

Rechtsprechungswegweiser Europarecht 2012:

Aktuelle EuGH-Rechtsprechung mit Prüfungsrelevanz (Teil 2)*

Von Patricia Sarah Stöbener, LL.M., Angela Regina Stöbener, LL.M., und Wiss. Ass. Dr. Mattias Wendel, Berlin

2. Warenverkehrsfreiheit

Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit haben insbesondere die stark diskutierten EuGH-Urteile zu Nutzungsmodalitäten und die angedeutete Rechtsprechungsänderung zu Ausfuhrbeschränkungen Prüfungsrelevanz. Darüber hinaus ist auch das Urteil *Ker-Optika* hervorzuheben sowie das erst kürzlich entschiedene Urteil in der Rechtssache *Kommission/Österreich*.

a) Internetvertrieb von Kontaktlinsen

In der Rechtssache *Ker-Optika*¹ ging es um eine Untersagung des Internetvertriebs für Kontaktlinsen. Diese durften nach ungarischem Recht nur in Fachgeschäften für medizinische Hilfsmittel oder durch Lieferung nach Hause an den Endverbraucher vertrieben werden. Die erste Vorlagefrage betraf die Geltung der e-commerce-Richtlinie 2000/31. Diese erfasst zwar grundsätzlich auch den Verkauf von Kontaktlinsen, da der für den Kauf von Kontaktlinsen erforderliche »ärztliche Rat«, für den die Richtlinie nach dem 18. Erwägungsgrund nicht gelten soll, vom Verkauf abtrennbar ist. Sie regelt allerdings auch nur den Verkaufsvorgang selbst, nicht die Voraussetzungen für die Zulassung des Internetvertriebs von Kontaktlinsen, für den daher nur die Grundfreiheiten greifen².

Im Rahmen der Prüfung von Art. 34 AEUV bejaht der EuGH eine Maßnahme gleicher Wirkung iSv *Dassonville* und lehnt die Einschlägigkeit der *Keck*-Tatbestandsausnahme mit der Feststellung ab, dass das Verbot des Vertriebs von Kontaktlinsen im Wege des Versandhandels den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten eine besonders effiziente Modalität für den Vertrieb dieser Waren vorenthalte und so deren Zugang zum Markt des betroffenen Mitgliedstaats erheblich behindere. Eine Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV aus Gründen der öffentlichen Gesundheit scheidet nach Ansicht des EuGH aus: Zwar sei das Verbot geeignet, die gesundheitlichen Risiken, denen Kontaktlinsenträger ausgesetzt seien, durch die – mittels Verbot erzwungene – persönliche Kontaktaufnahme mit dem Optiker zu verringern. Indes fehle es an der Erforderlichkeit, da Voruntersuchungen durch den Optiker oder eine Arztkonsultation nach ungarischem Recht auch beim Vertrieb über das Fachgeschäft nur fakultativ seien, beides ohnehin nur bei der ersten Lieferung von Kontaktlinsen notwendig sei und eine Beratung des Kunden auch durch interaktive Elemente auf der Website erfolgen könne³.

b) Ausdehnung der Keck-Rechtsprechung auf Nutzungsmodalitäten?

In mehreren Rechtssachen hatte der Gerichtshof sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die *Keck*-Rechtsprechung über Verkaufsmodalitäten hinaus auch auf solche mitgliedstaatlichen Maßnahmen Anwendung finden soll, die sog. »Nutzungsmodalitäten« regeln⁴. Hinter diesem Oberbegriff verbergen sich Fallkonstellationen, in denen ein Mitgliedstaat die Nutzung eines bestimmten Produktes untersagt oder in einer bestimmten Weise einschränkt.

Die Frage wurde erstmals im Fall *Mickelsson und Roos* aufgeworfen, in dem es um die Unionsrechtskonformität einer

schwedischen Regelung ging, welche die Benutzung von Wassermotorrädern stark limitierte⁵. Generalanwältin *Kokott* sprach sich in ihren Schlussanträgen vom 14. 12. 2006 dafür aus, Nutzungsmodalitäten analog zu Verkaufsmodalitäten vom Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV auszunehmen, sofern die übrigen Voraussetzungen der *Keck*-Formel erfüllt sind⁶.

Noch bevor der EuGH sein Urteil in *Mickelsson und Roos* gefällt hatte, wurde der Vorschlag der Generalanwältin *Kokott* zur Frage der Nutzungsmodalitäten verfahrensübergreifend für den Fall *Kommission/Italien (Kradanhänger)* relevant. Hier ging es im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens um die Frage, ob das in Italien geltende Verbot, Anhänger an Kradfahrzeuge⁷ anzukuppeln, gegen Unionsrecht verstieß. Der EuGH (Große Kammer) forderte im Hinblick auf den Vorschlag der Generalanwältin *Kokott* die Verfahrensbeteiligten eigens auf, zur Frage Stellung zu nehmen, ob unterschiedslos anwendbare Vorschriften über die Verwendung einer Ware Maßnahmen gleicher Wirkung darstellen⁸. Während die Mehrzahl der Mitgliedstaaten dem Ansatz *Kokotts* folgte und für die Einführung der neuen *Keck*-Variante plädierte, sprach sich Generalanwalt *Bot* dagegen aus und befürwortete, sich am Kriterium der Beeinträchtigung des Marktzugangs zu orientieren⁹ (Die Lektüre der insoweit divergierenden Schlussanträge *Kokotts* und *Bots* sei in didaktischer Hinsicht wärmstens empfohlen!).

Dieser Linie folgt im Ergebnis auch der EuGH. In seinem ersten Urteil zu dieser Frage *Kommission/Italien (Kradanhänger)* erweitert er die *Keck*-Formel gerade *nicht* um die Fallkonstellation der Nutzungsmodalitäten. Vielmehr stellt er seiner Prüfung eine positive Definition des Beschränkungs-begriffes voran, die das Kriterium des Marktzugangs betont: Neben Diskriminierungen und produktbezogenen Regelungen (also solchen Regelungen, welche bestimmte Anforderungen an das Produkt selbst oder seine Verpackung stellen) erfülle »jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert« den Tatbestand des Art. 34 AEUV¹⁰. Auf Ebene der Subsumtion verneint der EuGH sodann eine Beschränkung insoweit, als das fragliche Verbot solche Anhänger umfasst, die nicht spezifisch für Kradfahrzeuge produziert wurden. Die Kommission habe, so der EuGH, nicht hinreichend darge-

* Teil 1 dieses Beitrags erschien in **JURA** 2012, 585 ff. Teil 3 ist Bestandteil des nächsten **JURA** Hefts. Stand des Beitrags ist der 19. 4. 2012

1 EuGH Urt v 2. 12. 2010, C-108/09, EuZW 2011, 112 – *Ker-Optika*.

2 Ebd., Rdn. 23–40.

3 Ebd., insb Rdn. 54, 62–75.

4 Zur Problematik u. a. *Classen* EuR 2009, 555 ff.; *Brigola* EuZW 2012, 248 ff.

5 EuGH Urt v 4. 6. 2009, C-142/05, Slg 2009, I-4273 – *Åklagaren/Mickelsson und Roos*.

6 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* vom 14. 12. 2006, C-142/05, Slg 2009, I-4273, Rdn. 47 ff. – *Åklagaren/Mickelsson und Roos*.

7 Motorräder und motorradähnliche Fahrzeuge.

8 EuGH Urt v 10. 2. 2009, Rs C-110/05, Slg 2009, I-519, Rdn. 15 – *KOM/Italien (Krad-Anhänger)* (*Schoch* JK 1/10, EGV Art. 28/12).

9 Schlussanträge des Generalanwaltes *Bot* vom 8. 7. 2008, Rs C-110/05, Slg 2009, I-519, Rdn. 87 ff., 107 ff. – *KOM/Italien (Krad-Anhänger)*.

10 EuGH Urt v 10. 2. 2009, Rs C-110/05, Slg 2009, I-519, Rdn. 37– *KOM/Italien (Krad-Anhänger)*.

tan, dass der Marktzugang für diese Produkte beschränkt werde¹¹. Diese können schließlich auch mit anderen Kraftfahrzeugen benutzt werden. Als Beschränkung sei das Verbot aber insoweit anzusehen, als es die Nutzung von Anhängern betreffe, die spezifisch für Kradfahrzeuge produziert wurden. Ein Verwendungsverbot habe einen erheblichen Einfluss auf das Kaufverhalten der Verbraucher, weil diese kein Interesse daran hätten, ein nicht verwendbares Erzeugnis in dem Mitgliedstaat zu kaufen. Dies wirke sich wiederum auf den Marktzugang des Erzeugnisses aus¹². Diese Beschränkung sieht der EuGH allerdings durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls iSv *Cassis* nämlich die Sicherheit des Straßenverkehrs, gerechtfertigt und gesteht dem Mitgliedstaat insofern einen Beurteilungsspielraum zu¹³.

Im später ergangenen Urteil *Mickelsson und Roos* verwies der EuGH nur noch auf sein Urteil »Kradanhänger« und überließ es dem nationalen Gericht zu prüfen, ob die Nutzung der Wassermotorräder zu stark behindert wird¹⁴. Auch hier wird also keine Erweiterung der *Keck*-Rechtsprechung vorgenommen. Beide Fälle illustrieren somit die bereits einleitend festgestellte Tendenz des Gerichtshofs, zunehmend das Kriterium der Marktzugangsbeschränkung als positives Kriterium in das Zentrum der Prüfung zu rücken.

c) *Annäherung des Beschränkungsbegriffs iSd Art. 35 AEUV an den des Art. 34 AEUV?*

Während die Entwicklung der tatbestandlichen Definition von Art. 34 AEUV (Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen) mit der *Dassonville*-Formel den denkbar weitesten Ausgangspunkt nahm, war für Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen nach dem heutigen Art. 35 AEUV mit der sog. *Groenveld*-Formel eine ungleich engere Definition prägend. Im Urteil *Groenveld* hatte der EuGH im Jahr 1979 drei enge Voraussetzungen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 35 AEUV aufgestellt: Die Bestimmung erfasse nationale Maßnahmen, »die [1.] spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit [2.] unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaats und seinen Außenhandel schaffen, so dass [3.] die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil erlangt«¹⁵.

