

Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2019: 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 2019 – Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2020, 1149-1159.

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 2019, 921) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2019 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.¹

I. Unionsbürgerschaft und allgemeines Diskriminierungsverbot

1. Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Nach der deutschen Leichtathletikordnung können in allen Kategorien nur deutsche Staatsbürger an den Deutschen Meisterschaften teilnehmen, in Deutschland wohnhafte EU-Bürger hingegen auch dann nicht, wenn sie ein Startrecht für einen deutschen Verein besitzen. In der Rs. C-22/18² prüfte der Gerichtshof eine solche Regelung am Maßstab der Art. 18, 21 und 165 AEUV (Art. 45 AEUV war im Ausgangsverfahren nicht einschlägig, da es um einen seit vielen Jahren in Deutschland wohnhaften italienischen Amateursportler ging): Der Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV sei eröffnet, wenn ein EU-Bürger von seinem Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV Gebrauch gemacht habe.³ Denn der Zugang zu

* 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 S. über die im Text erwähnten Urteile hinaus noch EuGH, verb. Rs. C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134 – N Luxemburg; EuGH, verb. Rs. C-116/16, C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 – T Danmark (jeweils Große Kammer), wo der EuGH im Zusammenhang mit einer steuerrechtlichen Fragestellung grundlegende Aussagen zum Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs macht: Der Nachweis eines Rechtsmissbrauchs setze zum einen eine Gesamtheit objektiver Umstände voraus, aus denen sich ergibt, dass das Ziel der Unionsregelung, obwohl deren Voraussetzungen formal erfüllt sind, nicht erreicht worden sei, und zum anderen ein subjektives Element, nämlich die Absicht, aus der Unionsregelung einen Vorteil zu erlangen, indem künstlich die erforderlichen Voraussetzungen geschaffen werden. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen könne auch aus dem Zusammentreffen einer Reihe objektiver und übereinstimmender Indizien geschlossen werden.

² EuGH, Rs. C-22/18, ECLI:EU:C:2019:497 – TopFit und Biffi.

³ Der Gerichtshof knüpft in diesem Zusammenhang auch an seine ständige Rechtsprechung an, wonach der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt sei, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von

Freizeitbeschäftigungen stelle eine „Folgeerscheinung“ der Freizügigkeit dar, und die Rechte der Unionsbürger hätten u.a. den Zweck, die schrittweise Integration des betreffenden Unionsbürgers in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats zu fördern. Weiter spiegle Art. 165 AEUV die beträchtliche soziale Bedeutung des Sports, insbesondere des Amateursports, in der Union wieder, und die Ausübung eines Amateursports (insbesondere in einem Sportverein) ermögliche es den Betroffenen, Verbindungen zur Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats aufzubauen. Da nicht nur staatliche, sondern auch kollektive Regelungen Art. 18, 21 AEUV unterlägen und auch die Autonomie der privaten Sportverbände nichts an ihrer Pflicht zur Beachtung der durch den Vertrag den Einzelnen eingeräumten Rechte ändere, seien diese Bestimmungen auch durch nationale Sportverbände zu beachten. Die direkt diskriminierende Vorgabe der Leichtathletikordnung könne dazu führen, dass ein Athlet aus einem anderen Mitgliedstaat durch seinen Sportverein weniger gut unterstützt werde, da die Vereine ein geringeres Interesse daran hätten, in einen Athleten zu investieren, der nicht an nationalen Meisterschaften teilnehmen darf. Solche Wirkungen könnten die Ausübung von Amateursport für Unionsbürger weniger attraktiv machen und stellten somit (auch) eine Beschränkung ihrer Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV dar. Allerdings komme eine Rechtfertigung in Betracht, da es „legitim“ erscheine, die Verleihung des Titels des nationalen Meisters in einer bestimmten sportlichen Disziplin einem nationalen Staatsangehörigen vorzubehalten, da dieses nationale Element als charakteristisches Merkmal des nationalen Meisterschaftstitels angesehen werden könne. Der EuGH meldet jedoch Zweifel an der Verhältnismäßigkeit an (wobei er die letztliche Beurteilung aber dem nationalen Gericht überlässt): Für die Kategorie der Senioren, um die es im Ausgangsfall ging, könne auch ein ausländischer Athlet an internationalen Wettbewerben für Deutschland antreten, dies im Gegensatz zur Elite, und es sei nicht ersichtlich, dass für alle Kategorien eine einheitliche Regelung gelten müsse.

Das Urteil stellt – soweit ersichtlich erstmals – klar, dass zumindest alle kollektiven Regelungen von Sportverbänden und damit auch der Amateursport am Maßstab der Art. 18, 21 AEUV zu messen sind. Dabei kann der Ansatz des Gerichtshofs aber auch auf sonstige (kollektive) Regelungen von organisierten Freizeitbeschäftigungen übertragen werden. Offen bleibt die Frage, ob auch nicht kollektive Regelungen – zumindest unter bestimmten Voraussetzungen oder in bestimmten Konstellationen – am Maßstab der Art. 18, 21 AEUV zu messen sind. Jedenfalls nimmt der Gerichtshof nicht auf die im Rahmen des Art. 45 AEUV bejahte umfassende Drittwirkung in Bezug auf Diskriminierungsverbote⁴ Bezug. Nicht deutlich wird aus dem Urteil, ob der Gerichtshof die betreffende Maßnahme am Maßstab des Art. 18 AEUV oder des Art. 21 AEUV prüft: Er nimmt in Teilen (auch im Tenor) auf beide Bestimmungen Bezug, stellt aber teilweise auch – insbesondere soweit er eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV bejaht – lediglich auf Art. 21 AEUV ab. Diesbezüglich

ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet insoweit ausdrücklich vorgesehener Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.

⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 – Angonese.

ist bemerkenswert, dass allein der Umstand, dass die Ausübung eines Amateursports weniger attraktiv gemacht wird, für eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts ausreichend sein soll, wobei jedoch nicht ganz klar wird, ob dieser sehr weite Ansatz auch dann zum Zuge kommen soll, wenn es um eine nicht diskriminierende Maßnahme geht. Vieles spricht für eine Verneinung dieser Frage, denn ansonsten könnten letztlich alle Aspekte bzw. Regelungen, die Implikationen für die Attraktivität des Aufenthalts entfalten, am Maßstab des Art. 21 AEUV gemessen werden. Schließlich ist bemerkenswert, dass allein ein nationaler Meistertitel es nicht zwingend rechtfertigt, EU-Bürger von der Teilnahme an nationalen Meisterschaften auszuschließen, wobei sich dem Urteil wohl keine Aussage darüber entnehmen lässt, ob eine Regelung, wonach zwar die Teilnahme (auch an der Wertung) möglich ist, der Erwerb des Meistertitels selbst jedoch eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleibt, zumindest unter bestimmten Voraussetzungen zulässig wäre (wofür einiges sprechen dürfte).

2. *Verlust der Unionsbürgerschaft*

Sieht ein Mitgliedstaat unter bestimmten Bedingungen den Verlust der Staatsbürgerschaft kraft Gesetzes vor, so könne dies mit Art. 20 AEUV (der im Lichte der Art. 7, 24 GRCh auszulegen sei) in Einklang stehen, auch wenn der Betreffende damit auch die Unionsbürgerschaft verliert, so der Gerichtshof in der Rs. C-221/17⁵. Denn es sei „legitim“, dass ein Mitgliedstaat das zwischen ihm und seinen Staatsbürgern bestehende Verhältnis besonderer Verbundenheit und Loyalität schützen wolle, so dass ein Mitgliedstaat auch davon ausgehen dürfe, dass die Staatsangehörigkeit Ausdruck einer echten Bindung zwischen ihm und seinen Bürgern sei, und das Fehlen oder Wegfallen dieser Bindung mit dem Verlust der Staatsangehörigkeit verbinden dürfe. Auch dürfe ein Mitgliedstaat gewisse allgemeine Kriterien (wie ein ununterbrochener gewöhnlicher Aufenthalt im Ausland während zehn Jahren) aufstellen, die auf das Fehlen einer solchen Bindung schließen ließen. Allerdings müsse sichergestellt sein, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werde, so dass die nationalen Vorschriften eine Einzelfallprüfung ermöglichen müssten um festzustellen, ob der Verlust der Staatsangehörigkeit des betreffenden Mitgliedstaats (wenn er den Verlust des Unionsbürgerstatus‘ mit sich bringt) Folgen hat, die die normale Entwicklung des Familien- und Berufslebens des Betroffenen und seiner Familie unverhältnismäßig beeinträchtigen würden. Diese Prüfung könne auch anlässlich der Beantragung eines Reisedokuments erfolgen.

Ebenso wie in der die Rücknahme einer Einbürgerung wegen Täuschung betreffenden Rs. C-135/08⁶, ist der Ausgangspunkt der Überlegungen des Gerichtshofs die Qualifizierung des Unionsbürgerstatus‘ als „grundlegenden Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“, woraus

⁵ EuGH, Rs. C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189 – Tjebbes u.a. (Große Kammer).

⁶ S. schon EuGH, Rs. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104 – Rottmann.

gefolgt wird, der Verlust der Unionsbürgerschaft falle „ihrem Wesen und ihren Folgen nach“ unter das Unionsrecht. Dieser Ansatz relativiert den akzessorischen Charakter der Unionsbürgerschaft und impliziert im Ergebnis einen ähnlichen Ansatz wie im Rahmen des Art. 18 AEUV oder der Grundfreiheiten, ist das Unionsrecht doch auch bei der Ausübung der an sich den Mitgliedstaaten zukommenden Kompetenzen zu beachten, wobei Art. 20 AEUV – insofern im Gegensatz zu Art. 18 AEUV und den Grundfreiheiten – an sich keine Vorgaben für den Erwerb oder den Verlust der Staatsbürgerschaft formuliert. Jedenfalls lässt auch dieses Urteil erkennen, dass die Mitgliedstaaten im Bereich des Staatsangehörigkeitsrechts umfassend die Unionsgrundrechte zu beachten haben. Auch wenn dies nur insoweit gilt, wie der Erwerb oder der Verlust der Unionsbürgerschaft betroffen ist, sind die Implikationen doch nicht zu unterschätzen (zumal es u.U. schwer vertretbar oder gar unzulässig sein wird, für den Fall, dass der Verlust der Staatsbürgerschaft nicht gleichzeitig den Verlust der Unionsbürgerschaft nach sich zieht, abweichende bzw. weniger günstige Regelungen vorzusehen). Konkret illustriert das Urteil jedenfalls, dass die umfassende Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jeden „Automatismus“ und damit jeden Verlust der Staatsbürgerschaft kraft Gesetzes ohne Einzelfallprüfung verbietet (auch wenn gewisse Vermutungen aufgestellt werden dürfen).

