

# **Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2020: 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 2020: Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2021, 1503-1512.**

**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 2020, 1149) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2020 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. Anwendungsbereich des Unionsrechts (Art. 18 AEUV)*

Die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge im Sinne des Art. 18 AEUV (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) stand im Fokus der Rs. C-581/18<sup>1</sup>. Der Ausgangssachverhalt betraf einen Rechtsstreit um die Zahlung einer Entschädigung wegen der Schäden, welche einer Patientin durch das Einsetzen von Brustimplantaten entstanden waren. Die Haftpflicht des Herstellers der fraglichen Implantate, die in Frankreich hergestellt und über die Niederlande auch in Deutschland vertrieben wurden, war in einem Versicherungsvertrag zwischen diesem und einer französischen Versicherung geregelt, der die geographische Reichweite des Versicherungsschutzes auf Frankreich und seine überseeischen Gebiete beschränkte. Das vorlegende deutsche Gericht fragte, ob eine solche Klausel mit Art. 18 AEUV vereinbar ist.

Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass keine sekundärrechtlichen Regelungen einschlägig seien, und betonte, Art. 18 AEUV könne nur zum Zuge kommen, wenn keine besonderen Diskriminierungsverbote, wie in den Grundfreiheiten enthalten, anwendbar seien (was vorliegend zu verneinen war). Bezüglich des damit zentralen Aspekts der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge im Sinne des Art. 18 AEUV fragte der EuGH danach, ob der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens in den Anwendungsbereich einer der im AEUV

---

\* 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.

<sup>1</sup> EuGH, Rs. C-581/18, ECLI:EU:C:2020:453 – RB/TÜV Rheinland (Große Kammer).

geregelten Grundfreiheiten falle. Denn die Ausübung einer der Grundfreiheiten führe dazu, dass der Sachverhalt, in dem diese Freiheit ausgeübt wird, in den Anwendungsbereich der Verträge einbezogen werden könne. Dies setze aber voraus, dass zwischen der Person, der Dienstleistung oder der Ware, die sich bewegt hat, und der behaupteten Diskriminierung ein „konkreter Bezug“ bestehe (so z.B. indem sich die Diskriminierung auf die Person, die ihr Freizügigkeitsrecht ausgeübt hat, beziehe).<sup>2</sup> Vorliegend sei ein solcher konkreter Bezug des Ausgangssachverhalts zu verneinen: Die Freizügigkeit der Unionsbürger sei schon deshalb nicht betroffen, weil die Klägerin des Ausgangsverfahrens – eine deutsche Staatsbürgerin – von ihrer Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht habe und im Übrigen der Eingriff in Deutschland stattgefunden habe. Auch ein Bezug zur Dienstleistungsfreiheit fehle, da die medizinische Leistung nicht grenzüberschreitend erbracht worden sei und der Versicherungsvertrag bezüglich der Haftung des Herstellers für Fehler des Produkts in Frankreich zwischen dem Hersteller und der Versicherung abgeschlossen worden sei; allein der Umstand, dass das Produkt in einem anderen Mitgliedstaat eingesetzt wurde, könne nicht dazu führen, dass der freie Dienstleistungsverkehr einschlägig ist, da die Klägerin nicht Vertragspartei des Versicherungsvertrages sei. Der freie Warenverkehr sei nicht betroffen, da dieser durch keine diskriminierende Beschränkung beschränkt werde; die in Frage stehende Haftpflichtversicherung beeinträchtige weder den Vertrieb der Produkte, deren Risiken sie abdecken soll, noch den Verkehr dieser Produkte innerhalb der Union.<sup>3</sup> Damit falle der Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, so dass Art. 18 AEUV nicht einschlägig sei, ohne dass geprüft werden müsse, ob die Bestimmung direkt zwischen Privatpersonen geltend gemacht werden könne.

Das Urteil illustriert einmal mehr die Komplexität der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Verträge im Sinn des Art. 18 AEUV. Es knüpft zwar an die bisherige Rechtsprechung an, entwickelt sie jedoch durch die Betonung der Maßgeblichkeit eines «konkreten Bezugs» zwischen der Ware, Dienstleistung oder Person, die sich (grenzüberschreitend) bewegt haben, und der geltend gemachten Diskriminierung sowie die Hinweise zur Feststellung dieses Bezugs auch weiter. Bemerkenswert ist weniger die Verneinung des grenzüberschreitenden Sachverhalts (und damit der Anwendbarkeit der Verträge) im Zusammenhang mit der Freizügigkeit der Unionsbürger und der Dienstleistungsfreiheit denn der Umstand, dass der EuGH auch jegliche Verbindung zur Warenverkehrsfreiheit ablehnt: Das angeführte Argument, die fragliche Regelung beeinträchtige weder den Verkehr noch den Vertrieb der Produkte, vermag nicht zu überzeugen, da bei Vorliegen dieser Voraussetzungen Art. 34 AEUV in aller Regel selbst einschlägig wäre. Bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Verträge im Sinn des Art. 18 AEUV geht es aber um eine andere Frage, nämlich ob die fragliche Diskriminierung in engem Zusammenhang mit Art. 34 AEUV oder einer anderen Grundfreiheit

---

<sup>2</sup> S. insoweit schon EuGH, Rs. C-22/18, ECLI:EU:C:2019:497 – TopFit und Biffi.

<sup>3</sup> Dies im Gegensatz zur Konstellation in EuGH, verb. Rs. C-92/92 C-326/92, ECLI:EU:C:1993:847 – Phil Collins, in der es um Urheberrechte ging.

steht, die selbst nicht anwendbar ist. Gerade diese Voraussetzung hätte aber in der vorliegenden Konstellation bejaht werden können, da solche Vertragsklauseln letztlich zu einer Beschränkung der Haftung der Hersteller für in andere Mitgliedstaaten ausgeführte Produkte führen, was als Rahmenbedingung deren Absatz eben doch beeinflussen kann, auch wenn der Marktzugang, der Vertrieb oder der Verkehr als solcher nicht betroffen sind. Der Unterschied zu prozessrechtlichen Regelungen in Bezug auf die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche, für die der EuGH die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge bejaht,<sup>4</sup> erschließt sich nicht wirklich. Jedenfalls ermöglichte es die restriktive Sichtweise dem EuGH, die Beantwortung der Frage nach der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 18 AEUV zu vermeiden, so dass diese – abgesehen von kollektiven Regelungen, auf welche Art. 18 AEUV nach der jüngsten Rechtsprechung Anwendung findet<sup>5</sup> – nach wie vor nicht durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt ist.<sup>6</sup>

## 2. *Auslieferung in Drittstaaten*

Anwendbarkeit und Tragweite der Art. 18, 21 AEUV im Zusammenhang mit der Auslieferung eines Unionsbürgers in einen Drittstaat standen in der Rs. C-398/19<sup>7</sup> zur Debatte:

- Ein sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhaltiger Unionsbürger könne sich auch dann auf Art. 18, 21 AEUV berufen, wenn er seinen Lebensmittelpunkt in den Aufnahmemitgliedstaat zu einem Zeitpunkt verlegt hat, als er noch nicht den Status eines Unionsbürgers hatte (sondern Drittstaatsangehöriger war). Denn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, könne sich allgemein auf Art. 21 I AEUV berufen,<sup>8</sup> auch im Falle des Erwerbs des Unionsbürgerstatus‘ nach der Ankunft im Aufnahmemitgliedstaat. Ein anderer Ansatz hinderte den Betreffenden daran, seine Rechte als Unionsbürger geltend zu machen, womit die effektive Wirksamkeit dieses Status‘ beeinträchtigt würde. Das Gleiche müsse gelten, wenn der Unionsbürger, der Gegenstand eines Auslieferungsgesuchs eines Drittstaates ist, auch die Staatsangehörigkeit dieses Staates besitzt, da die doppelte Staatsangehörigkeit nicht zur Folge haben könne, dem Unionsbürger die sich aus dem Unionsrecht ergebenden Rechte zu nehmen.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-43/95, ECLI:EU:C:1996:357 – Data Delecta.

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-22/18, ECLI:EU:C:2019:497 – TopFit und Biffi.

<sup>6</sup> S. zu Art. 18, 21 AEUV auch EuGH, verb. Rs. C-168/19, C-169/19, ECLI:EU:C:2020:338 – HB und IC, in Bezug auf eine steuerrechtliche Regelung, die keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstelle, da sie letztlich auf den Unterschieden der Steuerordnungen der involvierten Mitgliedstaaten beruhe.

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-398/19, ECLI:EU:C:2020:1032 – BY (Große Kammer).

<sup>8</sup> S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 – Zhu und Chen; EuGH, Rs. C-93/18, ECLI:EU:C:2019:809 – Bajratari.

<sup>9</sup> S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-247/17, ECLI:EU:C:2018:898 – Raugevicius.

- Die Ungleichbehandlung von eigenen Staatsbürgern und Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten betreffend die Auslieferung (bei ersteren ist sie in aller Regel unzulässig) stelle eine Beschränkung des Art. 21 I AEUV dar, die jedoch grundsätzlich durch das Anliegen der Verhinderung von Straflosigkeit gerechtfertigt werden könne.<sup>10</sup> Wird der Aufnahmemitgliedstaat durch einen Drittstaat um Auslieferung ersucht, dürfe er den betreffenden Unionsbürger an diesen ausliefern, soweit er den Heimatstaat über alle Umstände informiert habe, damit dieser die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls prüfen könne, und eine solche Ausstellung innerhalb einer angemessenen, vom Aufnahmestaat festgesetzten Frist nicht erfolgt sei. Eine förmliche Entscheidung des Heimatstaats, auf die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zu verzichten, sei nicht erforderlich. Ebenso wenig bestehe eine Pflicht, den ersuchenden Drittstaat um Übermittlung der Strafakte zu ersuchen, da auf diese Weise das Auslieferungsverfahren erheblich verkompliziert und verlängert werden könne, was dem Ziel einer wirksamen Strafverfolgung entgegenlaufe.
- Art. 18, 21 AEUV verpflichteten den ersuchten Mitgliedstaat nicht, die Auslieferung abzulehnen und die Strafverfolgung selbst zu übernehmen, soweit ihm das nach innerstaatlichem Recht möglich sei. Ein anderer Ansatz führte dazu, dass es dem betreffenden Mitgliedstaat verwehrt wäre, über die Opportunität der Einleitung eines Strafverfahrens zu entscheiden. Dies ginge über die Grenzen hinaus, die das Unionsrecht der Ausübung des Ermessens setzen könne, über das ein Mitgliedstaat in einem Bereich verfügt, der in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle (wie das Strafrecht).<sup>11</sup> Eine weniger in die Rechte des betreffenden Unionsbürgers eingreifende Maßnahme sei daher allein die Überstellung an den Heimatstaat (im Rahmen eines Europäischen Haftbefehls).

