alle den Einzelhandel betreffenden Regelungen am Maßstab der Art. 9 ff. RL 2006/123 zu messen sind, wird doch kein grenzüberschreitender Bezug vorausgesetzt. Dies ist auch deshalb von großer praktischer Relevanz, weil Art. 14 Nr. 5 RL 2006/123 es insbesondere ausschließt, dass eine Dienstleistung von einer wirtschaftlichen Überprüfung im Einzelfall abhängig gemacht wird; diese Bestimmung enthält insofern eine Art schwarze Liste unzulässiger Vorgaben. Gleichzeitig illustriert das Urteil aber auch die mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume für die Raum- und Stadtplanung, wird doch der Schutz der städtischen Umwelt als Rechtfertigungsgrund anerkannt.

c) Glücksspielrecht

In der Rs. C-79/17²⁸ hielt der Gerichtshof fest, ein Monopol für Glücksspiele könne zwar grundsätzlich auch dann gerechtfertigt werden, wenn es nicht um die Bekämpfung illegaler Aktivitäten, sondern lediglich um die Prävention bzw. Kontrolle von Spielsucht gehe. Allerdings äußerte er – in Anknüpfung an seine bisherige diesbezügliche Rechtsprechung²⁹ – Zweifel an der Rechtfertigung der konkret in Frage stehenden nationalen Maßnahme, soweit festgestellt werde, dass Spielsucht kein einen staatlichen Handlungsbedarf begründendes gesellschaftliches Problem darstelle, die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel erheblich seien und die Werbemaßnahmen der Konzessionäre gerade auch darauf abzielten, bislang Unbeteiligte zum Glücksspiel zu animieren. Man wird das Urteil so auslegen müssen, dass in einem solchen Fall die Kohärenz der nationalen Regelung grundsätzlich zu verneinen ist, wobei der Gerichtshof in Bezug auf die konkrete Prüfung auf das nationale Gericht verweist.

In der Rs. C-3/17³⁰ standen diverse ungarische Regelungen zur Konzessionierung von Kasinos und Online-Kasinospielen auf dem Prüfstand. Zwar sei ein duales System (wonach bestimmte Glücksspiele einem staatlichen Monopol unterliegen, andere jedoch nicht) durchaus mit Art. 56 AEUV vereinbar, beeinträchtigte dieses doch nicht *per se* die Geeignetheit des Monopols zur Erreichung der angestrebten Zwecke. Allerdings erachtete der Gerichtshof die konkreten Konzessionsregelungen bzw. Vorgaben (konkret das Betreiben eines Kasinos im Inland als Voraussetzung für das Anbieten von Online-Kasinospielen und das Erfordernis einer 10-jährigen Tätigkeit in Ungarn) für diskriminierend und aufgrund der fehlenden Erforderlichkeit nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigbar.

d) Arbeitnehmerentsendung

Hintergrund der Rs. C-359/16³¹ war ein Verfahren gegen eine im Bausektor tätige Firma in Belgien, die praktisch kein Personal beschäftigte, sondern ein bulgarisches Subunternehmen

zur Raumordnung beizutragen, mit Art. 49 AEUV); s. sodann EuGH, Rs. C-137/17, ECLI:EU:C:2018:771 – Van Gennip: Das Erfordernis zweier Genehmigungen (eine auf regionaler und eine auf föderaler Ebene) für die Lagerung pyrotechnischer Gegenstände könne mit Art. 10 II RL 2006/123 in Einklang stehen, wobei der EuGH hervorhebt, dass es bei beiden Genehmigungen – die eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellten – um unterschiedliche zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls (der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit einerseits und der Umweltschutz andererseits) gehe und auch den Anforderungen der Klarheit und Unzweideutigkeit Rechnung getragen werde.

²⁸ EuGH, Rs. C-79/17, ECLI:EU:C:2018:687 – Gmalieva.

²⁹ S. insbesondere EuGH, Rs. C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 – Pfleger.

³⁰ EuGH, Rs. C-3/17, ECLI:EU:C:2018:130 – Sporting Odds.

³¹ EuGH, Rs. C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63 – Ömer Altun (Große Kammer). S. ähnlich EuGH, Rs. C-356/16, ECLI:EU:C:2018:555 – Kommission/Belgien. S. sodann EuGH, Rs. C-527/16,