3. *Abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige*

Verwandten in gerade absteigender Linie kommt aufgrund des Art. 3 I RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) grundsätzlich ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu. In der Rs. C-129/18⁷ stellte der Gerichtshof klar, dass eine dauerhafte gesetzliche Vormundschaft für ein Kind (so wie sie nach algerischem Recht möglich ist) kein Abstammungsverhältnis begründe, so dass ein Kind, für das eine solche Vormundschaft besteht, nicht als Verwandter in gerade absteigender Linie im Sinn des Art. 2 Nr. 2 lit. c RL 2004/38 anzusehen sei. Zwar sei dieser Begriff grundsätzlich weit auszulegen, solle doch die Wahrnehmung des elementaren und persönlichen Rechts auf Freizügigkeit erleichtert werden. Daher könne das Abstammungsverhältnis nicht nur biologisch, sondern auch rechtlich begründet werden, so dass auch adoptierte Kinder als Verwandte in gerade absteigender Linie anzusehen seien. Soweit jedoch ein Abstammungsverhältnis völlig fehle, bestehe keine Grundlage, die Betroffenen unter diesen Begriff zu fassen. Anwendbar sei aber Art. 3 II Uabs. 1 lit. a RL 2004/38, wonach die Mitgliedstaaten sonstigen Familienangehörigen die Einreise und den Aufenthalt erleichtern, soweit durch den primär aufenthaltsberechtigten Unionsbürger Unterhalt gewährt wird oder im Herkunftsland eine häusliche Gemeinschaft bestand. Damit solle besonderen tatsächlichen Umständen, z.B. einer finanziellen Abhängigkeit, der Zugehörigkeit zum Haushalt oder gesundheitlichen Beeinträchtigungen, Rechnung getragen werden. Vor diesem Hintergrund

⁷ EuGH, Rs. C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 – SM (Große Kammer)

seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, entsprechende Anträge unter Berücksichtigung aller Umstände zu behandeln, und im Falle der Ablehnung sei diese zu begründen. Den Mitgliedstaaten stehe zwar ein weiter Ermessensspielraum zu; jedoch sei das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 GRCh, Art. 8 EMRK) zu beachten und vorliegend auch das in Art. 24 II GRCh anerkannte Wohl des Kindes zu berücksichtigen. Der Rechtsprechung des EGMR sei zu entnehmen, dass in den Fällen, in denen eine (enge) familiäre Bindung besteht, die Entwicklung dieser Bindung zu gestatten und ein rechtlicher Schutz zu gewähren sei, der die Eingliederung des Kindes in die Familie ermöglicht.⁸ Soweit eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung sämtlicher Interessen, insbesondere des Kindes,⁹ ergebe, dass das Kind und seine Vormünder ein tatsächliches Familienleben führen (sollen) und ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, sei es dem Kind aufgrund von Art. 3 II UAbs. 1 lit. a RL 2004/38 iVm Art. 7, 24 II GRCh zu gestatten, mit seinen Vormündern im Aufnahmemitgliedstaat zu leben.

Damit leitet der Gerichtshof erneut¹⁰ sehr konkrete Pflichten aus Art. 3 II RL 2004/38 ab: Letztlich impliziert das Urteil, dass in all denjenigen Konstellationen, in denen eine umfassende Interessenabwägung – im Rahmen derselben auch die Grundrechte zu berücksichtigen sind – ergibt, dass das Interesse an einem Aufenthalt des drittstaatsangehörigen Familienangehörigen überwiegt, ein Recht auf Aufenthalt besteht. Nicht ganz klar wird dabei, ob dieses Recht weiter geht als das sich aus Art. 8 EMRK in bestimmten Konstellationen ergebende Recht auf Aufenthalt; die ausdrückliche Verankerung der Verpflichtung des Art. 3 II RL 2004/38 und damit seine effektive Wirksamkeit sprechen eher für eine Bejahung dieser Frage. Jedenfalls illustriert das Urteil trefflich, dass auch eher „weich“ formulierte unionsrechtliche Vorgaben zumindest in bestimmten Konstellationen sehr konkrete Pflichten der Mitgliedstaaten bzw. Ansprüche der Einzelnen zu begründen vermögen. Das Urteil wirft aber auch Fragen auf: So bleiben die Ausführungen zur biologischen oder rechtlichen Abstammung undeutlich. Denn die biologische Abstammung stimmt nicht zwingend mit der rechtlichen Abstammung überein, so dass diese Formulierung missverständlich ist und die Annahme naheliegt, der Gerichtshof wolle hier lediglich auf die Adoption hinweisen, nicht jedoch insinuiieren, dass neben der rechtlichen Abstammung auch die biologische Abstammung geltend gemacht werden kann, zumal für die Regelung dieser Fragen die Mitgliedstaaten zuständig sind. Weiter erscheinen die Ausführungen des EuGH bezüglich des Ausschlusses der „ständigen Vormundschaft“ nach algerischem Recht angesichts des Umstands, dass diese Rechtsordnung keine Adoption kennt, etwas formalistisch: Zwar verleiht die Vormundschaft dem Kind nicht die Stellung eines Erben;

⁸ EGMR, 4.10.2012 – Harroudj/Frankreich.

⁹ Wobei in erster Linie das Alter des Kindes, das Bestehen einer Lebensgemeinschaft des Kindes mit seinen Vormündern, der Grad der emotionalen Beziehung zu diesen, die Abhängigkeit des Kindes, die Übernahme der Sorge für dieses durch die Vormünder sowie die dem Kind ansonsten drohenden Gefahren von Bedeutung seien.

¹⁰ S. insoweit schon EuGH, Rs. C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 – Rahman; EuGH, Rs. C-89/17, ECLI:EU:C:2018:570 – Banger, wonach Anträge von durch Art. 3 II RL 2004/38 erfassten Drittstaatsangehörigen im Vergleich zu anderen Drittstaatsangehörigen bevorzugt zu behandeln sind.

zudem endet die Vormundschaft mit der Volljährigkeit. Solange das Kind aber minderjährig ist, scheinen die Rechte und Pflichten der Vormünder in jeder Beziehung parallel zu denjenigen von Adoptiveltern ausgestaltet zu sein, so dass eine Gleichstellung mit der Adoption (zumindest für minderjährige Kinder) mit guten Argumenten vertretbar gewesen wäre.

Die Rs. C-94/18¹¹ betraf die Situation, dass sich ein Unionsbürger in einen anderen Mitgliedstaat begibt und dort durch Heirat eine Familienbeziehung zu einem Drittstaatsangehörigen begründet, bevor er wieder in den Mitgliedstaat zurückkehrt, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. In einer solchen Situation sei in Bezug auf die Ausweisungsentscheidung des Familienangehörigen (*in casu* war die Gattin des Unionsbürgers im Aufnahmestaat geblieben) die RL 2004/38 anwendbar. Zwar sei die Betreffende nicht mehr als Berechtigte im Sinne des Art. 3 I RL 2004/38 anzusehen, da sich ihr Gatte gerade nicht mehr im Aufnahmemitgliedstaat aufhalte. Jedoch bedeute dies nicht, dass eine Ausweisungsverfügung, die letztlich mit der Versagung eines Aufenthaltsrechts nach Art. 7 II RL 2004/38 begründet wird, nicht unter die RL 2004/38 falle. Denn die RL 2004/38 regle nicht nur die Voraussetzungen für die Gewährung von Aufenthaltsrechten, sondern enthalte darüber hinaus eine Reihe von Vorschriften, die im Falle des Verlusts eines dieser Rechte zu beachten sind. Daher gelte insbesondere in der Konstellation des Wegzugs des Unionsbürgers aus dem Aufnahmestaat für das Verfahren Art. 15 (der für solche Fälle auf die sinngemäße Anwendung der Art. 30, 31 RL 2004/38 verweist). Diese seien beim Erlass einer Ausweisungsverfügung zu beachten.

In der Rs. C-93/18¹² ging es um ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht einer Drittstaatsangehörigen in aufsteigender Linie, wobei die Zusammenführenden minderjährige Unionsbürger waren, die im Aufnahmemitgliedstaat (in Nordirland und damit im Vereinigten Königreich) geboren waren. Der Gerichtshof bejahte zunächst das grundsätzliche Aufenthaltsrecht der Kinder aus Art. 21 AEUV,¹³ um sodann nach den ausreichenden Existenzmitteln zu fragen. Diese seien auch dann zu bejahen, wenn sie vom Vater der Minderjährigen, welchem im Aufnahmemitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht zukommt, wegen des Fehlens einer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung illegal erzielt worden waren. Denn Art. 7 RL 2004/38 seien keinerlei Anforderungen in Bezug auf die Herkunft der Existenzmittel zu entnehmen, und in einer Konstellation, in welcher der Vater der Gesuchstellenden während vieler Jahre auf diese Weise zu ihrem Lebensunterhalt beigetragen hat, ziehe eine Anforderung, wonach die Mittel in jeder Beziehung legal erworben sein müssten, eine unverhältnismäßige Beschränkung des Aufenthaltsrechts der Minderjährigen (und ihrer Mutter) nach sich.

Damit stellt der Gerichtshof entscheidend einerseits auf die Zielsetzung der Voraussetzung des Vorliegens ausreichender Mittel – nämlich die Vermeidung der Belastung der Sozialhilfesysteme der Mitgliedstaaten – ab; andererseits hebt er die Unverhältnismäßigkeit einer Anforderung, wonach unter Verstoß gegen die Ausländer- und Arbeitsgesetzgebung erworbene Mittel nicht berücksichtigt werden können, hervor. Damit spielt die „Illegalität“ des Verdienstes und die Herkunft der für die Existenzsicherung notwendigen Mittel also jedenfalls insofern keine Rolle, als sich die Illegalität allein aus dem illegalen Aufenthalt ergibt. Fraglich könnte jedoch sein, ob die Sachlage ebenso zu beurteilen wäre, wenn die Mittel z.B. aus schweren Straftaten stammen. Zwar wird man wohl auch hier den Grundsatz heranziehen

¹¹ EuGH, Rs. C-94/18, ECLI:EU:C:2019:693 – Chenchooliah (Große Kammer).

¹² EuGH, Rs. C-93/18, ECLI:EU:C:2019:809 – Bajratari.

¹³ S. insoweit schon EuGH, Rs. C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 – Rendon Marin (m.w.N.).

müssen, dass die Herkunft der Mittel *per se* irrelevant ist; jedoch ist es natürlich denkbar, dass sie bzw. die entsprechenden Straftaten zu dem Schluss führen können, dass die Betroffenen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen und somit eine Ausweisung gerechtfertigt sein kann. Auch dürfte es in einem solchen Fall fraglich sein, ob die Betroffenen auch tatsächlich über die Mittel auch nur teilweise verfügen dürfen. Offen könnte im Einzelfall auch sein, ob bei Wegfall illegaler Einnahmequellen in der Zukunft die finanziellen Mittel regelmäßig im erforderlichen Umfang zur Verfügung stehen.

