

Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2021: 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 2021 – Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2022, 1346-1353.

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 2021, 1503) – einen Überblick über wichtige grundsätzliche Urteile des *EuGH* aus dem Jahr 2021 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. Zugang zu staatlichen Leistungen

In der Rs. C-709/20¹ führte der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich des Zugangs zu Sozialhilfeleistungen fort:² Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 I RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) konkretisiere das bereits in Art. 18 AEUV verankerte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, so dass im Falle seiner Anwendbarkeit nur Art. 24 RL 2004/38 zum Zuge komme und sich ein Rückgriff auf Art. 18 AEUV erübrige. Art. 24 RL 2004/38 finde aber nur dann Anwendung, wenn die Unionsbürger sich auf ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 berufen könnten, denn ansonsten könnten (nicht erwerbstätige) Unionsbürger das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaats zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in Anspruch nehmen. Dies gelte auch dann, wenn der Betreffende nach innerstaatlichem Recht über ein Aufenthaltsrecht verfüge. Allerdings habe ein Unionsbürger, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, von seinem in Art. 21 I AEUV garantierten Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht, so dass seine Situation in den sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts falle, und zwar selbst dann, wenn das

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

¹ EuGH, Rs. C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602 – CG (Große Kammer).

² Vgl. aus der bisherigen Rechtsprechung insbesondere EuGH, Rs. C-333/13, ECLI:EU:2014:2385 – Dano; s. auch EuGH, Rs. C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 – Alimanovic; EuGH, Rs. C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 – Jobcenter Recklinghausen.

Aufenthaltsrecht aus dem innerstaatlichen Recht abgeleitet sei. Insofern gehe es zwar nicht um eine Durchführung der RL 2004/38, da es sich um günstigere Bestimmungen als von der RL 2004/38 gefordert handle; jedoch hätten die Behörden durch die Gewährung eines Aufenthaltsrechts das in Art. 21 I AEUV verliehene Recht, sich im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten, anerkannt, ohne sich auf die in der RL 2004/38 vorgesehenen Bedingungen und Beschränkungen zu berufen, so dass gleichwohl eine Durchführung des Unionsrechts – jedoch des Primärrechts (nämlich des Art. 21 I AEUV), nicht der RL 2004/38 – vorliege. Daraus folge, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 51 I GRCh verpflichtet seien, die Grundrechtecharta zu beachten. Gemäß Art. 1 GRCh hätten sich die Mitgliedstaaten zu vergewissern, dass die Unionsbürger unter würdigen Bedingungen leben können, und aus Art. 7 GRCh (Recht auf Familien- und Privatleben) sowie Art. 24 II GRCh (Wohl des Kindes) sei die Pflicht zur Berücksichtigung des Kindeswohls abzuleiten. Falls daher eine Mutter mit zwei kleinen Kindern, welche auf sich allein gestellt ist und über keinerlei Mittel verfügt, weil sie vor einem gewalttätigen Partner geflohen ist, einen Antrag auf eine Sozialhilfeleistung stellt, dürfe dieser erst dann abgelehnt werden, wenn die Behörden sich vergewissert hätten, dass dies die betreffende Person und ihre Kinder nicht dem konkreten und gegenwärtigen Risiko einer Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 1, 7, 24 II GRCh aussetze, so dass sie letztlich aus anderen Quellen über ausreichende Mittel für ein menschenwürdiges Leben verfügen müssten. Das Urteil liegt zunächst auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung und steht insbesondere in Einklang mit dem Grundsatz, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts im Sinne des Art. 18 AEUV nur dann betroffen ist, wenn ein Unionsbürger von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, was in der Tat voraussetzt, dass er über ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 verfügt, wobei bei einer Beendigung des Aufenthaltsrechts der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren ist (s. insoweit auch Art. 14 III RL 2004/38). Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang die Klarstellung des Gerichtshofs, dass im Falle der Einschlägigkeit des Art. 24 RL 2004/38 nur diese Bestimmung, nicht aber Art. 18 I AEUV, heranzuziehen ist, wobei die RL 2004/38 aber – was der Gerichtshof nicht ausdrücklich erwähnt – im Lichte des Primärrechts auszulegen ist. Neue Wege beschreitet der Gerichtshof aber im zweiten Teil des Urteils, und dies in mehrerer Hinsicht, wobei die Ansätze des Gerichtshofs verschiedene Fragen aufwerfen:

- Erstens fragt es sich, warum die Zuerkennung eines Aufenthaltstitels nach nationalem Recht, ohne dass diesem ein unionsrechtlich gewährleistetes Recht entspricht, einer Anerkennung des durch das Unionsrecht garantierten Aufenthaltsrechts gleichkommen soll, ist doch die Rechtsgrundlage hier gerade nicht das EU-Recht, sondern nationales Recht.
- Sodann und hiermit in engem Zusammenhang stehend impliziert diese „Anerkennungswirkung“ auch ein gewisses Spannungsverhältnis zum ersten Teil des

Urteils, in dem der EuGH in Erinnerung ruft,³ dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts beim Aufenthalt eines Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat nur unter der Voraussetzung eröffnet ist, dass dem Betroffenen ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 zusteht und auch das Diskriminierungsverbot des Art. 24 I RL 2004/38 nur unter dieser Voraussetzung zum Zuge kommt.

- Durch diese „Anerkennungsfiktion“ wird dieser Ansatz in Teilen ausgehebelt, da sie zwar nicht die Maßgeblichkeit des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach sich zieht, jedoch – so der Gerichtshof – dazu führt, dass eine Durchführung des Unionsrechts vorliege, so dass die GRCh zu beachten sei. Dabei bleibt unklar, worauf genau sich diese Pflicht bezieht bzw. worin genau die Durchführung des Unionsrechts liegt. Die sehr knappen Ausführungen des Gerichtshofs legen es nahe, dass es letztlich umfassend um die Bedingungen des Aufenthalts geht, so dass sich die Unionsbürger – wie das Urteil illustriert – letztlich ähnlich wie im Rahmen des Art. 18 AEUV umfassend auf die Grundrechte berufen können. Überzeugender als diese „Anerkennungsfiktion“ wäre es freilich gewesen, wenn der EuGH das Vorliegen einer Durchführung des Unionsrechts mit dem Hinweis auf die mit der mitgliedstaatlichen Regelung einhergehenden Beschränkung des Freizügigkeitsrechts des Art. 21 I AEUV begründet hätte.
- Weiter stand nicht die Frage der Ungleichbehandlung im Verhältnis zu eigenen Staatsangehörigen, sondern diejenige nach der Tragweite der in Frage stehenden Grundrechte zur Debatte. Hier erkennt der EuGH – soweit ersichtlich erstmals – einen Leistungsanspruch an: Er leitet aus Art. 1, 7, 24 II GRCh ein Grundrecht auf Sicherung des Existenzminimums ab. Da es nicht um eine Frage der Gleichbehandlung, sondern um ein direkt aus den fraglichen Grundrechten abgeleitetes Leistungsrecht geht, muss dieses Grundrecht konsequenterweise – wobei der Gerichtshof dies in dem konkreten Fall nicht beurteilen musste – auch dann zum Zuge kommen, wenn das nationale Recht ein solches nicht vorsieht (es ist im Übrigen durchaus fraglich, ob auch der EMRK ein solch weitgehendes Recht entnommen werden kann).
- Die genauen Konturen dieses Grundrechts bleiben jedoch unscharf. Die Formulierungen des Gerichtshofs legen immerhin den Ansatz nahe, dass es auch unabhängig von den konkreten Umständen des Ausgangssachverhalts einen Anspruch auf ein Existenzminimum gibt, wobei der Leistungsumfang jedoch – da es nicht um eine Frage der Gleichbehandlung geht – auch niedriger ausfallen kann als bei Inländern, solange ein Leben unter menschenwürdigen Umständen gewährleistet ist (wobei diesfalls aber die Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz fraglich sein könnte).
- Darüber hinaus könnte das Urteil auch so verstanden werden, dass sich Unionsbürger im EU-Ausland grundsätzlich auf die Grundrechtecharta berufen könnten, was jedoch dem

³ S. insoweit die klaren Aussagen in EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:2014:2385.

Grundsatz, wonach die EU-Grundrechte nur bei der Durchführung des Unionsrechts zum Zuge kommen, widersprüche. Auch insofern wäre es überzeugender gewesen, wenn die Durchführung des Unionsrechts wegen der Beschränkung des Freizügigkeitsrechts bejaht worden wäre, wäre es auf diese Weise doch deutlich geworden, dass ein enger Bezug zum Freizügigkeitsrecht als solchem notwendig ist. Abgrenzungsprobleme bleiben freilich bestehen.

- Schließlich fragt es sich, ob auch der Widerruf oder die Nichtverlängerung der nach innerstaatlichem Recht gewährleisteten Aufenthaltserlaubnis eine Durchführung des Unionsrechts darstellt mit der Folge, dass die GRCh zu beachten wäre. Hierfür könnte sprechen, dass es ja – nach der Konzeption des Gerichtshofs – um die „Zurücknahme“ der Anerkennung des unionsrechtlich gewährleisteten Aufenthaltsrechts geht. Deutlich werden damit nochmals die bedeutenden Konsequenzen des Ansatzes des EuGH, der letztlich dazu führt, dass auch bei Nichtvorliegen eines unionsrechtlich garantierten Aufenthaltsrechts allein aus der Anwendung nationalen Rechts eine sehr weitgehende Maßgeblichkeit unionsrechtlicher Vorgaben folgt.

Insgesamt wirft das Urteil also zahlreiche Fragen auf, auch wenn die konkrete Situation der mittellosen alleinerziehenden Mutter fraglos nach einer Antwort verlangte, welche den grundrechtlichen Garantien Rechnung trägt, welche sich freilich nicht nur im EU-Recht, sondern auch im nationalen Recht und der EMRK finden.