mit den Arbeiten auf sämtlichen Baustellen betraute. Die betreffenden Arbeitnehmer waren nicht bei der belgischen Sozialversicherung angemeldet, da sie Bescheinigungen (E 101 oder A 1) gemäß der VO 1408/71 besaßen. Diese vom Sitzstaat auszustellenden Bescheinigungen bestätigen, dass die betreffenden Arbeitnehmer in ihr eigenes System der sozialen Sicherheit integriert sind, wobei im Falle der Arbeitnehmerentsendung eine Anmeldung im Aufnahmestaat nur dann unterbleiben darf, wenn das Arbeitsverhältnis während der Entsendung bestehen bleibt und das Unternehmen im Sitzstaat gewöhnlich eine nennenswerte Geschäftstätigkeit ausübt (Art. 14 I lit. a VO 1408/71), Elemente, die bei der Ausstellung der erwähnten Bescheinigungen zu prüfen sind, wie sich – so der EuGH – aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 III EUV ergebe. Diese Bestimmung verpflichte denn auch den zuständigen Träger desjenigen Mitgliedstaats, in welchem die Arbeiten ausgeführt werden, die Bescheinigungen und die darin figurierenden Angaben anzuerkennen, so dass er an diese gebunden sei, impliziere der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit doch auch denjenigen des gegenseitigen Vertrauens. Allerdings seien aufgrund von Art. 4 III EUV alle Träger auch zu einer sorgfältigen Prüfung der Anwendung der jeweils eigenen Regeln verpflichtet, und die Träger der jeweils anderen Mitgliedstaaten dürften erwarten, dass dieser Pflicht nachgekommen werde. Daher sei die Richtigkeit der Bescheinigungen durch den Ausstellungsstaat zu überprüfen, falls der Träger des Mitgliedstaats, in dem die Arbeiten ausgeführt werden, Zweifel an der Richtigkeit des der Bescheinigung zugrunde liegenden Sachverhalts hat. Allerdings seien im Falle von Uneinigkeit zwischen den Trägern in den verschiedenen Mitgliedstaaten auch im Falle eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers die in der VO 1408/71 bzw. der VO 574/72 vorgesehenen Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten einzuhalten; abgesehen davon stehe die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens offen. Diese Grundsätze dürften jedoch nicht dazu führen, dass sich die Rechtsunterworfenen in betrügerischer oder missbräuchlicher Weise auf die einschlägigen Unionsvorschriften berufen können, stelle doch das Verbot von Betrug und Rechtsmissbrauch einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts dar. Wenn nun der Träger des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsendet wurden, konkrete Beweise vorlege, die den Schluss zuließen, dass die Bescheinigungen betrügerisch erlangt wurden, hat der ausstellende Träger gemäß dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit anhand dieser Beweise erneut zu prüfen, ob die Ausstellung zu Recht erfolgt sei und die Bescheinigungen ggf. zurückzuziehen. Falls der Träger dieser Verpflichtung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nachkomme, dürften diese Beweise im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens geltend gemacht werden, dies mit dem Ziel, die betreffenden Bescheinigungen außer Acht zu lassen.

Das Urteil ist nicht nur auch auf der Grundlage der derzeit geltenden Verordnungen zur sozialen Sicherheit (VO 883/2004 und VO 987/2009), welche diese Grundsätze ebenfalls verankern, maßgeblich, sondern dürfte auch für andere Rechtsgebiete von Bedeutung sein. Denn der

ECLI:EU:C:2018:669 – Alpenrind, wo sich der EuGH ebenfalls mit der Bindungswirkung von Sozialversicherungsbescheinigungen in anderen Mitgliedstaaten auseinandersetzte und im Übrigen klarstellte, in welchem Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer der Sozialversicherungspflicht unterliegen.

Gerichtshof präzisiert letztlich die Tragweite und Grenzen des aus Art. 4 III EUV folgenden Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten, eine Fragestellung, die überall dort relevant ist, wo die Mitgliedstaaten behördliche Entscheidungen, Bescheinigungen o.ä. anerkennen müssen, was in zahlreichen Rechtsgebieten der Fall ist. Verallgemeinert man die in dem Urteil entwickelten Grundsätze, so lässt sich folgendes festhalten:

- Es besteht eine Vermutung, dass die durch andere Mitgliedstaaten ausgestellten Bescheinigungen o.ä. rechtmäßig sind, so dass die anderen Mitgliedstaaten grundsätzlich an diese gebunden sind.
- Sobald jedoch ein anderer Mitgliedstaat Zweifel an der Richtigkeit einer Bescheinigung o.ä. anmeldet, hat der ausstellende Mitgliedstaat die Bescheinigung zu überprüfen und ggf. zurückzuziehen. Diese Pflicht impliziert auch, dass das nationale (Verwaltungs-) Recht eine solche Möglichkeit vorsehen muss; sollte dies nicht der Fall sein, ist das nationale Recht aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts insoweit außer Acht zu lassen.
- Bestehen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen, Bescheinigungen o.ä., sind diese ausschließlich auf der Grundlage der im Unionsrecht vorgesehenen Verfahren zu klären, was auch für den Fall eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers bzw. einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit gilt.
- Eine Ausnahme besteht nur – aber immerhin – für diejenigen Konstellationen, in denen sich die Rechtsunterworfenen in betrügerischer oder missbräuchlicher Weise auf die Pflicht zur Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten ausgestellten Bescheinigungen o.ä. berufen, was dann der Fall ist, wenn (objektiv) die Voraussetzungen für die Ausstellung nicht vorliegen und (subjektiv) die Absicht bestand, die Voraussetzungen für die Ausstellung zu umgehen, um die damit verbundenen Vorteile zu erlangen. Diesfalls darf die Bescheinigung jedenfalls dann außer Acht gelassen werden, wenn die ausstellende Behörde es trotz vorgebrachter Beweise unterlässt, sie innerhalb einer angemessenen Frist nochmals zu überprüfen.