II. Grundfreiheiten

1. Warenverkehrsfreiheit

Die Frage nach der Vereinbarkeit der deutschen «Pkw-Maut» mit dem Unionsrecht wurde in der Rs. C-591/17¹⁴ einer Klärung zugeführt: Der Gerichtshof stellte einen Verstoß Deutschlands gegen Art. 18, 34, 56 und 92 AEUV fest, dies aufgrund der Kombination der neuen Maut mit einer Steuerentlastung bei der Kfz-Steuer in mindestens der Höhe des Betrages der zu entrichtenden Abgabe. Im Einzelnen hielt der EuGH insbesondere folgendes fest:

- Art. 18 I AEUV komme eigenständig nur soweit zum Zuge, wie keine besonderen Diskriminierungsverbote greifen, so dass diese Bestimmung – angesichts des Charakters der Art. 34, 56 AEUV als vorrangig anwendbare besondere Diskriminierungsverbote – in Bezug auf die Maut nur soweit anwendbar sei, wie diese Verbote nicht einschlägig sind.
- Die streitigen Maßnahmen stellten eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Denn zwischen der Einführung der Maut und der Steuerentlastung bestehe in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht ein enger Zusammenhang, so dass die Maut zwar von allen Benutzern deutscher Autobahnen unabhängig vom Ort der Zulassung ihrer Fahrzeuge geschuldet sei, jedoch – aufgrund der Steuerentlastung – im Ergebnis nur in anderen Staaten zugelassene Fahrzeuge (bzw. deren Halter und Fahrer) treffe.
- Der Hinweis, die Maßnahmen dienten letztlich einem Systemwechsel der Finanzierung der Verkehrsinfrastruktur, die sich am «Benutzer- und Verursacherprinzip» orientiere, gehe fehl, da die Kombination der Maut mit einer Steuerentlastung für einheimische Fahrzeuge sowie die konkrete Ausgestaltung der letzteren dazu führe, dass dieses Prinzip ausschließlich in anderen Staaten zugelassene Fahrzeuge betreffe. Daher könne die Maßnahme auch nicht durch Anliegen des Umweltschutzes gerechtfertigt werden, sei sie doch zur Verfolgung dieses Ziels nicht geeignet.

¹⁴ EuGH, Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504 – Österreich/Deutschland (Große Kammer).

- Die Maßnahmen stellten auch einen Verstoß gegen Art. 34, 56 AEUV dar, da sie insbesondere wegen ihrer Auswirkungen auf die Transportkosten geeignet seien, den Zugang von Erzeugnissen und die Erbringung von Dienstleistungen aus anderen Staaten zu behindern. Eine Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Rechtsprechung liege nicht vor, da diese sich nur auf die Art und Weise der Vermarktung, nicht jedoch der Beförderung beziehe. Weiter seien die Auswirkungen auf die genannten Freiheiten angesichts der Implikationen für die Transportkosten auch nicht zu ungewiss und mittelbar, und Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten seien nicht in gleicher Weise betroffen wie Dienstleistungen innerhalb eines einzigen Mitgliedstaats.
- Soweit die Maßnahmen auch Verkehrsunternehmer betreffen, liege zudem ein Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung des Art. 92 AEUV vor.

Das Urteil überzeugt und überrascht letztlich angesichts des Urteils des Gerichtshofs zur Schwerverkehrsabgabe aus dem Jahr 1992¹⁵ nicht wirklich:¹⁶ Der Gerichtshof legt bei der Beurteilung der Frage, ob eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt, eine (wirtschaftliche) Gesamtbetrachtung des Maßnahmenpakets zugrunde. Entscheidend war somit die Kombination der Maut mit der Steuerentlastung, wobei der EuGH in Bezug auf die Vergleichsgruppe ausschließlich auf die Autobahnbenutzer abstellt. Angesichts der selbst von Deutschland eingeräumten und sich aus den gesetzlichen Grundlagen klar ergebenden Verbindung der in Frage stehenden Maßnahmen bleibt aber auch nach diesem Urteil offen, nach welchen Kriterien genau zu bestimmen ist, ob ein hinreichender Zusammenhang zwischen solchen an sich unterschiedlichen Maßnahmen (die jede für sich genommen wohl primärrechtskonform ausgestaltet werden könnten) besteht. Jedenfalls bestätigt das Urteil, dass eine Diskriminierung keinesfalls durch den Hinweis auf die Leistungen der einheimischen Steuerzahler gerechtfertigt werden kann bzw. dieser Umstand auch nicht in die erwähnte wirtschaftliche Gesamtbilanz im Hinblick auf die Frage nach dem Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung berücksichtigt werden kann. Schließlich impliziert (auch) dieses Urteil wohl eine Absage an ein irgendwie geartetes «Spürbarkeitserfordernis» im Zusammenhang mit der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Grundfreiheiten, stellt der Gerichtshof doch ausdrücklich und ausschließlich darauf ab, ob die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten nicht zu ungewiss und hypothetisch ist (was bei einer gesetzlich vorgesehenen Abgabe selbstredend nicht wirklich fraglich sein kann).

Eine nationale Regelung, wonach Apotheken der ärztlichen Verschreibungspflicht unterstehende Medikamente nicht aufgrund eines «Bestellscheins» (der nicht den Namen des Patienten aufführt, so dass die Arzneimittel im Rahmen der Gesundheitsdienstleistungen z.B. in einer Praxis oder im Krankenhaus verwendet werden sollen) abgeben dürfen, wenn dieser von einer im Ausland praktizierenden Person ausgestellt wurde, während die Abgabe gestattet

¹⁵ EuGH, Rs. C-195/90, Slg. 1992, I-3141 – Kommission/Deutschland.

¹⁶ Dies im Gegensatz zu den Schlussanträgen des Generalanwalts, der überraschenderweise eine Vertragsverletzung verneint hatte.

ist, wenn der betreffende Bestellschein von einer im Inland praktizierenden Person ausgestellt wurde (und beide Kategorien von Personen zur Verschreibung von Arzneimitteln befugt sind), ist am Maßstab des freien Warenverkehrs, und nicht der Dienstleistungsfreiheit,¹⁷ zu prüfen, so der EuGH in der Rs. C-222/18¹⁸. Denn der Schwerpunkt der Maßnahme liege auf der erstgenannten Grundfreiheit, da es letztlich um ein Hindernis dafür gehe, dass Apotheken bestimmte Arzneimittel (also Waren im Sinne des Vertrages) verkaufen. Weiter sei der grenzüberschreitende Bezug im Verkauf verschreibungspflichtiger Arzneimittel von einem Mitgliedstaat aus in andere Mitgliedstaaten und damit in einer grenzüberschreitenden Warenbewegung – wobei es um die Ausfuhr gehe – zu sehen. Die in Frage stehende Regelung falle unter das Verbot des Art. 35 AEUV (der für Maßnahmen, welche das Ausscheiden von Waren aus dem Markt des Ausfuhrmitgliedstaats nachteiliger betrifft als den Absatz im Inland, zum Zuge komme¹⁹), da sie spezifisch die Ausfuhr verschreibungspflichtiger Medikamente aufgrund von Bestellscheinen verhindere. Allerdings komme eine Rechtfertigung zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen (*in casu* insbesondere die Versorgung mit Arzneimitteln) in Frage. Die Prüfung der entsprechenden Voraussetzungen – insbesondere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – obliege dem nationalen Gericht, wobei der EuGH jedoch zu erkennen gibt, dass er von der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Vertrag ausgeht: Es sei zu beachten, dass die Festlegung des Schutzniveaus in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liege und dass auch im Falle von Unsicherheiten Maßnahmen ergriffen werden könnten. Hinzu komme der besondere Charakter insbesondere verschreibungspflichtiger Medikamente. Die streitige Regelung sei jedenfalls zur Verfolgung des angestrebten Ziels geeignet, da sie dazu beitrage, eine regelmäßige, sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln sicherzustellen, da auf diese Weise verhindert werden könne, dass große Mengen verschreibungspflichtiger Arzneimittel exportiert werden und es dadurch zu einem Versorgungsengpass in dem betreffenden Mitgliedstaat kommen könne. Auch sei keine mildere Maßnahme ersichtlich, die eine gleich sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung sicherstellen könne.²⁰

¹⁷ Wobei daneben noch das Sekundärrecht zu berücksichtigen ist. Hier war die RL 2011/24 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung (ABl. 2011 L 88, 45) relevant. Der EuGH kam zum Schluss, dass kein Verstoß gegen diese Richtlinie vorlag bzw. diese nicht anwendbar war, da die in Art. 11 I RL 2011/24 vorgesehene Pflicht zur Anerkennung von Verschreibungen nicht für Bestellscheine gelte, die nicht den Namen des Patienten enthalten.

¹⁸ EuGH, Rs. C-222/18, ECLI:EU:C:2019:751 – VIPA.

¹⁹ S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-15/15, ECLI:EU:C:2016:464 – New Valmar; EuGH, Rs. C-518/16, ECLI:EU:C:2018:126 – ZPT. Der Gerichtshof weist in diesen sowie im angezeigten Urteil auch darauf hin, dass Art. 35 AEUV jede noch so unbedeutende Beschränkung des Handels erfasse, sofern sie nicht zu ungewiss oder zu mittelbar sei.

²⁰ S. weiter zur Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. C-387/18, ECLI:EU:C:2019:556 – Delfarma (Unzulässigkeit eines Verbots von Parallelimporten); EuG, Rs. T-229/17, ECLI:EU:T:2019:236 – Deutschland/Kommission: Die VO 305/2011 (Bauprodukteverordnung) erlaube es den Mitgliedstaaten nicht, einseitige nationale Maßnahmen in Bezug auf die harmonisierten (Bau-)Produkte zu ergreifen, weil sie die harmonisierte Norm für lückenhaft halten.