Das Urteil knüpft eng an die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Fragen der Auslieferung von Unionsbürgern an Drittstaaten an und bestätigt insbesondere, dass eine formelle Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Bezug auf die Auslieferung grundsätzlich gerechtfertigt werden kann. Gleichzeitig wird die Rechtsprechung auch weiterentwickelt bzw. präzisiert: So genügt es für die Anwendbarkeit der Art. 18, 21 AEUV im Hinblick auf deren Effektivität, dass die betreffende Person die Staatsbürgerschaft eines anderen Mitgliedstaates als des Aufenthaltsstaats besitzt; nicht erforderlich ist damit, dass sie die ihr zustehenden (Freizügigkeits-)Rechte vorgängig wahrgenommen hat (im Ausgangsfall hatte der Betreffende die rumänische Staatsbürgerschaft während seines Aufenthalts in Deutschland neben seiner ukrainischen Staatsbürgerschaft erworben und war vorgängig ohne ständigen Aufenthalt in Rumänien), und unbeachtlich ist der Zeitpunkt des Erwerbs der Unionsbürgerschaft. Damit bleibt es dabei, dass allein der rechtmäßige Aufenthalt

<sup>10</sup> S. insoweit schon EuGH, Rs. C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 – Petruhhin; EuGH, Rs. C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222 – Pesciotti; aus dem Berichtszeitraum auch EuGH, Rs. C-897/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:262 – Ruska Federacija.

<sup>11</sup> S. insoweit auch schon EuGH, verb. Rs. C-202/18, C-238/18, ECLI:EU:C:2019:139 – Rimšēvičs und EZB/Lettland.

eines Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat den Anwendungsbereich des Unionsrechts im Sinne des Art. 18 AEUV eröffnet, unabhängig von den Umständen des Erwerbs der Unionsbürgerschaft und der vorherigen Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte. Sodann zeigt der EuGH die Grenzen der Pflichten des um eine Auslieferung ersuchten Mitgliedstaates auf: Diese beschränken sich darauf, den Heimatstaat in geeigneter und genügender Weise zu informieren, damit dieser ggf. selbst einen Europäischen Haftbefehl ausstellen kann. Darüber hinausgehende Pflichten bestehen nicht, insbesondere nicht in Bezug auf die Einleitung eines Strafverfahrens, um die Auslieferung in den Drittstaat zu verhindern. In Bezug auf den zuletzt genannten Aspekt ist die Begründung des EuGH bemerkenswert: Er stellt offenbar darauf ab, dass ein anderer Ansatz zu stark in die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten eingriffe, so dass aus der sehr knappen Begründung der Eindruck entsteht, es gehe um eine Art Abwägung zwischen dem „Eingriff“ in die mitgliedstaatlichen Kompetenzen einerseits und die unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit andererseits, womit letztlich der Verhältnismäßigkeit i.e.S. zuzuordnende Erwägungen in Frage stehen.

### 3. *Freizügigkeit*

Der Ausgangssachverhalt der Rs. C-454/19<sup>12</sup> betraf die Verbringung eines minderjährigen Kindes, für das in Deutschland ein Pfleger bestellt worden war, durch seinen Vater mit dem Einverständnis der in Deutschland lebenden Mutter nach Rumänien, dies ohne die hierfür nach deutschem Recht notwendige Zustimmung des Plegers. Gegen die Mutter wurde daraufhin in Deutschland ein Strafverfahren wegen gemeinschaftlicher Entziehung Minderjähriger (§§ 25, 253 StGB) eingeleitet, in welchem u.a. die Frage aufgeworfen wurde, ob eine Differenzierung der Strafbarkeit zwischen internationalen und inländischen Kindesentziehungen zulässig ist, da bei letzteren im Gegensatz zu ersteren Entziehungen nur dann ein Straftatbestand gegeben ist, wenn die Entziehung mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List geschieht. Der EuGH verneinte die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 21 AEUV: Zunächst sei nicht relevant, dass es sich vorliegend um das Strafrecht, eine in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegende Materie, handle, da auch Strafrechtsnormen weder zu einer durch das Unionsrecht verbotenen Diskriminierung führen noch die vom Unionsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken dürften. Im Übrigen berechtige Art. 21 AEUV nicht nur dazu, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, sondern stehe auch jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit entgegen. Werde bei der Strafbarkeit von Kindesentziehungen danach differenziert, ob sie international oder national erfolgen, seien die Unionsbürger allein deshalb benachteiligt, weil sie von ihrer Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, Gebrauch gemacht hätten (durch eine Entziehung

---

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-454/19, ECLI:EU:C:2020:947 – ZW.

in einen anderen Mitgliedstaat, was *de facto* eher bei EU-Ausländern vorkomme), so dass eine Beschränkung des Art. 21 AEUV vorliege. Eine Rechtfertigung durch das Anliegen, die komplexen internationalen Entziehungen zum Schutz des Kindes zu verhindern, komme zwar grundsätzlich in Betracht; jedoch sei die Maßnahme angesichts der nach der VO 2201/2003 vorgesehenen Anerkennung von Gerichtsentscheidungen nicht erforderlich.

Das Urteil ist ein (weiteres) Beispiel für die gewichtigen Implikationen der Unionsbürgerschaft, wobei bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof bereits direkt aus Art. 21 AEUV ableitet, dass jegliche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist, ohne dass er Bezug auf Art. 18 AEUV nimmt, so dass auch keine Prüfung erfolgt, ob der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist (eine in Art. 18 AEUV vorgesehene Voraussetzung der Einschlägigkeit der Vorschrift). Die Begründung des EuGH geht dabei im Wesentlichen dahin, dass er im Falle einer solchen Unterscheidung von einer Beschränkung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV ausgeht, womit sich in der Tat ein Rückgriff auf Art. 18 AEUV erübrigt. Angesichts der Rechtsprechung des EuGH, wonach jeglicher rechtmäßiger Aufenthalt eines Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet, erscheint dieser Ansatz kohärent. Weiter zeigt das Urteil die große Bedeutung der gegenseitigen Anerkennung auch von Gerichtsentscheidungen und verdeutlicht die bedeutende Rolle einer funktionierenden Rechtsstaatlichkeit in allen EU-Mitgliedstaaten (eine Grundvoraussetzung für das Funktionieren des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung insbesondere in solch sensiblen Bereichen).

#### 4. *Abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige*

In der Rs. C-836/18<sup>13</sup> hatte sich der Gerichtshof erneut<sup>14</sup> mit den sich aus dem „Kernbestand“ der Unionsbürgerschaft ableitbaren Rechten auseinanderzusetzen. Dabei ging es darum, ob ein Mitgliedstaat es ohne weitere Prüfung ablehnen darf, einen Antrag auf Familienzusammenführung eines Unionsbürgers, der nie von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, zu prüfen, weil der Unionsbürger für sich und die nachziehende Person (es ging um den Ehegatten) nicht über genügend Existenzmittel verfügt. Der Gerichtshof verneinte diese Frage unter Hinweis auf sein bereits in der bisherigen Rechtsprechung entwickeltes Konzept des grundlegenden Status’ der Unionsbürger, der diesen ein elementares, persönliches Recht verleihe, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufzuhalten (der „Kernbestand“ des Unionsbürgerstatus): Der Mitgliedstaat habe vor einer Ablehnung des Antrags auf Familienzusammenführung zu prüfen, ob zwischen dem Unionsbürger und seinem Ehegatten ein Abhängigkeitsverhältnis bestehe, welches ersteren zwingen würde, im Falle einer

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-836/18, ECLI:EU:C:2020:119 – RH.

<sup>14</sup> S. grundlegend EuGH, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 – Ruiz Zambrano; s. sodann aus der Folgerechtsprechung insbesondere EuGH, Rs. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 – KA.

Weigerung, dem Ehegatten ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht einzuräumen, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, so dass ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm sein Status als Unionsbürger verleiht, vorenthalten würde. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis bestehe allerdings nicht allein deshalb, weil die Ehegatten nach den Vorschriften des betreffenden Mitgliedstaates aufgrund der sich aus der Ehe ergebenden Pflichten zum Zusammenleben verpflichtet sind, da ein Staat seine eigenen Staatsbürger aus diesen Gründen auch nicht zum Verlassen des Staatsgebiets zwingen dürfe.

Sobald also ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Unionsbürger und seinem Familienangehörigen dergestalt vorliegt, dass der Unionsbürger im Falle der Abschiebung des Familienangehörigen gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen, räumt Art. 20 AEUV dem Familienangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht ein, auch wenn der Unionsbürger und sein Ehegatte nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen. Denn im Gegensatz zu einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, welche eine Einschränkung auch des Kernbestands der Unionsbürgerrechte rechtfertigen könne,<sup>15</sup> sei eine solche Einschränkung aus wirtschaftlichen Gründen unverhältnismäßig. Offen bleibt auch nach diesem Urteil, unter welchen Voraussetzungen genau ein solches Abhängigkeitsverhältnis vorliegt; jedenfalls muss es sich bei Erwachsenen um außergewöhnliche Umstände handeln, die es dem Betroffenen letztlich verunmöglichen, unabhängig von seinem Familienangehörigen zu leben.

## **II. Grundfreiheiten**

### *1. Warenverkehrsfreiheit*

Die Rs. C-648/18<sup>16</sup> betraf eine nationale Regelung, welche die inländischen Stromerzeuger verpflichtet, die gesamte verfügbare elektrische Energie auf den von dem einzigen nominierten Strommarktbetreiber betriebenen Plattformen und damit dem nationalen zentralisierten Markt (wobei hier aber auch Ausfuhren möglich sind) anzubieten. Darin sah der EuGH eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung, die nicht nach Art. 36 AEUV oder durch ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden könne.<sup>17</sup> Die Regelungen des freien Warenverkehrs fänden auch auf den Handel mit Strom Anwendung, und Art. 35 AEUV verbiete grundsätzlich nationale Maßnahmen, welche die Ausfuhr stärker betreffen als den Absatz auf dem inländischen Markt. Dabei sei jede auch noch so unbedeutende Beschränkung der Grundfreiheit erfasst, es sei denn, ihre Wirkungen

---

<sup>15</sup> S. insoweit EuGH, Rs. C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674 – CS; EuGH, Rs. C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 – Rendón Marín.