2. *Freizügigkeit der Unionsbürger*

Wie die Rs. C-490/20⁴ illustriert, kann sich aus Art. 20, 21 AEUV (*in casu* i.V.m. Art. 4 III EUV sowie Art. 7, 24, 45 GRCh und Art. 4 III RL 2004/38) auch eine Pflicht der Mitgliedstaaten ergeben, von anderen Mitgliedstaaten ausgestellte amtliche Dokumente anzuerkennen. Konkret ging es um die Geburtsurkunde eines minderjährigen Kindes bulgarischer Staatsangehörigkeit, dessen von spanischen Behörden ausgestellte Geburtsurkunde zwei Frauen als seine Eltern bezeichnet. Diese wurde von den bulgarischen Behörden nicht anerkannt und insbesondere nicht als rechtsgenügend für die Ausstellung eines Identitätsdokuments angesehen. Der EuGH hielt fest, die erwähnten unionsrechtlichen Bestimmungen stünden einer solchen Weigerung entgegen. Denn Art. 4 III RL 2004/38 verpflichte die Mitgliedstaaten, ihren Staatsangehörigen gemäß ihren Rechtsvorschriften einen Personalausweis oder einen Reisepass auszustellen, der ihre Staatsangehörigkeit angibt,⁵ um ihnen die Ausübung des Freizügigkeitsrechts zu ermöglichen. Die Ausstellung eines solchen Ausweises dürfe nicht von der Erstellung einer erneuten (nationalen) Geburtsurkunde abhängig

⁴ EuGH, Rs. C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008 – V.M.A (Große Kammer).

⁵ Wobei die «Ausweispflicht» jedoch keine Bedingung für das Recht auf Einreise darstellen dürfe, da es sich nur um eine Formalität handle.

gemacht werden. Zudem müsse es das Dokument dem Kind ermöglichen, sein Recht auf Freizügigkeit mit jeder seiner beiden Mütter auszuüben, deren Status als Elternteile dieses Kindes während eines Aufenthalts im Einklang mit der RL 2004/38 durch den Aufnahmemitgliedstaat festgestellt wurde. Zu den Rechten der Unionsbürger nach Art. 21 I AEUV gehöre nämlich ihr Recht, sowohl im Aufnahmemitgliedstaat als auch, wenn sie dorthin zurückkehren, in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, ein normales Familienleben zu führen, indem sie dort mit ihren Familienangehörigen zusammenleben. *In casu* hätten die spanischen Behörden ein biologisches oder rechtliches Abstammungsverhältnis zwischen dem Kind und seinen beiden Elternteilen rechtmäßig festgestellt und dies in der für das Kind ausgestellten Geburtsurkunde bescheinigt. Daher müsse den Eltern in Anwendung von Art. 21 AEUV und der RL 2004/38 als Eltern eines minderjährigen Unionsbürgers, für den sie tatsächlich sorgen, von allen Mitgliedstaaten das Recht zuerkannt werden, sich bei diesem aufzuhalten, wenn er seine Rechte ausübt. Somit müssten die Mitgliedstaaten das Abstammungsverhältnis anerkennen, um es dem Kind zu ermöglichen, sein Recht auf Freizügigkeit mit jedem seiner Elternteile auszuüben. Auch müssten beide Elternteile über ein Dokument verfügen, das sie zur Reise mit diesem Kind berechtigt. Eine von den Behörden des Aufnahmemitgliedstaats ausgestellte Geburtsurkunde sei daher von den übrigen Mitgliedstaaten anzuerkennen. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass das Personenstandsrecht in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle, hätten diese ihre Kompetenz doch in Achtung des Unionsrechts auszuüben. Ebenso wenig liege eine Beeinträchtigung der nationalen Identität (Art. 4 II EUV) oder der öffentlichen Ordnung des betreffenden Mitgliedstaats vor. Denn dieser müsse in seinem nationalen Recht weder die Elternschaft von Personen gleichen Geschlechts vorsehen noch das Abstammungsverhältnis zwischen dem Kind und den Personen, die in der von den Behörden des Aufnahmemitgliedstaats ausgestellten Geburtsurkunde als seine Eltern genannt sind, zu anderen Zwecken als der Ausübung der diesem Kind aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte anerkennen. Im Übrigen verstoße es gegen Art. 7, 24 GRCh, einem Kind die Beziehung zu einem seiner Elternteile bei der Ausübung seines Rechts auf Freizügigkeit vorzuenthalten oder die Ausübung dieses Rechts unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren, weil seine Eltern gleichen Geschlechts sind.

Das Urteil knüpft an die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu den sich aus der Freizügigkeit der Unionsbürger ergebenden Rechten an⁶ und illustriert die sehr weitgehenden Implikationen

⁶ S. insbesondere EuGH, Rs. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 – Coman; EuGH, Rs. C-93/18, ECLI:EU:C:2019:809 – Bajratari; aus dem Berichtszeitraum EuGH, Rs. C-535/19, ECLI:EU:C:2021:595 – A (Große Kammer): Ein über ein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat verfügender wirtschaftlich inaktiver Unionsbürger habe nach der VO 883/2004 zwar einen Anspruch auf Zugang zu einem öffentlichen Krankenversicherungssystem; dieses müsse aber nicht unentgeltlich sein, damit verhindert werden könne, dass diese Unionsbürger die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats über Gebühr in Anspruch nehmen. Maßgebend ist für den Gerichtshof hier letztlich der Zusammenhang mit Art. 7 I lit. b RL 2004/38, welcher als Voraussetzung für die Aufenthaltsberechtigung wirtschaftlich inaktiver Unionsbürger hinreichende finanzielle Mittel und einen Krankenversicherungsschutz verlangt:

dieses Freizügigkeitsrechts. Letztlich impliziert es eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur umfassenden Anerkennung von mitgliedstaatlichen Urkunden, soweit diese für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts notwendig sind, unabhängig davon, ob solche Urkunden auch im Inland so ausgestellt würden bzw. werden dürften. Allerdings beschränkt der Gerichtshof diese Anerkennungspflicht auf diejenigen Aspekte, welche die Freizügigkeitsrechte betreffen, so dass in anderen Bereichen offenbar von einer Anerkennung abgesehen werden könnte. Auch wenn diese Beschränkung angesichts des Abstellens auf Art. 20, 21 AEUV zwingend ist, ist doch nicht zu verkennen, dass sie nicht nur Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringt (*a priori* können sehr viele Rechtsbereiche Auswirkungen auf die Freizügigkeit entfalten), sondern auch insofern auf Schwierigkeiten stößt, als je nach Sachbereich unterschiedliche Vorgaben zum Zuge kommen könnten. Insofern dürfte sich in aller Regel eine umfassende Anerkennung z.B. einer solchen Geburtsurkunde und der Elternschaft gleichgeschlechtlicher Personen aufdrängen.⁷ Dies spricht zwar nicht gegen den Ansatz des Gerichtshofs, könnte aber gleichwohl auch darüber hinaus für das nationale Recht einen gewissen „Anpassungsdruck“ erzeugen, wie dies auch z.B. bei der sog. Inländerdiskriminierung der Fall ist.

Es stehe mit Art. 21 AEUV (und der VO 562/2006, Schengener Grenzkodex, sowie der RL 2004/38) in Einklang, wenn ein Mitgliedstaat seine Staatsangehörigen verpflichtet, bei der Ein- und Ausreise einen gültigen Reisepass oder einen gültigen Personalausweis mitzuführen und für den Fall der Zuwiderhandlung verhältnismäßige und nichtdiskriminierende Sanktionen (wobei eine Sanktion von 20 % des monatlichen Nettoeinkommens nicht verhältnismäßig sei, da eine solche Geldstrafe in keinem Verhältnis zur Schwere des Verstoßes stehe) vorsieht, so der EuGH in der Rs. C-35/20⁸. Dabei sieht der EuGH diese Verpflichtung schon nicht als „Hemmnis“ für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts an, da jeder Unionsbürger Inhaber eines solchen Ausweisdokuments sei und das Dokument sowieso bei Reisen in andere Mitgliedstaaten mit sich führen müsse. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob allgemein nur „leichte“ Beschränkungen des Rechts auf Freizügigkeit keinen Eingriff in Art. 21 AEUV darstellen, eine Problematik, die ähnlich wie diejenige eines „Spürbarkeitskriteriums“ im Zusammenhang mit der Beschränkung der Grundfreiheiten gelagert ist. Letztlich dürfte auch im Rahmen des Art. 21 AEUV weniger die „Spürbarkeit“ (übrigens ein sehr unscharfer Begriff), denn die Geeignetheit der Maßnahme, das jeweilige Recht zu beschränken, entscheidend sein. Und hier hätte sich durchaus bei der Pflicht zum Mitführen eines Ausweisdokuments auch eine andere Sicht aufdrängen können. Dies hätte freilich nichts am Ergebnis geändert, wäre doch eine Rechtfertigung in Betracht gekommen, die ebenfalls die Erfordernisse der Verhältnismäßigkeit zu beachten hat. Deren Kriterien zog der EuGH aber auf einer anderen Grundlage (die Pflicht zum Mitführen des Dokuments sei eine Formalität, welche der Umsetzung bzw. Durchführung der RL 2004/38 bzw. der VO 562/2006 diene, so dass die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts maßgeblich waren) heran.

3. Beendigung des Aufenthalts

Diese Voraussetzung könne unterlaufen werden, wenn in jedem Fall eine unentgeltliche Mitgliedschaft in einem öffentlichen Krankenversicherungssystem im Aufnahmemitgliedstaat verlangt werden könnte.

⁷ Nicht zu beantworten hatte der Gerichtshof die durchaus interessante und potentiell praktisch relevante Frage, ob im Zuge der Anerkennung nähere Angaben zur «biologischen Mutter verlangt werden dürfen. Sofern dies im nationalen Recht des ausstellenden Mitgliedstaats nicht vorgesehen ist, spricht einiges für die Verneinung dieser Frage.