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Erneut²¹ stand in der Rs. C-410/18²² eine Regelung über den Zugang zu Studienbeihilfen auf dem Prüfstand, nämlich die Anforderung, dass Kinder von Grenzgängern nur dann einen Anspruch auf Studienbeihilfen haben, wenn ein Elternteil während der sieben Jahre vor Antragstellung mindestens fünf Jahre in Luxemburg gearbeitet hat. Eine solche Regelung stelle eine (grundsätzlich durch Art. 7 II VO 492/2011 und Art. 45 AEUV verbotene) mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Sie könne auch nicht durch das Ziel gerechtfertigt werden, den Anteil von gebietsansässigen Personen mit Studienabschluss in Luxemburg zu erhöhen, so dass nur Personen unterstützt werden sollen, welche eine gewisse Verbundenheit zu Luxemburg aufweisen: Zwar handle es sich hier um ein zwingendes Interesse des Allgemeinwohls; jedoch erlaube es die Berechnung der Mindestdauer von fünf Jahren anhand eines Referenzzeitraums von sieben Jahren nicht, umfassend die Verbundenheit mit dem luxemburgischen Arbeitsmarkt zu prüfen, so dass die Maßnahme nicht erforderlich sei.

Das Urteil verdeutlicht, dass bei den Voraussetzungen, welche für den Zugang zu staatlichen Leistungen zu erfüllen sind und bei denen eine irgendwie geartete Verbundenheit mit dem jeweiligen Mitgliedstaat gefordert wird, zu unflexible und starre Regelungen grundsätzlich nicht den Anforderungen der Erforderlichkeit entsprechen. Damit dürfte aber nicht ausgeschlossen sein, dass die Mitgliedstaaten eine gewisse Mindestdauer der Beschäftigung oder des Wohnsitzes im Inland vorsehen; allerdings müssen diese grundsätzlich mit einer «Öffnungsklausel» kombiniert werden, welche es den Betroffenen erlaubt, ihre Verbundenheit auf andere Art und Weise nachzuweisen. Im Übrigen ist hervorzuheben, dass bei Wanderarbeitnehmern und Grenzgängern, die Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates haben, grundsätzlich von einer hinreichenden Integration auszugehen ist, so dass ihnen regelmäßig Zugang zu sozialen Vergünstigungen zu gewähren ist, was nichts daran ändert (wie das angezeigte Urteil verdeutlicht), dass eine Beschränkung des Zugangs zu solchen Leistungen (nur) für Grenzgänger bzw. deren Kinder, die keine hinreichende Verbundenheit zu dem betreffenden Staat aufweisen, gerechtfertigt sein kann.

Die Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft stand im Zentrum der Rs. C-483/17²³; In Anwendung des Art. 7 I lit. a, Art. 3 lit. c RL 2004/38 sei eine Person, die im ersten Beschäftigungsjahr im Aufnahmestaat ihre Tätigkeit unfreiwillig nach (bereits) zwei Wochen aufgegeben hat, für mindestens sechs Monate als Arbeitnehmerin anzusehen, dies unabhängig davon, ob die aufgenommene Tätigkeit eine befristete oder unbefristete Tätigkeit war und ob es sich um eine selbständige oder eine unselbständige Tätigkeit handelte.

Werden Arbeitnehmern aufgrund des Anciennitätsprinzips gewisse Vorteile eingeräumt, so kann eine solche Regelung mit dem EU-Recht in Einklang stehen, so der EuGH in der Rs. C-

²¹ Vgl. bereits EuGH, Rs. C-542/09, ECLI:EU:C:2012:346 – Kommission/Niederlande; EuGH, Rs. C-20/12, ECLI:EU:C:2013:411 – Giersch; EuGH, Rs. C-238/15, ECLI:EU:C:2016:949 – Bragança Linares.

²² EuGH, Rs. C-410/18, ECLI:EU:C:2019:582 – Aubriet.

²³ EuGH, Rs. C-483/17, ECLI:EU:C:2019:309 – Tarola.

437/17²⁴ in Bezug auf die Gewährung einer zusätzlichen Urlaubswoche für Arbeitnehmer, die seit mindestens 20 Jahren beim selben Arbeitgeber tätig sind und mindestens 25 Jahre berufstätig waren. Denn nichts deute darauf hin, dass inländische Arbeitnehmer üblicherweise 25 Jahre im Dienst eines Arbeitgebers blieben, so dass keine Bevorzugung inländischer Arbeitnehmer gegenüber Arbeitnehmern aus anderen EU-Staaten vorliege. Auch eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit sei nicht ersichtlich; insbesondere sei das Vorbringen, inländische Arbeitnehmer könnten durch die Regelung vom Gebrauch ihrer Freizügigkeit abgehalten werden, zu unsicher und ungewiss, beruhe eine solche Entscheidung doch auf einer Vielzahl von Umständen.

Anders entschied der Gerichtshof in der Rs. C-703/17²⁵, in der es um die Gehaltseinstufung von *Senior Lecturers/Postdocs* an der Universität Wien ging: Werden hierfür bei einem anderen Arbeitgeber absolvierte Vordienstzeiten nur im Ausmaß von höchstens vier Jahren angerechnet, auch wenn es sich um vergleichbare oder identische Aktivitäten wie diejenige als *Senior Lecturer/Postdoc* handelt, während die Dienstzeiten bei der fraglichen Universität vollumfänglich berücksichtigt werden, liege eine Beschränkung²⁶ der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor. Art. 45 AEUV stehe nämlich jeder nationalen Maßnahme entgegen, die geeignet sei, die Ausübung der Grundfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. *In casu* könnten Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind und länger als vier Jahre die Tätigkeit eines *Senior Lecturers/Postdocs* oder eine gleichwertige Tätigkeit an einer oder mehreren Universitäten oder vergleichbaren Einrichtungen in ihrem Herkunftsmitgliedstaat ausgeübt haben, davon abgehalten werden, sich um eine Stelle als *Senior Lecturer/Postdoc* an der Universität Wien zu bewerben und damit von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, wenn trotz im Wesentlichen gleicher Arbeit in ihrem Herkunftsmitgliedstaat bei der Festlegung ihrer Gehaltseinstufung nicht ihre volle Berufserfahrung angerechnet werde. Im Gegensatz zur Ausgangslage in der Rs. C-437/17 beruhe die Tatsache, dass die teilweise Anrechnung der gleichwertigen Berufserfahrung die Arbeitnehmerfreizügigkeit behindern könne, auch nicht auf einer Gesamtheit von Umständen, die zu ungewiss und indirekt seien (dies im Gegensatz zur Anrechnung einer nicht gleichwertigen Berufserfahrung). Eine Rechtfertigung komme nicht in Frage: Zwar könne es ein legitimes Ziel der Entgeltpolitik sein, u. a. die Berufserfahrung zu honorieren, die den Arbeitnehmer befähige, seine Arbeit besser zu verrichten. Jedoch sei die Maßnahme vorliegend nicht geeignet, da nur vier Jahre Berufserfahrung anerkannt würden, womit die Tatsache in Frage gestellt werde, dass die im Laufe der Zeit erworbene Erfahrung mit einer Verbesserung der Qualität der zu erbringenden Arbeitsleistung einhergehe. Hinzufügen könnte man hier noch,

²⁴ EuGH, Rs. C-437/17, ECLI:EU:C:2019:193 – EurothermenResort Bad Schallerbach.

²⁵ EuGH, Rs. C-703/17, ECLI:EU:C:2019:850 – Krah.

²⁶ Eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit wurde hingegen verneint, da nichts darauf hindeute, dass die in Frage stehende Vorschrift EU-Ausländer eher benachteilige; die Ungleichbehandlung knüpfe nämlich an den Arbeitgeber, bei dem die Berufserfahrung erworben wurde, an.

dass die Maßnahme jedenfalls nicht kohärent ist, da bei der Universität Wien absolvierte Berufserfahrung angerechnet wird.²⁷

Beide Urteile legen die Annahme nahe, dass der Gerichtshof den Tatbestand des Art. 45 AEUV nicht durch einen der sog. Keck-Rechtsprechung entsprechenden Ansatz beschränkt, sondern bei nicht diskriminierenden Maßnahmen, welche nur indirekt die Arbeitnehmerfreizügigkeit berühren, darauf abstellt, ob die hindernde Wirkung nicht zu ungewiss und indirekt ist. Gleichzeitig betont der Gerichtshof jeweils (zu Recht), dass die Wahrnehmung der Arbeitnehmerfreizügigkeit es den Betroffenen nicht garantiere, dass im Aufnahmemitgliedstaat tatsächlich die gleichen Arbeitsbedingungen wie im Herkunftsstaat zum Zuge kommen. Deutlich wird damit die Schwierigkeit zu bestimmen, wann eine nicht diskriminierende Maßnahme tatsächlich hinreichend direkt und gewiss ist, um als Behinderung der Freizügigkeit angesehen werden zu können. Die angezeigten Urteile legen es nahe, dass eine derartige beschränkende Wirkung jedenfalls bei nicht sachlich gerechtfertigten Differenzierungen grundsätzlich anzunehmen ist. Alle Abgrenzungsprobleme und Fragen sind hiermit jedoch nicht geklärt. So bleibt z.B. unklar, unter welchen Voraussetzungen genau unattraktive, aber allgemein anwendbare Arbeitsbedingungen oder Vergünstigungen für Arbeitnehmende eine Beschränkung der Freizügigkeit darstellen können.²⁸

3. *Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit*

a) *Diplomanerkennung*

²⁷ S. letztlich ähnlich in Bezug auf die Unvereinbarkeit der Berücksichtigung gewisser Vordienstzeiten bei der Besoldung EuGH, Rs. C-24/17, ECLI:EU:C:2019:373 – Österreichischer Gewerkschaftsbund.

²⁸ S. ansonsten zur Arbeitnehmerfreizügigkeit noch EuGH, Rs. C-603/17, ECLI:EU:C:2019:310 – Bosworth und Hurley (zum Begriff des Arbeitnehmers und insbesondere dem Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses im Zusammenhang mit der Tätigkeit für eine Gesellschaft, wobei ein solches im Falle von Geschäftsführern von Einzelgesellschaften einer Unternehmensgruppe in Bezug auf die Unternehmensgruppe verneint wurde (während hingegen das Fehlen eines förmlichen Arbeitsvertrages nicht relevant sei); EuGH, Rs. C-716/17, ECLI:EU:C:2019:598 – A: Ein Wohnsitzerfordernis im Inland als Voraussetzung für eine Entschuldung stelle eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar, da eine solche Anforderung den Arbeitnehmer davon abhalten könne, von seiner Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Überprüfung der persönlichen und finanziellen Situation des Schuldners scheide mangels Geeignetheit (keine kohärente Verfolgung des Ziels, da der Wohnsitz während des Verfahrens verlegt werden könne) und Erforderlichkeit (das Verlangen von Auskünften usw. stelle ein milderes Mittel dar) aus; EuGH, Rs. C-134/18, ECLI:EU:C:2019:212 – Vester: Bei im nationalen Recht vorgesehenen „Wartezeiten“ im Hinblick auf die Anerkennung der Invalidität müssten Wanderarbeitnehmern während dieser Zeiten die gleichen Rechte wie sesshaften Arbeitnehmern in Bezug auf Arbeitslosenunterstützung gewährt werden; EuGH, Rs. C-315/19, ECLI:EU:C:2019:792 – YU: Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch eine Regelung, welche Arbeitnehmer, die ein ihnen von ihrem Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat zur Verfügung gestelltes Fahrzeug benutzen, verpflichtet, gewisse Dokumente mitzuführen, und die Verletzung dieser Pflicht mit ins Gewicht fallenden Sanktionen belegt; EuGH, Rs. C-35/19, ECLI:EU:C:2019:894 – BU; EuGH, Rs. C-174/18, ECLI:EU:C:2019:205 – Jacob und Lennertz: Beschränkung des Art. 45 AEUV durch eine unterschiedliche steuerliche Behandlung je nach Herkunft der Einkünfte (Inland oder EU-Ausland).