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-648/18, ECLI:EU:C:2020:723 – ANRE.

<sup>17</sup> Sekundärrechtliche Regelungen waren in der konkreten Fallgestaltung nicht anwendbar, wie der EuGH im Einzelnen darlegt.

seien zu ungewiss oder zu mittelbar.<sup>18</sup> Eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren zur Debatte stehende habe aber gerade zur Folge, dass die inländischen Stromerzeuger keine Möglichkeit des bilateralen Handels mit elektrischer Energie und ggf. ihrer direkten Ausfuhr in andere Mitgliedstaaten hätten, so dass die im Inland erzeugte elektrische Energie stärker auf den inländischen Verbrauch ausgerichtet sei und somit die Ausfuhren stärker als der inländische Absatz behindert seien. Eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Energieversorgungssicherheit (die Teil der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Art. 36 AEUV sei) komme zwar grundsätzlich in Betracht; jedoch verfolge die nationale Regelung dieses Ziel nicht in kohärenter und systematischer Weise (und sei somit nicht zur Zielverfolgung geeignet). Denn die Ausfuhren durch die Plattformen seien gerade nicht verboten oder beschränkt, wodurch die Versorgungssicherheit aber genauso beeinträchtigt werden könne wie durch direkte Ausfuhren. Das Argument, direkte Ausfuhren entfalteten negative Auswirkungen auf die Entwicklung des Strompreises, könne im Rahmen der Rechtfertigung nicht geltend gemacht werden, da es nicht um die Gewährleistung einer gesicherten Stromversorgung gehe. Das Anliegen der Sicherstellung einer Stromversorgung zum günstigsten Preis stelle nämlich letztlich einen wirtschaftlichen Grund dar, der Eingriffe in die Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen vermöge. Schließlich greife auch die Sicherstellung eines transparenten und nicht diskriminierenden Stromhandels nicht, da zur Erreichung dieses Ziels – wie gewisse sekundärrechtliche Regelungen zeigten – mildere Mittel zur Verfügung stünden als ein generelles Verbot der direkten Ausfuhr für die Stromerzeuger.<sup>19</sup>

## 2. *Arbeitnehmerfreizügigkeit*

### a) *Arbeitnehmerbegriff*

In der Rs. C-692/19<sup>20</sup> hatte sich der EuGH im Zusammenhang mit der Auslegung der RL 2003/88 (Arbeitszeitgestaltungsrichtlinie) zum Begriff des Arbeitnehmers zu äußern, dies in Bezug auf die Beschäftigung eines Kuriers durch ein großes Paketlieferungsunternehmen. Fraglich war im Ausgangsverfahren, ob der Kurier – dem bei der Leistungserbringung ein beachtlicher Freiraum zusteht, unter Einschluss der Möglichkeit der Delegation der Auslieferung – trotz der Bezeichnung im Vertrag als «selbständiger und unabhängiger Unternehmer» als Arbeitnehmer anzusehen war. Der Gerichtshof weist – ausgehend von seiner ständigen Rechtsprechung, wonach der Begriff des Arbeitnehmers ein unionsrechtlicher Begriff sei – darauf hin, dass die Qualifizierung einer Person als Arbeitnehmer eine

<sup>18</sup> S. insoweit schon EuGH, Rs. C-518/16, ECLI:EU:C:2018:126 – ZPT; EuGH, Rs. C-15/15, ECLI:EU:C:2016:464 – New Valmar.

<sup>19</sup> Zum freien Warenverkehr außerdem EuGH, Rs. C-602/19, ECLI:EU:C:2020:804 – Kohlpharma (Parallelimporte von Arzneimitteln, Unzulässigkeit einer nationalen Beschränkung).

<sup>20</sup> EuGH, Rs. C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 – Yodel Delivery.



Gesamtwürdigung der Umstände bezüglich der Art der Tätigkeit und des Verhältnisses der Beteiligten impliziere. Die Arbeitnehmereigenschaft sei dann zu bejahen, wenn jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die er eine Gegenleistung erhält. Die Einstufung als «selbständiger Leistungserbringer» nach innerstaatlichem Recht schließe die Qualifikation einer Person als Arbeitnehmer nicht aus, wenn diese Selbständigkeit nur fiktiv sei und das Arbeitsverhältnis verschleierte. Dies sei insbesondere dann anzunehmen, wenn eine Person aus steuerlichen, administrativen oder verwaltungstechnischen Gründen nach innerstaatlichem Recht als selbständiger Dienstleistungserbringer angestellt werde, jedoch insbesondere hinsichtlich der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt der Tätigkeit den Weisungen des betreffenden Unternehmens unterliege, nicht die Risiken desselben mittrage sowie während der Dauer der Tätigkeit in das Unternehmen integriert sei. Eine selbständige Tätigkeit weise hingegen typischerweise freiere Wahlmöglichkeiten bezüglich der Art der auszuführenden Arbeiten und Aufgaben, der Modalitäten ihrer Ausführung, der Arbeitszeiten und des Arbeitsorts sowie des Einsatzes eigenen Personals auf. Bezüglich des konkreten Falls weist der EuGH auf folgende Aspekte hin:

- Der Kurier könne die Tätigkeiten delegieren, wobei das Unternehmen die Wahl dieser Drittpersonen aufgrund von objektiven Kriterien nur begrenzt beeinflussen und nicht eigenen Entscheidungen oder Präferenzen Vorrang einräumen könne.
- Der Kurier habe das Recht, die ihm übertragenen Aufgaben abzulehnen und könne die verpflichtende Zahl von zu erfüllenden Aufträgen selbst festlegen.
- Ihm stehe es auch frei, entsprechende Dienstleistungen Dritten gegenüber zu erbringen.
- In Bezug auf die Arbeitszeit seien zwar Zeiträume für die Lieferung festgelegt; ein solches Erfordernis sei jedoch der Natur der Dienstleistung inhärent, da sie für ihre ordnungsgemäße Erbringung (rechtzeitige Lieferung von Paketen) wesentlich sei.

Vor diesem Hintergrund erscheine die Unabhängigkeit des Kuriers nicht fiktiv, und es scheine auch kein Subordinationsverhältnis vorzuliegen, wobei dies letztlich durch das nationale Gericht zu beantworten sei.

Entscheidend war demnach offenbar die dem Kurier eingeräumte Gestaltungsfreiheit, wobei der EuGH auch betont, diese dürfe nicht fiktiv sein. Letzteres ist insbesondere dann denkbar, wenn bestimmte Rechte nur «auf dem Papier» eingeräumt werden, gleichzeitig aber bei näherer Betrachtung z.B. Leistungskontrollsysteme zum Zuge kommen oder / und Bewertungen vorgenommen werden, die dann auch ggf. Sanktionen nach sich ziehen können.

#### b) Zugang zu staatlichen Leistungen

In der Rs. C-830/18<sup>21</sup> stand die Frage, ob die Übernahme der Schülerbeförderung durch ein Bundesland von der Voraussetzung des Bestehens eines Wohnsitzes in diesem Bundesland abhängig gemacht werden darf, zur Debatte. Massgeblich war Art. 7 II VO 492/2011, welcher Wanderarbeitnehmern dieselben Rechte auf soziale und steuerliche Vergünstigungen zustehen wie inländischen Arbeitnehmern und eine besondere Ausprägung des in Art. 45 AEUV verankerten Gleichbehandlungsverbots darstellt. Der EuGH schloss – nach der Klarstellung, dass die VO 492/2011 sowie Art. 45 AEUV auch auf Grenzgänger Anwendung finden und eine soziale Vergünstigung im Sinne des Art. 7 II VO 492/2011 vorliege – auf die Unvereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 7 II VO 492/2011 (und Art. 45 AEUV). Es liege eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor, da sich das Kriterium des Wohnsitzes seinem «Wesen nach» «eher» auf Grenzarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken könne, woran auch der Umstand nichts ändere, dass auch in anderen Bundesländern wohnende Personen benachteiligt seien. Eine Rechtfertigung aufgrund praktischer Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der effizienten Organisation der Schülerbeförderung komme nicht in Betracht, da dieses Anliegen – im Gegensatz zu einer effizienten Organisation des Schulwesens als solche – keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstelle, welcher eine mittelbare Diskriminierung rechtfertigen könne. Damit geht der EuGH auch in diesem Urteil davon aus, dass es bei der Frage nach dem Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung nicht um zahlenmäßige Nachweise (mehr in- bzw. ausländische Betroffene) geht, sondern danach zu fragen ist, ob eine Regelung typischerweise Personen bestimmter Nationalitäten bevorzugt bzw. benachteiligt bzw. eine entsprechende Gefahr besteht.<sup>22</sup> Dieser Ansatz ist schon deshalb ebenso sinnvoll wie notwendig, weil nicht für alle Fallgestaltungen, in welchen (möglicherweise) eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, entsprechende statistische Daten verfügbar sind. Im Übrigen sind diese auch nicht zwingend aussagekräftig, ganz abgesehen davon, dass sich die Frage stellt, welche Schwelle für eine zahlenmäßig überwiegende Betroffenheit notwendig ist bzw. sein soll. In Bezug auf die Rechtfertigung bestätigt der EuGH seinen Ansatz, dass allein finanzielle oder organisatorische Erwägungen sowie Anliegen der Verwaltungsvereinfachung keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen können; im Ergebnis werden sie als wirtschaftliche Gründe angesehen (vorliegend ging es denn auch letztlich um eine Frage der Kostentragung). Gleichzeitig ist zu betonen, dass in dem Moment, in welchem solche Gründe dazu führen, dass das jeweilige System bzw. die staatliche Leistung nicht mehr aufrechterhalten werden kann, sehr wohl das Vorliegen eines zwingenden Grunds des Allgemeininteresses bejaht werden kann, stehen doch in einer solchen Konstellation nicht gewisse finanzielle oder organisatorische Schwierigkeiten, sondern das jeweilige System oder Angebot als solches in Frage. Die Abgrenzung kann hier aber durchaus im Einzelfall schwierig sein.

---

<sup>21</sup> EuGH, Rs. C-830/18, ECLI:EU:C:2020:275 – Landkreis Südliche Weinstraße/PF.

<sup>22</sup> In diesem Sinn auch schon z.B. EuGH, Rs. C-238/15, ECLI:EU:C:2016:949 – Bragança Linares.