In jüngerer Zeit warf der Fall *Gysbrechts und Santurel* die Problematik der Tatbestandsbestimmung von Art. 35 AEUV erneut auf¹⁶. Im Kern ging es um die Unionsrechtskonformität einer belgischen Verbraucherschutzregelung im Bereich des Fernabsatzrechts. Diese untersagte dem Unternehmer, vom Verbraucher vor Ablauf der siebentägigen Rücktrittsfrist Zahlung zu verlangen. Nach der Auslegung der belgischen Behörden verbot die Regelung überdies, vom Verbraucher vor Fristablauf die Angabe einer Kreditkartennummer zu verlangen. Wie die Generalanwältin *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen feststellte, wäre bei strikter Anwendung der engen *Groenveld*-Formel der Tatbestand des Art. 35 AEUV nicht erfüllt gewesen¹⁷. In einem umfassenden Plädoyer sprach sich die Generalanwältin aus zahlreichen Gründen – u. a. der Konvergenz der Grundfreiheiten – indes für die Aufgabe der *Groenveld*-Formel aus und schlug eine Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 34 AEUV mit Fokussierung auf das Kriterium der Beeinträchtigung des Marktaustrittes (als Gegenstück zu Marktzugangsbeschränkungen bei Art. 34 AEUV) vor¹⁸.

Der EuGH greift im Urteil *Gysbrechts und Santurel* die *Groenveld*-Formel gleichwohl einleitend auf. Indes erstreckt sich die rechtliche Prüfung im Anschluss nicht auf alle in *Groenveld* aufgestellten Kriterien. Vielmehr bejaht der Gerichtshof den Anwendungsbereich von Art. 35 AEUV allein auf Grundlage des Arguments, dass die Ausfuhren stärker betroffen seien als der Absatz der Waren auf dem inländischen Markt. Dem Verkäufer werde ein wirksames Instrument genommen, sich gegen das Risiko der Nichtzahlung zu wehren, was im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr besonders schwer wiege, da die Verfolgung säumiger Zahler in einem anderen Mitgliedstaat mit Schwierigkeiten verbunden sei¹⁹. Diese Beeinträchtigung der Ausfuhr ist also nur sehr mittelbar begründet. Letztlich reicht damit das Vorliegen einer faktischen Ungleichbehandlung – hier die faktische *Benachteiligung* der Ausfuhren gegenüber dem inländischen Absatz – für die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 35 AEUV aus. Ob der EuGH so weit gehen würde, auch eine reine Beeinträchtigung bzw. ein »weniger-attraktiv-Machen« des Marktaustrittes ohne jede auch nur mittelbare Ungleichbehandlung von Ein- und Ausfuhren unter Art. 35 AEUV zu fassen, wie es die Generalanwältin dem Grunde nach vorgeschlagen hatte, bleibt allerdings offen. Von den Voraussetzungen der *Groenveld*-Formel, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme und einen besonderen Vorteil für die nationale Produktion verlangt hat, bleibt jedenfalls trotz dessen Inbezugnahme nach dem Urteil in *Gysbrechts und Santurel* nicht mehr viel übrig. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung bleibt abzuwarten.

Mit Blick auf die Rechtfertigung kommt der EuGH zu einer differenzierten Lösung. Während es sich noch im Rahmen des Verhältnismäßigen bewege, dem Lieferanten beim Fernabsatz zu untersagen, vom Verbraucher vor Ablauf der Rücktrittsfrist eine Anzahlung oder Zahlung zu verlangen, sei es demgegenüber unverhältnismäßig, dem Lieferanten zu verbieten, vom Verbraucher vor Ablauf dieser Frist die Angabe seiner Kreditkartennummer zu verlangen, da dies sein einziges Sicherungsmittel sei²⁰.

d) *Sektorales Fahrverbot*

Im Fall *Kommission/Österreich*²¹ ging es um ein sektorales Fahrverbot für LKW des Landes Tirol zur Senkung der Schadstoffbelastung auf einem 84 km langen Autobahnabschnitt, der eine wichtige Verkehrsverbindung zwischen Süddeutschland und Norditalien darstellt. An dem Abschnitt wurden die Emissionsgrenzwerte von zwei EU-Richtlinien zur Luftqualität²²

11 Ebd, Rdn. 52f.

12 Ebd, Rdn. 54–57.

13 Ebd, Rdn. 65f.

14 EuGH Urte v 4. 6. 2009, C-142/05, Slg 2009, I-4273, Rdn. 25–28 – *Åklagaren/Mickelsson und Roos*.

15 EuGH Urte v 8. 11. 1979, Rs 15/79, Slg 1979, 3409, Rdn. 7 – *Groenveld*.

16 EuGH Urte v 12. 12. 2008, C-205/07, Slg 2008, I-9947 – *Gysbrechts und Santurel*, mit Anmerkung von *Brigola* EuZW 2009, 479 ff.

17 Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 17. 7. 2008, C-205/07, Slg 2008, I-9947, Rdn. 34 ff. – *Gysbrechts und Santurel*.

18 Ebd, Rdn. 41 ff., 49 ff. und insb 65.

19 EuGH Urte v 12. 12. 2008, C-205/07, Slg 2008, I-9947, Rdn. 40–44 – *Gysbrechts und Santurel*.

20 Ebd; Rdn. 56, 62.

21 EuGH Urte v 21. 12. 2011, C-28/09, noch nicht veröffentlicht, Rdn. 111–117 – *Kommission/Österreich (LKW-Fahrverbot)*.

22 Richtlinie 96/62/EG über die Beurteilung und die Kontrolle der Luftqualität und Richtlinie 1999/30/EG über Grenzwerte für Schwefeldioxid, Stickstoffdioxid und Stickstoffoxide, Partikel und Blei in der Luft; mittlerweile abgelöst durch Richtlinie 2008/50/EG über Luftqualität und saubere Luft für Europa.

überschritten. Die Richtlinien sahen für diesen Fall die Pflicht der Mitgliedstaaten vor, einen Plan oder ein Programm auszuarbeiten und durchzuführen, aufgrund dessen der Grenzwert binnen einer festgelegten Frist erreicht werden kann. Das Land Tirol erließ – nachdem frühere Maßnahmen bereits vom EuGH für europarechtswidrig erklärt worden waren²³ – u. a. eine je nach Immissionsbelastung variable Geschwindigkeitsbegrenzung sowie ein Fahrverbot für Lastkraftwagen bestimmter Schadstoffklassen. Außerdem erließ die zuständige Behörde ein sektorales Fahrverbot für LKW über 7,5 t, die bestimmte Güter transportieren. Insbesondere Abfälle, Holz, Eisenerze, Steine, Erde, Kraftfahrzeuge und Stahl könnten nach Ansicht Österreichs sehr gut per Bahn statt per LKW oder jedenfalls über andere Strecken transportiert werden. Ausgenommen von diesem Verbot war allerdings der Transport von Gütern, die aus der Region kamen oder für diese bestimmt waren, sowie die lokale Müllabfuhr, Land- und Forstwirtschaft.

Der EuGH stellte in seinem Urteil fest, dass das sektorale Verkehrsverbot gegen Unionsrecht verstoße. Zwar verfügten die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Maßnahmen entsprechend der EU-Richtlinien über einen Ermessensspielraum, diesen müssten sie jedoch unter Beachtung des Grundsatzes des freien Warenverkehrs ausüben. Die heutigen Art. 34 und 35 AEUV umfassen nach der Rechtsprechung des EuGH auch die Freiheit der Warendurchfuhr innerhalb der Union, die durch das Fahrverbot beschränkt werde. Dass es Ausweichlösungen wie andere Autobahnen oder den Schienenverkehr gibt, sei irrelevant, da die betreffenden Unternehmen gezwungen seien, nach wirtschaftlich vertretbaren Ersatzlösungen für den Transport der Güter zu suchen, und dies geeignet sei, den Warenverkehr zwischen dem nördlichen Europa und Norditalien erheblich zu beeinträchtigen²⁴.

Eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheits- und Umweltschutzes, die der EuGH hier zusammen prüft, da mit der Bekämpfung der Luftverschmutzung Gesundheitsgefahren begrenzt werden sollen und die Ziele damit eng miteinander verbunden sind, hält der EuGH grundsätzlich für möglich. Die Maßnahmen seien auch geeignet, die Umwelt und die Gesundheit zu schützen, da die Maßnahmen zu einer Verringerung des Straßenverkehrs und damit auch zu einer Schadstoffreduktion führten. Das Ziel der Verlagerung des Verkehrs auf die Schiene sei durch das Unionsrecht anerkannt und das Fahrverbot nur für einige Produkte und nur für den Durchgangsverkehr nicht inkonsistent, da gerade diese Waren sich besser für den Schienenverkehr eignen²⁵. Jedoch sei vor Erlass einer so radikalen Maßnahme wie der eines völligen Fahrverbots sorgfältig zu prüfen, ob nicht auf Maßnahmen zurückgegriffen werden könne, die den freien Verkehr weniger beschränken. Solche dürften nur ausgeschlossen werden, wenn ihre Ungeeignetheit im Hinblick auf den verfolgten Zweck eindeutig feststehen. Der EuGH hält insofern eine Ausweitung des Fahrverbots auf LKW weiterer Schadstoffklassen und eine ständige Geschwindigkeitsbegrenzung auf 100 km/h, die kontrolliert und durch Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden, für weniger eingreifend in den Warenverkehr. Das sektorale Fahrverbot sei damit unverhältnismäßig²⁶.

3. Niederlassungsfreiheit

Im Rahmen der Niederlassungsfreiheit sind neue Urteile insbesondere zur Ausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt sowie zum Glücksspiel und zu Bedarfsprüfungen im Rahmen der öffentlichen Krankenversorgung ergangen.

a) Bereichsausnahme Ausübung öffentlicher Gewalt

Die tatbestandliche Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt in Art. 45 I AEUV ist wegen der grundlegenden Bedeutung der Grundfreiheiten nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen und kann nicht weiter reichen, als der Zweck es erfordert. Deshalb ist diese Ausnahmeregelung auf Tätigkeiten beschränkt, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Eine Ausweitung auf den Beruf als Ganzen kommt nur in Betracht, falls die so gekennzeichneten Tätigkeiten derart miteinander verknüpft sind, dass die Liberalisierung des Berufs zur Verpflichtung des Mitgliedstaates führen würde, die zumindest zeitweise Ausübung öffentlicher Gewalt durch Ausländer zuzulassen. Dagegen dürfen nur einzelne Tätigkeiten für Ausländer verboten werden, wenn die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten einen abtrennbaren Teil der Berufstätigkeit darstellen²⁷. Den Ansatz dieser überaus restriktiven Auslegung der Bereichsausnahme setzte der EuGH in seiner Rechtsprechung der vergangenen Jahre fort.

In einer höchst examensrelevanten²⁸ Entscheidung hat der Gerichtshof festgestellt, dass die *Notartätigkeit* in Deutschland – und in fünf weiteren Mitgliedstaaten – nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei und das Staatsangehörigkeitserfordernis für den Zugang zum Notarberuf eine durch die Niederlassungsfreiheit verbotene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstelle²⁹.