Die RL 98/5 ermöglicht für in einem Mitgliedstaat bei der dort zuständigen Stelle eingetragene Rechtsanwälte, nach Vorlage einer Bescheinigung über diese Eintragung in einem anderen Mitgliedstaat unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung tätig zu sein (vgl. Art. 3 II RL 98/5). Damit nimmt die RL 98/5 nach der Rechtsprechung²⁹ eine vollständige Harmonisierung vor, so dass das Vorlegen der erwähnten Bescheinigung die einzige Voraussetzung für die Eintragung im Aufnahmestaat darstellt. Daher dürfe ein Mitgliedstaat – so der EuGH in der Rs. C-431/17³⁰ – einem Rechtsanwalt, der in einem anderen Mitgliedstaat die Rechtsanwaltsqualifikation erworben hat, nicht allein deswegen die Eintragung in das Rechtsanwaltsregister verweigern, weil er Mönch ist, liefe eine solche Voraussetzung doch darauf hinaus, eine zusätzliche Eintragungsvoraussetzung vorzusehen, was nicht mit dem abschließenden Charakter des Art. 3 II RL 98/5 in Einklang stehe. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Eigenschaft als Mönch möglicherweise mit gewissen Berufs- und Standesregeln in Konflikt geraten könne. Denn es sei zwischen der Eintragung in das Rechtsanwaltsregister und der Ausübung des Berufs zu unterscheiden; in Bezug auf letztere könnten die Mitgliedstaaten aufgrund fehlender Harmonisierung durchaus Vorgaben vorsehen (unter Einschluss von Sanktionen im Falle von deren Nichteinhaltung, die auch die Streichung aus dem Register einschließen dürften). Konkret dürfe ein Mitgliedstaat gewisse Garantien für das Nichtvorhandensein von Interessenskonflikten und die Unabhängigkeit verlangen, wobei die ergriffenen Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen müssten.

Damit unterscheidet der Gerichtshof zwischen der formalen Eintragung in das Register und der Ausübung des Rechtsanwaltsberufs, und nur letztere kann unter Hinweis auf Standes- und Berufsregeln eingeschränkt werden. Das Urteil impliziert damit auch, dass es in ein Rechtsanwaltsregister eingetragene Personen geben kann, die jedoch aufgrund von Berufs- oder Standesregeln diesen Beruf nicht ausüben können. Auf den ersten Blick mag diese Konsequenz merkwürdig anmuten; sie erscheint aber insofern sachgerecht, als es bei den Voraussetzungen der Eintragung und der Berufsausübung um unterschiedliche Fragen (zum einen die Qualifikation als solche, zum anderen das Vorliegen der weitgehend «persönlichen» Voraussetzungen zur Ausübung des Berufs) geht, deren Beurteilung sich im Laufe der Zeit auch ändern kann. Keine abschließenden Aussagen lassen sich dem Urteil darüber entnehmen, ob der pauschale Ausschluss von Mönchen von der Ausübung des Rechtsanwaltsberufs aufgrund ihrer Einbindung in die Klostersgemeinschaft und die im Anschluss daran zu beachtenden Regeln zulässig ist. Hier wären letztere im Einzelnen im Hinblick auf die Anforderungen des Rechtsanwaltsberufs zu prüfen, wobei insbesondere die Erforderlichkeit fraglich sein könnte (z.B. für den Fall, dass die Klostersgemeinschaft in besonderen Konstellationen Ausnahmen von der Einhaltung gewisser Regeln erlaubt) und in jedem Fall

²⁹ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-58/13, C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088 – Torresi.

³⁰ EuGH, Rs. C-431/17, ECLI:EU:C:2019:368 – Monachos Eurinaios (Große Kammer).

eine Einzelfallprüfung vorzunehmen wäre (unterscheiden sich die Regeln von Glaubensgemeinschaften doch zum Teil erheblich).

Die RL 2005/36 (Berufsanerkennungsrichtlinie) regelt insbesondere die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen für sog. reglementierte Berufe (also solche, deren Ausübung einer angemessenen Ausbildung zum Erwerb einer beruflichen Qualifikation und eines spezifischen Ausbildungsnachweises bedarf), vgl. Art. 10 ff. RL 2005/36, sowie die Ausübung eines solchen Berufs, die unter denselben Voraussetzungen wie Inländern zu gestatten ist, soweit die Betreffenden einen Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis nach Art. 11 RL 2005/36 besitzen, den die zuständige Behörde eines anderen Mitgliedstaats hierfür ausgestellt hat (Art. 13 I RL 2005/36). Allerdings dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 14 I RL 2005/36 Ausgleichsmaßnahmen für den Fall vorsehen, dass sich die Ausbildung in einem anderen Mitgliedstaat wesentlich von derjenigen im Aufnahmemitgliedstaat unterscheidet, wobei für eine entsprechende Prüfung nur die in Anhang VII RL 2005/36 genannten Unterlagen und Bescheinigungen verlangt werden dürfen (Art. 50 I RL 2005/36). In der Rs. C-729/17³¹ schloss der Gerichtshof in Bezug auf eine griechische Regelung über die Voraussetzungen der Zulassung als Mediator auf ihre Unvereinbarkeit mit der RL 2005/36:³²

- Erstens müsse nach der griechischen Regelung eine Reihe von Dokumenten, die nicht in der RL 2005/36 erwähnt sind (Ort der Ausbildung, Verfahren der Prüfung und Bewertung der Bewerber und die Modalitäten, die die Lauterkeit dieses Verfahrens gewährleisten) an die zuständige Behörde übermittelt werden, was nicht mit dem abschließenden Charakter der Aufzählung der zu übermittelnden Dokumente im Anhang VII RL 2005/36 in Einklang stehe.
- Zweitens setze die Auferlegung von Ausgleichsmaßnahmen nach Art. 14 I lit. a RL 2005/36 eine Prüfung voraus, mit der die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats feststellen soll, ob möglicherweise zwischen der bisherigen Ausbildung des Antragstellers und der inländischen Ausbildung wesentliche Unterschiede bestehen. Werde die Feststellung der Gleichwertigkeit aber – wie in Griechenland – davon abhängig gemacht, dass der Antragsteller mindestens drei Teilnahmen an Mediationsverfahren als Mediator, Hilfsmediator oder Berater einer Partei als Erfahrung vorweisen kann, und könne die zuständige Stelle nach ihrem Ermessen dem

³¹ EuGH, Rs. C-729/17, ECLI:EU:C:2019:534 – Kommission/Griechenland.

³² Daneben hielt er auch einen Verstoß gegen die RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) fest: Es stehe nicht mit deren Art. 15 II lit. b, c in Einklang zu verlangen, dass die Rechtsform für Ausbildungseinrichtungen für Mediatoren auf Gesellschaften ohne Erwerbszweck beschränkt werde, die aus mindestens einer Rechtsanwaltskammer und mindestens einer Berufskammer Griechenlands zusammengesetzt sein müssten. Derartige Anforderungen fielen in den Anwendungsbereich der genannten Bestimmungen, und Griechenland habe auch nicht vorgetragen, warum sie zur Sicherstellung einer hohen Qualität für Ausbildungsdienstleistungen für Mediatoren notwendig sein sollten, so dass die Voraussetzungen des Art. 15 III RL 2006/123 nicht erfüllt seien. S. zu dieser Thematik auch EuGH, Rs. C-209/18, ECLI:EU:C:2019:632 – Kommission/Österreich, wo der Gerichtshof ebenfalls mangels Nachweis der Rechtfertigung die Unvereinbarkeit der in Frage stehenden Anforderungen an die Rechtsform bestimmter Gesellschaften und deren Zusammensetzung mit der RL 2006/123 feststellte.

Antragsteller eine ergänzende Prüfung vorschreiben, werde den erwähnten Anforderungen der RL 2005/36 nicht Rechnung getragen, da sie nicht der in dieser vorgesehenen Art von Kriterien entsprechen. Es sei nämlich gerade keine vorherige Beurteilung vorgesehen, um festzustellen, ob der Antragsteller eine Ausbildung erhalten habe, die sich wesentlich von der im Aufnahmemitgliedstaat geforderten Ausbildung unterscheide.

- Schließlich verstoße die Regelung auch gegen das in Art. 13 I RL 2005/36 verankerte Diskriminierungsverbot. Denn von Personen, die eine Zulassung als Mediator beantragen, nachdem sie einen Befähigungsnachweis bei einer ausländischen Ausbildungseinrichtung erworben haben, werde verlangt, eine Erfahrung von mindestens drei Teilnahmen an Mediationsverfahren vorzuweisen, wohingegen eine derartige Zulassungsbedingung nicht für Personen gelte, die einen Befähigungsnachweis bei einer inländischen Ausbildungseinrichtung erworben haben.

b) Dienstleistungsrichtlinie

Art. 15 RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) verpflichtet die Mitgliedstaaten zu prüfen, ob für die Erbringung von Dienstleistungen gewisse nicht diskriminierende Anforderungen (die im Einzelnen in Art. 15 II RL 2006/123 aufgezählt werden) aufgestellt werden, und sicherzustellen, dass diese durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragen. Erfasst sind nach Art. 15 II lit. g RL 2006/123 auch Mindest- oder Höchstpreise. In der Rs, C-377/17³³ stellte der Gerichtshof klar, dass die Festlegung verbindlicher Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren – so wie dies in Deutschland vorgesehen ist bzw. war – den skizzierten Anforderungen der RL 2006/123 nicht Rechnung trage. Denn zwar seien zwingende Interessen des Allgemeinwohls geltend gemacht worden (nämlich die Sicherstellung der Qualität der Arbeiten, der Verbraucherschutz, die Erhaltung des kulturellen und historischen Erbes sowie der Umweltschutz). Jedoch verfolge die durchaus aufgrund der Besonderheiten des fraglichen Marktes und der in Rede stehenden Dienstleistungen³⁴ grundsätzlich geeignete Maßnahme (soweit der Mindestpreise betroffen ist) die angestrebten Ziele nicht in kohärenter und systematischer Weise, da die in Frage stehenden Planungsleistungen auch durch Dienstleister erbracht werden dürften, die nicht ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen haben. In Bezug auf Höchstsätze habe Deutschland nicht begründet, warum zum Schutz der Verbraucher vor überhöhten Preisen nicht weniger einschneidende Maßnahmen, wie

³³ EuGH, Rs. C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562 – Kommission/Deutschland.