⁸ EuGH, Rs. C-35/20, ECLI:EU:C:2021:813 – A. Im Ausgangssachverhalt ging es um eine Vergnügungsfahrt eines finnischen Staatsangehörigen von Finnland nach Estland und zurück.

In der Rs. C-719/19⁹ ging es um die Ausweisung eines Unionsbürgers aus dem Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats, da er kein (vorübergehendes) Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) mehr genieße. Im Zentrum stand die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einer Ausreise aus dem Aufenthaltsmitgliedstaat und einer erneuten Einreise ein „neuer“ Aufenthalt beginnt mit der Folge, dass sich der Unionsbürger auf Art. 6 I RL 2004/38 (wonach Unionsbürgern ein – abgesehen von der Pflicht, im Besitz gültiger Ausweispapiere zu sein – voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten in anderen Mitgliedstaaten zusteht) berufen und die „ursprüngliche“ Ausweisungsverfügung keine Wirkung mehr entfalten kann. Eine solche Verneinung der „Fortwirkung“ einer Ausweisungsverfügung setze eine tatsächliche und effektive Beendigung des Aufenthalts voraus, die nicht allein deshalb angenommen werden könne, weil der Betreffende das Hoheitsgebiet physisch innerhalb der in der Ausweisungsentscheidung gesetzten Frist verlassen habe. Vielmehr müsse unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eruiert werden, ob der Aufenthalt trotz der physischen Ausreise nicht doch fortbesteht. Werde diese Frage bejaht, so sei der Mitgliedstaat nicht verpflichtet, eine neuerliche Ausweisungsverfügung zu erlassen, sondern könne sich auf die bereits ergangene Entscheidung stützen, um den Betreffenden zu verpflichten, das Hoheitsgebiet zu verlassen. Als ein Kriterium für die Feststellung, ob der Aufenthalt dauerhaft beendet worden sei, nennt der EuGH die Dauer des Aufenthalts außerhalb des betreffenden Mitgliedstaats, wobei es jedoch nicht mit der RL 2004/38 in Einklang stehe, einen festen Zeitraum, wie z.B. drei Monate, zu verlangen, da damit eine nicht in der RL 2004/38 aufgeführte zusätzliche Voraussetzung eingeführt würde und die Effektivität des Rechts auf Freizügigkeit eingeschränkt würde. Weitere Kriterien seien sonstige Umstände, welche die Loslösung der Bindungen zum Aufenthaltsstaat erkennen ließen, wie z.B. die Kündigung eines Mietvertrags, ein Umzug oder die Abmeldung bei Behörden. Zu berücksichtigen seien aber auch der Grad der Integration im Aufnahmemitgliedstaat, die Dauer des Aufenthalts in dessen Hoheitsgebiet unmittelbar vor Erlass der Ausweisungsverfügung sowie die familiäre und wirtschaftliche Situation des Betroffenen. Im Übrigen könnten auch von einer Ausweisungsverfügung betroffene Personen nach Art. 5 RL 2004/38 in den betreffenden Staat einreisen.

Auch wenn die Frage, ob ein Aufenthalt nun tatsächlich beendet ist oder nicht, häufig umstritten sein wird und angesichts des Abstellens auf den Einzelfall mit unter Umständen großen Unsicherheiten behaftet ist, überzeugt der Ansatz des Gerichtshofs: Denn ansonsten könnten – worauf auch der EuGH hinweist – die Unionsbürger durch die physische Ausreise von ggf. kurzer Dauer letztlich mehrere dreimonatige Kurzaufenthalte aneinanderreihen, womit die Dreimonatsfrist des Art. 6 RL 2004/38 umgangen werden könnte. Das Urteil illustriert im Übrigen auch, dass für den Fall, dass eine Person nicht aufgrund einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen wird, aufgrund des Rechts nach Art. 5 RL

⁹ EuGH, Rs. C-719/19, ECLI:EU:C:2021:506 – FS (Große Kammer).

2004/38 wieder einzureisen, die Aufenthaltsbeendigung gleichwohl mit gewissen Schwierigkeiten verbunden ist und letztlich eine Abgrenzung zwischen der Einreise nach Art. 5 RL 2004/38 – der nur einen punktuellen Aufenthalt erlaubt – und einem Aufenthalt nach Art. 6 RL 2004/38 – der auf eine gewisse Dauer angelegt ist – impliziert, was durchaus Schwierigkeiten bereiten kann.

Wurden gegen Unionsbürger und/oder ihre Familienangehörigen unter Beachtung des Art. 27 RL 2004/38 Ausweisungsverfügungen wegen der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erlassen, dürften die Mitgliedstaaten gegen diese Personen zur Verhinderung von Fluchtgefahr ähnliche Maßnahmen anwenden wie in Bezug auf illegal aufhältige Drittstaatsangehörige gemäß Art. 7 III RL 2008/115 (der beispielhaft die regelmäßige Meldepflicht bei den Behörden, die Hinterlegung einer angemessenen finanziellen Sicherheit, das Einreichen von Papieren oder die Verpflichtung, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten, erwähnt), so der EuGH in der Rs. C-718/19¹⁰. Zwar handle es sich bei derartigen Maßnahmen um Beschränkungen der Freizügigkeit (insbesondere, soweit den Betroffenen ein Aufenthaltsort zugewiesen wird), die jedoch durch das berechtigte Anliegen, der Fluchtgefahr zu begegnen, gerechtfertigt werden könnten. Dabei sei jedoch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, und die Maßnahmen dürften keinesfalls strenger sein als diejenigen, die in Bezug auf illegal aufhältige Drittstaatsangehörige zum Zuge kommen. Allerdings stehe es nicht mit Art. 20, 21 AEUV sowie der RL 2004/38 in Einklang, gegen rechtmäßig wegen der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesene Unionsbürger, welche der Ausweisungsverfügung nicht nachgekommen sind, eine Haft während höchstens acht Monaten für die Zwecke der Abschiebung vorzusehen, obwohl eine solche Maßnahme nach Art. 6 I RL 2008/115 gegen illegal aufhältige Drittstaatsangehörige die einer Rückkehrentscheidung nicht nachgekommen sind, zulässig ist, dies trotz diverser Vorgaben im nationalen Recht, welche die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gewährleisten sollen (wie insbesondere eine regelmäßige Prüfung und die Vorgabe der Anordnung der Haft jeweils nur für zwei Monate). Denn die Situation von Unionsbürgern sei nicht vergleichbar mit derjenigen von Drittstaatsangehörigen, was die Möglichkeit des Vollzugs der Ausweisung betreffe, seien die Mitgliedstaaten untereinander doch durch den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 III EUV) verpflichtet; auch seien die praktischen Schwierigkeiten eines Vollzugs der Ausweisung (insbesondere betreffend die Rückführung und die Feststellung der Staatsangehörigkeit) im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund der diversen Mechanismen der Zusammenarbeit deutlich weniger groß als im Verhältnis zu Drittstaaten. Das überzeugend begründete Urteil impliziert auch, dass eine Abschiebungshaft für Unionsbürger nicht *per se* unzulässig ist; jedoch darf sie aufgrund der vom EuGH angeführten Gesichtspunkte nicht dieselbe Länge aufweisen wie bei Drittstaatsangehörigen.

4. *Abgeleitetes Aufenthaltsrecht*

Nach Art. 13 II Uabs. 1 lit. c RL 2004/38 führt eine Ehescheidung u.a. dann nicht zum Verlust des Aufenthaltsrechts eines drittstaatsangehörigen Ehegatten, wenn dies wegen besonderer Umstände, wie etwa bei Opfern häuslicher Gewalt, erforderlich ist. Dabei dürfen die Mitgliedstaaten diesfalls bei nicht erwerbstätigen Personen verlangen, dass diese über ausreichende Mittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verfügen (Art. 13 II Uabs. 2 RL 2004/38). In der Rs. C-930/19¹¹ hatte sich der EuGH mit der Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit Art. 20 GRCh (Gleichheitssatz) zu befassen. Hintergrund ist der Umstand, dass Art. 15 III RL 2003/86¹² nicht auf das Erfordernis ausreichender Mittel Bezug nimmt (den Mitgliedstaaten in Bezug auf den Fortbestand des Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger Ehegatten von

¹⁰ EuGH, Rs. C-718/19, ECLI:EU:C:2021:505 – *Ordre des barreaux francophones et germanophones* (Große Kammer).

¹¹ EuGH, Rs. C-930/19, ECLI:EU:C:2021:657 – *X/Belgien* (Große Kammer).

¹² RL 2003/86 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. 2003 L 251, 12.

aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen aber einen sehr weiten Gestaltungsspielraum einräumt). Belgien hatte den Fortbestand des Aufenthaltsrechts in einer solchen Situation bei einem drittstaatsangehörigen Ehegatten eines Unionsbürgers davon abhängig macht, dass dieser über ausreichend Existenzmittel verfügt, während dies in einer ähnlichen Situation von drittstaatsangehörigen Ehegatten eines aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen nicht verlangt wird. Der EuGH bejahte die Vereinbarkeit des Art. 13 II Uabs. 1 lit. c RL 2004/38¹³ mit Art. 20 GRCh.¹⁴ Zwar verfolge diese Bestimmung dasselbe Ziel wie Art. 15 III RL 2003/86, nämlich den Schutz von Familienangehörigen, die Opfer von Gewalt im häuslichen Bereich wurden, zu gewährleisten. Jedoch gehörten sie unterschiedlichen Regelungsbereichen an, deren Grundsätze, Gegenstände und Ziele ebenfalls unterschiedlich seien. Zudem genossen die Berechtigten der RL 2004/38 einen anderen Status und Rechte anderer Art als jene, auf die sich die Berechtigten der RL 2003/86 berufen könnten, und das Ermessen, das den Mitgliedstaaten bei der Anwendung der in diesen Richtlinien festgelegten Bedingungen zuerkannt werde, sei nicht gleich. Die ungleiche Behandlung im Ausgangsfall gehe nicht auf das Unionsrecht, sondern auf die Entscheidung Belgiens zurück, welches von dem weiten Ermessen Gebrauch gemacht hatte, das Art. 15 IV RL 2003/86 den Mitgliedstaaten einräume. Daher befänden sich mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige und mit einem anderen Drittstaatsangehörigen verheiratete Drittstaatsangehörige, welche häuslicher Gewalt durch ihre Ehegatten ausgesetzt waren, nicht in einer vergleichbaren Situation, so dass ein Verstoß gegen Art. 20 GRCh nicht in Betracht komme.