Die Beurkundungstätigkeit der Notare ist nach Ansicht des EuGH nicht mit einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden. Zwar seien die Beurkundung und die vorherige Prüfung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch den Notar teilweise zwingende Voraussetzung für die Wirksamkeit öffentlicher Urkunden. Jedoch würden Akte und Verträge beurkundet, denen sich die Parteien freiwillig unterworfen und deren Inhalt sie selbst bestimmt haben, die also eine Einigung der Parteien voraussetzen und nicht ohne Zustimmung der Parteien geändert werden können. Das im Allgemeininteresse liegende Ziel, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, könne nicht das Eingreifen der Ausnahme begründen, denn entsprechende Prüfpflichten existierten im Rahmen verschiedener reglementierter Berufe, ohne diese zur Ausübung öffentlicher Gewalt zu machen. Sie rechtfertigten allenfalls Beschränkungen hinsichtlich ihrer Bestellung, ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit, ihrer Bezüge, ihrer Unabhängigkeit, der Unvereinbarkeit von Ämtern und

23 EuGH Ur t v 15. 11. 2005, C-320/03, Slg 2005, I-9871 – *Kommission/Österreich* → *Schoch* JK 5/06, EGV Art. 28/7.

24 EuGH Ur t v 21. 12. 2011, C-28/09, noch nicht veröffentlicht, Rdn. 111–117 – *Kommission/Österreich (LKW-Fahrverbot)*.

25 Ebd., Rdn. 118–138, insb 122, 133.

26 Ebd., Rdn. 139–151, insb 140, 143, 147.

27 Grundlegend EuGH Ur t v 21. 6. 1974, Rs 2/74, Slg 1974, 631, Rdn. 43–47 – *Reyners*.

28 Aktenvortragsthema im Berufsfeld Europarecht im Zweiten Juristischen Staatsexamen beim Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamt Berlin-Brandenburg 2011.

29 EuGH Ur t v 24. 5. 2011, C-54/08, EuZW 2011, 468, Rdn. 90 ff. – *Kommission/Deutschland (Notare)*; sowie die übrigen Entscheidungen vom selben Tag in den Rs C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-61/08 und C-52/08 gegen Belgien, Griechenland, Frankreich, Luxemburg und Österreich und Portugal. Vgl die Anmerkung von *Fuchs* EuZW 2011, 475 f. Vgl auch bereits vor Erlass des Urteils *Karpenstein/Liebach* EuZW 2009, 161 ff.

ihrer Unabsetzbarkeit, soweit diese zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich seien³⁰.

Auch die mit der Beurkundung verbundenen Rechtswirkungen – die Beweiskraft und Vollstreckbarkeit – führen nach Ansicht des EuGH nicht zum Eingreifen der Bereichsausnahme. Die besondere Beweiskraft einer notariellen und damit öffentlichen Urkunde ergebe sich nicht unmittelbar aus der Urkunde, sondern aus §§ 415 und 418 ZPO. Zudem sei der Beweis der unrichtigen Beurkundung des Vorgangs oder der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen grundsätzlich zulässig, weshalb eine uneingeschränkte Bindung des Gerichts bei der Beweiswürdigung nicht gegeben sei. Die Vollstreckbarkeit der öffentlichen Urkunde, ohne dass zuvor ein Gericht tätig werden muss, verschaffe dem Notar keine hoheitlichen Befugnisse, da § 794 I Nr. 5 ZPO die Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung und damit dessen Einwilligung voraussetze. Die Vollstreckbarkeit beruhe damit auf dem Willen der Parteien³¹. Zudem sei die Berufsausübung in den Grenzen ihrer jeweiligen örtlichen Zuständigkeiten unter Wettbewerbsbedingungen und die Alleinhaftung des Notars und nicht des Staates für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch³². Die Bereichsausnahme des Art. 45 I AEUV ist damit sehr eng zu verstehen. Das Urteil ist eine gute Zusammenfassung der Rechtsprechung zu Art. 45 AEUV und ein gutes Beispiel für dessen Anwendung durch den EuGH und daher sehr lesenswert.

Auch öffentliche Krankentransporte fallen nach dem EuGH nicht unter die Bereichsausnahme, da sie nicht mit der hinreichend qualifizierten Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen verbunden seien. Erste-Hilfe-Maßnahmen seien nicht als hoheitlich anzusehen, denn auch der Einzelne könne hierzu verpflichtet sein. Im Vorfahrtsrecht während der Blaulichtfahrt sei keine Zwangsbefugnis zu sehen³³.

b) Glücksspiel

Neue Urteile im Bereich des Glücksspiels betreffen das deutsche und österreichische Lotteriewesen sowie Internet-Wetten³⁴. Auch sie waren teilweise bereits Prüfungsgegenstand im Staatsexamen.

aa) Glücksspielmonopol

In den Rechtssachen *Stoß u. a.*³⁵ ging es um die Unionsrechtskonformität des deutschen Glücksspiel-Monopols. Die Ausgangsverfahren betrafen Untersagungsverfügungen gegen Inhaber von Geschäftslokalen in Hessen, in denen Sportwetten für Rechnung von Happybet und anderen Wettanbietern mit Sitz in Österreich, Malta und Gibraltar angeboten wurden.

Der EuGH bejaht eine Beschränkung von Dienst- und Niederlassungsfreiheit. Zwar stellten – wie bereits in den Rechtssachen *Schindler* und *Zenatti*³⁶ entschieden – Tätigkeiten, die darin bestehen, den Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an einem Geldspiel zu ermöglichen, sowie Werbung für Geldspiele und ihre Vermittlung Dienstleistungen dar. Soweit der Leistungsanbieter in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen niedergelassen ist, in dem die Leistung angeboten wird, sei daher die Dienstleistungsfreiheit anwendbar. Soweit die Wetten jedoch in Geschäftslokalen abgeschlossen wurden, die als Agenturen der ausländischen Wettanbieter anzusehen sind, sei die Niederlassungsfreiheit zu prüfen³⁷.

Eine Rechtfertigung zum Schutz der Dienstleistungsempfänger, allgemein der Verbraucher und der Sozialordnung ist nach ständiger Rechtsprechung möglich, wenn die Spiele und Wetten im Übermaß betrieben sozialschädliche Folgen haben und

wenn die Maßnahmen darauf abzielen, eine Anregung der Nachfrage zu vermeiden und die Ausnutzung der Spielleidenschaft der Menschen zu begrenzen³⁸. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt dann auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit. Dabei gewährt der EuGH den Mitgliedstaaten ein Ermessen dahingehend, ob ein strenges Konzessionssystem für private Glücksspielanbieter oder ein Monopol der öffentlichen Hand besser geeignet ist, die Spiellust in kontrollierte Bahnen zu lenken. Ein Konzessionssystem sei wegen der besseren Kontrollmöglichkeiten in einem staatlichen Monopolsystem nicht zwingend ein gleich geeignetes und damit milderer Mittel. Zudem bestehe keine Pflicht zur Anerkennung ausländischer Lizenzen. Schließlich hindern auch praktische Probleme bei der Durchsetzung (zB im Internet) nach Ansicht des EuGH eine Rechtfertigung nicht³⁹. Kurzum, der EuGH gewährt den Mitgliedstaaten auf Rechtfertigungsebene durchaus erheblichen Spielraum.

Dennoch verneint der EuGH eine Rechtfertigung im Fall *Stoß* bereits auf Ebene der Geeignetheit, weil das deutsche Glücksspielmonopol nicht kohärent sei: Die Suchtbekämpfung müsse, so der Gerichtshof, *in kohärenter und systematischer Weise* erfolgen, und zwar sowohl vertikal (innerhalb einer Glücksspielart) als auch horizontal (im Vergleich mit anderen Glücksspielarten). Der Ermessensspielraum, der dem Mitgliedstaat zustehe, war nach Ansicht des EuGH aufgrund dreier Umstände überschritten: Erstens betrieb das Monopol Werbung, die nicht nur dazu diene, die Spielsucht der Bevölkerung in geordnete Bahnen zu lenken, d. h. die Verbraucher von anderen, nicht genehmigten Zugangskanälen hin zum Angebot des Monopolinhabers zu lenken. Vielmehr ermunterte es zur Teilnahme an Glücksspielen und damit zur Maximierung der staatlichen Gewinne aus der Monopoltätigkeit. Zweitens durften andere Arten von Glücksspielen (insbesondere Pferdewetten und Automaten Spiele) von privaten Veranstaltern mit Erlaubnis betrieben werden. Drittens wurden andere Arten von Glücksspielen, die sogar ein höheres Suchtpotenzial als die monopolisierten Sportwetten oder Lottospiele aufweisen, insbesondere Automaten, von den staatlichen Behörden gefördert oder zumindest geduldet, um die staatlichen Einnahmen hieraus zu maximieren. Dass die verschiedenen Arten von Glücksspielen zum Teil in Länder-, zum Teil in Bundeskompetenz fallen, vermochte die Nichteinhaltung des Europarechts nach Auffassung des Gerichtshofs nicht zu rechtfertigen: Die interne

30 EuGH Urt v 24. 5. 2011, C-54/08, EuZW 2011, 468, Rdn. 93–99 – *Kommission/Deutschland (Notare)*.

31 Ebd, Rdn. 100–105.

32 Ebd, Rdn. 109 ff.

33 EuGH Urt v 29. 4. 2010, C-160/08, Rdn. 78 ff. – *Kommission/Deutschland (Öffentliche Krankentransporte)*.

34 Vgl hierzu ausführlich *Dörr/Urban JURA* 2011, 681 ff.; *Safferling/Scholz JA* 2009, 353 ff.

35 EuGH Urt v 8. 9. 2010, verb Rs C-316/07 u. a., NVwZ 2010, 1409, Rdn. 56 ff. – *Stoß u. a.* → *Ehlers JK* 1/11, AEUV Art. 49/1.

36 EuGH Urt v 24. 3. 1994, C-275/92, Slg 1994, I-1039, Rdn. 22 ff. – *Schindler*; Urt v 21. 10. 1999, C-67/98, Slg 1999, I-7289, Rdn. 24 – *Zenatti*.

37 EuGH Urt v 8. 9. 2010, verb Rs C-316/07 u. a., NVwZ 2010, 1409, Rdn. 56–61 – *Stoß u. a.*; vgl auch EuGH Urt v 6. 11. 2003, C-243/01, Slg 2003, I-13051, Rdn. 44–59 – *Gambelli u. a.*, sowie Urt v 6. 3. 2007, C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg 2007, I-1891, Rdn. 42–44 – *Placanica u. a.* → *Schoch JK* 8/07, EGV Art. 43/8.