³⁴ Es bestehe eine hohe Informationsasymmetrie zwischen Anbietern und Kunden, so dass die Maßnahme dazu beitragen könne, dass Leistungen zu Preisen angeboten werden, die langfristig nicht die Qualität der Leistungen zu gewährleisten vermögen.

insbesondere Preisorientierungen für die verschiedene Kategorien von Leistungen, ergriffen werden könnten.

Das Urteil – das sich zwar auf die Dienstleistungsrichtlinie bezieht, in der Sache aber auch für die Grundfreiheiten von Bedeutung ist – illustriert einerseits den durchaus bestehenden Spielraum der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Geeignetheit, zeigt aber gleichzeitig die sich aus dem Erfordernis der Kohärenz ergebenden Grenzen des Spielraums auf. Die Erwägungen in Bezug auf diese Kohärenz vermögen allerdings nur beschränkt zu überzeugen: Führt man über die Mindestpreise hinaus noch das Erfordernis einer bestimmten Ausbildung an, so würde letztlich eine andere und zusätzliche Hürde für den freien Dienstleistungsverkehr aufgebaut, und es fragt sich, ob es nicht eine den Mitgliedstaaten zu überlassende politische Entscheidung ist, ob und inwieweit eine der beiden Maßnahmen ausreichend sein könnte. Deutlich wird damit auch, dass das aus der Rechtsprechung durchaus bekannte und immer wieder herangezogene Erfordernis der kohärenten und systematischen Zielverfolgung sehr eng mit politischen Abwägungsentscheidungen verbunden ist, die aber grundsätzlich den Mitgliedstaaten obliegen, so dass sich hier mitunter – wie in dem angezeigten Urteil – eine etwas stärkere Zurückhaltung der Überprüfung durch den EuGH aufdrängen könnte.³⁵

c) Arbeitnehmerentsendung

In Österreich sind für den Fall der Nichteinhaltung gewisser arbeitsrechtlicher Pflichten in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen im Zusammenhang mit einem grenzüberschreitenden Arbeitskräfteeinsatz Geldstrafen vorgesehen, die einen im Vorherein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen. Weiter sind die Geldstrafen für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung zu erheben, und im Fall der Abweisung einer hiergegen erhobenen Beschwerde tritt ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzu. Bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafen werden diese in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt. Hervorzuheben ist, dass sich dieses Sanktionensystem auf «formale» Verpflichtungen bezieht, welche es den zuständigen Behörden erlauben sollen, die Einhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu kontrollieren, nicht hingegen auf die Einhaltung der materiellen Vorgaben (Mindestlohn usw.).

³⁵ Zum freien Dienstleistungsverkehr auch noch EuGH, Rs. C-630/17, ECLI:EU:C:2019:123 – Miliwojevic: Eine nationale Regelung, welche die Nichtigkeit von Kreditverträgen zwischen in diesem Mitgliedstaat ansässigen Personen und im Ausland ansässigen Kreditgebern, die nicht über eine Zulassung für die Ausübung ihrer Tätigkeit im erstgenannten Mitgliedstaat verfügen, vorsieht, verstoße mangels Erforderlichkeit (ein Einschreiten von Amts wegen bei Beanstandungen sei z.B. eine mildere Maßnahme zum Verbraucherschutz) gegen Art. 56 AEUV (der in Bezug auf Art. 63 AEUV für vorrangig anwendbar erachtet wurde, da die den freien Kapitalverkehr beschränkenden Wirkungen nur eine zwangsläufige Folge der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit seien).

Der Gerichtshof erachtete die skizzierten Regelungen in den verb. Rs. C-64/18 u.a.³⁶ als nicht mit Art. 56 AEUV³⁷ in Einklang stehend: Eine Regelung, wonach im Rahmen einer Arbeitnehmerentsendung im Aufnahmemitgliedstaat bestimmte Arbeits- und Sozialunterlagen zu erstellen und zu führen sind, könne für die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen zu zusätzlichen Kosten und Belastungen führen und stelle somit eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Gleiches gelte für das Erfordernis einer behördlichen Erlaubnis. Damit sei auch das Vorsehen von Sanktionen im Falle eines Verstoßes gegen derartige Pflichten als eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs anzusehen. Eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls (sozialer Schutz der Arbeitnehmer sowie die Betrugsbekämpfung) komme grundsätzlich in Frage, wobei die Härte der verhängten Sanktionen der Schwere des mit ihnen geahndeten Verstoßes entsprechen müsse. Im konkreten Zusammenhang gehe es um die Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften über die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen sowie die Bereithaltung von Lohnunterlagen, und eine Regelung, die Sanktionen vorsieht, deren Höhe von der Zahl der von der Nichteinhaltung bestimmter arbeitsrechtlicher Verpflichtungen betroffenen Arbeitnehmer abhängt, sei für sich genommen nicht unverhältnismäßig. Allerdings könne der hohe Betrag der für die Nichteinhaltung solcher Verpflichtungen vorgesehenen Geldstrafen in Verbindung mit dem Fehlen einer Obergrenze, wenn mehrere Arbeitskräfte betroffen sind, die Verhängung sehr hoher Geldstrafen (mehrere Millionen Euro) nach sich ziehen. Im Übrigen könne das Fehlen einer Untergrenze dazu führen, dass eher schwere Sanktionen auch dann zu verhängen sind, wenn der beanstandete Sachverhalt nicht sehr schwerwiegend ist. Hinzu komme die Erhöhung der zu zahlenden Beträge im Falle der Abweisung einer Beschwerde und die zu verhängende Ersatzfreiheitsstrafe (bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe), was für die Betroffenen sehr schwerwiegend sei. Eine Gesamtwürdigung führe daher zu dem Schluss, dass die vorgesehenen Sanktionen nicht in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstöße stünden, und es sei davon auszugehen, dass auch weniger einschneidende Maßnahmen für die wirksame Durchsetzung der in Frage stehenden Pflichten ausreichen würden.

Der Gerichtshof beanstandet somit nicht die Berechtigung von Sanktionen als solche, sondern nur (aber immerhin) ihre konkrete Ausgestaltung: Die in Österreich offenbar zwingend vorzusehende Kumulation, die fixe Untergrenze sowie die weiteren Verschärfungen verunmöglichten eine Berücksichtigung der konkreten Schwere des Verstoßes, so dass sie den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nicht genügten. Von besonderer Bedeutung war

³⁶ EuGH, verb. Rs. C-64/18 u.a., ECLI:EU:C:2019:723 – Maksimovic. S. ähnlich mit Bezug zur sog. Durchsetzungsrichtlinie (RL 2014/67) EuGH, Rs. C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1108 – NE.

³⁷ Die RL 96/71 (Entsenderichtlinie) erachtete der Gerichtshof für nicht anwendbar, da solche Kontrollmaßnahmen nicht in den Anwendungsbereich der RL 96/71 fielen; die RL 2014/67 (Durchsetzungsrichtlinie) sei aus zeitlicher Sicht nicht anwendbar, und die RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) berühre nach ihrem Art. 1 VI nicht den Erlass einer nationalen Regelung mit abschreckenden Maßnahmen zur Durchsetzung von materiellem Arbeitsrecht.

offenbar, dass es bei den Verstößen «nur» um formale Pflichten ging, zu welchen die ausgesprochen hohen Geldstrafen in der Tat kaum als in einem angemessenen Verhältnis stehend betrachtet werden können. Auch dieses Urteil hindert somit die Mitgliedstaaten in keiner Weise daran, wirksame und abschreckende Maßnahmen im Falle der Nichteinhaltung von die Arbeitnehmerentsendung betreffenden Vorgaben vorzusehen, wie der Gerichtshof übrigens auch ausdrücklich betont. Allerdings ist eine gewisse Angemessenheit der vorgesehenen Sanktionen im Verhältnis zur Schwere der Verstöße zu gewährleisten, was zwar nicht *per se* z.B. Untergrenzen bzw. Mindeststrafen oder gewissen Kumulierungen entgegensteht, aber nur, soweit dies nicht zu unangemessenen Sanktionen führt oder führen kann. Fraglich könnte noch sein, ob Mindeststrafen bei reinen «Verwaltungsdelikten» von vornherein unzulässig sind. M.E. lässt sich dies nicht aus dem Urteil ableiten und ergibt sich auch nicht aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; vielmehr kommt es auf die Höhe der Untergrenze an.

Der Anwendungsbereich des Rechts der Arbeitnehmerentsendung stand im Zentrum der Rs. C-16/18³⁸, dies im Zusammenhang mit der Frage, ob im internationalen Schienenverkehr tätiges Bordpersonal, welches verschiedene Dienstleistungen (wie Verpflegung und Reinigung) erbringt, jedoch in einem Mitgliedstaat angestellt ist und lediglich im Rahmen der internationalen Zugverbindungen grenzüberschreitend tätig ist, als entsandte Arbeitnehmer im Sinn der RL 96/71 (Entsenderichtlinie) und des Art. 56 AUV anzusehen ist. Der EuGH verneinte diese Frage:³⁹ Denn ein Arbeitnehmer könne nicht als in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsandt angesehen werden, wenn seine Arbeitsleistung keine hinreichende Verbindung zu diesem Hoheitsgebiet aufweise. Im Falle des Bordpersonals von internationalen Zügen, das einen wesentlichen Teil seiner Arbeitsleistung (sämtliche Tätigkeiten mit Ausnahme des Bordservice während der Zugfahrten) im Sitzmitgliedstaat des arbeitgebenden Unternehmens erbringe und auch den Dienst in diesem Mitgliedstaat antrete und beende, liege gerade keine solche hinreichende Verbindung zu dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, die diese Züge durchqueren vor, so dass sie nicht als dorthin «entsandt» anzusehen seien.

Vor dem Hintergrund der konkreten Fallgestaltung des Ausgangssachverhalts erscheint der Ansatz des EuGH in der Begründung und im Ergebnis gut nachvollziehbar, zumal die typische Entsendekonstellation hier gerade nicht vorliegt und daher die mit ihr verbundenen Risiken, denen die RL 96/71 begegnen will, nicht wirklich zu gewärtigen sind. Allerdings wirft die allgemein formulierte Voraussetzung der hinreichenden Verbindung zum Hoheitsgebiet des Empfangsstaats der Entsendung durchaus die Frage nach den hierfür maßgeblichen Kriterien auf. In Anbetracht des Sinns und Zwecks des Entsenderechts erscheint es hier sachgerecht, darauf abzustellen, ob die betreffenden Arbeitnehmenden in einer Weise im

³⁸ EuGH, Rs. C-16/18, ECLI:EU:C:2019:1110 – Dobersberger (Große Kammer).