In der Rs. C-802/18<sup>23</sup> ging es um eine luxemburgische Regelung, wonach Grenzgänger nur für ihre eigenen Kinder, nicht jedoch für die Kinder ihres Ehegatten (für deren Unterhalt sie aufkommen), einen Anspruch auf Kindergeld (das an die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit geknüpft ist) haben, dies im Gegensatz zu im Inland wohnhaften Personen. Der Gerichtshof hielt zunächst in Anknüpfung an seine Rechtsprechung fest, eine solche Leistung (das Kindergeld) stelle eine soziale Vergünstigung im Sinn des Art. 45 AEUV und des Art. 7 II VO 492/2011 dar. Denn sie knüpfe an die Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit durch den Grenzgänger, der sich ebenfalls auf Art. 7 II VO 492/2011 berufen könne, im Aufnahmestaat an.<sup>24</sup> Sodann schloss der EuGH – wenig überraschend – auf die Unvereinbarkeit der in Frage stehenden Differenzierung mit diesen Bestimmungen i.V.m. Art. 1 lit. i, Art. 67 VO 883/2004 (da das Kindergeld als Leistung sozialer Sicherheit anzusehen sei und Art. 7 II VO 492/2011 und die VO 883/2004 auch nebeneinander angewandt werden könnten) und Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie). Denn auch Kinder des Ehegatten des erwerbstätigen Unionsbürgers seien als seine Kinder anzusehen, jedenfalls soweit er für ihren Unterhalt aufkommt, ganz abgesehen davon, dass der Begriff des Familienangehörigen in Art. 7 II VO 492/2011 demjenigen des Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 entspreche.<sup>25</sup> Die auf den Wohnsitz abstellende Differenzierung stelle eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar, die nicht gerechtfertigt werden könne. Insbesondere sei nicht ersichtlich, warum sie das finanzielle Gleichgewicht des luxemburgischen Systems der Familienleistungen in Frage stellen könne, da die Regelung weder geeignet noch erforderlich sei, um das geltend gemachte Problem des Exports von Familienleistungen zu lösen. Denn der nationale Gesetzgeber habe selbst den Kreis der Empfänger des Kindergelds sehr weit ausgedehnt, indem dieses für alle Kinder, die ein Abstammungsverhältnis zu Grenzgängern aufweisen, unabhängig von einem gemeinsamen Haushalt oder des Tragens der Hauptlast des Unterhalts gewährt werde. Im Übrigen könne dieses Ziel auch durch eine nicht diskriminierende Regelung verfolgt werden.

Das Urteil illustriert die Tragweite des Diskriminierungsverbots für Grenzgänger und verdeutlicht auch, dass diese – wegen ihrer Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat – sich im Wesentlichen ebenso wie im Inland wohnhafte Wanderarbeitnehmer auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung berufen können. Dies gilt auch für den Zugang zu staatlichen Leistungen, soweit diese soziale Vergünstigungen darstellen. Deutlich wird damit auch, dass die Mitgliedstaaten den Zugang zu einer solchen Leistung nicht davon abhängig machen dürfen, dass die Begünstigten einen gewissen Bezug zu dem jeweiligen Mitgliedstaat aufweisen, dies im Gegensatz zur Situation im Rahmen des Art. 18 AEUV.<sup>26</sup>

### c) Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Werden für die Gehaltseinstufung von Lehrern Vordienstzeiten bei einem anderen Arbeitgeber nicht in derselben Weise berücksichtigt wie die Vordienstzeiten, die bei der betreffenden Gebietskörperschaft (bei welcher der Lehrer angestellt ist) geleistet wurden (im Ausgangsfall konnten bei anderen Arbeitgebern geleistete Vordienstzeiten nur bis zu drei Jahren berücksichtigt werden), stelle dies einen Verstoß gegen Art. 45 AEUV dar, wie der EuGH in Anknüpfung an seine Rechtsprechung<sup>27</sup> in der Rs. C-710/18<sup>28</sup> festhielt. Denn Art. 45 AEUV stehe jeder nationalen Maßnahme entgegen, die geeignet sei, die Ausübung der Grundfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Dies sei *in casu* zu bejahen, da eine solche

<sup>23</sup> EuGH, Rs. C-802/18, ECLI:EU:C:2020:269 – Caisse pour l’avenir des enfants.

<sup>24</sup> Der Begriff der „sozialen Vergünstigung“ umfasse alle Vergünstigungen, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern im Allgemeinen gewährt werden, und zwar hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnorts im Inland, und deren Erstreckung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der Union und daher auch ihre Integration im Aufnahmemitgliedstaat zu fördern, vgl. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-447/18, ECLI:EU:C:2019:1098 – GRSP Bratislava, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>25</sup> S. insoweit auch schon EuGH, verb. Rs. C-401/15 bis C-403/15, ECLI:EU:C:2016:955 – Depesme.

<sup>26</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-8507 – Förster.

<sup>27</sup> S. insoweit schon EuGH, Rs. C-703/17, ECLI:EU:C:2019:850 – Krah.

<sup>28</sup> EuGH, Rs. C-710/18, ECLI:EU:C:2020:299 – WN.

Einstufungsregelung Arbeitnehmer davon abhalten könne, ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um sich zur Ausübung einer Tätigkeit als Lehrer oder einer vergleichbaren Tätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben. Eine solche Maßnahme könne auch nicht gerechtfertigt werden. Insbesondere könne nicht geltend gemacht werden, die Arbeitserfahrung beim selben Arbeitgeber erlaube es dem Arbeitnehmer, seine Leistungen besser zu erbringen, da es um vergleichbare Tätigkeiten gehe, so dass schon die Geeignetheit zu verneinen sei. Ebenso wenig könne die Treue zum Arbeitgeber angeführt werden, da Vordienstzeiten auch dann angerechnet werden, wenn sie in verschiedenen Schulen der (großen) Gebietskörperschaft geleistet wurden.

Das Urteil reiht sich nahtlos in die bisherige Rechtsprechung zum Thema ein und ist gut nachvollziehbar begründet. Bemerkenswert sind die Ausführungen zur Bindung des Arbeitnehmers: Offenbar geht der Gerichtshof davon aus, dass die „Treue“ zum Arbeitgeber durchaus honoriert werden darf; gleichzeitig fasst er die Voraussetzungen hierfür insofern sehr eng, als die Tätigkeit in derselben Einheit (hier eine Schule) geleistet werden muss. Dieser Ansatz wirft durchaus Fragen auf: Denn im Gegensatz zur Konstellation, dass einer Gebietskörperschaft eine Vielzahl unterschiedlicher Arbeitgeber zugerechnet werden können, geht es bei Lehrern doch um denselben Arbeitgeber (das Land), und die Lehrer sind lediglich in unterschiedlichen Schulhäusern tätig. Insofern stellt sich die Frage der „Treue“ durchaus, insbesondere, wenn man bedenkt, dass ein Land ein großes Interesse daran haben kann, dass die Lehrer ihre Tätigkeit fortsetzen (z.B. in Zeiten von Lehrermangel). Ganz allgemein fragt es sich, unter welchen Voraussetzungen auf der Grundlage dieses Urteils die Bindung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber angeführt werden kann, soll es doch offenbar nicht entscheidend sein, dass es um denselben Arbeitgeber geht. Dies ist letztlich wenig überzeugend, da der Arbeitgeber durchaus ein Interesse haben kann, erfahrene Arbeitnehmer in einem anderen Betriebsteil einzusetzen. Immerhin dürfte diese Rechtsprechung keine Implikationen für Private entfalten, da es (nur) um Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit geht, für welche der Gerichtshof zumindest bis jetzt keine umfassende Drittwirkung angenommen hat (vorliegend ging es um eine tarifvertragliche und damit kollektive Regelung).

#### d) Abgeleitetes Aufenthaltsrecht

Nach Art. 10 VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Union können die Kinder eines Wanderarbeitnehmers, sofern sie im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. In der Rs. C-181/19<sup>29</sup> bestätigte der EuGH seine zu Art. 12 VO 1612/68 (der in Art. 10 VO 492/2011

---

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-181/19, ECLI:EU:C:2020:794 – Jobcenter Krefeld (Große Kammer).

inhaltsgleich übernommen wurde) ergangene Rechtsprechung, wonach den Kindern des Wanderarbeitnehmers auf der Grundlage dieser Bestimmung ein eigenes Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat zusteht, um am allgemeinen Unterricht teilzunehmen, womit im Hinblick auf die Effektivität dieses Recht der Kinder ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zumindest eines Elternteils einhergeht.<sup>30</sup> Dies impliziert, dass – wie im Ausgangssachverhalt der Rs. C-181/19 – den Kindern und den Eltern auch dann ein Aufenthaltsrecht zukommt, wenn letztere nicht mehr erwerbstätig sind. Da somit Kindern und Eltern ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 zusteht, dürften sie auch nicht automatisch und unter allen Umständen von Leistungen sozialer Sicherheit, welche (wie das deutsche Arbeitslosengeld II und Sozialgeld für Kinder) als soziale Vergünstigungen im Sinn der VO 492/2011 anzusehen seien, ausgeschlossen werden, da Art. 7 II VO 492/2011 einen diskriminierungsfreien Zugang zu solchen Leistungen vorsehe. Denn die Aufenthaltsrechte nach Art. 10 VO 492/2011 gingen ursprünglich auf die Arbeitnehmereigenschaft zurück, so dass mit dem fortbestehenden eigenständigen Aufenthaltsrecht auch Art. 7 II VO 492/2011 weiterhin zum Zuge kommen müsse. Auf diese Weise werde sichergestellt, dass eine Person, die gemeinsam mit ihrer Familie ihren Herkunftsmitgliedstaat verlässt, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten, bei Verlust ihrer Beschäftigung nicht den Schulbesuch ihrer Kinder unterbrechen und in ihr Herkunftsland zurückkehren müsse, nur weil sie keinen Zugang zu den nach den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Sozialleistungen habe, die den Lebensunterhalt der Familie im Aufnahmestaat sicherstellen sollen. An dieser Auslegung ändere auch Art. 24 II RL 2004/38 nichts, wonach für bestimmte Kategorien von Personen (u.a. denjenigen, denen nach der RL 2004/38 ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche zusteht) im Hinblick auf die Verhinderung einer unangemessenen Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung vorgesehen sei: Art. 24 II RL 2004/38 sei als Ausnahmebestimmung eng auszulegen und beziehe sich nur auf Personen, deren Aufenthaltsrecht auf der RL 2004/38 beruhe. Dies sei zwar in Bezug auf die Eltern der Fall, da diese auf Arbeitssuche seien (vgl. Art. 14 IV lit. c RL 2004/38); jedoch stehe ihnen darüber hinaus ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aus der VO 492/2011 zu, in Bezug auf welches Art. 24 II RL 2004/38 nicht zum Zuge komme.<sup>31</sup>

Das Urteil bestätigt klar die bisherige Rechtsprechung, wobei es sich erstmals ausführlich mit dem Anwendungsbereich des Art. 24 II RL 2004/38 auseinandersetzt und diesen für Aufenthaltsrechte nach der VO 492/2011 verneint. Damit illustriert es die bedeutenden (potentiellen) Implikationen einer einmal erlangten Arbeitnehmereigenschaft. Trotz der umfassenden Regelung der Rechte der Unionsbürger in der RL 2004/38 ist somit für Arbeitnehmer zunächst und vor allem (auch) die VO 492/2011 relevant, welche in

---

<sup>30</sup> S. so schon EuGH, Rs. C-480/08, ECLI:EU:C:2010:83 – Teixeira; EuGH, Rs. C-310/08, ECLI:EU:C:2010:880 – Ibrahim.