38 So bereits EuGH Urt v 24. 3. 1994, C-275/92, Slg 1994, I-1039, Rdn. 57–61 – *Schindler*; Urt v 21. 9. 1999, C-124/97, Slg 1999, I-6067, Rdn. 32 f – *Läärä u. a.* → *Ehlers JK* 00, EGV Art. 49/2.

39 EuGH Urt v 8. 9. 2010, verb Rs C-316/07 u. a., NVwZ 2010, 1409, Rdn. 74–87 – *Stoß u. a.*

Zuständigkeitsverteilung entbinde den Mitgliedstaat nicht von der Einhaltung von Europarecht⁴⁰.

bb) Internetglücksspiel und -wetten

Ähnliche Vorgaben machte der EuGH im Fall *Dickinger und Ömer*⁴¹ bei der Prüfung des österreichischen Monopols für die Durchführung von Internet-Kasinospielen, ohne den Fall jedoch im Ergebnis zu entscheiden. Geldwäsche- und Betrugsverbeugung können höhere Anforderungen an Organisation, Buchführung und Kontrollen grundsätzlich rechtfertigen. Ein Verbot, in anderen Mitgliedstaaten Filialbetriebe zu errichten, ist dagegen nicht gerechtfertigt⁴².

Auch ein Erlaubnisvorbehalt für Glücksspiel und das Verbot von Internetwetten kann gerechtfertigt werden. Die Wettanbieterin *Carmen Media Group*⁴³ aus Gibraltar mit Lizenz zur Vermarktung von Sportwetten im Ausland (»offshore bookmaking«) wollte Wetten in Deutschland anbieten und beantragte die Feststellung, dass dies ohne Lizenz zulässig sei, hilfsweise eine entsprechende Erlaubnis. Der *Erlaubnisvorbehalt* kann nach Ansicht des EuGH gerechtfertigt sein, wenn die Verwaltungsentscheidung über die Erteilung der Erlaubnis auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen und Willkür ausschließen, und wenn gegen die Entscheidung ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf offen steht. Das *Verbot von Internetwetten* könne gerechtfertigt sein, selbst wenn das Anbieten solcher Spiele über herkömmliche Kanäle zulässig bleibe, weil sie verglichen mit den herkömmlichen Glücksspielmärkten wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und größere Gefahren in sich trügen: Einerseits steigt die Gefahr von Betrug; andererseits führt der leichtere und ständige Zugang, das große Angebot und das durch Isolation des Spielers, Anonymität und fehlende soziale Kontrolle gekennzeichnete Umfeld zu einem gesteigerten Suchtpotential mit größeren sozialen und moralischen Folgen.

c) Nationale Gesundheitssysteme

Auch die nationalen Gesundheitssysteme waren wiederholt Gegenstand von Verfahren vor dem EuGH. In mehreren Fällen hat der EuGH die Bedarfsprüfung bei der Zulassung neuer Einrichtungen im Bereich der Krankenversorgung auf den Prüfstand gestellt. In *Blanco Pérez*⁴⁴ ging es um die Zulassung von neuen Apotheken in der spanischen Region Asturien, die nach spanischem Recht grundsätzlich nur unter Einhaltung eines Mindestabstands von 250 m zur nächsten Apotheke und einer Mindesteinwohnerzahl von 2800 Einwohnern möglich war. In *Hartlauer*⁴⁵ wurde einem Zahnambulatorium von den österreichischen Behörden die Zulassung mangels Bedarfs verweigert.

In beiden Fällen wurde der Erlaubnisvorbehalt als Beschränkung angesehen, weil er zum einen zusätzlichen Verwaltungsaufwand und Kosten verursache und zum anderen für die nicht zugelassenen Personen und Einrichtungen eine Zugangsbeschränkung darstelle. Das Ziel einer qualitativ hochwertigen ärztlichen und klinischen bzw. Arzneimittelversorgung sei zwar grundsätzlich geeignet, Eingriffe zu rechtfertigen; ebenso die Vermeidung einer Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der sozialen Sicherheitssysteme und einer Verschwendung von Ressourcen⁴⁶. Deshalb dürfe die ambulante Versorgung durch Arztpraxen, Ambulatorien und Apotheken grundsätzlich Gegenstand einer Planung und Bedarfsprüfung zur Vermeidung von Unter- und Doppelversorgung sein. Diese Planung müsse

jedoch kohärent und systematisch sein. Das Erlaubnissystem müsse auf objektiven, nicht diskriminierenden im Voraus bekannten Kriterien beruhen sowie gerichtlich überprüfbar sein, damit der Ermessensausübung durch die Verwaltung hinreichende Grenzen gesetzt würden.

Im Fall *Hartlauer* sah der EuGH die Zulassungsregelungen als inkohärent an, weil Ambulatorien stets, Gruppenpraxen jedoch nie einer Bedarfsprüfung unterliegen. Zudem erlaube die Organisation von Ambulatorien durch die Bündelung der Apparate und Ausstattung gerade die Senkung der Betriebskosten. Eine Bedarfsprüfung anhand von Umfragen unter den bereits zugelassenen – und damit potentiell konkurrierenden – Ärzten erfolge zudem nicht anhand von objektiven und unparteilichen Kriterien. Im Fall *Blanco Pérez* bejahte der EuGH hingegen die Kohärenz des Punktesystems. Allerdings wurden »Pluspunkte« für Berufserfahrung in Asturien als diskriminierend angesehen.

e) Wegzugsbesteuerung

Im Fall *National Grid Indus BV*⁴⁷ knüpfte der EuGH an seine Rechtsprechung in den Rechtssachen *Daily Mail* und *Cartesio* an. Es ging um die Besteuerung der nicht realisierten Wertzuwächse beim Vermögen einer niederländischen Gesellschaft anlässlich der Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat, hier das Vereinigte Königreich. Zunächst prüfte der EuGH, ob die niederländische Gesellschaft sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann. Diese Frage stellte sich im Anschluss an das Urteil *Daily Mail*, weil der EuGH dort entschieden hatte, dass die Niederlassungsfreiheit den Mitgliedstaaten nicht die Zuständigkeit nehme, die Voraussetzungen für das Bestehen von Gesellschaften nach nationalem Gesellschaftsrecht und entsprechend auch die Folgen der Verlegung des Unternehmenssitzes in einen anderen Mitgliedstaat gesellschafts- und steuerrechtlich regeln⁴⁸. Da die *National Grid Indus* zugrunde liegende Regelung nicht die Eigenschaft als Gesellschaft nach niederländischem Recht berührte, sondern sich auf die steuerlichen Folgen begrenzte, sah der EuGH Art. 49 AEUV nunmehr als anwendbar an⁴⁹.

Vergleicht man *Daily Mail* mit *National Grid Indus*, wären damit zwei Fälle zu unterscheiden: Steuerrechtliche Regelungen des Gründungsstaats, welche die Sitzverlegung als solche untersagen oder von einer Genehmigung abhängig machen, würden nicht unter die Niederlassungsfreiheit fallen. Regelungen

40 Ebd, Rdn. 88–107.

41 EuGH Ur t v 15. 9. 2011, C-347/09, EuZW 2011, 841, Rdn. 39–69, 96–99 – *Dickinger und Ömer*.

42 Ebd, Rdn. 76–77, 82, 88.

43 EuGH Ur t v 8. 9. 2010, C-46/08, NVwZ 2010, 1422, Rdn. 86–87, 101–105 – *Carmen Media Group*, mit Anmerkung von *Dederer* EuZW 2010, 771 ff. Vgl zum Glücksspiel auch EuGH Ur t v 8. 9. 2009, C-42/07, Slg 2009, I-7633, Rdn. 54–73 – *Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International* – *Schoch* JK 4/10, EGV Art. 49/19, mit Anmerkungen von *Winkel Müller* EuZW 2009, 692 ff. und *Ohler* EuR 2010, 253; EuGH Ur t v 3. 6. 2010, C-203/08, Slg 2010, I-4695, Rdn. 24–62 – *Sporting Exchange Ltd*.

44 EuGH Ur t v 1. 6. 2010, C-570/07 u. a., Slg 2010, I-4629, Rdn. 54, 63–125 – *Blanco Pérez*.

45 EuGH Ur t v 10. 3. 2009, C-169/07, Slg 2009, I-1721, Rdn. 34–39, 44–72 – *Hartlauer*.

46 So bereits EuGH Ur t v 12. 6. 2001, C-157/99, Slg 2001, I- 5473, Rdn. 72–74 – *Smits and Peerbooms*.

47 EuGH Ur t v 29. 11. 2011, C-371/10, EuZW 2011, 951, Rdn. 37, 43–46, 73 – *National Grid Indus BV*.

48 EuGH Ur t v 27. 9. 1988, Rs 81/87, Slg 1988, 5483, Rdn. 23–24 – *Daily Mail*.

49 EuGH Ur t v 29. 11. 2011, C-371/10, EuZW 2011, 951, Rdn. 22 ff., insb 27–28, 31–32 – *National Grid Indus BV*.

gen, die an die Sitzverlegung lediglich belastende steuerliche Rechtsfolgen knüpfen, würden dagegen grundsätzlich von Art. 49 AEUV umfasst. Diese Unterscheidung wird in der Literatur teilweise als künstlich angesehen. Deshalb wollen einige Autoren in *National Grid Indus* eine Aufgabe von *Daily Mail* sehen⁵⁰. Hiergegen sprechen jedoch sowohl die Äußerungen in *Cartesio*⁵¹ als auch in *National Grid Indus*, die ausdrücklich zwischen diesen beiden Fällen unterscheiden und an Formulierungen in *Daily Mail* anknüpfen.