Auch wenn die Bejahung der Gültigkeit des Art. 13 II Uabs. 1 lit. c RL 2004/38 überzeugt (in der Tat ist die Situation von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen einerseits und von Drittstaatsangehörigen und ihren Familienangehörigen andererseits rechtlich unterschiedlich geregelt, wobei das Unionsrecht grundsätzlich für erstere – dies im Gegensatz zur Rechtslage in Belgien – günstigere Regelungen bzw. weitergehende Rechte vorsieht), wirft das Urteil aber Fragen auf: Denn wie der EuGH hervorhebt, beruht die Ungleichbehandlung im Ausgangsfall nicht auf Unionsrecht, sondern auf nationalem Recht; allerdings ist dieses in Umsetzung der

¹³ Dies nachdem er den Anwendungsbereich des Art. 13 II lit. c RL 2004/38 präzisiert hatte: Diese Bestimmung finde auch dann Anwendung, wenn das gerichtliche Scheidungsverfahren nach einem solchen Wegzug des (gewalttätigen) Ehegatten in einen anderen Mitgliedstaat eingeleitet wurde (anders noch EuGH, Rs. C-115/15, ECLI:EU:C:2016:487 – NA), wobei eine Berufung auf Art. 13 II lit. c RL 2004/38 – im Interesse der Rechtssicherheit – diesfalls jedoch nur dann möglich sei, wenn das Scheidungsverfahren innerhalb einer angemessenen Frist nach dem entsprechenden Wegzug eingeleitet wird. Dem betroffenen Drittstaatsangehörigen solle nämlich ausreichend Zeit eingeräumt werden, um zwischen den beiden Möglichkeiten, die ihm die RL 2004/38 im Hinblick auf die Aufrechterhaltung eines Aufenthaltsrechts bietet, wählen zu können, nämlich entweder ein gerichtliches Scheidungsverfahren zum Zweck der Erlangung eines persönlichen Aufenthaltsrechts nach Art. 13 II Uabs. 1 lit. c RL 2004/38 einzuleiten oder sich in den Mitgliedstaat, in dem der Unionsbürger wohnt, zu begeben, um sein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aufrechtzuerhalten.

¹⁴ Art. 21 GRCh bzw. Art. 18 I AEUV konnte schon deshalb nicht zum Zuge kommen, weil diese Bestimmungen – wie der EuGH auch betont – nur die Diskriminierung zwischen Angehörigen verschiedener Mitgliedstaaten, nicht jedoch die Ungleichbehandlung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen betreffen. Vgl. insoweit auch schon EuGH, verb. Rs. C-22/08, C-23/08, ECLI:EU:C:2009:344 – Vatsouras.

unionsrechtlichen Vorgaben ergangen, so dass sich insoweit die Frage stellt, ob die belgische Regelung nicht an Art. 20 GRCh zu messen wäre, geht es doch um die Durchführung von Unionsrecht. Mangels Vorlagefrage in diese Richtung musste sich der EuGH zu dieser Frage nicht äußern; allerdings hätte er – wie er dies ja auch regelmäßig in anderen Situationen praktiziert¹⁵ – dem nationalen Gericht durchaus sachdienliche Hinweise für die Entscheidung des Ausgangsfalls geben und insofern auch auf diese Frage eingehen können. Und diesbezüglich spricht in der Tat Vieles dafür, dass für eine derartige Differenzierung keine sachlichen Gründe angeführt werden können.

II. Grundfreiheiten

1. Warenverkehrsfreiheit

Eine nationale Regelung, welche die (grenzüberschreitende) Werbung für eine Versandapotheke insofern beschränkt, als nicht mit einem „Großen Gewinnspiel“ geworben werden darf, an welchem allerdings nur teilnehmen kann, wer ein Rezept für ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel einreicht, stehe mit Art. 34 AEUV in Einklang, da schon kein Eingriff in Art. 34 AEUV vorliege, so der EuGH in der Rs. C-190/20¹⁶:

- Regelungen, welche (wie die vorliegend in Frage stehende) die Möglichkeiten zur Werbung beschränken, seien als „Verkaufsmodalitäten“ im Sinne der Keck-Rechtsprechung anzusehen.
- Die Regelung gelte unterschiedslos für alle Apotheken, die im Inland (konkret in Deutschland) Arzneimittel verkaufen, unabhängig vom Ort ihrer Ansässigkeit im In- oder Ausland.
- Eine solche „Werberegelung“ betreffe auch den Absatz inländischer und eingeführter Erzeugnisse rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise. Denn das Verbot beziehe sich nicht auf die Werbung für ein bestimmtes Erzeugnis, sondern auf jedes beliebige

¹⁵ So ist es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs im Rahmen des Art. 267 AEUV dessen Aufgabe, dem nationalen Gericht eine für die Entscheidung des bei diesem anhängigen Verfahrens zweckdienliche Antwort zu geben. Auch wenn das vorlegende Gericht seine Fragen der Form nach auf die Auslegung einer bestimmten Unionsrechtsvorschrift beschränkt habe, hindere dies demzufolge den Gerichtshof nicht daran, ihm alle Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts zu geben, die für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Verfahrens von Nutzen sein könnten, und zwar unabhängig davon, ob es bei seiner Fragestellung darauf Bezug genommen habe oder nicht. Der Gerichtshof habe insoweit aus dem gesamten vom nationalen Gericht vorgelegten Material, insbesondere der Begründung der Vorlageentscheidung, diejenigen Elemente des Unionsrechts herauszuarbeiten, die unter Berücksichtigung des Gegenstands des Rechtsstreits einer Auslegung bedürften, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-222/18, ECLI:EU:C:2019:751 – VIPA.

¹⁶ EuGH, Rs. C-190/20, ECLI:EU:C:2021:609 – DocMorris. Art. 34 AEUV kam zum Zuge, weil nach den Feststellungen des Gerichtshofs das Verbot der Veranstaltung von Gewinnspielen zur Werbung für den Verkauf von Arzneimitteln im Versandhandel auf EU-Ebene nicht harmonisiert sei. Weiter betreffe die im Ausgangssachverhalt streitige Regelung vorrangig den freien Warenverkehr (und nicht den freien Dienstleistungsverkehr), da es um eine Werbeaktion für angebotene Arzneimittel gehe.

Arzneimittel im Versandhandel, unabhängig davon, ob es aus Deutschland oder aus anderen Mitgliedstaaten stamme. Im Vergleich zur Konstellation in der Rs. C-148/15¹⁷ entfalte das Verbot von Gewinnspielen zur Förderung des Verkaufs von Arzneimitteln für Versandapotheken wesentlich geringere Auswirkungen als das dort zur Debatte stehende absolute Verbot eines Preiswettbewerbs. Auch seien die „herkömmlichen“ Apotheken ebenfalls von diesem Werbeverbot betroffen.

Der EuGH prüft in diesem Urteil fast schon klausurmäßig die Voraussetzungen der „Keck-Formel“, ohne übrigens auf die Frage des Vorliegens eines Marktzugangshindernisses einzugehen. Bestätigt wird damit einmal mehr, dass die Keck-Rechtsprechung nach wie vor Bestand hat, dies jedenfalls und insbesondere in denjenigen Konstellationen, in denen es klar um vertriebsbezogene (und nicht produktbezogene) Maßnahmen geht. Dabei wird der Ausschluss eines Eingriffs in Art. 34 AEUV in aller Regel davon abhängen, ob die entsprechende Maßnahme auch in tatsächlicher Hinsicht unterschiedslos für einheimische und eingeführte Produkte wirkt, was der EuGH hier mit eher knappen Hinweisen auf die allgemeine Relevanz der Regelung bejahte. Deutlich wird damit gleichzeitig, dass die Abgrenzung zu denjenigen Konstellationen, in welchen eingeführte Produkte (z.B. aufgrund der besseren Bekanntheit der einheimischen Produkte) stärker berührt werden, undeutlich bleibt, so dass die Anwendung der Keck-Rechtsprechung wohl auch in Zukunft Abgrenzungsfragen aufwerfen wird.¹⁸

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

In der Rs. C-710/19¹⁹ präzisierte der EuGH die Reichweite des sich schon aus Art. 45 AEUV ergebenden und in der RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie)²⁰ konkretisierten Rechts der Unionsbürger, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort Arbeit zu suchen. In Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung²¹ betonte der EuGH zunächst, der weit

¹⁷ EuGH, Rs. C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776 – Deutsche Parkinson Vereinigung.

¹⁸ S. darüber hinaus EuGH, Rs. C-663/18, ECLI:EU:2020:938 – BS, CA: Ein Verbot des Inverkehrbringens von Cannabidiol, welches in einem anderen Mitgliedstaat legal im Verkehr ist (und nicht unter die völkerrechtlich vorgesehenen Verbote fällt), stehe nicht mit Art. 34 AEUV in Einklang, es sei denn, es könne durch Anliegen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt werden. In diesem Rahmen stehe den Mitgliedstaaten ein beachtlicher Gestaltungsspielraum zu, und bei wissenschaftlichen Unsicherheiten erlaube es das Vorsorgeprinzip, Maßnahmen wie das Verbot des Inverkehrbringens zu treffen, wobei diese jedoch kohärent sein müssten. In EuGH, Rs. C-488/20, ECLI:EU:C:2021:956 – Delfarma, stellte der Gerichtshof fest, eine nationale Regelung, wonach die Genehmigung für den Parallelimport eines Arzneimittels ein Jahr nach Erlöschen der Bezugzulassung von Rechts wegen erlischt, ohne dass geprüft wird, ob eine Gefahr für die Gesundheit oder das Leben von Menschen besteht, verstoße gegen Art. 34 AEUV.