Auf diese Weise stellt der Gerichtshof einen Ausgleich zwischen den verschiedenen, in solchen Konstellationen relevanten Interessen (auf der einen Seite der im Binnenmarkt sehr bedeutsame Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, auf der anderen Seite der Schutz vor Rechtsmissbrauch und Betrug) her. Auch erscheint es überzeugend, die Möglichkeit der Außerachtlassung nur für die Konstellation des Rechtsmissbrauchs oder des Betrugs vorzusehen und ansonsten auf die ordentlichen Streitbeilegungsverfahren zu verweisen. Nicht geklärt ist durch das Urteil jedoch, was dann gilt, wenn die ausstellende Behörde zwar eine Überprüfung vornimmt, jedoch in nicht nachvollziehbarer Weise das Vorliegen eines Betrugs oder Rechtsmissbrauchs verneint. Vieles spricht dafür, dass auch hier die Möglichkeit der

Außerachtlassung besteht. Deutlich wird damit auch die große Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit für das Funktionieren des Unionsrechts.

In der Rs. C-33/17³² erachtete der Gerichtshof eine Regelung, wonach einem inländischen Dienstleistungsempfänger ein Zahlungsstopp und eine Sicherheitsleistung auferlegt werden kann, um eine etwaige Geldbuße zu sichern, die ihrerseits gegen den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungserbringer wegen Verstoßes gegen das österreichische Arbeitsrecht verhängt werden könnte, als nicht mit Art. 56 AEUV in Einklang stehend.³³ Eine solche Maßnahmen stelle eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs dar, da sie eine geringere Attraktivität der Erbringung bzw. Inanspruchnahme einer Dienstleistung nach sich ziehe. Eine solche Beschränkung könne zwar grundsätzlich aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes sowie der Bekämpfung von Betrug, insbesondere Sozialbetrug, und der Verhinderung von Missbräuchen gerechtfertigt werden. Allerdings seien die konkret ergriffenen Maßnahmen nicht verhältnismäßig. Denn sie dürften erlassen werden, bevor die zuständige Behörde eine Verwaltungsübertretung in Bezug auf das nationale Arbeitsrecht festgestellt habe. Zudem habe der Dienstleistungserbringer keine Möglichkeit, vor dem Erlass der betreffenden Maßnahmen Stellung zu dem ihm vorgeworfenen Sachverhalt zu nehmen. Ferner könnten die zuständigen Behörden die Höhe der dem Dienstleistungsempfänger unter Umständen auferlegten Sicherheitsleistung festlegen, ohne etwaige Baumängel oder andere Vertragsverstöße des Dienstleistungserbringers bei der Erfüllung des Werkvertrags zu berücksichtigen, so dass die Sicherheitsleistung ggf. erheblich über dem Betrag liegen könnte, den der Auftraggeber nach Beendigung der Arbeiten zahlen müsste.

Auffallend ist bei dieser Prüfung der Verhältnismäßigkeit, dass der Gerichtshof Erwägungen der Erforderlichkeit mit solchen der Angemessenheit zusammen erörtert. Weiter ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof nicht im Einzelnen prüft, ob andere Maßnahmen ebenso wirksam wären (für solche anderen Maßnahmen werden auch keine Beispiele genannt). Im Ergebnis ist dem Gerichtshof aber durchaus zuzustimmen, da die in Frage stehenden Maßnahmen in der Tat aus den angeführten Gründen in keinem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen. Es wäre allerdings zu begrüßen gewesen, wenn der EuGH klargestellt hätte, dass es sich teilweise weniger um eine Frage der Erforderlichkeit denn der Verhältnismäßigkeit i.e.S. handelt. Insofern ist das Urteil auch eines der wenigen Urteile, in denen dieser dritte Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung letztlich ausschlaggebend sein dürfte.

³² EuGH, Rs. C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Cepelnik (Große Kammer).

³³ Die RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) sei nicht anwendbar. Denn abschreckende Maßnahmen zur Durchsetzung von materiellem Arbeitsrecht sowie Vorschriften zur Gewährleistung der Wirksamkeit von Sanktionen im Fall seiner Nichtbeachtung trügen zu einem hohen Niveau des Schutzes des im Allgemeininteresse liegenden Ziels der Einhaltung des Arbeitsrechts bei, so dass es sich hier um Arbeitsrecht handle, das vom Anwendungsbereich der RL 2006/123 ausgeschlossen sei.