Im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 49 AEUV nimmt der EuGH dann eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit an, da die sofortige Besteuerung zu einem Liquiditätsnachteil gegenüber anderen Gesellschaften führt, die ihren Sitz nicht verlegen, der nicht durch objektive Unterschiede zu erklären sei⁵². Jedoch sei die Wegzugsbesteuerung grundsätzlich durch das Ziel gerechtfertigt, eine ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten nach dem Territorialitätsprinzip sicherzustellen. So seien die Mitgliedstaaten mangels Harmonisierungsmaßnahmen befugt, insbesondere zur Beseitigung der Doppelbesteuerung die Kriterien für die Aufteilung ihrer Steuerhoheit vertraglich oder einseitig festzulegen. Jeder Staat habe das Recht, Wertzuwächse, die auf seinem Staatsgebiet erzielt wurden, zum Zeitpunkt des Wegzugs des Steuerpflichtigen zu besteuern. Er müsse dabei auch nicht berücksichtigen, ob die Wertzuwächse zusätzlich auch noch einmal vom Aufnahmestaat besteuert werden⁵³. Die Verlegung des Verwaltungssitzes könne für eine Gesellschaft deshalb je nach dem Einzelfall steuerlich vorteilhaft oder nachteilig sein. Allerdings sei die sofortige Einziehung der Steuer zum Zeitpunkt der Sitzverlegung unverhältnismäßig, wenn der Gesellschaft nicht die Möglichkeit geboten werde, die Zahlung des Steuerbetrags bis zur Realisierung der Wertsteigerung aufzuschieben und im Gegenzug einen Verwaltungsaufwand durch jährliche Erklärungen auf sich zu nehmen⁵⁴. Im Ergebnis bestätigt der EuGH damit seine Rechtsprechung, dass das Unionsrecht einer solchen Wegzugsbesteuerung grundsätzlich nicht entgegensteht⁵⁵.

f) Anerkennung von Berufsqualifikationen und Führen von Berufsbezeichnungen

Im Rahmen der Niederlassungsfreiheit und ebenso der Arbeitnehmerfreizügigkeit geht es häufig auch um die Anerkennung von Berufsqualifikationen und das Führen einer Berufsbezeichnung. Der EuGH hat insofern bereits 1991 im Fall *Vlassopoulou*⁵⁶ viele Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Vorschriften direkt aus der Niederlassungsfreiheit hergeleitet, so die Pflicht zur vergleichenden Prüfung und dann bei Vergleichbarkeit die Pflicht zur Anerkennung von Diplomen. Die RL 2005/36 hat auf der Basis dieser Rechtsprechung ein System zur gegenseitigen Anerkennung errichtet, welches die Anerkennung von Berufsqualifikationen wesentlich erleichtert⁵⁷, auch wenn sie viele Ausnahmen enthält und zB für Rechtsanwälte ein besonderes Regime gilt⁵⁸. Fälle zur Tätigkeit als Rechtsanwalt in einem anderen Mitgliedstaat sind gerade für die juristische Staatsprüfung prädestiniert. Dabei können einige Urteile, die zu den Richtlinien ergangen sind, dem Studenten auch vereinfacht unter dem Aufhänger der Niederlassungsfreiheit begeben. Daher werden im Folgenden neue Urteile des EuGH dargestellt, die zum Primär- und Sekundärrecht ergangen sind.

Der zur Arbeitnehmerfreizügigkeit ergangene Fall *Pesla*⁵⁹ betraf den Zugang zum juristischen Referendariat in Deutschland mit einem »Master of German and Polish Law«. Unter

Bezug auf *Vlassopoulou* und *Morgenbesser* erinnert der EuGH daran, dass eine vergleichende Prüfung der in den Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen des Bewerbers bescheinigten Qualifikation des Bewerbers und seiner einschlägigen Berufserfahrung einerseits und der nach nationalem Recht verlangten beruflichen Qualifikation andererseits stattzufinden habe. Hierbei könne jedoch den objektiven Unterschieden Rechnung getragen werden, die sowohl hinsichtlich des im Herkunftsmitgliedstaat für den fraglichen Beruf bestehenden rechtlichen Rahmens als auch hinsichtlich des Tätigkeitsbereichs dieses Berufs vorhanden seien. Im Fall des Anwaltsberufs dürfe ein Mitgliedstaat somit eine vergleichende Prüfung der Diplome unter Berücksichtigung der festgestellten Unterschiede zwischen den betroffenen nationalen Rechtsordnungen vornehmen. Da das Bestehen nationaler juristischer Prüfungen wie des ersten Staatsexamens ein Nachweis für den Erwerb umfangreicher und zugleich vertiefter Kenntnisse in den jeweiligen Rechtsgebieten sei, dürften einfache punktuelle Kenntnisse einiger Aspekte dieser Rechtsgebiete für die teilweise Anerkennung der Qualifikationen des Betroffenen nicht ausreichen. Jedoch darf die Möglichkeit einer teilweisen Anerkennung von Kenntnissen, die durch vom Betroffenen nachgewiesene Qualifikationen bescheinigt werden, in der Praxis nicht lediglich fiktiv bleiben.

Im Fall *Koller*⁶⁰ entschied der EuGH im Fall eines österreichischen Juristen, der noch nicht die in Österreich vorgesehene fünfjährige praktische Verwendung absolviert hatte, jedoch bereits aufgrund eines Aufbaustudiums in Spanien dort als Rechtsanwalt zugelassen war, auf der Basis des Sekundärrechts, dass dieser einen Anspruch auf Zulassung zur österreichischen Anwaltschaft habe. Der Aufnahmemitgliedstaat könne zwar eine Eignungsprüfung verlangen, um ausreichende Kenntnisse des nationalen Rechts sicherzustellen, sofern zuvor geprüft worden sei, ob die im Rahmen der Berufspraxis erworbenen Kenntnisse den wesentlichen Unterschied nicht ganz oder teilweise ausgleichen könnten. Diese Eignungsprüfung könne aber nicht mit dem Argument verweigert werden, dass der Antragsteller die im Aufnahmestaat erforderliche praktische Verwendung nicht vorweisen könne.

Immer wieder wird vor dem EuGH die Zulässigkeit des Führens einer Berufsbezeichnung ohne Kammermitgliedschaft the-

50 Mörsdorf EuZW 2012, 296 (298).

51 EuGH Ur v 16. 12. 2008, C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rdn. 104–112, insb 110–*Cartesio*

52 EuGH Ur v 29. 11. 2011, C-371/10, EuZW 2011, 951, Rdn. 37 – *National Grid Indus BV*.

53 Anders noch für die Einkommensbesteuerung von natürlichen Personen EuGH Ur v 7. 9. 2006, C-470/04, Slg. 2006, I-7409, Rdn. 42–46 – *N*.

54 Ebd., Rdn. 43–46, 59, 61, 73.

55 Vgl. EuGH Ur v 7. 9. 2006, C-470/04, Slg. 2006, I-7409, Rdn. 42–46 – *N*. Anders noch EuGH Ur v 11. 3. 2004, C-9/02, Slg. 2004, I-2409, Rdn. 49–69 – *Lasteyrie du Saillant* → *Schoch* JK 9/04, EGV Art. 43/5.

56 EuGH Ur v 7. 5. 1991, C-340/89, Slg. 1991, I-2357, Rdn. 16–20 – *Vlassopoulou*. Die bestehende Rechtsprechung sehr gut zusammengefasst hat auch das Urteil *Morgenbesser* zur Zulassung zum italienischen Rechtsreferendariat mit französischer maîtrise en droit. Dies Urteil erging neben der Niederlassungsfreiheit auch zur Arbeitnehmerfreizügigkeit: Ur v 13. 11. 2003, C-313/01, Slg. 2003, I-13467 – *Morgenbesser*.

57 Vgl. hierzu auch den Aufsatz von *Jaekel* VBIBW 2020, 419 ff., und die Fallbesprechung von *Herrmann/Nastoll* JURA 2011, 635 ff.

58 RL 98/5/EG und ergänzend die Hochschuldiplomenerkennungsrichtlinie 89/48/EWG. Vgl. hierzu *Frenz/Wübbenhorst* NJW 2011, 1262 ff.

59 EuGH Ur v 10. 9. 2009, C-345/08, Slg. 2009, I-11677, Rdn. 37 ff. – *Pesla* → *Ehlers* JK 9/10, AEUV Art. 45/2.

60 EuGH Ur v 22. 12. 2010, C-118/09, EuZW 2011, 141, Rdn. 39–40 – *Koller*.

matisiert. Im Fall *Ebert*⁶¹ entschied der EuGH – diesmal zu Lasten des Rechtsanwalts –, dass der Mitgliedstaat berechtigt sei, die Kammermitgliedschaft zur Voraussetzung für das Führen der Berufsbezeichnung »Rechtsanwalt« zu machen. Der Fall betraf einen deutschen Rechtsanwalt, der auch eine Kanzlei in Ungarn betrieb und dort beantragte, die ungarische Berufsbezeichnung als Rechtsanwalt »ügyvéd« führen zu dürfen, ohne Mitglied auch der ungarischen Kammer zu sein. Der EuGH verwies auf den nunmehrigen Art. 4 I der RL 2005/36, wonach die Anerkennung der Berufsqualifikationen durch den Aufnahmemitgliedstaat ermöglicht, den Beruf »unter denselben Voraussetzungen wie Inländer auszuüben«. Dies bedeute, dass der Betreffende den Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats für den Beruf, insbesondere was die Beachtung des Standesrechts angeht, nachzukommen habe.

4. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Zur Arbeitnehmerfreizügigkeit ergingen zwei prüfungsrelevante Urteile, die teilweise den Arbeitnehmerbegriff betreffen, hauptsächlich jedoch Fragen des Sekundärrechts. Insofern auch für die Ausbildung relevant sind vor allem die Freizügigkeits- und Aufenthaltsrichtlinie 2004/38 und die neue VO 492/2011 vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die die weithin bekannte VO 1612/68 ersetzt, jedoch in den ausbildungsrelevanten Punkten keine entscheidende Änderung erfahren hat.

a) Arbeitnehmerbegriff und Anspruch auf Arbeitslosengeld

In der Rechtssache *Vatsouras und Koupatantze*⁶² kam der EuGH auf die Definition des Arbeitnehmers und die Gewährung finanzieller Leistungen an Arbeitssuchende zurück. Die beiden Griechen erhielten Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem zweiten Sozialgesetzbuch (SGB II), das sog. Harz IV. Herr Vatsouras erhielt diese Leistung zunächst ergänzend zu seinem geringen Lohn. Als er arbeitslos wurde, stellte die Behörde die Zahlungen ein. Herr Koupatantze war für zwei Monate angestellt, bevor ihm gekündigt wurde und er die Grundsicherung beantragte, welche ihm zunächst gewährt, dann jedoch verweigert wurde. Beide nahmen später berufliche Tätigkeiten auf, wollten jedoch für die Zwischenzeit »Harz IV-Leistungen«.

Der EuGH erinnert in seinem Urteil zunächst daran, dass der Begriff »Arbeitnehmer« iSv Art. 45 AEUV weit auszulegen ist. Als Arbeitnehmer ist jeder anzusehen, der während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält, wobei es sich um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handeln muss und Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen⁶³. Weder die begrenzte Höhe der Vergütung noch eine Bezahlung unter dem Existenzminimum schließen die Arbeitnehmereigenschaft aus⁶⁴, selbst wenn der Betroffene die Vergütung durch staatliche Sozialleistungen zu ergänzen sucht⁶⁵. Auch dass eine Tätigkeit nur von kurzer Dauer ist, schadet nicht⁶⁶. Der EuGH beauftragte das nationale Gericht daher, die Arbeitnehmereigenschaft für die beiden noch einmal zu überprüfen. Dann wäre ihre Arbeitnehmereigenschaft unter den Voraussetzungen des Art. 7 III lit. c der RL 2004/38 auch nach dem Ende der Tätigkeit für die Dauer von mindestens sechs Monaten aufrechterhalten geblieben, so dass sie während dieser Zeit nach Art. 24 I der RL 2004/38 Anspruch auf Leistungen gehabt hätten. Ein solcher Anspruch bestünde darüber hinaus primärrechtlich auf der Basis von Art. 45 II AEUV.