<sup>31</sup> Ebenso und aus parallelen Gründen stehe den Betroffenen ein Recht auf Gleichbehandlung nach Art. 4 VO 883/2004 zu, so dass sie diskriminierungsfrei Zugang zur sozialen Sicherheit hätten.

verschiedener Hinsicht – wie die Rs. C-181/19 trefflich aufzuzeigen vermag – weitergehende Rechte enthält. Man mag diese aus rechtspolitischer Sicht begrüßen oder nicht; zu beachten ist aber jedenfalls, dass der Unionsgesetzgeber Art. 10 VO 492/2011 in Kenntnis der Rechtsprechung des EuGH (welche zudem auch nach Erlass der RL 2004/38 ergangen ist) zu dem gleichlautenden Art. 12 VO 1612/68 erlassen hat.

### 3. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

#### a) Grenzüberschreitender Bezug

Beschränkt ein Mitgliedstaat<sup>32</sup> die Orte, an welchen das Betreiben von Glücksspielen erlaubt ist, so könne sich eine in diesem Mitgliedstaat ansässige Gesellschaft, die dadurch die Erlaubnis zur Durchführung von Glücksspielen verloren habe, auf Art. 56 AEUV berufen, sofern ein Teil ihrer Kundschaft aus einem anderen Mitgliedstaat komme, so der EuGH in der Rs. C-311/19<sup>33</sup>. In einer solchen Konstellation liegt somit ein grenzüberschreitender Bezug vor, was schon insofern überzeugt, als die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen beschränkt wird. Gleichzeitig weist der EuGH darauf hin, dass ein grenzüberschreitender Bezug nicht allein deshalb anzunehmen sei, weil Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten angebotene Dienstleistungen potentiell nutzen könnten.<sup>34</sup> Eine rein hypothetische oder behauptete Inanspruchnahme von Dienstleistungen durch Personen aus anderen Mitgliedstaaten reicht also nicht aus, wobei der Gerichtshof auch deutlich macht, dass eine *de-minimis*-Regel im Sinne einer gewissen Anzahl von Kunden abzulehnen sei. Dies liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung, die das Erfordernis einer Art Spürbarkeit der Beschränkung der Grundfreiheiten ablehnt, das Vorliegen selbst einer Beschränkung – sei sie auch „unbedeutend“ – jedoch glaubhaft dargelegt werden müsse (und eben nicht nur hypothetisch sein dürfe).

In der Rs. C-62/19<sup>35</sup> ging es um eine rumänische Regelung, welche die Erbringung eines Vermittlungsdiensts, der darin bestand, durch eine Smartphone-Applikation potentielle Taxikunden für eine innerstädtische Fahrt mit zugelassenen Taxifahrern gegen Entgelt in Kontakt zu bringen, einer Zulassungspflicht unterwirft, die u.a. mit der Bedingung verbunden wird, dass die Fahraufträge mittels eines Sprechfunkgeräts an die Fahrer übermittelt werden. Der EuGH verneinte hier das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts; somit war Art. 56 AEUV nicht anwendbar. Hingegen prüfte der Gerichtshof die Regelung am Maßstab der Art. 9, 10 RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) und hielt insbesondere fest, eine solche Regelung müsse nichtdiskriminierend ausgestaltet sein, durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und den Vorgaben der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Letzteres verneinte der Gerichtshof in Bezug auf die Auflage, ein Sprechfunkgerät zu benutzen, da diese nicht zur betreffenden Dienstleistung passe und den Anbietern der Dienstleistung daher ungerechtfertigte Belastungen und Kosten aufbürde.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Wobei es im Ausgangssachverhalt um eine kommunale Regelung einer tschechischen Stadt ging, die für deutsche «Glücksspieltouristen» ein beliebtes Ziel war bzw. ist.

<sup>33</sup> EuGH, Rs. C-311/19, ECLI:EU:C:2020:981 – Bonver Win.

<sup>34</sup> S. insofern auch schon EuGH, Rs. C-665/18, ECLI:EU:C:2019:477 – Polus Vegas.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-62/19, ECLI:EU:C:2020:980 – StarTaxi App.

<sup>36</sup> Zur RL 2006/123 auch EuGH, Rs. C-754/18, ECLI:EU:C:2020:743 – Cali Apartments (Große Kammer): Ein Genehmigungserfordernis für die regelmäßige kurzzeitige Vermietung von möblierten Wohnungen

b) Vorliegen einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Wird von einem Werbedienstleister, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und im Inland einer Werbesteuer unterliegt, eine Anmeldung verlangt, während dies für im Inland niedergelassene Werbedienstleister oder sonstwie bereits bei der Steuerbehörde registrierten Dienstleistern nicht der Fall ist, liegt keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor, so der EuGH in der Rs. C-482/18<sup>37</sup> im Zusammenhang mit einer ungarischen Regelung. Denn Art. 56 AEUV stehe zwar allen Maßnahmen entgegen, welche die Ausübung der betreffenden Dienstleistung verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen. Jedoch sei diese Vorschrift nicht einschlägig, wenn die einzige Wirkung der in Frage stehenden Maßnahme darin bestehe, zusätzliche Kosten für die betreffende Leistung zu verursachen, soweit die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen innerhalb des Mitgliedstaats in gleicher Weise betroffen sei.<sup>38</sup> Genau um eine solche Konstellation gehe es aber vorliegend, da die Anmeldung keine Voraussetzung für die Erbringung der Werbedienstleistung sei und somit eine bloße Verwaltungsformalität darstelle, der die im Inland ansässigen Dienstleister im Rahmen ihrer Steuerpflicht letztlich auch unterworfen seien und die den Dienstleistungsverkehr nicht behindere.

Allerdings stünden die Sanktionen im Falle eines Verstoßes gegen die Anmeldepflicht schon deshalb nicht in Einklang mit Art. 56 AEUV, weil im Inland ansässige Dienstleister bei ähnlichen Verstößen keine vergleichbaren Sanktionen zu gewärtigen hätten. Diese Ungleichbehandlung könne mangels Erforderlichkeit (die konkrete Ausgestaltung der Sanktionen führe zu unverhältnismäßig hohen Bußen, ohne dass sich die Betroffenen wirksam dagegen wehren könnten, zumal keine Korrelation zwischen der Höhe der Bußen und der Schwere des Rechtsverstoßes bestehe) auch nicht durch die Anliegen der Wirksamkeit der Steuerkontrollen und der Steuereintreibung gerechtfertigt werden.

Das Urteil illustriert trefflich, dass nicht jede Unannehmlichkeit oder jede Verpflichtung im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen auch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, wobei der EuGH nicht auf die sog. Keck-Rechtsprechung Bezug nimmt. Vielmehr dürfte er letztlich auf die Behinderung des Marktzugangs abstellen, so dass Art. 56 AEUV bei nicht diskriminierenden Maßnahmen nur dann – und insoweit durchaus auch parallel zu Art. 34 AEUV – einschlägig ist, wenn tatsächlich die Erbringung der

---

falle in den Anwendungsbereich der RL 2006/123, könne aber grundsätzlich durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls (Bekämpfung des Mietwohnungsmangels) gerechtfertigt werden; EuGH, Rs. C-206/19, ECLI:EU:C:2020:463 – «KOB» SIA: Unvereinbarkeit, mit Art. 9, 10, 14 RL 2006/123 einer nationalen Regelung, wonach Gesellschafter, die mehr als die Hälfte des stimmberechtigten Kapitals einer Gesellschaft vertreten, Eigentum an einer landwirtschaftlichen Fläche nur dann erwerben dürfen, wenn sie in dem Mitgliedstaat ansässig sind und die Amtssprache beherrschen; EuGH, Rs. C-137/18, ECLI:EU:C:2020:84 – hapeg: Es sei nicht mit Art. 15 I, II lit. a, III RL 2006/123 vereinbar, für Verträge mit Architekten oder Ingenieuren Mindesttarife vorzusehen (s. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562 – Kommission/Deutschland).

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-482/18, ECLI:EU:C:2020:141 – Google Ireland (Große Kammer).

<sup>38</sup> S. insoweit schon EuGH, Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504 – Österreich/Deutschland (Autobahnmaut).