¹⁹ EuGH, Rs. C-710/19, ECLI:EU:C:2020:1037 – G.M.A.

²⁰ Insbesondere Art. 14 IV lit. b RL 2004/38, wonach ein Mitgliedstaat einen Unionsbürger nicht ausweisen darf, wenn dieser zur Arbeitssuche eingereist ist und nachweisen kann, dass er mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht.

²¹ S. insbesondere EuGH, Rs. C-507/12, ECLI:EU:C:2014:2007 – Saint Prix.

auszulegende Begriff des Arbeitnehmers umfasse auch Arbeitssuchende, so dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch das Recht einschließe, sich in das Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten zu begeben, um dort Arbeit zu suchen. Dabei müsse der Aufnahmemitgliedstaat den Arbeitssuchenden einen angemessenen Zeitraum einräumen, der es ihnen ermöglicht, von den Stellenangeboten, die ihren beruflichen Qualifikationen entsprechen, Kenntnis zu nehmen und die für ihre Einstellung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. In Bezug auf die konkrete Dauer eines solchen Aufenthalts sehe Art. 6 RL 2004/38 ein voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht für drei Monate vor; für die Arbeitssuche selbst sei ab der Registrierung als Arbeitssuchender ein Zeitraum von sechs Monaten angemessen und stelle die praktische Wirksamkeit des Art. 45 AEUV nicht in Frage. Aber auch nach Ablauf dieses Zeitraums stehe einem Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht zu, soweit er weiterhin Arbeit sucht, wobei er diesfalls aber nachweisen müsse, dass er eine begründete Aussicht auf Einstellung habe, was nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (z.B. Einladungen zu Vorstellungsgesprächen) zu eruieren sei.

Der Gerichtshof unterscheidet damit in Anknüpfung an die Konkretisierungen des Art. 45 AEUV in der RL 2004/38 letztlich zwischen drei Konstellationen in Bezug auf das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern bzw. Arbeitssuchenden:

- Jeder Unionsbürger hat ein voraussetzungsloses Recht auf Aufenthalt von bis zu drei Monaten, welches an keine anderen Bedingungen oder Formalitäten geknüpft werden darf als den Besitz eines gültigen Ausweisdokuments.
- Arbeitssuchende dürfen sich jedenfalls bis zu sechs Monaten zur Stellensuche im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten, wobei diese Frist ab der Registrierung als Arbeitssuchender zu laufen beginnt (und sich daher mit den drei Monaten voraussetzungslosen Aufenthalts überschneiden kann). Während dieser Zeit darf nur der Nachweis der Arbeitssuche (und auch dies erst nach Ablauf der ersten drei Monate) verlangt werden, nicht hingegen eine Aussicht auf Erfolg. Dies erscheint insofern nachvollziehbar, als es während dieser Zeit ja auch darum geht, die eigenen Chancen auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats zu eruieren.
- Nach dieser Zeit kann sich der Arbeitssuchende so lange im Aufenthaltsstaat aufhalten, wie er auf Arbeitssuche ist und eine begründete Aussicht auf Einstellung hat. Eine Frist gibt es hier nicht, so dass starre Zeiträume, bei deren Ablauf das Aufenthaltsrecht jedenfalls endet, nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Immerhin wird es aber mit der Zeit immer schwieriger werden darzulegen, dass eine konkrete Aussicht auf Einstellung bestehe.²²

²² S. ansonsten noch EuGH, verb. Rs. C-407/19, C-471/19, ECLI:EU:C:2021:107 – Katoen Natie Bulk: Eine Art Anerkennungssystem für Hafenarbeiter stelle eine Beschränkung der Art. 45, 49, 56 AEUV dar, da es dazu führe, dass nicht anerkannte Personen die entsprechenden Arbeiten nicht ausführen dürften. Ein solches System könne allerdings gerechtfertigt werden, so dass es mit den genannten Bestimmungen in Einklang stehe, soweit es notwendig sei, um die Hafensicherheit zu gewährleisten und Arbeitsunfälle zu vermeiden. Insbesondere müsse sichergestellt sein, dass auch Hafenarbeiter aus anderen Mitgliedstaaten

3. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

a) Werberechtliche Regelungen

In der Rs. C-555/19²³ stand – in einem an sich konstruierten Rechtsstreit, da die Parteien bewusst einen „verbotenen“ Vertrag über rechtlich unzulässige Werbung abgeschlossen hatten, dessen Erfüllung die eine Partei dann unter Berufung auf das gesetzliche Verbot abgelehnt hatte²⁴ – ein Verbot regionalisierter Werbung in ansonsten im gesamten Inland ausgestrahlten Fernsehprogrammen zur Debatte. Der Gerichtshof sah in dem Verbot – wenig überraschend – eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, die aber rechtfertigungsfähig sei. Denn die Maßnahme könne grundsätzlich durch zwingende Erfordernisse (nämlich den Schutz des Medienpluralismus‘ auf regionaler und lokaler Ebene) gerechtfertigt werden, wobei jedoch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten sei; ob diesem Rechnung getragen werde und in Anbetracht der weniger weitgehenden Regelung der Werbung im Internet der Gleichheitsgrundsatz beachtet sei,²⁵ sei durch das nationale Gericht zu entscheiden. Bemerkenswert ist das Urteil insbesondere durch die Bestätigung des Umstands, dass auch Regelungen, welchen an sich ein „wirtschaftlicher“ Hintergrund zukommt (ging es hier doch um die Frage, wem die entsprechenden Werbeeinnahmen zugute kommen dürfen, womit gewisse Unternehmen bevorteilt und andere benachteiligt werden), gerechtfertigt werden können, soweit es (indirekt) um zwingende Erfordernisse geht. Im Übrigen impliziert das Urteil, dass die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme und damit ihre Zulässigkeit im Einzelfall zu prüfen ist.

die Möglichkeit eingeräumt wird, den Nachweis zu erbringen können, dass sie die entsprechenden Anforderungen erfüllen; auch dürfe kein begrenztes Kontingent «anererkennungsfähiger» Arbeiter vorgesehen werden. S. zur Vereinbarkeit einer steuerrechtlichen Regelung (teilweiser Verlust von Steuervergünstigungen) mit Art. 45 AEUV EuGH, Rs. C-241/20, ECLI:EU:C:2021:605 – BJ. S. weiter EuGH, Rs. C-27/20, ECLI:EU:C:2021:383 – CAF: Die Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte sei in Bezug auf die Sozialversicherungsleistungen nicht zwingend neutral, so dass eine nationale Regelung, wonach sich die Höhe des Kindergelds nach dem Einkommen im vorletzten Jahr des Bezugs bestimmt, mit dem Unionsrecht vereinbar sei, dies trotz des Umstands, dass sie dazu führte, dass das bezogene Kindergeld nach einer mehrjährigen ausländischen Aktivität mit einem deutlich höheren Gehalt sich nach dem aktuellen niedrigeren Gehalt (das die betreffende Person auch vor der Auslandstätigkeit bezogen hatte) bestimmt. S. schließlich EuGH, Rs. C-372/20, ECLI:EU:C:2021:962 – QY: Es sei mit Art. 45 AEUV vereinbar, Familienleistungen abzuschaffen, die bislang Entwicklungshelfern gewährt wurden, die ihre Familienangehörigen an ihren Einsatzort im Drittland mitnehmen, sofern diese Abschaffung unterschiedslos für eigene Staatsangehörige und EU-Ausländer gelte und nicht danach differenziere, ob vom Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht wurde.

²³ EuGH, Rs. C-555/19, ECLI:EU:C:2021:89 – Fussl Modestraße Mayr.

²⁴ Wobei der EuGH auf diese Problematik nicht einging.

²⁵ Hieran äußert der EuGH Zweifel; seine Formulierungen deuten darauf hin, dass die Regelung für den Fall, dass nationale Fernsehveranstalter im Rahmen ihrer Streaming-Sendungen im Internet regionale Werbung ausstrahlen dürften, nicht als kohärent anzusehen sein dürfte.

Ebenfalls um eine werberechtliche Regelung ging es in der Rs. C-920/19²⁶, dies im Zusammenhang mit dem Glücksspielrecht: Angesichts des weiten Gestaltungsspielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Regelung von Glücksspielen aufgrund der beträchtlichen sittlichen, religiösen und kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten einzuräumen sei, stehe es mit Art. 56 AEUV in Einklang, wenn in einem dualen System der Organisation des Glücksspielmarkts (d.h. es gibt für bestimmte Glücksspiele ein staatliches Monopol, für andere hingegen eine Bewilligungspflicht) die Werbepraktiken des staatlichen Monopolisten darauf abzielen, zu aktiver Teilnahme an den Spielen anzuregen. Denn ein solches duales System könne durch zwingende Interessen des Allgemeinwohls (u.a. das Anliegen, die Spieltätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken) gerechtfertigt werden, und es sei nicht zwingend, dass die Zulässigkeit derartiger Werbepraktiken dazu führe, dass die Regelung inkohärent und damit unverhältnismäßig sei. Dies sei allerdings im Einzelnen durch das vorlegende Gericht zu prüfen, wobei der Gerichtshof – ausgehend von seiner bisherigen Rechtsprechung – zahlreiche zu berücksichtigende Gesichtspunkte aufführt. Auf diese Weise entwickelt er ein eigentliches, recht dichtes Prüfungsprogramm, in dessen Rahmen er in erster Linie auf die notwendige Kohärenz des Vorgehens und den Umstand hinweist, dass die Steigerung von Einnahmen mit Blick auf die Finanzierung gemeinnütziger Tätigkeiten nicht das eigentliche Ziel eines Monopols, sondern lediglich eine angenehme Nebenfolge sein dürfe, so dass der Staat zwar nicht zum Glücksspiel „verlocken“ dürfe, jedoch legale im Vergleich zu illegalen Glücksspielen propagiert werden dürften.²⁷

b) Glücksspielrecht

In der Rs. C-231/20²⁸ bestätigte der EuGH einerseits, dass auch die im Falle eines Verstoßes gegen nationale Vorschriften betreffend das Glücksspielrecht vorgesehenen Sanktionen speziell am Maßstab des Art. 56 AEUV zu prüfen sind;²⁹ andererseits äußerte er sich zur Verhältnismäßigkeit solcher Sanktionen und erachtete es insbesondere als grundsätzlich zulässig, dass Mindestgeldstrafen und Mindestersatzfreiheitsstrafen für jeden einzelnen nicht bewilligten Glücksspielrautomen vorgesehen sind, ohne dass es eine Obergrenze gibt. Allerdings dürfe die Gesamtsanktion nicht außer Verhältnis zum wirtschaftlichen Vorteil bzw. zur Schwere des Verstoßes stehen; die entsprechende konkrete Prüfung habe das nationale

²⁶ EuGH, Rs. C-920/19, ECLI:EU:C:2021:395 – Fluctus.