Aber selbst für den Fall, dass Herr Vatsouras und Herr Koupatantze nur arbeitsuchend gewesen wären, ohne zuvor die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs erfüllt zu haben, entschied der EuGH, dass finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, nicht als »Sozialhilfeleistungen« iSv Art. 24 II der RL 2004/38 angesehen werden können, die von den Mitgliedstaaten ausgeschlossen werden dürfen. Denn für Arbeitssuchende besteht nach nunmehr ständiger Rechtsprechung ein Anspruch auf Gleichbehandlung bereits auf der Basis von Primärrecht, nämlich Art. 45 II i. V. m. 18 AEUV. Angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft hat der EuGH hiervon auch finanzielle Leistungen als umfasst angesehen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern sollen. Allerdings darf der Aufnahmemitgliedstaat eine solche Beihilfe vom Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt abhängig machen, die zB durch den Nachweis erbracht werden kann, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht hat⁶⁷. Sozialhilfe kann daher im Ergebnis nur für Unionsbürger ausgeschlossen werden, die nicht wirtschaftlich aktiv sind und auch nicht nach Arbeit suchen und auch dies gem. Art. 24 II iVm 18 RL 2004/38 nur in den ersten fünf Jahren des Aufenthalts. Dies bedeutet für »Harz IV-Leistungen, dass sie grundsätzlich auch arbeitssuchenden Unionsbürgern gewährt werden müssen.

b) Aufenthaltsrecht für Kinder von Wanderarbeitnehmern und deren Erziehungsberechtigte

Art. 10 der VO 492/2011 (ex-Art. 12 VO 1612/68) garantiert das Recht auf Herstellung gleicher Bildungschancen für die Kinder von Wanderarbeitnehmern. Nach Abs. 1 können die Kinder des Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Gemäß Abs. 2 fördern die Mitgliedstaaten die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen.

Dieses Recht der Kinder richtet sich nach ständiger Rechtsprechung auf die Fortsetzung der Ausbildung vom Kindergarten bis zur Universität/Berufsausbildung⁶⁸ und setzt sich auch

61 EuGH Urt v 3. 2. 2011, C-359/09, EuZW 2011, 236, Rdn. 38 – *Ebert*, mit Anmerkung von *Frenz/Wübbenhorst* NJW 2011, 1262 ff. Vgl hierzu auch den Fall des BGH zu einem deutschen Architekten, der nur noch in die spanische Architektenliste eingetragen war und ohne neue Eintragung in Deutschland wieder als freier Architekt tätig werden wollte, Urt v 25. 3. 2010, EuZW 2011, 197.

62 EuGH Urt v 4. 6. 2009, verb Rs C-22/08 und C-23/08, Slg 2009, I-4585, Rdn. 26–32 – *Vatsouras und Koupatantze*.

63 Vgl EuGH Urt v 3. 7. 1986, Rs 66/85, Slg 1986, 2121, Rdn. 16–17 – *Lawrie-Blum*.

64 Vgl schon EuGH Urt v 31. 5. 1989, 344/87, Slg 1989, 1621, Rdn. 15 – *Bettray*; Urt v 23. 3. 1982, 53/81, Slg 1982, 1035, Rdn. 15–16 – *Levin*.

65 Vgl schon EuGH Urt v 3. 6. 1986, 139/85, Slg 1986, 1741, Rdn. 14 – *Kempf*.

66 Vgl schon EuGH Urt v 26. 2. 1992, C-3/90, Slg 1992, I-1071, Rdn. 16 – *Bernini*.

67 EuGH Urt v 4. 6. 2009, verb Rs C-22/08 und C-23/08, Slg 2009, I-4585, Rdn. 34–46 – *Vatsouras und Koupatantze*. Vgl insofern schon EuGH Urt v 15. 9. 2005, C-258/04, Slg 2005, I-8275, Rdn. 21–22, 30 – *Ioannidis*; Urt v 23. 3. 2004, C-138/02, Slg 2004, I-2703, Rdn. 63, 70 – *Collins*.

68 EuGH Urt v 15. 3. 1989, Rs 389/87 und 390/87, Slg 1989, 723, Rdn. 29–30 – *Echternach und Moritz*.

dann fort, wenn der Elternteil nicht mehr Arbeitnehmer ist. Dies folgt aus dem Zweck der Verordnung, die Integration der Arbeitnehmer und ihrer Familien in den Gastmitgliedstaat zu fördern⁶⁹. Zur Sicherstellung dieses Rechts haben die Kinder nach dem Urteil in der Rechtssache *Baumbast* auch einen Anspruch darauf, dass ihre Betreuungsperson ein Aufenthaltsrecht gewährt bekommt⁷⁰. Im Urteil in der Rechtssache *Teixeira*⁷¹ stellt der EuGH nunmehr ausdrücklich klar, dass hierfür nicht die Erfordernisse der Aufenthaltsrichtlinie erfüllt sein müssen, also insbesondere keine ausreichenden Existenzmittel erforderlich sind. Überdies kann sich das Aufenthaltsrecht für die Betreuungsperson auch über das Alter der Volljährigkeit hinaus erstrecken, wenn das Kind weiterhin der Anwesenheit und der Fürsorge dieses Elternteils bedarf, um seine Ausbildung fortsetzen und abschließen zu können. Der Fall betraf eine portugiesische Staatsangehörige, die bereits 1989 nach England kam, dort immer wieder zeitweise beschäftigt war und eine Tochter bekam. Diese begann 2006 eine Erzieherinnenausbildung und war bereits volljährig, wohnte aber bei ihrer Mutter. Frau Teixeira beantragte Wohnhilfe, was von den Behörden abgelehnt worden war, weil sie kein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie habe. Der EuGH bejahte nun ein Aufenthaltsrecht auf der Basis des heutigen Art. 10 der VO 492/2011.

Die Bejahung eines Aufenthaltsrechts auch des erziehenden Elternteils unabhängig vom Vorliegen ausreichender Existenzmittel erscheint vor den ausdrücklichen Voraussetzungen des Art. 7 der RL 2004/38 zunächst überraschend und ist insofern etwas kurios, als der EuGH in der Vorgängerentscheidung *Baumbast* das Aufenthaltsrecht gerade damit begründet hatte, dass ausreichende Existenzmittel vorhanden waren⁷². Der EuGH bleibt seiner Rechtsprechung allerdings insofern treu, als er in seinen Urteilen zur VO 1612/68 stets die wirksame Integration der Kinder von Wanderarbeitnehmern in den Vordergrund gestellt hat und zu dessen Verwirklichung ein eigenständiges und von der Freizügigkeitsrichtlinie unabhängiges umfassendes Aufenthaltsrecht für die Kinder und nunmehr auch die Betreuungsperson entwickelt hat.

5. Dienstleistungsfreiheit

a) Erfordernis einer Berufshaftpflichtversicherung und einer Zustellungsadresse für Patentanwälte

In der Rechtssache *Kommission/Österreich*⁷³ ging es um die Verpflichtung ausländischer Patentanwälte, die vorübergehend in Österreich tätig werden wollten, zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung sowie zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten. Der EuGH sah in beiden Anforderungen eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit⁷⁴, da sie zu Zusatzkosten führen, die die Tätigkeit in Österreich weniger attraktiv machen. Jedoch ist die Berufshaftpflichtversicherung zum Schutz von Verbrauchern als Empfänger der betreffenden Dienstleistungen vor durch anwaltliche Fehler verursachte Schäden gerechtfertigt, weil eine bloße Information über das Nichtbestehen der Versicherung für den Schutz von in Rechtsfragen ungebildeten Mandanten nicht ausreicht. Die Anforderung eines Zustellungsbevollmächtigten ist nach Ansicht des EuGH aufgrund der modernen elektronischen Kommunikationsmittel wie Telefax und E-Mail und bestehender sekundärrechtlicher Vorschriften zur Zustellung von Schriftstücken nicht durch die Notwendigkeit, einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten, gerechtfertigt⁷⁵.

b) Erstattung von Krankheitskosten

Die Erstattung von in einem anderen Mitgliedstaat entstandenen Krankheitskosten ist ein Standardproblem, das immer wieder vor den EuGH kommt und auch im Europarechtsstudium häufiger geprüft wird. Der EuGH hat in seinen bisherigen Entscheidungen dazu stets eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit⁷⁶ (bzw. beim Kauf von Brillen der Warenverkehrsfreiheit⁷⁷) angenommen. Deshalb müssen Kosten für zahnärztliche oder andere ärztliche Behandlungen auch erstattet werden, wenn die Behandlung im Ausland erfolgte. Dies gilt auch, wenn keine vorherige Genehmigung seitens der heimischen Krankenkasse erteilt wurde.

Dies hat der EuGH in seinem kürzlich ergangenen Urteil in der Rechtssache *Kommission/Portugal*⁷⁸ bestätigt. Die portugiesische Regelung sah die Erstattung von Krankheitskosten nur für »hochspezialisierte« ambulante Behandlungen vor, die in Portugal nicht durchgeführt werden konnten. Die Erstattung hing zudem von einer dreifachen vorherigen Genehmigung ab, die einen ausführlichen ärztlichen Bericht und die Bestätigung durch den medizinischen Direktor des Krankenhauses und den Generaldirektor für Krankenhäuser voraussetzte.

Der EuGH bejaht eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Das komplexe Genehmigungsverfahren und das Risiko der Nichtübernahme der Krankheitskosten bei hochspezialisierten Behandlungen seien bereits geeignet, die Patienten davon abzuschrecken, sich an einen ausländischen Erbringer medizinischer Leistungen zu wenden. Außerdem sei eine Kostenübernahme nur für den Ausnahmefall vorgesehen, dass das portugiesische Gesundheitssystem nicht selbst über eine Behandlungslösung verfüge, was die Zahl der Genehmigungen stark einschränke. Soweit überhaupt keine Erstattungsmöglichkeit bestehe, wie für nicht hochspezialisierte Behandlungen, stelle dies erst recht eine Beschränkung dar. Eine Rechtfertigung könne sich nicht daraus ergeben, dass Portugal ein Sachleistungssystem habe, da die Kostenerstattung nach ständiger Rechtsprechung bereits aufgrund der VO 883/2004 möglich sein müsse. Auch das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit werde nicht *erheblich* gestört, da eine große Anzahl von Auslandsbehandlungen wegen der Sprachbarrieren, der räumlichen Entfernung und der Kosten des Auslandsaufenthalts nicht zu erwarten sei. Zudem erfolge die Kostenübernahme nur insoweit, als auch das portugiesische Krankenversicherungssystem eine Deckung garantiert, sodass effektiv keine höheren Kosten entstehen.