Dienstleistung als solche behindert wird. Gewünscht hätte man sich bei diesem Urteil ein Bezug zu den anderen Grundfreiheiten: Denn auch wenn der angelegte Maßstab weitgehend parallel zu Art. 34 AEUV (sowie Art. 45, 49 AEUV) ausgestaltet sein dürfte, verwendet der Gerichtshof doch zumindest teilweise eine andere Terminologie, was die Frage aufwirft, wie weit die Parallelen zu den anderen Grundfreiheiten wirklich gehen.<sup>39</sup>

c) Tätigkeit privater Hochschulen

Das umstrittene ungarische Hochschulgesetz – welches letztlich dazu führte, dass die renommierte *Central European University* ihren Sitz von Ungarn nach Österreich verlegte – war Gegenstand einer Vertragsverletzungsklage der Kommission (Rs. C-66/18<sup>40</sup>). Der EuGH stellte in seinem ausführlich begründeten Urteil insbesondere<sup>41</sup> fest, es verstoße gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV (und Art. 16 RL 2006/123, Dienstleistungsrichtlinie), falls ausländische Hochschuleinrichtungen in Ungarn nur unter der Bedingung tätig sein dürfen, dass sie auch in dem Staat, in dem sie ihren Sitz haben, eine Hochschulausbildung anbieten. Denn die entgeltliche Durchführung von Hochschulunterricht stelle eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, so dass Art. 49 AEUV grundsätzlich anwendbar sei. Diese Grundfreiheit gewähre das Recht, eine Zweigniederlassung in anderen Mitgliedstaaten zu gründen, dies auch dann, wenn die Hauptniederlassung nur errichtet wurde, um im Aufnahmestaat eine

---

<sup>39</sup> Zum Begriff der Dienstleistung EuGH, Rs. C-727/17, ECLI:EU:C:2020:393 – ECO-WIND Construction: Die Tätigkeit der Herstellung eines Erzeugnisses sei nicht als Dienstleistung anzusehen, so dass eine Vorschrift, welche einen Mindestabstand zwischen einer Windkraftanlage und Wohngebäuden vorsieht, nicht in den Anwendungsbereich der RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) falle. Ebenso wenig stelle sie eine technische Vorschrift im Sinne der RL 2015/1535 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften dar, es sei denn, sie führe zu einer bloß marginalen Verwendung von Windkraftanlagen. Ein ausschließliches Recht zum Anbieten von Glücksspielen, welche auch das Anbieten solcher Spiele über das Internet erfasst, stelle hingegen eine technische Vorschrift im Sinne dieser Richtlinie bzw. der Vorgängerregelung dar, so dass sie bei fehlender Übermittlung an die Kommission Einzelnen nicht entgegengehalten werden könne, vgl. EuGH, Rs. C-275/19, ECLI:EU:C:2020:856 – Sportingbet. S. sodann EuGH, Rs. C-757/19, ECLI:EU:C:2020:410 – ES (Verstoß gegen Art. 49 AEUV einer Regelung, wonach sich eine Person, welche ein Fahrzeug von einer ihr selbst gehörenden und in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft zur Verfügung gestellt bekommt, nur dann auf eine Ausnahme von der Verpflichtung, Fahrzeuge im Wohnsitzstaat zuzulassen, berufen kann, wenn die entsprechenden Dokumente immer im Fahrzeug mitgeführt werden, ohne dass die Möglichkeit besteht, sie nachzureichen); EuGH, Rs. C-323/18, ECLI:EU:C:2020:140 – Tesco Global; EuGH, Rs. C-75/18, ECLI:EU:C:2020:139 – Vodafone (beide Urteile Große Kammer): Eine stark progressive Umsatzsteuer, deren effektive Steuerlast hauptsächlich von Unternehmen getragen wird, die unmittelbar oder mittelbar von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten oder von Gesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat kontrolliert werden, weil dies die umsatzstärksten Unternehmen auf dem betreffenden Markt sind, stehe mit Art. 49, 54 AEUV in Einklang.

<sup>40</sup> EuGH, Rs. C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792 – Kommission/Ungarn (Große Kammer).

<sup>41</sup> Daneben wurden auch Verstöße gegen das GATS festgestellt, soweit es um die Tätigkeit von Hochschuleinrichtungen mit Sitz außerhalb der Union geht (wobei der Gerichtshof hier auch betont, der Umstand, dass im Rahmen der WTO ein Streitbeilegungsmechanismus vorgesehen sei, ändere nichts an seiner Zuständigkeit, da das GATS als von der Union abgeschlossener Vertrag integraler Bestandteil des Unionsrechts sei).



Zweigniederlassung zu eröffnen und dort die hauptsächliche Geschäftstätigkeit auszuüben.<sup>42</sup> Das Erfordernis der Durchführung einer Ausbildung im Sitzstaat der betreffenden Einrichtung stelle eine Beschränkung des Art. 49 AEUV dar, da es eine Niederlassung in Ungarn weniger attraktiv machen könne. Eine Rechtfertigung aus den von Ungarn angeführten Gründen scheide aus: Für eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch die Tätigkeit einer Einrichtung, die in ihrem Sitzstaat keine Ausbildung durchführt, habe Ungarn nicht dargelegt, warum hierdurch eine tatsächliche und ausreichende Bedrohung eines Grundwerts der ungarischen Gesellschaft berührt sein solle. Ebenso wenig könne das Anliegen, irreführende Geschäftspraktiken zu verhindern, den Eingriff rechtfertigen, da nicht ersichtlich sei, warum dieses Ziel nicht auf andere Weise erreicht werden könne (etwa durch den Nachweis, dass die Regelungen des Sitzstaats beachtet würden), womit offenbar die Erforderlichkeit der Maßnahme verneint wird. Schließlich greife auch das Ziel der Gewährleistung einer hochwertigen Hochschulausbildung nicht durch, da das Erfordernis der Durchführung einer Ausbildung im Sitzstaat der betreffenden Einrichtung in keiner Weise die Qualität der Ausbildung betreffe und im Übrigen auch keine Schlüsse auf die Qualität der in Ungarn durchgeführten Ausbildung zulasse, so dass die Geeignetheit der Maßnahme zur Verfolgung des angestrebten Ziels zu verneinen sei. Weiter liege auch ein Verstoß gegen Art. 13, 14 III, 16 GRCh (Wissenschaftsfreiheit, Recht auf Gründung von Lehranstalten und unternehmerische Freiheit) vor. Die GRCh sei anwendbar, da es um eine mitgliedstaatliche Maßnahme gehe, welche in eine Grundfreiheit eingreife, so dass eine Durchführung des Unionsrechts im Sinn des Art. 51 I GRCh vorliege und die streitigen Maßnahmen daher mit der GRCh in Einklang stehen müssten. Nach der Bejahung einer Einschränkung der genannten Rechte (da die akademischen Tätigkeiten der betreffenden ausländischen Hochschuleinrichtungen in Ungarn gefährdet seien), wobei der Gerichtshof auch auf die Rechtsprechung des EGMR Bezug nimmt, verneinte der Gerichtshof die Rechtfertigung aus denselben Gründen wie diejenige des Eingriffs in Art. 49 AEUV.

Das Urteil vermag angesichts der Pauschalität der Regelungen und der zu offensichtlichen eigentlichen Zielsetzung des Gesetzes, die Aktivitäten der *Central European University* zu unterbinden, nicht wirklich zu überraschen. Aus grundsätzlicher Sicht illustriert es einmal mehr die Bedeutung der Grundrechte im Zusammenhang mit der Beschränkung der Grundfreiheiten, wobei in diesem Zusammenhang der Verstoß gegen die Grundrechte auch als eigenständige Vertragsverletzung geltend gemacht und festgestellt wurde. Deutlich wird damit auch die große Bedeutung der durch die Grundfreiheiten gewährleisteten (wirtschaftlichen) Freiheitsrechte nicht nur für diese Rechte, sondern auch für die Rechtsstaatlichkeit allgemein. Allerdings stimmt das Agieren Ungarns auch in diesem Fall sehr nachdenklich, lag hier doch ein offensichtliches und wohl auch bewusstes Hinwegsetzen über die Vorgaben des Unionsrechts

---

<sup>42</sup> Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, s. schon (z.B.) EuGH, Rs. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Polbud.

vor, um die Tätigkeiten einer (unliebsamen) privaten Universität zu verhindern, womit die Grundfesten der Union in Frage gestellt werden.

#### d) Medizinische Behandlungen

Der Ausschluss jeglicher Kostenübernahme für einen dringenden medizinischen Eingriff, dem sich ein Versicherter im Ausland unterziehen muss, ohne Vorabgenehmigung der Krankenkasse stelle – so der EuGH in der Rs. C-777/18<sup>43</sup> im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung,<sup>44</sup> die der Gerichtshof kurz skizziert – eine unzulässige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar.<sup>45</sup> Denn durch eine Regelung, die bei fehlender Vorabgenehmigung die Kostenerstattung für die Gesundheitsversorgung des Versicherten in einem anderen Mitgliedstaat in allen Fällen ausschließt, selbst wenn die echte Gefahr besteht, dass sich der Gesundheitszustand des Versicherten irreversibel verschlechtert, werde der freie Dienstleistungsverkehr beschränkt. Eine Rechtfertigung durch das Anliegen, eine optimale Planung und Verwaltung der Gesundheitsversorgung zu ermöglichen und die mit dieser Versorgung zusammenhängenden Kosten zu begrenzen, könne von vornherein nur für Krankenhausbehandlungen oder aufwändige Behandlungen außerhalb von Krankenhäusern geltend gemacht werden, nicht aber allgemein für ärztliche Behandlungen. Jedenfalls sei der in Frage stehende pauschale Ausschluss der Kostenübernahme bei fehlender Vorabgenehmigung auch dann, wenn besondere Umstände vorliegen, unverhältnismäßig und verstoße daher gegen Art. 56 AEUV (sowie die Richtlinie über grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung, RL 2011/24).<sup>46</sup>

#### e) Arbeitnehmerentsendung

In den verb. Rs. C-370/17, C-37/18<sup>47</sup> stand erneut<sup>48</sup> die Frage im Zentrum, unter welchen Voraussetzungen der Aufnahmestaat von entsandten Arbeitnehmern bzw. ihren Arbeitgebern vorgelegte Bescheinigungen E 101 gemäß der VO 1408/71 außer Acht lassen darf. Diese vom

---

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-777/18, ECLI:EU:C:2020:745 – WO.

<sup>44</sup> S. insbesondere EuGH Rs. C-173/09, ECLI:EU:C:2010:581 – Elchinov.

<sup>45</sup> Daneben äußerte sich der Gerichtshof noch zur Auslegung der Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, worauf hier nicht näher eingegangen werden soll.

<sup>46</sup> S. weiter zur (grundsätzlich möglichen) Vereinbarkeit einer Weigerung einer nationalen Behörde, die Genehmigung für eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat zu erteilen, wenn diese Behandlung im Ausland erfolgen soll, weil die Behandlung im Inland nicht mit den religiösen Überzeugungen des Patienten in Einklang steht, mit gewissen sekundärrechtlichen Vorgaben EuGH, Rs. C-243/19, ECLI:EU:C:2020:872 – A.

<sup>47</sup> EuGH, verb. Rs. C-370/17, C-37/18, ECLI:EU:C:2020:260 – Vueling Airlines (Große Kammer).

<sup>48</sup> S. schon EuGH, Rs. C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63 – Ömer Altun; EuGH, Rs. C-356/16, ECLI:EU:C:2018:555 – Kommission/Belgien.