In der Rs. C-18/17³⁴ ging es um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen für entsandte (drittstaatsangehörige) Arbeitnehmer eine Beschäftigungsbewilligung im Aufnahmestaat verlangt werden darf. In Anknüpfung an seine Rechtsprechung³⁵ bestätigte der Gerichtshof, dass das Erfordernis einer solchen Bewilligung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle. Eine Rechtfertigung durch das Anliegen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, komme zwar grundsätzlich in Betracht. Jedoch werde kein Zugang zum Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats beansprucht, so dass das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung zur Verfolgung dieses Ziels nicht erforderlich sei. Mildere Maßnahmen seien z.B. die Verpflichtung des Dienstleistungsunternehmens, den Behörden Angaben zu machen, aus denen hervorgehe, dass die drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem sie von diesem Unternehmen beschäftigt werden, legalen Status haben (insbesondere, was Aufenthalt, Beschäftigungserlaubnis und soziale Absicherung angeht) oder eine im Vorfeld der Beschäftigung vorzunehmende Meldung der Arbeitnehmer. Damit könnten die Behörden auf weniger einschneidende und ebenso wirksame Art und Weise kontrollieren, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und dass sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist.

e) Weitere Marktzugangsbeschränkungen

Ein Verbot für private Unternehmen, die Aufbewahrung von Urnen mit der Asche Verstorbener in speziellen Räumlichkeiten anzubieten, steht nicht im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit, so der EuGH in der Rs. C-342/17³⁶. Die durch diese Regelung begründete Beschränkung des Art. 49 AEUV³⁷ könne nicht gerechtfertigt werden:³⁸

- Der Schutz der öffentlichen Gesundheit sei schon nicht einschlägig, da Asche, anders als die sterblichen Überreste, steril sei, so dass schon keine Gefährdung dieses Rechtsguts vorliege.
- In Bezug auf den Schutz der gebührenden Achtung des Andenkens an die Verstorbenen sei die in Rede stehende nationale Regelung nicht erforderlich, da weniger einschränkende Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels zur Verfügung stünden, wie insbesondere die Pflicht, die Urnenaufbewahrung unter gleichen Bedingungen wie auf den Friedhöfen der Gemeinde sicherzustellen und im Fall der Beendigung der Geschäftstätigkeit die Urnen auf einen öffentlichen Friedhof zu bringen oder sie den Angehörigen des Verstorbenen zurückzugeben.
- Schließlich könne auch die Bewahrung der in Italien vorherrschenden moralischen und religiösen Werte (die einer Aufbewahrung der sterblichen Überreste mit Gewinnerzielungsabsicht angeblich entgegenstünden) nicht angeführt werden, da die Aufbewahrung der Asche von Verstorbenen in Italien Gebühren unterliege, die von den Behörden festgelegt würden. Die Öffnung dieser Art von Tätigkeit für private Unternehmen könne derselben gebührenrechtlichen Regelung unterstellt werden, die

³⁴ EuGH, Rs. C-18/17, ECLI:EU:C:2018:904 – Danieli.

³⁵ EuGH, Rs. C-91/13, ECLI:EU:C:2014:2206 – Essent Energie.

³⁶ EuGH, Rs. C-342/17, ECLI:EU:C:2018:906 – Memoria.

³⁷ Die RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) wurde als nicht einschlägig erachtet, da diese nicht die Abschaffung von Dienstleistungsmonopolen betreffe.

³⁸ Im Übrigen ist noch erwähnenswert, dass der Gerichtshof das Vorabentscheidungsersuchen für zulässig ansah, obwohl der Rechtsstreit ein rein innerstaatlicher war, da das nationale Recht vorsah, dass den eigenen Staatsangehörigen dieselben Rechte einzuräumen seien wie Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.

Italien für sich genommen offenbar nicht als seinen moralischen und religiösen Werten widersprechend ansehe.

Das Urteil ist überzeugend und ein weiteres Beispiel dafür, dass „Traditionen“ nicht *per se* die Beschränkung der Grundfreiheiten zu rechtfertigen vermögen, sondern jeweils auch die Verhältnismäßigkeit nachzuweisen ist. Auf der anderen Seite dürfte das Urteil auch implizieren, dass solche moralischen und religiösen Werte durchaus grundsätzlich einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen können.

Der ausschließliche Betrieb eines nationalen mobilen Zahlungssystems durch ein staatliches Unternehmen – welchem ein Monopol für die mobile Zahlung in verschiedenen Bereichen (öffentliches Parken bzw. Parkscheine, Bereitstellung des Straßennetzes für Verkehrszwecke bzw. Maut, Personenbeförderung durch ein staatliches Unternehmen bzw. Fahrscheine sowie sonstige Dienstleistungen einer staatlichen Einrichtung) zusteht – stellt einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit dar, wie der Gerichtshof in der Rs. C-171/17³⁹ feststellte. Zwar seien die betroffenen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse; jedoch sei das staatliche Monopol unverhältnismäßig, da mildere Mittel – wie etwa ein Konzessionssystem – in Betracht kämen, wobei der EuGH auf die RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) und Art. 56 AEUV abstellte.⁴⁰