Ausnahmsweise ist jedoch nach neuester Rechtsprechung auch bei ambulanten Behandlungen ein vorheriges Genehmigungsverfahren zulässig, wenn diese Behandlung den Einsatz von kostspieligen medizinischen Großgeräten wie Kernspin-

69 EuGH Urt v 17. 9. 2002, C-413/99, Slg 2002, I-7091, Rdn. 49–63 – *Baumbast*.

70 Ebd., Rdn. 68–75.

71 EuGH Urt v 23. 2. 2010, Rs C-480/08, Slg 2010, I-1107, Rdn. 60, 67–68, 78–86 – *Teixeira*.

72 EuGH Urt v 17. 9. 2002, C-413/99, Slg 2002, I-7091, Rdn. 88–93 – *Baumbast*.

73 EuGH Urt v 11. 6. 2009, C-564/07, Slg 2009, I-100, Rdn. 26–28, 32–37, 49–53 – *Kommission/Österreich*, mit Anmerkung von *Storost* EuZW 2009, 496 ff.

74 Allgemein zur Dienstleistungsfreiheit vgl. *Leupold JURA* 2011, 762.

75 Anders vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1348/2000 insofern noch EuGH Urt v 3. 12. 1974, Rs 33/74, Slg 1974, 1299, Rdn. 14/16 – *van Binsbergen*.

76 EuGH Urt v 28. 4. 1998, C-158/96, Slg 1998, I-1931, Rdn. 34 ff. – *Kohll*.

77 EuGH Urt v 28. 4. 1998, C-120/95, Slg 1998, I-1831, Rdn. 34 ff. – *Decker*.

78 EuGH Urt v 27. 10. 2011, C-255/09, EuZW 2012, 65, Rdn. 60–63, 76–79, 89 – *Kommission/Portugal*.

tomografiegeräten erfordert. In der Rechtssache *Kommission/Frankreich*⁷⁹ hatte der EuGH das Argument Frankreichs anerkannt, dass Großgeräte innerhalb und außerhalb von Krankenhäusern wegen ihrer besonders hohen Kosten Gegenstand einer Planungspolitik sein müssen, insbesondere, was ihre Zahl und ihre geografische Verteilung betrifft. Dies sei notwendig, um dazu beizutragen, im gesamten Staatsgebiet ein Angebot an Spitzen-Behandlungsleistungen zu gewährleisten, das rationell, stabil, ausgewogen und gut zugänglich sei, aber auch, um jede Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen soweit wie möglich zu verhindern.

Im Fall von Krankenhausbehandlungen erlaubt der EuGH bereits nach ständiger Rechtsprechung, dass diese von einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht werden können. Dies könne zur Sicherstellung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit und des Zugangs zu medizinischer Versorgung zwingend erforderlich sein. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer derartigen Genehmigung müssen nach dem EuGH jedoch auf objektiven, nicht diskriminierenden und vorher bekannten Kriterien beruhen, so dass dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden. So kann die Genehmigung nach dem EuGH etwa dann nicht versagt werden, wenn die Behandlung in ärztlichen Kreisen im Versicherungsstaat (in der Regel der Heimatstaat) üblich und medizinisch erforderlich ist und wenn die gleiche oder eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung nicht rechtzeitig in einer Einrichtung des Heimatstaats erlangt werden kann⁸⁰.

Das Kriterium der Üblichkeit wurde kürzlich im Fall *Elchinov*⁸¹ näher definiert. Dabei ging es um einen bulgarischen Staatsangehörigen, der ein Krankenhaus in Deutschland aufsuchte, um eine Behandlung zu bekommen, die in Bulgarien nicht angeboten wurde. Die nationalen Rechtsvorschriften definierten die von den Krankenkassen zu tragenden Leistungen durch eine abschließende Liste, die nach Behandlungstypen differenzierte. Der EuGH entschied, dass die Genehmigung nicht verweigert werden dürfe, wenn auf der Grundlage medizinischer Kriterien erwiesen sei, dass die streitige Behandlungsmethode diesen Behandlungstypen entspreche und eine ebenso wirksame Alternativbehandlung im Wohnsitzmitgliedstaat nicht rechtzeitig erbracht werden könne. Wenn die Versagung der Genehmigung nach diesen Kriterien, die objektiv und diskriminierungsfrei angewendet werden müssen, europarechtswidrig war und die Kosten von dem Versicherten verauslagt wurden, müssen diese nach dem Urteil des EuGH erstattet werden.

Im Gegensatz zu *Elchinov* ging es im Fall *Kommission/Spainien*⁸² um eine unfallbedingte und daher unerwartete, nicht geplante Krankenhausbehandlung eines Spaniers in Frankreich. Der spanische Träger trug entsprechend der sekundärrechtlichen Bestimmungen der heutigen VO 883/2004 die Kosten in der Höhe des in Frankreich geltenden Deckungsniveaus. Er lehnte es jedoch ab, dem Patienten den Teil der Krankenhauskosten zu erstatten, den ihm der französische Träger nach französischem Recht auferlegt hatte. Die Kommission argumentierte, der Patient als Dienstleistungsempfänger werde dadurch veranlasst, sich gegen einen Krankenhausaufenthalt im Aufenthaltsmitgliedstaat und für eine vorzeitige Rückkehr nach Spanien zur Behandlung zu entscheiden. Ferner sei die Regelung geeignet, ältere und chronisch kranke Versicherte davon abzuschrecken, sich als Touristen oder Studierende in einen Mitgliedstaat zu begeben, in dem die Voraussetzungen für die Übernahme der Krankenhauskosten weniger günstig seien als

in Spanien. Der EuGH lehnte dagegen eine Verpflichtung des Versicherungs-/Heimatmitgliedstaates, dem Patienten die Kosten zu erstatten, ab. Die Auswirkungen der Regelung auf die Wahl eines eventuellen Krankenhauses seien *zu ungewiss und mittelbar* und daher nicht geeignet, die Dienstleistungsfreiheit zu behindern. Zum einen sei ungewiss, ob jemand, der zu touristischen oder bildungsbezogenen Zwecken in einen anderen Mitgliedstaat reist, tatsächlich einen Unfall oder eine plötzliche Krankheit erleidet, die eine Krankenhausbehandlung erforderlich macht. Zum anderen sei auch im Vorhinein in der Regel ungewiss, ob das Deckungsniveau im Aufnahmemitgliedstaat niedriger sei als die Kosten einer gleichwertigen, in Spanien durchgeführten Krankenhausbehandlung. Schließlich sehe die VO 883/2004 einen umfassenden und insofern abschließenden Risikoausgleich zwischen den Mitgliedstaaten vor.

c) Verbot von Drogentourismus

Im Fall *Josemans*⁸³ ging es um einen Beschluss der Gemeinde Maastricht, den Zugang zu Coffeeshops Personen vorzubehalten, die in Maastricht ihren Wohnsitz haben. Verkauft wird in den Coffeeshops neben Getränken und Esswaren insbesondere Cannabis. Zielstellung der Regelung war in erster Linie, den zunehmenden Drogentourismus nach Maastricht zu unterbinden. Der EuGH stellte vorab fest, dass der Handel mit Betäubungsmitteln mit Ausnahme des streng überwachten Handels zu medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken unionsweit, nämlich in internationalen Abkommen, Rahmenbeschlüssen und Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, verboten sei und dass sich der Betreiber eines Coffeeshops deshalb hinsichtlich des Verkaufs von Cannabis nicht auf die Grundfreiheiten berufen könne. Dass in den Niederlanden der Handel mit bestimmten (leichten) Drogen in bestimmten Grenzen von den Behörden toleriert werde, um sich angesichts der begrenzten personellen und materiellen Ausstattung der Verfolgung schwereren Drogenhandels widmen zu können, legalisiere den Handel auch in den Niederlanden nicht.

Allerdings sieht der EuGH den Verkauf von Getränken und Esswaren in den Coffeeshops an EU-Ausländer als von der (passiven) Dienstleistungsfreiheit umfasst an. Die Bewirtungstätigkeit sei durch Dienstleistungen geprägt, während die Warenverkehrsfreiheit beim Verkauf in öffentlichen Räumen zum Verzehr an Ort und Stelle zweitrangig sei. Die Wohnsitzanknüpfung für den Zugang der Dienstleistungsempfänger stelle entsprechend der ständigen Rechtsprechung eine versteckte Diskriminierung dar, da sie vor allem EU-Ausländer treffe⁸⁴. Der EuGH sieht sie im vorliegenden Fall jedoch durch Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als gerechtfertigt an.

79 EuGH Urt v 5. 10. 2010, C-512/08, EuZW 2010, 861, Rdn. 32–43 – *Kommission/Frankreich*; mit Anmerkung von *Frischhut* EuZW 2010, 866 f.

80 EuGH Urt v 12. 6. 2001, C-157/99, Slg 2001, I-5473, Rdn. 72–108 – *Smits and Peerbooms*; Urt v 16. 5. 2006, C-372/04, Slg 2006, I-4325, Rdn. 90–116 – *Watts* → *Ehlers* JK 1/07, EGV Art. 49/15.

81 EuGH Urt v 5. 10. 2010, C-173/09, EuZW 2010, 907, Rdn. 62, 65, 75 – *Elchinov*.

82 EuGH Urt v 15. 6. 2010, C-211/08, Slg 2010, I-5267, Rdn. 66–79 – *Kommission/Spainien*, mit Anmerkung von *Frischhut* EuZW 2010, 675 f.

83 EuGH Urt v 16. 12. 2010, C-137/09, EuZW 2011, 219, Rdn. 36 ff. – *Josemans* → *Ehlers* JK 7/11, AEUV Art. 56/1, mit Anmerkung von *Purnhagen* EuZW 2011, 224 ff.