Sitzstaat auszustellenden Bescheinigungen bestätigen, dass die betreffenden Arbeitnehmer in ihr eigenes System der sozialen Sicherheit integriert sind, so dass im Aufnahmestaat – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – eine Anmeldung unterbleiben darf. Konkret ging es in den Ausgangsverfahren darum, ob ein mit einem Verfahren gegen einen Arbeitgeber befasstes Gericht im Aufnahmestaat (Frankreich) die Bescheinigungen außer Acht lassen darf, weil diese auf betrügerische Weise erlangt oder benutzt wurden. Der EuGH hielt fest, dass das zuständige Gericht nur dann das Vorliegen eines solchen Betrugs feststellen und daraufhin die Bescheinigungen außer Acht lassen dürfe, wenn das in Art. 84a III VO 1408/71 vorgesehene Verfahren unverzüglich eingeleitet wurde, so dass der Ausstellungsstaat in die Lage versetzt werde, das Vorliegen eines Betruges überprüfen zu können. Weiter müsse der zuständige Träger des Ausstellungsstaats es unterlassen haben, eine solche Überprüfung vorzunehmen und innerhalb einer angemessenen Frist zu dem Vorbringen Stellung zu nehmen, die fraglichen Bescheinigungen ggf. für ungültig zu erklären oder zurückzuziehen. Denn aufgrund des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens und in Anwendung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 III EUV) könne das Vorliegen von Indizien dafür, dass Bescheinigungen E 101 auf betrügerische Weise erlangt oder geltend gemacht wurden, nicht dazu führen, dass einseitig das Vorliegen eines Betrugs festgestellt werden dürfe und die Bescheinigungen außer Acht gelassen werden könnten. Auch könne nur diese Auslegung die praktische Wirksamkeit des in Art. 84a III VO 1408/71 vorgesehenen Verfahrens sicherstellen. Sollte ein Strafgericht unter Missachtung dieser Vorgaben einen Arbeitgeber verurteilen und das Urteil Rechtskraft erlangen, dürfe es die Zivilgerichte – die mit Entschädigungsklagen befasst sind – nicht binden, da eine solche Bindungswirkung zur Folge hätte, dass die unionsrechtswidrige Auslegung perpetuiert würde, so dass der Grundsatz der Effektivität beeinträchtigt wäre; in einem solchen Fall könne der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht angeführt werden.

Das Urteil des Gerichtshofs setzt die bereits in der Rs. C-359/16 und der Rs. C-356/16<sup>49</sup> eingeschlagene Linie fort und bestätigt diese vollumfänglich: 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.<sup>50</sup> Allerdings hat der ausstellende Mitgliedstaat unter gewissen Voraussetzungen (insbesondere, wenn der Aufnahmemitgliedstaat konkrete Anhaltspunkte für betrügerisches Verhalten vorbringt) die Rechtmäßigkeit der Ausstellung der Bescheinigung zu überprüfen und sie ggf. zurückzuziehen (was durch das nationale Recht ermöglicht werden muss). Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen, Bescheinigungen o.ä., sind diese ausschließlich auf der Grundlage der im Unionsrecht

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63 – Ömer Altun; EuGH, Rs. C-356/16, ECLI:EU:C:2018:555 – Kommission/Belgien.

<sup>50</sup> Wobei der Gerichtshof ergänzend in dem angezeigten Urteil noch darauf hinweist, nur diese „absolute“ Bindungswirkung verhindere, dass es zu verschiedenen Rechtsauffassungen zwischen den Mitgliedstaaten komme, die letztlich zulasten der Arbeitnehmer gingen.

vorgesehenen Verfahren zu klären, was auch für den Fall eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers bzw. einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit gilt. Falls sich die Rechtsunterworfenen aber 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, 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. Nicht geklärt ist aber auch durch dieses jüngste Urteil, 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 einmal mehr die große Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit für das Funktionieren des Unionsrechts. Jedenfalls ist diese Rechtsprechung nicht nur auf der Grundlage der derzeit geltenden Verordnungen zur sozialen Sicherheit (VO 883/2004 und VO 987/2009), welche die in den angezeigten Urteilen maßgeblichen Vorschriften aufgreifen, relevant, sondern dürfte auch für andere Rechtsgebiete von Bedeutung sein. Denn der 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 in Bezug auf behördliche Entscheidungen, eine Fragestellung, die überall dort eine Rolle spielt, wo die Mitgliedstaaten solche Entscheidungen, Bescheinigungen o.ä. anerkennen müssen, was in zahlreichen Rechtsgebieten der Fall ist.

Der Begriff des entsandten Arbeitnehmers stand im Zentrum der Rs. C-815/18<sup>51</sup>. Im Ausgangssachverhalt waren in Deutschland und Ungarn angestellte LKW-Fahrer auf der Grundlage eines Vertrages ihres Arbeitgebers mit einer niederländischen Gesellschaft für diese bei grenzüberschreitenden Beförderungen tätig, wobei der Großteil der Beförderungen außerhalb der Niederlande stattfand. In Frage stand, ob sich aus der RL 96/71 eine Pflicht ergibt, die betreffenden Fahrer wie in den Niederlanden angestellte Arbeitnehmer zu behandeln. Der Gerichtshof hielt folgendes fest:

- Die RL 96/71 (Entsenderichtlinie) sei auch auf grenzüberschreitende Dienstleistungen im Straßenverkehr anwendbar, wie sich aus Art. 1 I, III RL 96/71 ergebe, wonach jede länderübergreifende Dienstleistung, die mit der Entsendung von Arbeitnehmern verbunden ist, erfasst sei (mit Ausnahme der in Art. 1 II RL 96/71 erwähnten Konstellation), unabhängig davon, welcher Wirtschaftssektor betroffen sei. Dieser Ansatz werde durch die Definition des Begriffs des entsandten Arbeitnehmers in Art. 2 I RL 96/71 bestätigt, abgesehen davon, dass er auch durch eine Reihe weiterer Unionsrechtsakte zugrundegelegt werde. Nicht relevant sei der Umstand, dass nach Art.

---

<sup>51</sup> EuGH, Rs. C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Federatie Nederlandse Vakbeweging (Große Kammer).

58 AEUV für Verkehrsdienstleistungen nicht Art. 56 AEUV, sondern Art. 90 ff. AEUV zum Zuge kommen.

- Ein Arbeitnehmer sei (nur) dann als in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates entsandt (im Sinn des Art. 2 I RL 96/71) anzusehen, wenn seine Arbeitsleistung eine hinreichende Verbindung zu diesem Hoheitsgebiet aufweise, was eine Gesamtwürdigung aller Umstände erfordere, welche die fragliche Tätigkeit kennzeichnen. Relevant seien hier insbesondere die Merkmale der Dienstleistung sowie die Art der verrichteten Tätigkeit. Bei mobilen Arbeitnehmern (wie im grenzüberschreitenden Verkehr tätigen Arbeitnehmern) sei ausserdem von Bedeutung, wie eng die Verbindung zwischen den Beförderungsdienstleistungen und dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats sei. Ebenso sei der Anteil der jeweiligen Tätigkeiten zu berücksichtigen. Ein Arbeitnehmer, der in dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in den er entsandt wird, nur Leistungen von sehr beschränktem Umfang erbringt – was z.B. für einen Fahrer gelte, der das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats nur durchquere oder nur einen grenzüberschreitenden Transport durchführe – könne hingegen nicht „entsandt“ als im Sinn der RL 96/71 angesehen werden. Jedenfalls reiche allein der Ausgangs- oder Endpunkt eines Transports in einem anderen Mitgliedstaat nicht aus, um eine hinreichende Verbindung zu begründen.
- Bei Kabotagebeförderungen in einem anderen Mitgliedstaat sei grundsätzlich von einer solchen hinreichenden Verbindung auszugehen.
- Die Frage, ob ein Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt worden ist (vgl. Art. 3 I, VIII RL 96/71), sei anhand des anwendbaren nationalen Rechts zu beurteilen. Dabei sei auch ein selbst nicht als allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag als allgemein verbindlich anzusehen, dessen Einhaltung die Voraussetzung für die Befreiung von der Anwendung eines anderen, seinerseits für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrags darstelle, dessen Bestimmungen im Wesentlichen identisch mit dem erstgenannten Tarifvertrag seien.

Mit diesem Urteil wendet der Gerichtshof den in der Rs. C-16/18<sup>52</sup> im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden Zugverkehr entwickelten Ansatz auf den grenzüberschreitenden Straßenverkehr an. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die Fragestellung bei letzterem ungleich komplexer ist (wird doch bei in grenzüberschreitend fahrenden Zügen tätigen Personal in aller Regel eine enge Verbindung zu den Transitstaaten zu verneinen sein), da Beförderungsdienstleistungen häufig mit zahlreichen anderen Dienstleistungen (wie Auf- und Abladen) verbunden sind, so dass die Grenzziehung schwierig und nicht immer vorhersehbar ist. Immerhin wird man aus dem Urteil folgern können, dass jedenfalls „Annexdienstleistungen“ in größerem Umfang – wie z.B. Montagearbeiten – eine solche hinreichende Verbindung zu begründen vermögen mit der Folge, dass eine Entsendekonstellation vorliegt. In Anbetracht des Sinns und Zwecks des Entsenderechts

---

<sup>52</sup> EuGH, Rs. C-16/18, ECLI:EU:C:2019:1110 – Dobersberger.

erscheint es im Übrigen sachgerecht, maßgeblich zu berücksichtigen, ob die betreffenden Arbeitnehmenden in einer Weise im Aufnahmemitgliedstaat tätig sind, dass sie in einer gewissen Konkurrenz zu einheimischen Arbeitskräften stehen könnten. Ein weiteres Element könnte der (mehr oder weniger starke) Bezug zum Entsendestaat sein in dem Sinn, dass bei einem nur sehr losen Bezug zum Entsendestaat (wie möglicherweise z.B. bei der Durchführung eines Transports durch ein in einem dritten Staat angesiedeltes Unternehmen) eher eine hinreichende Verbindung zum Aufnahmestaat bestünde.