Mit Grundfragen der Dogmatik der Grundfreiheiten befasste sich der Gerichtshof in der die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit betreffenden verb. Rs. C-52/16, C-113/16⁴¹, in denen es um eine ungarische Regelung ging, nach welcher die Nießbrauchsrechte an landwirtschaftlichen Flächen in Ungarn ohne Entschädigung von Gesetzes wegen gelöscht werden, es sei denn, es handle sich um Personen, die in einem nahen Angehörigenverhältnis zum Eigentümer der betreffenden landwirtschaftlichen Fläche stehen. Der Gerichtshof stellte zunächst klar, dass Art. 345 AEUV (wonach die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt bleibt) nichts an der Maßgeblichkeit der Grundfreiheiten ändere, die also jedenfalls zu beachten seien. Weiter handle es sich um eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit, da die Regelung Personen aus anderen Mitgliedstaaten daran hindere, ihre Nießbrauchsrechte weiter zu nutzen oder sie zu übertragen, wobei das Erfordernis eines nahen Angehörigenverhältnisses zwischen dem Inhaber des Nießbrauchsrechts und dem Eigentümer eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstelle. Eine möglicherweise auch vorliegende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit stelle lediglich eine unvermeidbare Folge der Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dar. Schließlich verneinte der Gerichtshof nach ausführlicher Prüfung die Rechtfertigung: Das Erfordernis eines nahen Angehörigenverhältnisses stehe in keinem Zusammenhang mit den Zielen der Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Flächen und / oder der Vermeidung von Spekulationsgeschäften und sei daher zur Verfolgung dieser Zwecke ungeeignet und jedenfalls nicht erforderlich. Ebensowenig könne die Ahndung von Verstößen gegen die nationalen Vorschriften über Devisenkontrollen geltend gemacht werden, da hier jedenfalls mildere Mittel zur Verfügung stünden. Schließlich

³⁹ EuGH, Rs. C-171/17, ECLI:EU:C:2018:881 – Kommission/Ungarn.

⁴⁰ S. auch noch EuGH, Rs. C-249/15, ECLI:EU:C:2018:21 – Wind, wo der Gerichtshof im Wesentlichen sein Urteil in EuGH, Rs. C-552/15, ECLI:EU:C:2017:698 – Kommission/Irland, in Bezug auf die Ausgestaltung der Zulassungssteuer für in einem anderen Mitgliedstaat geleaste Fahrzeuge bestätigte und auf eine leicht anders gelagerte Fallgestaltung anwandte.

⁴¹ EuGH, verb. Rs. C-52/16, C-113/16, ECLI:EU:C:2018:157 – SEGRO (Große Kammer).

könne auch nicht die Bekämpfung des für Ausländer geltenden (und aufgrund der Beitrittsakte übergangsweise erlaubten) Verbots des Eigentumserwerbs an landwirtschaftlichen Flächen geltend gemacht werden, da die Bestellung von Nießbrauchsrechten nicht verboten war und die allgemeine Vermutung missbräuchlicher Praktiken im Übrigen unverhältnismäßig sei.

Das Urteil bestätigt zunächst die Tendenz jedenfalls der jüngeren Rechtsprechung, jeweils möglichst nur eine Grundfreiheit zu prüfen, wenn ein klarer Schwerpunkt erkennbar ist bzw. die gleichzeitige Verletzung einer weiteren Grundfreiheit lediglich die unvermeidbare Konsequenz der Einschlägigkeit einer anderen Grundfreiheit darstellt, wie dies bei den Grundstückskauf bzw. die Grundstücksnutzung betreffenden Beschränkungen im Verhältnis der Niederlassungs- zur Kapitalverkehrsfreiheit der Fall ist. Sodann stellt das Urteil klar, dass jedenfalls bei Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung auch der Ausschluss aus einem einmal offen stehenden Markt einen Eingriff in die betreffende Grundfreiheit darstellt. Nicht ganz klar wird aus dem Urteil, ob auch eine Beschränkung einer Grundfreiheit, die (nur) aus der Abschaffung des Marktes selbst resultiert (also in diesem Fall z.B. das Verbot der Einräumung von Nießbrauchsrechten an landwirtschaftlichen Flächen), am Maßstab der jeweiligen Grundfreiheit zu messen ist (diese Frage dürfte sich nämlich parallel auch bei den anderen Grundfreiheiten stellen). Angesichts des Umstands, dass die Grundfreiheiten wohl jedenfalls den Marktzugang ermöglichen wollen, dürfte wohl auch die Existenz des Marktes selbst geltend gemacht werden können, so dass die Abschaffung oder das Verbot eines Marktes rechtfertigungsbedürftig ist. Mit Bezug zur Rechtfertigungsprüfung stellt auch dieses Urteil (einmal mehr) klar, dass ungeschriebene Rechtfertigungsgründe auch bei Vorliegen mittelbarer Diskriminierungen geltend gemacht werden können und dass der Gerichtshof nicht nur dem betreffenden Mitgliedstaat die Beweislast für die Gefährdung der geltend gemachten Rechtsgüter und das Vorliegen der Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit auferlegt, sondern hier auch eher strenge Anforderungen stellt.