84 So bereits EuGH Urt v 29. 4. 1999, C-224/97, Slg 1999, I-2517, Rdn. 14 – *Ciola* → *Ehlers* JK 00, EGV Art. 49/1.

Diese Bestimmung ist nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen und liegt nur bei tatsächlicher und hinreichend schwerer Gefährdung von Grundinteressen der Gesellschaft vor⁸⁵. Die Bekämpfung des Drogentourismus als Teil der Drogenbekämpfung allgemein ist in den Art. 67, 82 ff., 168 AEUV sowie im Sekundärrecht angelegt, weshalb sie der EuGH als legitimes Ziel anerkennt. Die Maßnahmen der Gemeinde Maastricht sind nach Meinung des EuGH auch, anders als zB in den Prostitutionsfällen, in denen nur gegen EU-ausländische Prostituierte nicht aber gegen Einheimische vorgegangen wurde⁸⁶, nicht inkohärent ausgestaltet: Denn im Gegensatz zur Prostitution sei der Drogenkonsum international verboten. Es könne daher nicht als inkohärent angesehen werden, dem starken Zustrom von Einwohnern aus anderen Mitgliedstaaten zu begegnen, die von dem in diesem Mitgliedstaat geduldeten Handel mit Erzeugnissen profitieren wollen, für die aufgrund ihrer Art unionsweit ein Verkaufsverbot bestehe. Da sich andere Maßnahmen wie etwa die Begrenzung der Zahl der Coffeeshops, die Einführung von Zutrittskarten und regulierte Öffnungszeiten als ineffizient erwiesen hätten, sei die Beschränkung auch erforderlich.

d) Fußballübertragungsrechte

In der Rechtssache *Football Association Premier League u. a.*⁸⁷, ging es darum, dass britische Pub-Besitzer, um Gebühren zu sparen, ihr Pay-TV zur Ausstrahlung von Fußball nicht beim britischen, sondern beim günstigeren griechischen Pay-TV-Anbieter bestellten. Die privaten Pay-TV-Verträge regelten jedoch, dass die Decodiervorrichtung nur im Sendestaat (hier also Griechenland) verwendet werden darf. Das britische Recht schützte diese Vereinbarungen und sah Sanktionen für Verstöße vor.

Der EuGH sah hierin einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. Zunächst grenzt der EuGH die Dienstleistungsfreiheit von der Warenverkehrsfreiheit ab. Im Telekommunikationsbereich seien insbesondere bei Anforderungen an Decodiereinrichtungen, die den Empfang der Sendedienstleistung ermöglichen, beide Aspekte häufig eng miteinander verknüpft und keiner von ihnen als völlig zweitrangig gegenüber dem anderen anzusehen. Solle – wie im vorliegenden Fall – die Bereitstellung der Geräte aber nur die Inanspruchnahme der Dienstleistung ermöglichen, so dass die Lieferung der Telekommunikationsgeräte nur als Nebensache betrachtet werden könne, ist nach dem Ansatz des EuGH allerdings allein die Dienstleistungsfreiheit zu prüfen. Der EuGH nahm auch eine Beschränkung an: Der Zugang zu den Satellitenübertragungsdiensten des griechischen Pay-TV-Anbieters setze den Besitz einer griechischen Decodiervorrichtung voraus, deren Verwendung im Vereinigten Königreich jedoch verboten war. Damit würden außerhalb Griechenlands ansässige Personen vom Empfang dieser Dienstleistung abgehalten. Dass die Hauptursache für die Behinderung Dienste in den privatrechtlichen Regeln mit den Gebietsbeschränkungsklauseln besteht, sei, so der Gerichtshof, unschädlich, da das nationale Recht diese jedenfalls schütze.

Die Regelung ist nach Auffassung des EuGH auch nicht zum Schutz von Rechten des geistigen Eigentums gerechtfertigt. Sportereignisse wie Fußballspiele könnten nicht als geistige Schöpfungen und somit als Werke im Sinne der Urheberrechtsrichtlinie angesehen werden, da sie Spielregeln unterlägen, die für eine künstlerische Freiheit keinen Raum ließen. Zwar könnten die Mitgliedstaaten Sportereignisse unter vergleichbaren Schutz wie geistige Schöpfungen stellen, weil diese als solche

einzigartig seien und insoweit einen Originalcharakter hätten, zumal die Union nach Art. 165 I UA 2 AEUV zur Förderung der europäischen Dimension des Sports beiträgt. Auch könnten Schutzgegenstände dadurch kommerziell genutzt werden, dass gegen Zahlung einer Vergütung Lizenzen erteilt werden. Jedoch garantiere dies nicht die höchstmögliche, sondern nur eine angemessene Vergütung, die in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen müsse. Außerdem führe die absolute gebietsabhängige Exklusivität zu einer Marktabschottung und zu einem daraus folgenden künstlichen Preisunterschied, was mit der Verwirklichung des Binnenmarkts nicht vereinbar und deshalb unverhältnismäßig sei.

6. Kapitalverkehrsfreiheit

Zur Kapitalverkehrsfreiheit erging ein interessantes Urteil zum Erwerb von Immobilien im Ausland. In der Rechtssache *Busley und Cibrian Fernandez*⁸⁸ ging es um eine deutsche Regelung, wonach Verluste aus Vermietung und Verpachtung einer Immobilie nur dann auf bestimmte Weise einkommenssteuermindernd geltend gemacht werden können, wenn sich die Immobilie im Inland befindet. Die Kläger des Ausgangsrechtsstreits machten dies jedoch für ein in Spanien belegenes Haus geltend, das sie von ihren Eltern geerbt hatten. Zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit wird nach ständiger Rechtsprechung auf den Anhang der RL 88/361 zurückgegriffen, worunter auch der Grundstückserwerb im Wege der Erbfolge fällt. Eine Beschränkung ist nach Ansicht des EuGH gegeben, wenn eine staatliche Maßnahme geeignet ist, Gebietsfremde von Investitionen in einem Mitgliedstaat oder die dort Ansässigen von Investitionen in anderen Staaten abzuhalten. Hier liege die Beschränkung darin, dass eine Person mit einer Immobilie im EU-Ausland steuerlich schlechter gestellt werde als eine Person mit Immobilie im Inland und sie damit davon abgehalten werde, eine im Ausland belegene Immobilie zu behalten. Ob die Regelung mit dem Ziel gerechtfertigt werden kann, einen Anreiz zum Bau von Mietwohnungen zu schaffen, um den Bedarf der Bevölkerung des betreffenden Mitgliedstaats an solchen Wohnungen zu decken, ließ der EuGH offen. In der Entscheidung *Kommission/Deutschland* betreffend einen Ausschluss der Eigenheimzulage für in einem anderen Mitgliedstaat belegene Wohnungen hatte der EuGH dies abgelehnt: Das Ziel, die Wohnungsnachfrage zu befriedigen, werde genauso erreicht, wenn der in Deutschland unbeschränkt Einkommensteuerpflichtige sich dafür entscheide, seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat und nicht in Deutschland zu begründen, weshalb der Ausschluss für die Zielerreichung nicht erforderlich sei⁸⁹. Jedenfalls ist eine Unterscheidung danach, ob die Mietwohnung im In- oder EU-Ausland liegt, nach Ansicht

⁸⁵ So bereits EuGH Urt v 27. 10. 1977, Rs 30/77, Slg 1977, 1999, Rdn. 35 – *Bouchereau*.

⁸⁶ EuGH Urt v 18. 5. 1982, verb Rs 115/81 und 116/81, Slg 1982, 1665, Rdn. 8 – *Adoui und Cornuaille*.

⁸⁷ EuGH Urt v 4. 10. 2011, C-403/08 und C-429/08, JZ 2011, 1160, Rdn. 78 ff. – *Football Association Premier League u. a.*, mit Anmerkung von *Leistner* JZ 2011, 1140 ff.

⁸⁸ EuGH Urt v 15. 10. 2009, C-35/08, Slg 2009, I-9807, Rdn. 17-33 – *Busley und Cibrian Fernandez*.

⁸⁹ EuGH Urt v 17. 1. 2008, C-152/05, Slg 2008, I-39, Rdn. 23-30 – *Kommission/Deutschland*. Vgl auch EuGH Urt v 26. 10. 2006, C-345/05, Slg 2006, I-10633, Rdn. 35 – *Kommission/Portugal*, betreffend eine Steuerbefreiung nur bei Reinvestition der Gewinne in inländischen Immobilien.

des EuGH nicht geeignet, um dieses Ziel zu erreichen, weil unberücksichtigt bleibe, ob der Mangel an Mietwohnungen am konkreten Ort besonders ausgeprägt sei, und weil die Abschreibung für alle Kategorien von Mietwohnungen – von der einfachsten bis zur luxuriösesten – möglich sei. Unter diesen Umständen könne nicht davon ausgegangen werden, dass etwa private Investoren, die sich in erster Linie von finanziellen Erwägungen leiten ließen, das angeblich sozialpolitische Ziel dieser Bestimmung erfüllten.

Der Bundesfinanzhof⁹⁰ ließ sich übrigens durch diese Urteile nicht beirren, und betrachtete die deutsche Eigenheimzulage nur für Zweitwohnungen im Inland als europarechtskonform. Die Begrenzung sei durch wohnungsmarktpolitische, auf die Vermehrung von Wohnungsbestand im Inland gerichtete Zwecke gerechtfertigt. Einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 III AEUV bedürfe es nicht (ein klarer Fall der Verletzung der Vorlagepflicht nach der *C.I.L.F.I.T.*-Rechtsprechung und des Verstoßes gegen Grundsatz des gesetzlichen

Richters im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts⁹¹).

⁹⁰ BFH Urt v 20. 10. 2010, EuZW 2011, 279.

⁹¹ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 73, 339 (367 f) – *Solange II* → *Erichsen* JK 87, GG Art. 24 I/1. Das BVerfG beschränkt seinen Prüfungsumfang auf die Feststellung einer »offensichtlich unhaltbaren« Handhabung der letztinstanzlichen Vorlagepflicht. Diese Begrenzung der gerichtlichen Kontrolldichte ist beiden Senaten grundsätzlich gemeinsam, auch wenn der Erste Senat seit einer Kammerentscheidung vom 25. 2. 2010 (BVerfG NJW 2010, 1268, 1269) für die Frage der Verletzung nicht mehr in erster Linie auf die Vertretbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung des einschlägigen materiellen Unionsrechts, sondern auf die Vorlagepflicht nach Art 267 III AEUV Bezug nimmt und durch diese Annäherung an die unionsrechtlichen Kriterien der berechtigten Kritik am klassischen Willkürmaßstab (vgl etwa *Fastenrath* NJW 2009, 272, 274 ff.) entgegenkommt (vgl in der Folge BVerfGE 128, 157, Rdn. 103–105 – *Betriebsübergang* sowie BVerfG NJW 2011, 3428, Rdn. 98 – *Designermöbel*). Während der Zweite Senat sich in der *Honeywell*-Entscheidung deutlich von diesem Ansatz des Ersten Senats distanziert (BVerfGE 126, 286, 316 → *Ehlers* JK 12/10, GG Art. 12/16), unterstreicht letzterer wiederum, dass der Zweite Senat im Ergebnis doch seiner Linie folge (vgl ausdrücklich Rdn. 105 der Betriebsübergangs-Entscheidung).