#### f) Diplomanerkennung

Sieht eine nationale Regelung eine Befreiung von den für den Zugang zum Rechtsanwaltsberuf grundsätzlich vorgesehenen Voraussetzungen bezüglich der Berufsausbildung für Personen vor, welche bestimmte Funktionen im öffentlichen Dienst des betreffenden Mitgliedstaats ausüben, während (ehemalige) Bedienstete der EU, die in einer vergleichbaren Funktion tätig sind oder waren, hiervon ausgeschlossen sind, liege eine Beschränkung der Art. 45, 49 AEUV vor, so der EuGH in der Rs. C-218/19<sup>53</sup>. Gelte eine solche Regelung pauschal (also ohne Berücksichtigung der konkreten Tätigkeitsfelder der bei der EU angestellten Personen), so könne sie mangels Erforderlichkeit auch nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls (Schutz der Empfänger juristischer Dienstleistungen und Sicherstellung einer geordneten Rechtspflege) gerechtfertigt werden. Etwas anderes gelte jedoch dann, wenn auch bei der EU angestellte Personen befreit werden könnten, soweit sie nachweisen können, dass sie im Rahmen ihrer Tätigkeiten das jeweilige nationale Recht praktiziert haben.<sup>54</sup>

### III. Gleichstellung

Äußert ein potentieller Arbeitgeber öffentlich, er wolle weder homosexuelle Personen anstellen noch mit solchen zusammenarbeiten, geht es um Bedingungen für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit im Sinne des Art. 3 I lit. a RL 2000/78 mit der Folge, dass solche Äußerungen

---

<sup>53</sup> EuGH, Rs. C-218/19, ECLI:EU:C:2020:1034 – Onofrei.

<sup>54</sup> S. sodann noch EuGH, Rs. C-384/18, ECLI:EU:C:2020:124 – Kommission/Belgien (Verstoß gegen Art. 49 AEUV – sowie die RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) – eines Verbots der gemeinschaftlichen Ausübung von Buchhaltertätigkeiten auf der einen und von Tätigkeiten des Versicherungsmaklers oder -agenten, des Immobilienmaklers oder jeglicher Tätigkeit im Bank- oder Finanzdienstleistungsbereich auf der anderen Seite; ebenso verstoße es gegen diese unionsrechtlichen Vorgaben, es den Kammern des Berufsinstituts der zugelassenen Buchhalter und Fiskalisten zu gestatten, die gemeinschaftliche Ausübung von Buchhaltertätigkeiten auf der einen und jeglicher handwerklicher, landwirtschaftlicher oder gewerblicher Tätigkeit auf der anderen Seite zu verbieten. Das Verbot multidisziplinärer Tätigkeiten sei nicht notwendig, um den Anliegen der Unabhängigkeit und der Vermeidung von Interessenkonflikten Rechnung zu tragen.

in den Anwendungsbereich der RL 2000/78 fallen, so der EuGH in der Rs. C-507/18<sup>55</sup>. Dies gelte auch dann, wenn kein konkretes Einstellungsverfahren laufe, es sei denn, der Zusammenhang solcher Äußerungen mit dem Zugang zu einer Erwerbstätigkeit bei dem betreffenden Unternehmen sei völlig hypothetisch. Zwar werde die Meinungsäußerungsfreiheit eingeschränkt; dieser Eingriff sei aber durch den Grundrechtsschutz Dritter (Schutz vor Diskriminierungen) gerechtfertigt; die diesbezüglichen Voraussetzungen nach Art. 52 GRCh seien gegeben. Im Übrigen erlaube es die RL 2000/78 den Mitgliedstaaten über die Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78 hinaus (der eine Verbandsklage nur vorsieht, wenn eine konkret (potentiell) diskriminierte Person identifiziert werden kann), einer Vereinigung von Rechtsanwälten gerichtlichen Zugang im Hinblick auf die Geltendmachung des Vorliegens einer Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung zu eröffnen, auch wenn kein Geschädigter festgestellt werden könne und wenn die Vereinigung eine Gewinnerzielungsabsicht habe.

Das an die bisherige Rechtsprechung<sup>56</sup> anknüpfende, aber aufgrund des Verzichts auf einen konkreten Fall oder Anhaltspunkt über diese hinausgehende Urteil illustriert die Tragweite der RL 2000/78 auch über den Schutz einzelner diskriminierter Personen hinaus. Es ist zwar insofern nachvollziehbar, als nicht einsichtig wäre, warum lediglich eine Diskriminierung bei einer konkreten Anstellung erfasst sein soll, nicht jedoch die allgemeine Ankündigung einer solchen für alle zukünftigen Konstellationen. Dass eine Diskriminierung somit auch dann vorliegen kann, wenn keine konkret betroffene Person identifizierbar ist, ist insofern folgerichtig und trägt den Zielsetzungen der RL 2000/78 Rechnung. Auf der anderen Seite führt dieser Ansatz dazu, dass umfassend alle mehr oder weniger allgemeinen Äußerungen von Arbeitgebern am Maßstab des Antidiskriminierungsrechts gemessen werden können. Denn damit steht nicht nur die allgemeine Einstellungspolitik auf dem Prüfstand der RL 2000/78 (bei einem Betrieb, der regelmäßig Angestellte einstellt, dürfte die Verbindung zwischen der Äußerung und dem Zugang zu einer Anstellung in aller Regel gegeben sein), sondern es geht auch um Stellungnahmen aller Art. Vor diesem Hintergrund hätte man sich eine etwas eingehendere Prüfung der Frage gewünscht, ob dieser weite Ansatz in Bezug auf den Anwendungsbereich der RL 2000/78 mit der Meinungsäußerungsfreiheit in Einklang steht bzw. unter welchen Voraussetzungen allgemeine Äußerungen als Diskriminierung anzusehen sein können. Vieles spricht dafür, dass der Maßstab bei diesen ein anderer sein muss, als wenn sich die Äußerungen auf eine konkrete Person bzw. ein konkretes Verfahren beziehen. Denn ein „genereller Vorrang“ des Diskriminierungsschutzes gegenüber der Meinungsäußerungsfreiheit erscheint bei allgemeinen Äußerungen deutlich weniger überzeugend bzw. den Vorgaben des Art. 52 GRCh Rechnung tragend als bei sich auf konkrete Fallgestaltungen und Personen beziehende Verhaltensweisen, zumal die RL 2000/78 an sich nicht auf diskriminierende

---

<sup>55</sup> EuGH, Rs. C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289 – NH (Große Kammer).

<sup>56</sup> S. EuGH, Rs. C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397 – Feryn; EuGH, Rs. C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275 – Accept.

Äußerungen (die übrigens auch von der Meinungsäußerungsfreiheit erfasst sind), sondern auf diskriminierende Handlungen (z.B. eine Nichteinstellung im Gefolge einer Diskriminierung) abzielt. Insofern hätten sich auch genauere bzw. restriktivere Kriterien im Hinblick auf den Bezug zu potentiellen konkreten Fällen aufdrängen können, die das Spanungsverhältnis zwischen Diskriminierungsschutz und Meinungsäußerungsfreiheit näher hätten ausloten können.

In der Rs. C-670/18<sup>57</sup> stand die Vereinbarkeit einer Regelung, wonach öffentliche Verwaltungen Aufträge für Studien und Beratungen nicht an Personen im Ruhestand vergeben dürfen, mit der RL 2000/78 zur Debatte. Der Gerichtshof hielt zwar fest, dass eine solche Regelung grundsätzlich ein rechtmäßiges Ziel (nämlich die Verjüngung des Personals im aktiven Dienst) verfolge, meldete aber gleichzeitig – unter Betonung des weiten Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten – Zweifel an der Verhältnismäßigkeit an: Es sei zweifelhaft, ob die Maßnahme tatsächlich die Chancen jüngerer Arbeitnehmer auf Eingliederung in das Erwerbsleben verbessere, seien ältere Personen für die in Frage stehenden spezifischen Tätigkeiten doch häufig besser geeignet. Hinzu kämen die Befristung und der punktuelle Charakter solcher Aufträge. Ebenso sei fraglich, ob die Maßnahme einen angemessenen Ausgleich zwischen dem verfolgten Anliegen und der Wahrung der Rechte älterer Personen finde, da die Maßnahme in keiner Weise die Höhe der Renteneinkünfte der Betroffenen berücksichtige. Schließlich sei auch ihre Kohärenz nicht über alle Zweifel erhaben, da die Übernahme ehrenamtlich besetzter Management- und Leitungspositionen zulässig sei.

Obwohl der EuGH die Prüfung der Verhältnismäßigkeit dem nationalen Gericht überantwortet, legen es seine Ausführungen nahe, dass eine derartige pauschale Regelung einen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung darstellt.<sup>58</sup>

In der Rs. C-463/19<sup>59</sup> stellte der Gerichtshof klar, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 14 RL 2006/54 (Gleichstellung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen) es den Mitgliedstaaten nicht verbiete, einen Anspruch auf Urlaub nach Ablauf des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs lediglich Arbeitnehmerinnen (unter Ausschluss der Arbeitnehmer) zu ermöglichen, soweit es um den Schutz der Frau hinsichtlich der Folgen der Schwangerschaft und / oder ihrer Mutterschaft und damit um den Schutz ihrer körperlichen Verfassung und ihrer besonderen Beziehung zu ihrem Kind in der Zeit nach der Entbindung gehe (während in Bezug auf die Kindererziehung die Situation der Arbeitnehmer derjenigen der Arbeitnehmerinnen vergleichbar sei). Ob diese Voraussetzungen gegeben seien, habe das nationale Gericht unter Berücksichtigung der Voraussetzungen für die Gewährung des Urlaubs, seiner Ausgestaltung sowie des mit diesem verbundenen Schutzniveaus zu prüfen (wobei der EuGH offensichtlich in Bezug auf die konkrete, im Ausgangssachverhalt zur Debatte stehende Regelung, die insbesondere einen sehr lange währenden unbezahlten Urlaub erlaubt, Zweifel am Vorliegen dieser Voraussetzungen hegt).<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> EuGH, Rs. C-670/18, ECLI:EU:C:2020:272 – Comune di Gesturi.

<sup>58</sup> Zur RL 2000/78 noch EuGH, Rs. C-644/19, ECLI:EU:C:2020:810 – FT: eine Differenzierung nach einer Berufsgruppe (konkret ging es um Lehrkräfte, welche Dissertationen betreuen, und solche, die dies nicht tun) falle nicht in den Anwendungsbereich der RL 2000/78, beruhe die unterschiedliche Behandlung doch auf keinem der in Art. 1 RL 2000/78 aufgezählten Gründe.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. C-463/19, ECLI:EU:C:2020:932 – Syndicat CFTC.

<sup>60</sup> S. ansonsten noch EuGH, Rs. C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753 – YS: grundsätzliche Vereinbarkeit mit der RL 2000/78 und der RL 2006/54 einer nationalen Regelung, wonach bei vergleichsweise hohen Gehältern aus sozialpolitischen Gründen (Sicherung der Altersvorsorge) gewisse Einbußen bei der Rente vorgesehen werden.