²⁷ Der Gerichtshof äußerte sich weiter zum Vorrang des Unionsrechts und stellte klar, dass ein nationales Gericht eine seiner Ansicht nach gegen Art. 56 AEUV verstoßende Regelung auch dann außer Anwendung zu lassen habe, wenn ein höheres Gericht desselben Mitgliedstaats die betreffende Bestimmung als mit dem Unionsrecht vereinbar angesehen habe.

²⁸ EuGH, Rs. C-231/20, ECLI:EU:C:2021:845 – MT.

²⁹ S. schon EuGH, verb. Rs. C-64/18, C-140/18, C-146/18, C-148/18, ECLI:EU:C:2019:723 – Maksimovic u.a.

Gericht vorzunehmen. Damit räumt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten im Glücksspielrecht auch in Bezug auf die Sanktionen im Falle von Verstößen einen denkbar weiten Spielraum ein.³⁰

c) Diplomanerkennung

Die RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen³¹ sieht für bestimmte Berufe – Arzt, Krankenschwester oder -pfleger für die allgemeine Pflege, Zahnarzt, Tierarzt, Hebamme, Apotheker und Architekt – eine sog. automatische Anerkennung der Berufsqualifikationen vor (Art. 21 ff. RL 2005/36), dies ausgehend davon, dass die Ausbildungen koordiniert sind. In der Rs. C-940/19³² stellte der EuGH klar, dass dieses System die Mitgliedstaaten nicht daran hindere, für diese Berufe einen sog. partiellen Zugang – welcher in Art. 4f RL 2005/36 geregelt ist – vorzusehen, dies obwohl Art. 4f Abs. 6 RL 2005/36 in Bezug auf Berufsangehörige, für die das System der automatischen Anerkennung zum Zuge kommt, den partiellen Zugang ausschließt. Denn diese Bestimmung finde nur auf die „Berufsangehörigen“ und nicht auf die „Berufe“ Anwendung. Da erstere in der Tat Zugang zu allen Tätigkeiten haben, die im Aufnahmemitgliedstaat von dem entsprechenden Beruf erfasst werden, seien sie nicht vom partiellen Zugang betroffen. Dies bedeute jedoch nicht, dass auch für den Zugang zu diesen Berufen ein partieller Zugang ausgeschlossen wäre. Vielmehr entspreche ein solcher partieller Zugang zum einen der allgemeinen Zielsetzung, Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen, und zum anderen dem spezifischeren Ziel, den Berufsangehörigen auf Antrag einen partiellen Zugang zu gewähren, wenn die betreffenden Tätigkeiten im Aufnahmemitgliedstaat Teil eines Berufs mit einem breiteren Spektrum von Tätigkeiten sind als im Herkunftsmitgliedstaat und die Unterschiede zwischen den Tätigkeitsfeldern so groß sind, dass der Berufsangehörige ein vollständiges Ausbildungsprogramm absolvieren müsste, um seine Lücken zu schließen. Ohne die Möglichkeit eines partiellen Zugangs würden viele Angehörige von Gesundheitsberufen, die in einem Mitgliedstaat zur Ausübung bestimmter, im

³⁰ Zum Glücksspielrecht weiter (allerdings auf der Grundlage der RL 2014/23 über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014 L 94, 1) EuGH, verb. C-721/19, C-722/19, ECLI:EU:C:2021:672 – Sisal. Zur Vereinbarkeit des Erfordernisses einer Arbeitserlaubnis von Drittstaatsangehörigen auf Schiffen, die unter der Flagge eines anderen Mitgliedstaats fahren, mit Art. 49 AEUV EuGH, Rs. C-71/20, ECLI:EU:C:2021:550 – VAS Shipping. Zur Auslegung der RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) EuGH, Rs. C-325/20, ECLI:EU:C:2021:611 – BEMH (betreffend die Zusammensetzung eines Gremiums, welches Stellungnahmen zur Erteilung einer gewerblichen Betriebserlaubnis abgibt, vgl. Art. 14 Nr. 6 RL 2006/123). S. schließlich zu verschiedenen Fragen der Auslegung der RL 96/71 (insbesondere Rechtsschutz bzw. zuständiges Gericht und Begriff des Mindestlohns) EuGH, Rs. C-428/19, ECLI:EU:C:2021:548 – OL.

³¹ ABl. 2005 L 255, 22.

³² EuGH, Rs. C-940/19, ECLI:EU:C:2021:135 – Les chirurgiens-dentistes.

Aufnahmemitgliedstaat keinem bestehenden Beruf entsprechender Tätigkeiten qualifiziert sind, weiterhin mit Mobilitätshindernissen konfrontiert.³³

Die Frage, welche Rolle eine unbeendete Ausbildung bei der Diplomanerkennung spielt, stand im Zentrum der Rs. C-166/20³⁴:

- Die RL 2005/36 finde auf eine Situation, in der eine Person keinen Ausbildungsnachweis im Herkunftsmitgliedstaat erlangt hat, der sie zur Ausübung eines qualifizierten Berufs berechtigt, keine Anwendung.
- Hingegen verpflichteten Art. 45, 49 AEUV den Aufnahmemitgliedstaat dazu, die im Herkunftsmitgliedstaat erworbenen beruflichen Fähigkeiten zu beurteilen und sie mit denjenigen zu vergleichen, die er als Zugangsvoraussetzung zu dem betreffenden Beruf (es ging um den Apothekerberuf) verlangt. Soweit diese vergleichende Prüfung eine nur teilweise Entsprechung dieser Fähigkeiten ergäben, dürfe der Aufnahmemitgliedstaat von dem Betroffenen den Nachweis verlangen, dass er die fehlenden Kenntnisse erworben hat (was auch durch praktische Erfahrungen im Aufnahmemitgliedstaat der Fall sein kann). Ergeben sich wesentliche Unterschiede zwischen der Ausbildung des Antragstellers und der im Aufnahmemitgliedstaat erforderlichen Ausbildung, so dürften Ausgleichsmaßnahmen verlangt werden.

Das Urteil verdeutlicht, dass die RL 2005/36 insofern keine abschließende Regelung darstellt, als im Falle ihrer Nichtanwendbarkeit (weil die Voraussetzungen für eine Anerkennung nach der RL 2005/36 nicht vorliegen) jedenfalls die Vorgaben der Grundfreiheiten zu beachten sind. Diese implizieren letztlich immer eine Prüfung der Gleichwertigkeit der Erfahrungen und Fähigkeiten, wobei der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten deutlich weiter ist als im Rahmen der RL 2005/36.³⁵

III. Gleichstellung

³³ S. darüber hinaus noch EuGH, Rs. C-739/19, ECLI:EU:C:2021:185 – An Bord Pleanala: Eine allgemeine Pflicht eines dienstleistenden Rechtsanwalts aus einem anderen Mitgliedstaat, vor Gericht nur im Einvernehmen mit einem dort zugelassenen Rechtsanwalt zu agieren, stehe nicht mit der RL 77/249 in Einklang, da eine solche Anforderung unverhältnismäßig sei; hingegen könne eine solche Pflicht unter gewissen Umständen – insbesondere, wenn die Erfahrung des bei Gericht zugelassenen Rechtsanwalts berücksichtigt werden könne – mit dem EU-Recht in Einklang stehen.

³⁴ EuGH, Rs. C-166/20, ECLI:EU:C:2021:554 – BB.

³⁵ S. zur Diplomanerkennung weiter EuGH, Rs. C-502/20, ECLI:EU:C:2021:678 – Institut des Experts en Automobiles: Die Bestimmungen der RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen zur Ausübung von Dienstleistungen (vgl. Art. 5 II RL 2005/36) stehen einer Regelung des Aufnahmemitgliedstaats entgegen, wonach einem Wirtschaftsteilnehmer, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, allein deshalb keine vorübergehende und gelegentliche Ausübung seines Berufs im Aufnahmemitgliedstaat erlaubt ist, weil er in der Vergangenheit in diesem Mitgliedstaat niedergelassen war, weil seine Dienstleistungen einen wiederkehrenden Charakter haben oder weil er sich im Aufnahmemitgliedstaat einer gewissen Infrastruktur, z. B. eines Büros, bedient.

In der Rs. C-30/19³⁶ stellte der EuGH klar, dass sich aus dem Anspruch auf effektiven und wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz auch dann ein Anspruch auf Feststellung des Vorliegens einer Diskriminierung ergebe, wenn der Beklagte sich zur Zahlung der geforderten Entschädigung bereit erkläre, jedoch die Diskriminierung nicht anerkenne. Denn die einschlägigen Art. 7, 15 RL 2000/43 konkretisierten das in Art. 47 GRCh verankerte Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf. Die Unmöglichkeit, im Falle der Zahlung einer Geldsumme die Feststellung einer Diskriminierung zu erwirken, stünde weder mit der Wiedergutmachungs- noch mit der Abschreckungsfunktion in Einklang, welche Sanktionen nach Art. 15 RL 2000/43 haben müssten. Ein anderer Ansatz könne auch nicht durch verfahrensrechtliche Grundsätze, die Dispositionsmaxime, Erwägungen der Verfahrensökonomie oder das Ziel der gütlichen Beilegung von Streitigkeiten gerechtfertigt werden. Allein die Zahlung eines Geldbetrags reiche schon deshalb nicht aus, weil das Anliegen des Klägers bzw. der (potentiell) diskriminierten Person häufig auch oder gar vor allem nicht wirtschaftlicher Natur sei.