III. Gleichstellung

In der Rs. C-451/16⁴² ging es um eine britische Regelung, wonach die Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung u.a. davon abhängig gemacht wurde, dass die betreffende Person nicht mit einer anderen Person desjenigen Geschlechts, das sie aufgrund der Geschlechtsumwandlung erworben hat, verheiratet sein darf. Dies stelle eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne des Art. 4 RL 79/7 zur Verwirklichung der Gleichstellung im Bereich der sozialen Sicherheit dar, falls der Zugang zu einer Versicherungsleistung (es ging um eine Rente) von der Anerkennung des neuen Geschlechts abhängt. Denn der Ehestand als solcher sei grundsätzlich nicht für die Gewährung der

⁴² EuGH, Rs. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492 – MB (Große Kammer).

fraglichen Leistung sozialer Sicherheit relevant, so dass die Ungleichbehandlung allein aufgrund des Geschlechts, das im Zuge der Geschlechtsumwandlung erworben wurde, erfolge. Das Ziel der fraglichen Regelung – die Verhinderung gleichgeschlechtlicher Ehen – habe mit dem System der im Ausgangssachverhalt zur Debatte stehenden Ruhestandsrente nicht zu tun, so dass die Situation einer Person, die sich nach ihrer Eheschließung einer Geschlechtsumwandlung unterzogen habe, mit der einer Person vergleichbar sei, die ihr bei der Geburt eingetragenes Geschlecht beibehalten habe und verheiratet sei.

Fehlt ein Arbeitnehmer krankheitshalber aufgrund einer Behinderung (wobei der Gerichtshof auch Krankheiten, die eine lang andauernde Einschränkung mit sich bringen und den Betroffenen an der vollen Teilhabe am Berufsleben beeinträchtigen können, als Behinderung ansieht) vermehrt, so ist eine nationale Regelung, die es dem Arbeitgeber erlaubt, den Betroffenen aufgrund dieser Abwesenheiten zu entlassen, nur unter engen Voraussetzungen mit dem in Art. 2 II lit. b Nr. i RL 2000/78 verankerten Grundsatz der Nichtdiskriminierung (wobei der EuGH von einer mittelbaren Diskriminierung ausgeht) vereinbar, so der Gerichtshof in der Rs. C-270/16⁴³. Nachgewiesen werden müsse, dass diese Maßnahme zur Verfolgung des legitimen Ziels der Bekämpfung des Absentismus den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genüge. Diese Prüfung obliege dem nationalen Gericht, wobei die Formulierungen des Gerichtshofs in Bezug auf die im Ausgangsfall zur Debatte stehenden Regelung erkennen lassen, dass er hier sehr strenge Anforderungen anlegt. So sei in Bezug auf die Berechnung der Absenzzzeiten zu prüfen, ob diese so konzipiert sei, dass sie tatsächlich der Bekämpfung von Absentismus diene, ohne rein punktuelle und sporadische Fehlzeiten zu erfassen. Im Übrigen sei die Erforderlichkeit besonders zu prüfen, da die Regelung ausdrücklich vorsehe, dass Abwesenheiten aufgrund zahlreicher Gründe (schwere Krankheiten, Unfälle, Mutterschutz, u.a.m.) nicht berücksichtigt werden dürften, dies im Gegensatz zu solchen wegen einer Behinderung.⁴⁴

Wie der Gerichtshof in der Rs. C-46/17⁴⁵ feststellte, steht die Ermöglichung, für Arbeitnehmer, die das Rentenalter erreicht haben, den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber hinauszuschieben, im Einklang mit Art. 2 II RL 2000/78. Es liege schon keine Diskriminierung aufgrund des Alters vor, da es um eine für die älteren Arbeitnehmer günstige und vorteilhafte Bestimmung gehe. Ebensowenig sieht er die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (RL 1999/70) verletzt, wobei er bereits an der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie zweifelt, jedenfalls aber davon ausgeht, dass den Anforderungen der Richtlinie Rechnung getragen werde.

Nach Art. 4 II RL 2000/78⁴⁶ dürfen Kirchen oder andere Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, trotz des grundsätzlichen Verbots der Ungleichbehandlung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung eine mit diesen Kriterien

⁴³ EuGH, Rs. C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17 – Ruiz Conejero.

⁴⁴ S. weiter die Bejahung einer Diskriminierung wegen einer Behinderung im Zusammenhang mit einer tarifvertraglichen Regelung betreffend die Gewährung von Überbrückungsgeld bei Arbeitslosigkeit bis zur Entstehung eines Anspruchs auf Altersrente in EuGH, Rs. C-312/17, ECLI:EU:C:2018:734 – Bedi.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-46/17, ECLI:EU:C:2018:131 – John.