³⁹ Dies nach der Feststellung, dass die in Frage stehenden Dienstleistungen wegen der fehlenden «naturgemäßen» Verbindung mit der Beförderungsleistung (diese könne auch unabhängig von den in Frage stehenden ergänzenden Dienstleistungen durchgeführt werden) keine Verkehrsdienstleistungen im Sinn des Vertrages darstellten, so dass die Dienstleistungsfreiheit anwendbar sei.

Aufnahmemitgliedstaat tätig sind, dass sie in einer gewissen Konkurrenz zu einheimischen Arbeitskräften stehen könnten. Letztlich werden hier aber die jeweiligen Umstände des Einzelfalls ausschlaggebend sein.

d) Anforderungen an die Zulässigkeit eines Gewerbebetriebs

Die Rs. C-230/18⁴⁰ betraf eine behördliche Anordnung zur sofortigen Schließung eines Massagesalons, da der Verdacht der Ausübung von Prostitution bestand, ohne dass die hierfür erforderliche Bewilligung vorlag. Nachdem der Gerichtshof klargestellt hatte, dass die ihm vorgelegten Fragen nur die Schließung des Massagesalons, nicht hingegen die Anforderungen an die Ausübung der Prostitution als solche betreffen, so dass Art. 49 AEUV und nicht die RL 2006/123 einschlägig sei, schloss der Gerichtshof auf die Unzulässigkeit einer Regelung wie die im Ausgangsverfahren zur Debatte stehende: Es gehe um eine (nicht diskriminierende) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da die Möglichkeit einer Verwaltungsbehörde, einen Gewerbebetrieb mit sofortiger Wirkung zu schließen, Personen aus anderen Mitgliedstaaten von der Niederlassung abhalten könne. Eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – nämlich das Anliegen, Straftaten (gegenüber Prostituierten) vorzubeugen – sowie des Gesundheitsschutzes komme zwar grundsätzlich in Frage, da diese Rechtsgüter durch die Ausübung der Prostitution betroffen sein könnten (wie der Gerichtshof im Einzelnen darlegt). Auch sei die Maßnahme – sofortige Schließung im Falle des Fehlens der erforderlichen Bewilligung – zur Zielerreichung geeignet, und grundsätzlich könne auch die Erforderlichkeit bejaht werden. Jedoch erlaube es das nationale Recht, den Betrieb ohne jede schriftliche und dem Adressaten mitgeteilte Begründung zu schließen, während dieser im Falle eines Antrags auf Widerruf eine Begründung liefern müsse. Eine solche Regelung verstoße gegen Art. 47 GRCh (wirksame gerichtliche Kontrolle), da jeder Betroffene Kenntnis von den Gründen, auf denen die ihm gegenüber ergangene Verwaltungsentscheidung beruhe, erlangen können müsse, damit er seine Rechte effektiv wahrnehmen könne, womit auch der Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte betroffen sei. Dieses Begründungserfordernis sei gerade in einer Fallgestaltung, in welcher auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten sei, von besonderer Bedeutung.

Das Urteil ist ein Beispiel für die Maßgeblichkeit der Unionsgrundrechte in denjenigen Konstellationen, in denen ein Mitgliedstaat sich auf zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls beruft, um die Beschränkung einer Grundfreiheit zu rechtfertigen (ein Grundsatz, den der EuGH auch in Erinnerung ruft, sei in solchen Fallgestaltungen doch der Geltungsbereich des Unionsrechts eröffnet, mit der Folge, dass die in Frage stehende nationale Maßnahme mit den Unionsgrundrechte vereinbar sein muss): Gerade die verfahrensrechtlichen

⁴⁰ EuGH, Rs. C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383 – PI.

Grundrechte – wie das Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz – stellen nämlich im Verhältnis zu den Grundfreiheiten als solche eigentliche zusätzliche Anforderungen auf, die bei solchen nationalen Maßnahmen zu beachten sind. Demgegenüber entfalten die materiellen Grundrechte – wie die auch vorliegend betroffene unternehmerische Freiheit – letztlich eine parallele «Schutzwirkung» wie die Grundfreiheiten, soweit ihr Schutzbereich betroffen ist, so dass ihnen insoweit an sich keine eigenständige Bedeutung zukommt. In materiell-rechtlicher Hinsicht bedeutet das Urteil vor diesem Hintergrund mitnichten, dass eine Betriebsschließung wie die im Ausgangsverfahren in Frage stehende von vornherein unzulässig wäre; im Gegenteil weist der Gerichtshof ausdrücklich auf die grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit hin.⁴¹

III. Gleichstellung

Nach Art. 24 RL 2006/54 (Gleichstellungsrichtlinie) haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um Arbeitnehmer sowie Arbeitnehmervertreter vor Entlassungen und anderen Benachteiligungen zu schützen, die wegen der Geltendmachung der sich aus dem Gleichstellungsgrundsatz ergebenden Rechte erfolgen. Beschränke ein Mitgliedstaat den aufgrund dieser Bestimmung zu gewährenden Schutz vor Viktimisierung durch den Arbeitgeber auf Konstellationen, in denen die betreffende Person im Rahmen der Untersuchung einer Beschwerde als Zeuge aufgetreten ist und ihre Zeugenaussagen durch ein datiertes und unterzeichnetes Dokument belegt werden, trage er den Vorgaben des Art. 24 RL 2006/54 nicht Rechnung, so der Gerichtshof in der Rs. C-404/18⁴². Denn schon aus dem Wortlaut des Art. 24 RL 2006/54 ergebe sich sein weiterer Anwendungsbereich, so dass alle Arbeitnehmer erfasst seien, gegen die ein Arbeitgeber als Reaktion auf wegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eingereichten Beschwerde Vergeltungsmaßnahmen ergriffen hat, ohne dass eine anderweitige bzw. darüber hinausgehende Einschränkung erkennbar wäre. Nur diese Auslegung trage auch dem Grundsatz der effektiven Wirksamkeit der Bestimmung Rechnung, da ansonsten der Schutz der Arbeitnehmer(vertreter), die eine geschützte Person formell oder informell verteidigen, lückenhaft wäre und diese daher von der

⁴¹ S. über die angezeigten Urteile hinaus noch EuGH, Rs. C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125 – AV (Unzulässigkeit eines uneingeschränkten Vorkaufsrechts für bei einer kommunalen Apotheke beschäftigte Apotheker bei der Übertragung dieser Apotheke im Wege eines Ausschreibungsverfahrens, da eine Beschränkung des Art. 49 AEUV vorliege und eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Gewährleistung einer sicheren und qualitativ hochwertigen Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten mangels Verhältnismäßigkeit ausscheide); EuGH, Rs. C-544/18, ECLI:EU:C:2019:761 – Daknėvičiūtė: Eine Frau, die eine selbständige Tätigkeit wegen der körperlichen Belastungen im Spätstadium ihrer Schwangerschaft und nach der Geburt aufgibt, behalte ihre Eigenschaft als Selbständige, sofern sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihres Kindes diese Tätigkeit wieder aufnimmt oder eine andere selbständige Tätigkeit oder Beschäftigung findet. Damit legt der EuGH im Rahmen des Art. 49 AEUV einen parallelen Maßstab an wie im Rahmen des Art. 45 AEUV.

⁴² EuGH, Rs. C-404/18, ECLI:EU:C:2019:523 – Hakelbracht.

Unterstützung der möglicherweise diskriminierten Person absehen könnten, was wiederum die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie in Mitleidenschaft ziehe.

Damit legt der Gerichtshof in der Begründung und im Ergebnis ein weites Verständnis des von Art. 24 RL 2006/24 geschützten Personenkreises zugrunde: Dieser umfasst neben dem (potentiellen) Diskriminierungsopfer alle Personen, die dieses in der einen oder anderen Form unterstützen und (ebenfalls) Arbeitnehmer des betreffenden Arbeitgebers sind. Letztlich werden damit unmittelbar diskriminierte Arbeitnehmer und Arbeitnehmer, die diese unterstützen, hinsichtlich des Schutzzumfangs gleichgesetzt.

Ein unterschiedliches Rentenalter für Frauen und Männer, die als Richter oder Staatsanwälte tätig sind, ist nicht mit Art. 157 AEUV (der anwendbar war, da das Ruhegehalt vorliegend aufgrund des Arbeitsverhältnisses geleistet werde und somit ein Entgelt im Sinne des Art. 157 AEUV darstelle) und der RL 2006/54 (die ebenfalls zum Zuge komme, da es sich um ein betriebliches System der sozialen Sicherung handle) vereinbar, so der EuGH in der Rs. C-192/18⁴³. Es handle sich um eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts in Bezug auf den Zeitpunkt, ab dem die Betroffenen die in den Ruhegehaltsregelungen vorgesehenen Vorteile in Anspruch nehmen können. Eine Rechtfertigung als Maßnahme positiver Diskriminierung (vgl. Art. 157 IV AEUV) komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die Regelung nicht geeignet sei, Karriereachteile für Frauen in den betreffenden Berufen auszugleichen.