Der Ansatz des Gerichtshofs lässt sich jedenfalls auf die Vorgabe effektiven Rechtsschutzes bei anderen Diskriminierungsverboten übertragen. Er könnte aber auch darüber hinaus immer dann von Bedeutung sein, wenn das Anliegen des Klägers nicht nur wirtschaftlicher Natur sein kann, was durchaus häufig der Fall sein kann. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob sich aus dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes auch allgemein ein Recht auf materielle „Feststellungen der Rechtslage“ ableiten lässt. Man wird diese Frage wohl bejahen können, wobei gleichzeitig festzuhalten ist, dass auch der Gerichtshof davon ausgeht, dass eine Rechtfertigung eines Eingriffs in dieses Recht möglich ist, die bei vorwiegend wirtschaftlichen Streitigkeiten wohl häufig in Betracht kommen wird.

Keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liege vor, so der EuGH in der Rs. C-130/20³⁷ im Zusammenhang mit der RL 79/7³⁸, wenn eine nationale Regelung lediglich dann für Mütter, die zwei Kinder haben, eine Rentenzulage wegen Mutterschaft vorsieht, wenn diese im gesetzlich vorgeschriebenen Alter (oder vorzeitig aus sonstigen bestimmten Gründen) pensioniert werden, nicht aber für Mütter, die freiwillig vorzeitig in den Ruhestand treten. Denn diese Regelung differenziere nicht zwischen verschiedenen Personen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht, und Art. 4 I RL 79/7 RL 79/7 gewährleiste keine umfassende Gleichbehandlung i.w.S., also auch zwischen Personen desselben Geschlechts. Das Urteil ist angesichts von Wortlaut und Ziel der (zugegebenermaßen bereits in die Jahre gekommenen) RL 79/7 gut nachvollziehbar, wenn nicht gar zwingend. Allerdings führt es zur etwas unbefriedigenden Situation, dass zwar der Ausschluss der Männer von einer solchen Rentenzulage Gegenstand unionsrechtlicher Vorgaben ist und damit vom EuGH gerichtlich überprüft werden kann, nicht jedoch eine differenzierende Ausgestaltung des Anwendungsbereichs auf Frauen. Nicht zu verkennen ist freilich, dass diesbezüglich dann der Gleichheitssatz des nationalen Rechts maßgeblich und heranzuziehen ist.³⁹

³⁶ EuGH, Rs. C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269 – Braathens Regional Aviation (Große Kammer).

³⁷ EuGH, Rs. C-130/20, ECLI:EU:C:2021:381 – INSS.

³⁸ RL zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. 1979 L 6, 24.

³⁹ Zur RL 79/7 ebenfalls EuGH, Rs. C-843/19, ECLI:EU:C:2021:55 – INSS: Möglichkeit der Rechtfertigung – durch das Anliegen des finanziellen Gleichgewichts eines Systems sozialer Sicherheit – einer indirekten Diskriminierung (in Bezug auf die Voraussetzungen des Eintritts in den Vorruhestand) aufgrund des Geschlechts. S. weiter EuGH, Rs. C-624/19, ECLI:EU:C:2021:429 – Tesco Stores: Der in Art. 157 AEUV gewährleistete Grundsatz der Entgeltgleichheit entfalte umfassend unmittelbare Wirkung, auch soweit es nicht um die „gleiche“, sondern um „gleichwertige“ Arbeit geht. Die Entgeltbedingungen müssten

Die Frage, ob eine nationale Regelung, welche die Gewährung eines Entgeltzuschlags für behinderte Arbeitnehmer von der Einreichung eines entsprechenden Antrags nach einem bestimmten Stichtag abhängig macht, eine unmittelbare oder eine mittelbare Diskriminierung aufgrund einer Behinderung im Sinne des Art. 2 RL 2000/78 darstellen kann, stand im Zentrum der Rs. C-16/19⁴⁰. Ausgangspunkt der Erwägungen des Gerichtshofs ist die Feststellung, dass auch eine Differenzierung innerhalb einer Gruppe von Personen mit einer Behinderung eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung darstellen könne. Denn die Anforderung der RL 2000/78, dass die Diskriminierung „wegen“ einer Behinderung erfolge, lasse nicht erkennen, dass damit ausschließlich eine Differenzierung zwischen behinderten und nicht behinderten Personen erfasst wäre; vielmehr könne eine solche Diskriminierung auch dann vorliegen, wenn innerhalb einer Gruppe von behinderten Personen Unterscheidungen vorgesehen würden. Dieser Ansatz trage auch den Zielsetzungen der RL 2000/78 Rechnung, die einen umfassenden Schutz vor Diskriminierungen aus den erwähnten Gründen bezwecke. Werde auf ein scheinbar neutrales Kriterium (*in casu* ein Stichtag) abgestellt, könne gleichwohl eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Behinderung vorliegen, soweit das Kriterium untrennbar mit einer (bestimmten) Behinderung verbunden sei. Zu berücksichtigen sei dabei namentlich, dass es die „Stichtagsregelung“ denjenigen Personen, die ihre Behindertenbescheinigung vor diesem Stichtag eingereicht hatten, verunmögliche, ihre sich aus der Stellung als behinderter Arbeitnehmer ergebenden Rechte geltend zu machen, und zwar allein deshalb, weil sie ihren Status förmlich vor dem Stichtag dem Arbeitgeber zur Kenntnis gebracht hatten. Sollte eine unmittelbare Diskriminierung verneint werden, sei noch das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung zu prüfen. Hierbei sei maßgeblich, ob der Stichtag zur Folge habe, dass bestimmte behinderte Arbeitnehmer aufgrund der besonderen Art ihrer Behinderung, deren Auffälligkeit oder aufgrund des Umstands, dass die Behinderung angemessene Vorkehrungen wie einen angepassten Arbeitsplatz oder angepasste Arbeitszeiten erforderte, besonders benachteiligt worden seien. Zwar könne eine solche mittelbare Diskriminierung durch ein

allerdings auf dieselbe Quelle zurückzuführen sein, so dass eine Einheit identifiziert werden könne, welche für die Ungleichbehandlung verantwortlich sei. Diese Voraussetzung könne auch dann vorliegen, wenn es um Arbeitnehmer geht, die denselben Arbeitgeber haben, aber in verschiedenen Betrieben dieses Arbeitgebers tätig seien. Die Entgeltbedingungen müssten sich auf eine einheitliche Quelle zurückführen lassen und damit entsprechend getroffen werden. Entscheidend ist somit offenbar, dass die Entgeltentscheidung als solche „einheitlich“ getroffen wird. S. darüber hinaus zur Tragweite der RL 2010/18 über den Elternurlaub EuGH, Rs. C-129/20, ECLI:EU:C:2021:140 – XI: Während das Erfordernis einer mindestens zwölfmonatigen Beschäftigung des betreffenden Elternteils unmittelbar vor Beginn des Elternurlaubs mit der RL 2010/18 in Einklang stehe, sei dies für die Anforderung des Arbeitnehmerstatus' zum Zeitpunkt der Geburt oder Adoption des Kindes nicht der Fall, gehe es beim Elternurlaub (das ein entsprechendes individuelles Recht der Arbeitnehmer vorsehe) doch auch darum, zu einem späteren Zeitpunkt im Leben Elternurlaub nehmen zu können, um die beruflichen und familiären Pflichten miteinander in Einklang bringen zu können. S. schließlich EuGH, Rs. C-841/19, ECLI:EU:C:2021:159 – JL (keine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, wenn für die Zahlung ausstehender Gehälter und Abfindungen wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers für Vollzeitbeschäftigte eine Höchstgrenze vorgesehen ist, die für Teilzeitbeschäftigte proportional zu ihrer Arbeitszeit herabgesetzt wird).

⁴⁰ EuGH, Rs. C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64 – Szpital Kliniczny (Große Kammer).

rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sein, soweit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit entsprochen werde; im vorliegenden Fall scheine sich aber aus der Zielsetzung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Praxis – mit der Einsparungen erreicht werden sollten – zu ergeben, dass die für eine solche Rechtfertigung geforderten Voraussetzungen nicht erfüllt seien.