⁴⁶ RL 2000/78 über die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303, 16.

im Zusammenhang stehende Anforderung für ihre eigenen Beschäftigten aufstellen, wenn die Religion oder die Weltanschauung nach der Art der fraglichen Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Die Auslegung dieser Bestimmung war Gegenstand der Rs. C-414/16⁴⁷. Der Ausgangsfall betraf die Besetzung einer Stelle beim Evangelischen Werk, die für Aufgaben im Zusammenhang mit dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung (insbesondere die Verfassung eines sog. Parallelberichts) vorgesehen war und für die u.a. die Mitgliedschaft in einer evangelischen Kirche verlangt wurde. Der Gerichtshof hielt zunächst fest, die Geltendmachung dieser Ausnahme müsse Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein können, damit sichergestellt werden könne, dass die in der Bestimmung formulierten Anforderungen auch erfüllt seien. Denn die Richtlinie konkretisiere das in Art. 21 GRCh niedergelegte Recht auf Gleichbehandlung, und Art. 47 GRCh verankere das Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz, der auch nach Art. 9, 10 RL 2000/78 zu gewährleisten sei. Im Übrigen bezwecke Art. 4 II RL 2000/78 die Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen einerseits dem Recht der Kirchen und anderer weltanschaulicher Organisationen auf Autonomie und andererseits dem Recht der Arbeitnehmer auf diskriminierungsfreie Behandlung. Dieser Zweck könne nur unter der Voraussetzung einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle erreicht werden. Der Hinweis (in Art. 4 II RL 2000/78) auf die zum Zeitpunkt der Annahme der Richtlinie geltenden nationalen Rechtsvorschriften und die einzelstaatlichen Gepflogenheiten könne nicht dazu führen, dass die Einhaltung der in der Bestimmung genannten Kriterien einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle entzogen seien. Bei der Prüfung der Anforderungen des Art. 4 II RL 2000/78 dürfe – abgesehen von „ganz außergewöhnlichen Fällen“ – keine Beurteilung der Legitimität des Ethos der betreffenden Kirche bzw. Organisation als solche erfolgen. Allerdings müsse die berufliche Anforderung aufgrund der Art der fraglichen Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt sein. Diese Kriterien implizierten, dass die Rechtmäßigkeit einer Ungleichbehandlung vom objektiv überprüfbaren Vorliegen eines direkten Zusammenhangs zwischen der beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit abhängе, z.B. bei der Mitwirkung an der Bestimmung des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation (Art der Tätigkeit) oder der Notwendigkeit einer glaubwürdigen Vertretung nach außen (Umstände der Ausübung). Wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt sei eine solche Anforderung nur, wenn sie objektiv geboten sei, keine sachfremden Erwägungen umfasse und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet sei. Sodann erinnerte der Gerichtshof an seine Rechtsprechung, wonach auch bei einem Rechtsstreit zwischen Privaten die entsprechende Bestimmung des nationalen Rechts unionsrechtskonform auszulegen sei,⁴⁸ eine Möglichkeit, die auch dann in Betracht zu ziehen sei, wenn die

⁴⁷ EuGH, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 – Egenberger (Große Kammer).

⁴⁸ S. z.B. EuGH, Rs. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 – DI.

betreffende nationale Vorschrift in ständiger Rechtsprechung in einem nicht mit dem Unionsrecht vereinbaren Sinn ausgelegt wurde. Sollte eine solche unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich sein, habe die entsprechende nationale Bestimmung außer Anwendung zu bleiben, gehe es doch um eine Diskriminierung, und Diskriminierungsverbote entfalteten auch Wirkungen zwischen Privaten (wobei der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung zur Lohngleichheit von Mann und Frau⁴⁹ sowie zur Arbeitnehmerfreizügigkeit⁵⁰ verweist). Schließlich ändere auch Art. 17 AEUV – wonach die EU den Status, den die Kirchen in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet – nichts an der Beachtlichkeit der erwähnten Vorgaben, da dieser Artikel nicht die Maßgeblichkeit einer zwingenden unionsrechtlichen Vorgabe oder die Wirksamkeit der rechtlichen Kontrolle relativiere.