Gewährt ein Mitgliedstaat Müttern, welche eine Invaliditätsrente beziehen und zwei oder mehr Kinder haben, eine Rentenzulage, so müsse diese auch Vätern gewährt werden, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden, so der EuGH in der Rs. C-450/18⁴⁴. Der Ausschluss der Väter von einer solchen Zulage stelle eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, die nach der RL 79/7 (Gleichbehandlung im Rahmen der sozialen Sicherheit) grundsätzlich verboten sei. Eine Rechtfertigung wegen des demographischen Beitrags der Frauen zur sozialen Sicherheit komme nicht in Betracht, da der demographische Beitrag der Männer ebenso notwendig sei, so dass sich Männer und Frauen bei der Gewährung der streitigen Rentenzulage in einer vergleichbaren Situation befänden. Ebensowenig könne angeführt werden, dass Mütter im Gefolge der Geburt von Kindern in der Regel ihre berufliche Laufbahn verkürzen oder abbrechen. Denn zwar sei dieser Umstand durchaus durch statistische Daten belegt; jedoch ziele die streitige Regelung zumindest teilweise darauf ab, Frauen in ihrer Eigenschaft als Elternteil zu schützen, eine Eigenschaft, die sowohl für Männer als auch für Frauen gegeben sein könne, ganz abgesehen davon, dass die Lage eines Vaters und einer Mutter miteinander vergleichbar sein könnten, soweit es um die Kindererziehung gehe. Daher befänden sich Männer und Frauen in Bezug auf die fragliche Rentenzulage in einer vergleichbaren Situation. Im Übrigen falle die fragliche Rentenzulage in Anbetracht ihrer Merkmale auch nicht unter die in der RL 79/7 vorgesehenen Fälle, in denen eine Abweichung vom Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zulässig sei: Es bestehe weder ein Zusammenhang mit dem Mutterschaftsschutz noch mit der Kindererziehung,

⁴³ EuGH, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 - Kommission/Polen (Große Kammer). Daneben äußerte sich der EuGH in diesem Urteil auch zur Herabsetzung des Rentenalters für Richter und die gleichzeitige Befugnis des Justizministers, die aktive Dienstzeit gleichwohl zu verlängern.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-450/18, ECLI:EU:C:2019:1075 – Instituto Nacional.

da nicht auf diese abgestellt werde, sondern pauschal alle Mütter mit zwei oder mehr Kindern begünstigt würden. Schließlich falle die fragliche Zulage auch nicht unter Art. 157 IV AEUV, der unter gewissen Voraussetzungen sog. positive Diskriminierungen erlaubt. Denn die fragliche Rentenzulage beschränke sich darauf, Frauen zu dem Zeitpunkt, zu dem ihnen eine Rente gewährt wird, einen Aufschlag zukommen zu lassen, ohne den Schwierigkeiten abzuhelpfen, auf die sie während ihrer beruflichen Laufbahn stoßen könnten, und ohne die Nachteile auszugleichen, die sie hinzunehmen hätten.

Das Urteil verdeutlicht – über die spezifische Frage im Zusammenhang mit Leistungen der sozialen Sicherheit hinaus – die Schranken in Bezug auf den Rückgriff auf eher pauschale Erwägungen der Gleichstellung zur Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen: So können statistisch belegte Benachteiligungen eines Geschlechts grundsätzlich wohl keine unmittelbaren Diskriminierungen rechtfertigen, geht es doch um «typisierte» Konstellationen, die nichts daran ändern, dass die unmittelbare Diskriminierung als solche gerade nicht an den relevanten Unterschied (wie z.B. Unterbrechung der beruflichen Laufbahn), sondern an das Geschlecht als solches anknüpft.

Wie der Gerichtshof bereits 1990 festgestellt hat, verstößt ein unterschiedliches Rentenalter für Frauen und Männer gegen Art. 157 AEUV.⁴⁵ Die Frage, auf welche Weise diese Diskriminierung beseitigt werden darf, war Gegenstand der Rs. C-171/18⁴⁶. Der Gerichtshof ruft zunächst seine bisherige Rechtsprechung zur Problematik in Erinnerung: Für die Zeit bis zur Annahme eines die Gleichbehandlung gewährleistenden Rentensystems seien den Angehörigen der benachteiligten Gruppe dieselben Vergünstigungen zu gewähren, wie sie den Angehörigen der bevorzugten Gruppe zustehen. In Bezug auf die die Gleichbehandlung wiederherstellende Maßnahme verlange Art. 157 AEUV nur, dass Frauen und Männer bei gleicher Arbeit das gleiche Entgelt erhalten, ohne aber eine bestimmte Höhe vorzuschreiben, so dass auch eine Herabsetzung der Leistungen zugunsten der bis dahin bevorzugten Personen auf das Niveau der bis dahin benachteiligten Personen mit Art. 157 AEUV in Einklang stehe. Dabei dürften die zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung getroffenen Maßnahmen grundsätzlich nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden, die einen – auch nur vorübergehenden – Fortbestand der Diskriminierung bedeuten würden, und der Grundsatz der Rechtssicherheit – der insbesondere verlange, dass die Bestimmungen hinreichend präzise, klar, zwingend und vorhersehbar ausgestaltet seien und gerichtlich geltend gemacht werden könnten – sei zu beachten. Eine Klausel, die es den Verantwortlichen ermöglicht, zu einem beliebigen Zeitpunkt das Rentenalter rückwirkend anzugleichen, trage diesen Anforderungen nicht Rechnung.⁴⁷ Denn sie beseitige weder als solche die Diskriminierung noch erlaube sie es den Betroffenen, ihre Rechte zu kennen, zumal sie rechtlich unverbindlich sei. Daher müssten die Angehörigen der benachteiligten Gruppe bis zum Inkrafttreten einer den Anforderungen des Unionsrechts entsprechenden Maßnahme, mit der die Diskriminierung beseitigt wird, wie die Angehörigen der bevorzugten Gruppe behandelt werden. Jede andere Sicht führe dazu, dass die Verantwortlichen sich der Pflicht entziehen könnten, eine Diskriminierung unverzüglich und vollständig zu beseitigen, sobald sie festgestellt wird.

In der Rs. C-193/17⁴⁸ hatte sich der EuGH erneut mit Fragen der Diskriminierung aus Gründen der Religion und der Tragweite der RL 2000/78 (Gleichbehandlungsrichtlinie) auseinanderzusetzen: Eine Regelung, wonach der Karfreitag nur für Arbeitnehmer, die (bestimmten) christlichen Kirchen angehören, einen Feiertag darstellt und auch nur diese für den Fall, dass sie an diesem Tag arbeiten, Anspruch auf ein Zusatzentgelt haben, stelle eine

⁴⁵ EuGH, Rs. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209 – Barber.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-171/18, ECLI:EU:C:2019:839 – Safeway (Große Kammer).

⁴⁷ S. weiter in Bezug auf eine rückwirkende Klausel zur Beseitigung einer Diskriminierung EuGH, Rs. C-24/17, ECLI:EU:C:2019:373 – Österreichischer Gewerkschaftsbund.

⁴⁸ EuGH, Rs. C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 – Cresco Ingestion (Große Kammer).

unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Religion dar, da die unterschiedliche Behandlung direkt auf der Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zu einer bestimmten Religion beruhe. Der Gerichtshof bejaht weiter das Vorliegen einer vergleichbaren Situation der betroffenen Arbeitnehmer, knüpfe die unterschiedliche Behandlung doch einzig an der formalen Zugehörigkeit zu bestimmten christlichen Kirchen an, ohne dass darauf abgestellt werde, ob die Arbeitnehmer bestimmte religiöse Pflichten erfüllen. Die Ausführungen des Gerichtshofs legen es dabei nahe, dass er das Vorliegen einer solchen vergleichbaren Situation für die Bejahung einer unmittelbaren Diskriminierung voraussetzt. Setzt man dies in Bezug zu dem Umstand, dass eine solche vergleichbare Situation offenbar dann nicht vorliegen soll, wenn nicht auf die formale Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, sondern die Pflicht oder den Willen, bestimmte religiöse Pflichten zu erfüllen, abgestellt wird, so wird deutlich, dass bei der Wahl eines solchen Differenzierungskriteriums offenbar (nur) eine mittelbare Diskriminierung vorliegen soll (womit deutlich mehr Möglichkeiten der Rechtfertigung einhergehen als bei unmittelbaren Diskriminierungen).

Die Diskriminierung könne auch nicht als eine zur Wahrung der Rechte und Freiheiten anderer notwendige Maßnahme angesehen werden (vgl. Art. 2 V RL 2000/78, der als Ausnahmebestimmung eng auszulegen sei): Zwar stelle das Anliegen, der besonderen Bedeutung des Karfreitag für die Angehörigen der christlichen Kirchen Rechnung zu tragen, durchaus ein von Art. 2 V RL 2000/78 erfasstes Ziel dar. Allerdings sei die Regelung nicht erforderlich, da – wie bereits im nationalen Recht vorgesehen – diesem Anliegen durch eine punktuelle Freistellung für die Dauer, die zur Befolgung bestimmter religiöser Riten erforderlich ist, Rechnung getragen werden könne. Ebensowenig stelle sie eine spezifische Maßnahme zum Ausgleich von Benachteiligungen wegen der Religion i.S.d. Art. 7 I RL 2000/78 dar, da nur Angehörige bestimmter Religionen erfasst seien, was mit dem Gleichheitssatz nicht im Einklang stehe. Im Übrigen folge aus Art. 21 GRCh, dass die diskriminierende nationale Regelung außer Anwendung zu lassen sei, was auch für private Arbeitgeber gelte, so dass diese auch Arbeitnehmern, die nicht den betreffenden christlichen Kirchen angehören, dieselben Vorteile wie denjenigen Arbeitnehmern, bei welchen dies der Fall ist, einzuräumen hätten, soweit diese ihre Rechte – wie für alle Arbeitnehmer vorgesehen – im Vorfeld geltend machen. Damit bestätigt der Gerichtshof die Drittwirkung der in Art. 21 I GRCh verankerten Diskriminierungsverbote,⁴⁹ die somit immer bereits dann umfassend zu beachten sind, wenn eine Durchführung von Unionsrecht im Sinne des Art. 51 I GRCh vorliegt, was jedenfalls dann zu bejahen ist, wenn die Beachtung bzw. Umsetzung oder Vollzug von Unionsrecht in Frage steht.⁵⁰

⁴⁹ S. insoweit bereits EuGH, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 – Egenberger.

⁵⁰ S. weiter zur RL 2000/78 EuGH, verb. Rs. C-396/17, ECLI:EU:C:2019:375 – Leitner (Vorliegen einer Altersdiskriminierung bei der Besoldung: Solange die Ungleichbehandlung aufgrund des Alters nicht beseitigt wurde, haben die benachteiligten Personen Anspruch auf die gleichen Vorteile wie die bevorzugten Personen); ebenso EuGH, Rs. C-24/17, ECLI:EU:C:2019:373 – Österreichischer Gewerkschaftsbund; s. weiter EuGH, Rs. C-154/18, ECLI:EU:C:2019:113 – Horgan und Keegan

(Verneinung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung aus Gründen des Alters im Falle einer stichtagsbezogenen Anwendbarkeit eines neuen Vergütungssystems); zur Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts EuGH, Rs. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828 – Schuch-Ghannadan (Diskriminierung von befristet angestellten Teilzeitbeschäftigten im Verhältnis zu befristet angestellten Vollzeitbeschäftigten im Falle einer längeren maximal zulässigen Dauer befristeter Arbeitsverhältnisse); EuGH, Rs. C-486/18, ECLI:EU:C:2019:379 – Praxair (Verstoß gegen die RL 96/34 bzw. die Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub sowie grundsätzlich auch gegen Art. 157 AEUV im Falle einer niedrigeren Entlassungsentschädigung für Personen, die einen (Teilzeit-) Elternurlaub in Anspruch genommen haben.