Der EuGH überlässt in seinem Urteil zwar die konkrete Entscheidung des Streitfalls bzw. die Anwendung der von ihm formulierten Grundsätze auf den konkreten Sachverhalt – entsprechend dem Charakter des Vorabentscheidungsverfahrens – dem nationalen Gericht. Die Erwägungen des Gerichtshofs lassen aber klar erkennen, dass die in Frage stehende Regelung im Ergebnis nicht mit der RL 2000/78 vereinbar ist: Selbst wenn eine unmittelbare Diskriminierung (bei deren Vorliegen eine Rechtfertigung aus den in Art. 2 V RL 2000/78 aufgeführten Gründen ausgeschlossen ist) verneint und lediglich eine mittelbare Diskriminierung bejaht werden sollte, kommt eine Rechtfertigung aus rein finanziellen Erwägungen nicht in Betracht. Von Bedeutung ist das Urteil zunächst wegen des weiten Ansatzes des Gerichtshofs bei der Frage, ob auf ein verbotenes Merkmal abgestellt wird: Erfasst ist nicht nur die „Standardkonstellation“ (eine Differenzierung zwischen behinderten und nicht behinderten Personen), sondern auch Unterscheidungen innerhalb der Gruppe der behinderten Personen, welche dann noch unmittelbar (falls das Unterscheidungskriterium untrennbar mit einer Behinderung verbunden ist) oder mittelbar sein können, fallen unter das Diskriminierungsverbot. Dieser erstmals in dieser Klarheit formulierte und wesentlich aus den Zielsetzungen des Diskriminierungsverbots abgeleitete Grundsatz lässt sich auch auf Diskriminierungen aufgrund der anderen verpönten Merkmale übertragen. Weiter befasst sich der Gerichtshof eingehend mit der Rechtsfigur der „verdeckten unmittelbaren Diskriminierung“, welche dann vorliegt, wenn zwar nicht alle Personen der erfassten Gruppe benachteiligt werden, aber die Benachteiligung zwingend auf dem verpönten Merkmal beruht (wie z.B. die Unterscheidung zwischen schwangeren Frauen und anderen Frauen). Ein Stichtag kann jedenfalls – so auch der Gerichtshof – nicht für sich allein eine solche verdeckte unmittelbare Diskriminierung nach sich ziehen, da er als solcher keine untrennbare Verbindung zu dem verpönten Merkmal herstellt. Allerdings könne dies – so der Gerichtshof – bei Hinzutreten weiterer Kriterien der Fall sein, wobei er auf die Unmöglichkeit der Erfüllung der zeitlichen Bedingung hinweist. Warum daher aber eine untrennbare Verbindung zu einer Behinderung vorliegen soll, bleibt im Dunkeln. Hingegen erscheint die Bejahung einer mittelbaren Diskriminierung in der vorliegenden Konstellation überzeugend, dies insbesondere (wobei der Gerichtshof diesen Aspekt nicht thematisiert) wenn man davon ausgeht, dass hier bereits die Gefahr der Benachteiligung der betreffenden Personengruppe ausreichend ist.⁴¹

⁴¹ Zur Diskriminierung aufgrund einer Behinderung auch EuGH, Rs. C-795/19, ECLI:EU:C.2021:606 – Tartu Vangla: Obwohl das Hörvermögen eine wesentliche berufliche Anforderung für einen Gefängniswärter darstelle, stehe eine Regelung, wonach die Beschäftigung eines Strafvollzugsbeamten, dessen Hörvermögen Mindesthörschwellen nicht erreicht, absolut unmöglich ist, ohne dass eine Prüfung vorgesehen ist, ob der Betreffende in der Lage ist, seine Aufgaben zu erfüllen bzw. alle wirtschaftlich

Nach den Urteilen in den Rs. C-157/15⁴² und C-188/15⁴³ hatte sich der Gerichtshof in den verb. Rs. C-804/18, C-341/19⁴⁴ erneut zur Frage der Vereinbarkeit eines „Kopftuchverbots“ am Arbeitsplatz mit der RL 2000/78 zu äußern (wobei es in beiden Ausgangssachverhalten um das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch Arbeitnehmerinnen ging): Ein Verbot des Tragens jeder sichtbaren Ausdrucksform politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen stelle keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung dar, sofern diese Regel allgemein und unterschiedslos angewandt werde. Denn unter dieser Voraussetzung sei die damit einhergehende rechtliche Verpflichtung nicht untrennbar mit der Religion oder der Weltanschauung verbunden. Allerdings könne eine mittelbare Ungleichbehandlung vorliegen, wenn Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt werden, was durch das nationale Gericht zu eruieren sei. Vorliegend sei jedoch wohl davon auszugehen, dass in erster Linie muslimische Frauen von der in Frage stehenden Regel betroffen seien, so dass wohl eine mittelbare Ungleichbehandlung bejaht werden könne. Diese könne allerdings durch das Bedürfnis des Arbeitgebers gerechtfertigt sein, gegenüber den Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln oder soziale Konflikte sowie mögliche Nachteile zu vermeiden, was auch durch die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers geschützt sei. Jedoch müsse einem wirklichen Bedürfnis des Arbeitgebers entsprochen werden, das dieser unter Berücksichtigung insbesondere der berechtigten Erwartungen der Kunden oder Nutzer sowie der nachteiligen Konsequenzen, die er ohne eine solche Politik zu tragen hätte, nachzuweisen habe. Soweit sich das Verbot auf das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen beschränke, könne hingegen eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung vorliegen, die nicht durch derartige Erwägungen gerechtfertigt werden könne; selbst unter der Annahme, dass eine mittelbare Diskriminierung vorliege, sei eine solche Maßnahme unvereinbar mit der

vernünftigen Lösungen der Anpassung der Tätigkeiten ausgeschöpft wurden, nicht mit der RL 2000/78 in Einklang. S. ähnlich EuGH, Rs. C-824/19, ECLI:EU:C:2021:862 – TC, UB: Es sei nicht mit Art. 2 II lit. a, Art. 4 I RL 2000/78 (die im Licht des VN-Übereinkommens über die Rechte von Personen mit Behinderung auszulegen seien) vereinbar, wenn eine an Blindheit leidende Person von jeder Möglichkeit ausgeschlossen wird, die Aufgaben eines Schöffen in einem Strafverfahren auszuüben. S. ansonsten noch zur RL 2000/78 EuGH, Rs. C-511/19, ECLI:EU:C:2021:274 – AB: Die Versetzung älterer Arbeitnehmer in eine sog. Arbeitskräftereserve (mit weniger hohem Gehalt) bis zum Erreichen des Rentenalters im öffentlichen Sektor stehe mit der RL 2000/78 in Einklang, soweit diese Maßnahme ein rechtmäßiges Ziel der Beschäftigungspolitik verfolge und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Genüge getan sei. Dies komme im Zusammenhang mit der schweren Wirtschaftskrise in Griechenland mit Blick auf die Senkung der Personalkosten bei gleichzeitiger Gewährleistung eines hohen Beschäftigungsniveaus sowie dem Anliegen einer ausgewogenen Altersstruktur der Belegschaft grundsätzlich in Frage, auch wenn Erwägungen der Kostensenkung per se keinen Rechtfertigungsgrund darstellten. In EuGH, Rs. C-914/19, ECLI:EU:C:2021:430 – GN, stellte der EuGH fest, eine Altersgrenze von 50 Jahren für den Zugang zum Auswahlverfahren zur Besetzung von Notarstellen stehe nicht mit der RL 2000/78 in Einklang, da eine solche Regelung offenbar nicht durch rechtmäßige öffentliche Interessen (insbesondere die Ausübung des Berufs während eines erheblichen Zeitraums, die ordnungsgemäße Ausübung der notariellen Befugnisse sowie die Erleichterung des Generationenwechsels) zu verfolgen scheine und im Übrigen wohl nicht erforderlich sei.

⁴² EuGH, Rs. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 – Achbita.

⁴³ EuGH, Rs. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204 – Bougnaoui.

⁴⁴ EuGH, verb. Rs. C-804/18, C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594 – WABE (Große Kammer).

RL 2000/78, da das Ziel der Neutralität diesfalls nicht in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werde. Im Übrigen müsse dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden, was auch eine konsequente und systematische Verfolgung der in Frage stehenden Politik impliziere. Im Übrigen sei nach Art. 8 I RL 2000/78 günstigeren nationalen Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaats Rechnung zu tragen, womit die Mitgliedstaaten z.B. bezüglich des Schutzes der Religionsfreiheit strengere Anforderungen z.B. an die Rechtfertigung vorsehen könnten. Ganz allgemein erlaube es die Richtlinie 2000/78, dem jeweiligen Kontext der einzelnen Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen; den Mitgliedstaaten werde im Rahmen des notwendigen Ausgleichs der verschiedenen in Rede stehenden Rechte und Interessen ein Wertungsspielraum eingeräumt, um ein gerechtes Gleichgewicht zwischen diesen zu gewährleisten.

Das Urteil illustriert einmal mehr die große Bedeutung der Abgrenzung des Vorliegens unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierungen, und es ist insoweit zu begrüßen, dass der EuGH die hier maßgeblichen Kriterien weiter klärt. In der Sache ist es in der Tat überzeugend, auf die „Untrennbarkeit“ des gewählten Unterscheidungsmerkmals mit dem Vorliegen des verpönten Differenzierungskriteriums abzustellen. Warum allerdings ein Verbot des Tragens auffälliger großflächiger Zeichen eine unmittelbare Diskriminierung darstellen können soll, bleibt unklar, besteht doch auch hier kein untrennbarer Zusammenhang mit der Religion oder der Weltanschauung (eine Ausnahme könnte allenfalls dann zum Zuge kommen, wenn die generische Beschreibung tatsächlich praktisch nur z.B. das islamische Kopftuch erfassen würde). Immerhin bleibt zu präzisieren, dass für den Fall, dass nur das Tragen von Zeichen religiöser oder weltanschaulicher Überzeugungen verboten wäre (unter Ausschluss politischer Ansichten) wohl eine unmittelbare Diskriminierung zu bejahen wäre, da damit alle Personen mit einer solchen Überzeugung, die diese auch zum Ausdruck bringen wollen, erfasst würden, dies im Gegensatz zu Personen, die andere Überzeugungen (z.B. solche politischer Art) ausdrücken. In Bezug auf die Rechtfertigung sind einerseits die doch hohen Anforderungen, andererseits die vom EuGH betonte Beweislast des Arbeitgebers bemerkenswert. Letztlich impliziert der Ansatz des Gerichtshofs, dass solche „Neutralitätsgebote“ nicht allgemein vorgesehen werden dürfen, sondern nur wenn sie angesichts einer Beurteilung des Gesamtkontexts unter Einschluss „berechtigter“ Erwartungen der Kunden und der Art der Tätigkeit notwendig erscheinen. Damit reichen allein „Kundenwünsche“ gerade nicht aus, sondern es muss um eine Tätigkeit gehen, bei welcher die religiöse oder sonstige Neutralität objektiv und rechtlich begründbar eine gewisse Rolle spielen kann (wie z.B. in einer Kindertagesstätte, steht hier doch auch das Recht der Eltern zur Erziehung, s. Art. 14 III GRCh, zur Debatte), und auch ganz allgemein kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine zentrale Bedeutung zu.