Der Gerichtshof geht damit offenbar davon aus, dass Diskriminierungsverbote allgemein Drittwirkung entfalten, so dass der Vorrang des Unionsrechts dazu führt, dass ggf. mit diesen nicht vereinbare nationale Bestimmungen außer Anwendung zu lassen sind. Angesichts des doch beachtlichen Anwendungsbereichs der GRCh sind die Implikationen dieses Ansatzes kaum abzusehen. Weiter dürfte aus dem Urteil zu folgern sein, dass auch im Falle von Relativierungen bzw. Hinweisen auf nationales Recht und Gepflogenheiten zumindest im Falle der Geltendmachung von Grundrechten (aber wohl auch von sonstigen durch das Unionsrecht eingeräumten Rechten) jedenfalls Rechtsschutz zu gewähren ist. In materieller Hinsicht bleibt in dem Urteil offen, in welchen „ganz außergewöhnlichen Fällen“ gleichwohl eine Beurteilung der Legitimität des Ethos der Kirche oder Organisation stattfinden kann; „nur“ ein Verstoß gegen grundrechtliche Garantien dürfte wohl nicht ausreichen (wie das Beispiel der Gleichstellung von Mann und Frau zeigt). Jedenfalls aber ist aus dem Urteil zu folgern, dass keinesfalls von allen Angestellten ein „Bekenntnis“ verlangt werden darf; vielmehr sind die skizzierten strengen Anforderungen zu beachten, wobei jeweils der konkrete Bezug zum Ethos der Organisation entscheidend sein dürfte. Damit dürfte im Ergebnis nur bei viel weniger Tätigkeiten als bisher allgemein angenommen ein eigentliches Bekenntniserfordernis zulässig sein, und letztlich ist wohl die „Verkündigungsnahe“ entscheidend. Vieles spricht dafür, dass bei der in dem Urteil angesprochenen Aktivität die vom Gerichtshof entwickelten strengen Anforderungen wohl nicht erfüllt sind. Schließlich impliziert das Urteil eine sehr beschränkte Tragweite des Art. 17 AEUV, dem letztlich nur ein Bekenntnis zur Neutralität der Union gegenüber der Regelung der Beziehungen zu den Religionsgemeinschaften entnommen werden kann und der keinesfalls etwas an der Pflicht zur Beachtung zwingender unionsrechtlicher Vorgaben, zumindest soweit diese die Rechte Einzelner betreffen, ändert.

In der Rs. C-68/17⁵¹ bestätigte der Gerichtshof diese Grundsätze in weiten Teilen wörtlich, dies in Bezug auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Chefarztes eines katholischen

⁴⁹ Grundlegend EuGH, Rs. 43/75, ECLI:EU:C:1978:56 – Defrenne.

⁵⁰ Grundlegend EuGH, Rs. C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 – Angonese.

⁵¹ EuGH, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 – IR/JQ (Große Kammer).

Krankenhauses im Gefolge der Wiederverheiratung desselben. In diesem Urteil äußerte er sich aber deutlich konkreter zum Ausgangssachverhalt, indem er festhielt, die in Frage stehende Anforderung betreffe lediglich einen bestimmten Gesichtspunkt des Ethos der katholischen Kirche, nämlich den heiligen und unauflöslichen Charakter der kirchlichen Eheschließung. Die Akzeptanz gerade dieses Aspekts erscheine jedoch für die Ausübung der Tätigkeiten eines Chefarztes nicht notwendig; denn diese sei offenbar keine wesentliche Voraussetzung der beruflichen Tätigkeit, was dadurch bestätigt werde, dass vergleichbare Aufgaben auch durch nicht katholische Mitarbeiter ausgeübt würden.⁵²

⁵² S. darüber hinaus noch EuGH, Rs. C-103/16, ECLI:EU:C:2018:99 – Guisado: Auch schwangere Arbeitnehmerinnen dürfe im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt werden, denn zulässig sei nach der RL 92/85 eine Kündigung aus schwangerschaftsunabhängigen Gründen, sofern der Arbeitgeber schriftlich berechnete Kündigungsgründe anführe und die Kündigung der Betroffenen nach den betreffenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten zulässig sei. In EuGH, Rs. C-41/17, ECLI:EU:C:2018:736 – Castro, hielt der EuGH fest, auch schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen, die Schichtarbeit verrichten, die nur zum Teil in die Nachtstunden fällt, seien als Nachtarbeit leistend anzusehen und dementsprechend besonders schutzwürdig. Weiter äußert er sich zur Reichweite der in der RL 2006/54 vorgesehenen Beweislastumkehr. S. sodann EuGH, Rs. C-12/17, ECLI:EU:C:2018:799 – Dicu (Große Kammer): Bei der Berechnung der Dauer des einem Arbeitnehmer gewährleisteten bezahlten Jahresurlaubs dürfe die Dauer eines von dem Arbeitnehmer genommenen Elternurlaubs außer Acht gelassen werden, denn der Zeitraum eines Elternurlaubs könne einem Zeitraum tatsächlicher Arbeitsleistung nicht gleichgestellt werden. Zur RL 2000/43 EuGH, Rs. C-457/17, ECLI:EU:C:2018:912 – Maniero: Stipendien für einen Forschungs- oder Studienaufenthalt seien als Bildung im Sinn der RL 2000/43 anzusehen und damit vom Anwendungsbereich der RL 2000/43 erfasst; dieser dürfe in Anbetracht des Gegenstands und der Natur der Rechte, welche die RL 2000/43 schützen soll, sowie des Umstands, dass die RL 2000/43 Ausdruck des in Art. 21 GRCh verankerten Gleichbehandlungsgrundsatzes sei, nicht eng definiert werden. Im konkreten Fall wurde allerdings eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft verneint, da kein Anhaltspunkt erkennbar sei, dass das gewählte Kriterium (das Bestehen der Ersten Juristischen Staatsprüfung) dazu führte, dass Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft nachteiliger betroffen wären als Personen anderer ethnischer Herkunft.